

Il ritorno del garantismo inquisitorio: le Sezioni unite sull'esame del testimone assistito

The Revival of Inquisitory Guaranteeism in the Defense of Rights: the Joint Divisions of the Court of Cassation on the Examination of a 'Assisted' Witness

MICHELE DUBINI

Dottorando di ricerca in diritto processuale penale presso l'Università degli Studi di Milano-Bicocca

TESTIMONIANZA ASSISTITA, INUTILIZZABILITÀ

'ASSISTED' WITNESS, EXCLUSION OF EVIDENCE

ABSTRACT

Il contributo evidenzia le linee di un nuovo garantismo inquisitorio idealmente tracciate da una recente sentenza delle Sezioni Unite (Cass., Sez. un., 26 Marzo 2015, n. 33583, Imp. Lo Presti), che, ponendo fine a un lungo contrasto giurisprudenziale, ha sancito l'inutilizzabilità dell'esame ex art. 210, comma 6, c.p.p. svoltosi senza la previa formulazione dell'avvertimento stabilito all'art. 64, comma 3, lett. c), c.p.p., pur salva la possibilità di rinnovarlo validamente seguendo gli avvertimenti di rito. Questa soluzione viene criticata dall'A.: ad un'errata messa a fuoco sulla platea dei soggetti dichiaranti cui effettivamente applicarsi l'art. 210, comma 6, c.p.p. si cumula una lettura non convincente, e, anzi, parzialmente abrogativa, in ordine alla portata sanzionatoria dell'art. 64, comma 3-bis, c.p.p.. Unitamente ad ulteriori osservazioni sul contenuto della summenzionata pronuncia di legittimità, l'A. formula osservazioni di carattere generale riguardanti l'istituto della testimonianza assistita, evidenziandone tanto il reale significato dogmatico (di matrice inquisitoria) quanto il cortocircuito strutturale determinato dall'opaca e malcostruita disciplina dell'art. 210, comma 6, c.p.p..

This article highlights the features of a new inquisitory guaranteeism in the defence of rights theoretically drawn from a recent decision of the Joint Divisions of the Court of Cassation which, putting a lengthy jurisprudential contrast to an end, declared excluded a witness examination, pursuant to Article 210, paragraph 6 of the Code of Criminal Procedure, which was carried out without a prior notice statement as required by Article 64, paragraph 3, letter (c) of the Code of Criminal Procedure, while saving the possibility of renewing the examination by properly following the requirements for notification. This solution is criticized by the Author: the improper focus on the witnesses to whom Article 210, paragraph 6 of the Code of Criminal Procedure actually applies, is combined with an unconvincing and, indeed, partially reading with regard to the sanctioning capacity of Article 64, paragraph 3-bis of the Code of Criminal Procedure. Together with additional observations relating to the content of the above-mentioned ruling on legitimacy, the Author formulates general observations about the institution of represented testimony, highlighting both the real dogmatic meaning (of the inquisitorial matrix) and the structural short circuit caused by the poorly created provision of Article 210, paragraph 6 of the Code of Criminal Procedure.

SOMMARIO

1. L'ossimoro di un principio di diritto *contra legem*. – 2. Le omissioni argomentative in ordine alle residue garanzie dell'art. 210 c.p.p. – 3. Il significato della testimonianza assistita fra contraddittorio e principio di non dispersione della prova. – 4. Crisi strutturale della testimonianza assistita. – 5. La mancata considerazione delle dichiarazioni autoincriminanti.

1.

L'ossimoro di un principio di diritto *contra legem*.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹ sono pervenute alla formulazione di un duplice principio di diritto a chiusura di un complesso contrasto giurisprudenziale attinente alla labirintica disciplina dell'esame dell'imputato di reato connesso [art. 12, lett. c), c.p.p.] o collegato [art. 371, comma 2, lett. b) c.p.p.] "in forma debole"² esposta nell'art. 210, comma 6, c.p.p.

Il dubbio interpretativo riguardava l'eventuale sanzione processuale applicabile nell'ipotesi in cui si proceda all'esame ex art. 210 ultimo comma c.p.p. senza che all'esaminando sia stato rivolto l'avvertimento di cui all'art. 64 comma 3 lett. c) c.p.p., richiamato, appunto, dal combinato disposto degli artt. 197-bis e 210 comma 6 c.p.p..

Detta questione si poneva con specifico riferimento a *imputati debolmente connessi* che, *in un momento anteriore del procedimento, si erano espressi sul fatto altrui senza, però, essere stati previamente resi edotti, ex art. 64 comma 3 lett. c) c.p.p., delle conseguenze pregiudizievoli derivanti dalle loro asserzioni etero-accusatorie*. A stretto rigore della lettera codicistica (art. 210 comma 6 c.p.p.), invero, l'obbligo di formulazione dell'avviso graverebbe *solo* nei confronti degli imputati connessi "in forma debole" *mai* dichiaranti sulla responsabilità altrui.

Due problemi, dunque, innanzi alla Suprema Corte riunita nella sua più autorevole composizione: stabilire se l'avvertimento in questione, da un lato, debba *comunque* prospettarsi, al di là della *littera legis*, anche per i soggetti *già* dichiaranti su fatti di terzi pur se dotati, al momento delle asserzioni, di qualifica processuale diversa da quella di imputati connessi in forma debole³; in ipotesi di risposta affermativa, identificare la più corretta sanzione processuale da applicarsi in caso di trasgressione a detto obbligo⁴.

La questione non risultava affatto sconosciuta alla giurisprudenza di legittimità la quale aveva già espresso tre diversi indirizzi sulle sanzioni processuali inficianti le dichiarazioni rese senza l'avviso previsto dall'art. 210 comma 6 c.p.p.

Il primo orientamento riteneva dette dichiarazioni colpite dall'insanabile vizio dell'inuti-

¹ Cass., Sez. un., 26 Marzo 2015, n. 33583, Imp. Lo Presti, in *Dir. pen. cont.*, con nota di J. DELLA TORRE, *Le Sezioni Unite sulla violazione della disciplina di cui agli articoli 210, comma 6 e 197 bis c.p.p.: un'occasione (parzialmente) perduta per ristabilire la legalità processuale?*, in *Dir. pen. cont.*, 08 ottobre 2015.

² Trattasi degli imputati "debolmente connessi" (di cui all'art. 197, c. 1, lett. b), c.p.p.) che possono essere escussi quali testimoni assistiti solo quando, previo avvertimento ex art. 64, c. 3, lett. c), c.p.p., abbiano reso dichiarazioni concernenti fatti altrui. La loro compatibilità a testimoniare è limitata – solo – a detti fatti, rimanendo, per tutto il resto, integro il proprio diritto al silenzio. Riassuntivamente, si rinvia a P. TONINI-C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, Torino, 2014, pag. 267-270 e 283-284.

³ E, quindi, dichiaranti in contesto "non garantito". Si pensi proprio al caso dell'imputato di reato connesso che venga sentito come persona informata sui fatti e pertanto escusso in dibattimento attraverso il giuramento ex art. 497 c.p.p., o in sede di indagini preliminari ai sensi dell'art. 351, comma 1, c.p.p., con tutti i relativi obblighi di verità su fatti altrui e propri.

⁴ Per una più compiuta disamina nel dettaglio di detti orientamenti giurisprudenziali, si rimanda ai commenti all'ordinanza di rimessione di predetta questione alle Sezioni Unite: P. CORVI, *L'inosservanza delle disposizioni relative all'assunzione in sede dibattimentale delle dichiarazioni di imputato di reato connesso o collegato a quello per cui si procede: inutilizzabilità, nullità o irregolarità?*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, 2, pag. 34-35; J. DELLA TORRE, *Le Sezioni Unite sulla violazione della disciplina di cui agli articoli 210, comma 6 e 197 bis c.p.p.: un'occasione (parzialmente) perduta per ristabilire la legalità processuale?*, cit., pag. 5-7; V. PAZIENZA, *Le dichiarazioni rese in violazione dello statuto del dichiarante*, in *Cass. pen.*, 2015, 4, pag. 185 ss..

lizzabilità⁵; un secondo, identificava, invece, quale corretta sanzione, la nullità a regime intermedio unicamente eccezionale dal testimone assistito e non dall'imputato, che nessun interesse avrebbe nell'eccepire detta violazione processuale⁶. L'ultimo degli orientamenti sul tappeto, al contrario, giudicava pienamente utilizzabili e valide tali dichiarazioni, trattandosi di un caso di mera irregolarità⁷.

La Cassazione, a Sezioni Unite, ha idealmente posto fine a ogni incertezza normativa sul punto evidenziando, per un verso, come l'avviso richiamato nell'art. 210 ultimo comma

⁵ Si annoverano, in seno a questo indirizzo, le pronunce Cass., Sez. I, 10 giugno 2014, n. 52047, Imp. *Simone*, in *CED Cass.*, Rv. 262174; Cass., Sez. V, 27 maggio 2014, n. 29227, Imp. *Cavallero*, in *ivi*, Rv. 260320; Cass., Sez. V, 10 ottobre 2013, n. 3524, Imp. *Guadalajara*, non massimata; Cass., Sez. I, 24 marzo 2009, n. 29770, Imp. *Vernengo*, in *CED Cass.*, Rv. 244462; Cass., Sez. VI, 4 luglio 2008, n. 34171, Imp. *Mannina*, in *ivi*, Rv. 241464; Cass., Sez. V, 25 settembre 2007, n. 39050, Imp. *Costanza*, in *ivi*, Rv. 238188. Secondo questo indirizzo giurisprudenziale la mancata formulazione dell'avvertimento contenuto nel sesto comma dell'art. 210 c.p.p. ineluttabilmente condurrebbe, in qualsivoglia frangente, all'inutilizzabilità della deposizione in tal guisa assunta in dibattimento, dovendosi ritenere il rinvio operato dall'art. 197-bis c.p.p. all'art. 64, c. 3, lett. c), c.p.p. ricomprensivo della specifica sanzione d'inutilizzabilità prevista dal comma 3-bis di detta disposizione normativa. D'altronde questa giurisprudenza, come già intuibile, ritiene che il Giudice sia tenuto alla formulazione di detto avvertimento non solo verso coloro che non hanno mai reso dichiarazioni etero-accusatorie, ma anche nei confronti di imputati di reato connesso già propalanti anche in diversa veste processuale poiché la perdita del diritto al silenzio sui fatti altrui (con derivante obbligo di rispondere secondo verità) è di così fondamentale importanza per la sfera dei diritti individuali da essere legittimamente possibile solo all'interno di quel stringente reticolo di garanzie previsto dalla disciplina della testimonianza assistita, e non in contesti estranei al dettato legislativo.

⁶ In questo senso, tra molte, Cass., Sez. II, 22 gennaio 2015, n. 5364, Imp. *Favella*, in *www.iusexplorer.it*; Cass., Sez. V, 18 settembre 2014, n. 1200, Imp. *Mancieri*, *ivi*; Cass., Sez. IV, 08 luglio 2014, n. 36259, Imp. *Barisone*, *ivi*; Cass., Sez. VI, 22 gennaio 2014, n. 10282, Imp. *Romeo*, in *CED Cass.*, Rv. 259267; Cass., Sez. I, 16 ottobre 2012, n. 43187, Imp. *Di Noio*, *ivi*, Rv. 253748; Cass., Sez. III, 11 giugno 2004, n. 38748, Imp. *Mainiero*, in *ivi*, Rv. 229614. Secondo quest'orientamento giurisprudenziale il mancato rispetto delle norme processuali regolanti l'assunzione della testimonianza assistita avrebbe, quale conseguenza, «la nullità della deposizione testimoniale ai sensi dell'art. 178 c.p.p., lett. c), atteso che la legge non vieta l'esame dell'imputato in procedimento connesso o collegato ma, semplicemente, prescrive che esso sia assunto secondo determinate formalità» (Cass., Sez. V, 23 maggio 2014, Imp. *Saviano*, n. 41004, in *CED Cass.*, Rv. 260796). L'inutilizzabilità è sanzione che colpirebbe le sole prove vietate dalla legge e non quelle prove che, consentite dall'ordinamento, siano state assunte in violazione delle prescritte formalità di legge. Ergo, non potrebbe configurarsi inutilizzabilità per omissione dell'avvertimento ex art. 210, comma 6, c.p.p. potendosi intravedere unicamente un'eventuale nullità a regime intermedio che «non può essere eccepita dall'imputato del procedimento principale, per assenza di interesse all'osservanza della disposizione violata, la cui ratio è rappresentata dalla tutela del solo dichiarante – imputato o indagato nel procedimento connesso o per il reato collegato – contro il già indicato rischio di autoincriminazione» (*ibidem*).

⁷ Cass., Sez. V, 30 settembre 2014, n. 51241, Imp. *Romano*, in *CED Cass.*, Rv. 261733; Cass., Sez. I, 23 settembre 2014, n. 41745, Imp. *Ubal dini*, in *www.iusexplorer.it*; Cass., Sez. V, 18 marzo 2014, n. 46457, Imp. *Magliano*, in *ivi*; Cass., Sez. V, 24 settembre 2013, n. 41886, Imp. *Perri*, in *CED Cass.*, Rv. 257839; Cass., Sez. V, 31 gennaio 2012, n. 12976, Imp. *Monselles e a.*, in *ivi*; Cass., Sez. II, 25 ottobre 2005, n. 41052, Imp. *Piscopo*, in *ivi*. Questa posizione giurisprudenziale, fonda il proprio assunto (semplice previsione di un'irregolarità, non di una nullità/inutilizzabilità) in forza di una lettura strettamente formale ed atomistica delle disposizioni processuali regolanti l'istituto della testimonianza assistita: l'avviso sulle conseguenze derivanti dalle dichiarazioni concernenti fatti altrui (art. 64, c. 3, lett. c), c.p.p.) costituirebbe componente peculiare dell'interrogatorio – attività propria della fase di indagini preliminari e condotto dal Pubblico Ministero (o dalla p.g. delegata) – e dallo stesso inscindibile; nulla avrebbe a condividere con l'attività dibattimentale, contraddistinta per il suo esplicarsi nel pieno contraddittorio tra le parti capaci, in ogni momento, di poter far valere le previste garanzie processuali; questo avrebbe particolare rilevanza per la testimonianza assistita nella quale – come noto – è contenuta (oltre al contraddittorio dibattimentale) l'ulteriore garanzia "di rinforzo" della presenza obbligatoria dell'avvocato difensore dell'imputato di reato connesso ex art. 210, comma 3, c.p.p.. L'omissione dell'avvertimento di cui all'ultimo comma dell'art. 210 c.p.p. non parrebbe idonea a pregiudicare sostanzialmente il diritto di difesa spettante in capo al testimone assistito, così non integrando nemmeno alcuna ipotesi di nullità processuale, ma costituendo mera irregolarità processuale. Si noti, pur solo incidentalmente, come tale orientamento – pur per linee generali – riecheggi quell'oramai assodata (tanto da costituire vero e proprio *ius receptum*) tendenza della giurisprudenza di legittimità (e di merito) a riconoscere una nullità solo ove essa provochi una lesione concreta alla difesa. Un'incomprensione che rischia di minare alla base i principi informatori del processo penale. Per una rassegna giurisprudenziale in materia si v., in via meramente esemplificativa, G. LEO, *L'abuso del processo nella giurisprudenza di legittimità* (prima parte), in *Dir. pen. proc.*, 2008, pag. 508 e ss. e Id., *L'abuso del processo nella giurisprudenza di legittimità* (seconda parte), in *ivi*, 2008, pag. 627 e ss.; F. CAPRIOLI, *Abuso del diritto e nullità inoffensive*, in *Cass. pen.*, 2012, pag. 2444-2463; E.M. CATALANO, *Profili problematici in materia di abuso*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, a cura di P. CORSO-E. ZANETTI, I, Milano, pag. 168-169; M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle nullità processuali*, Bononia University Press, 2012, pag. 33-103. V. anche sul punto (pur se si esprime in termini positivi su questa linea di pensiero), v. F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione Penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, pag. 137-153. Al riguardo, v., altresì, P. MOSCARINI, *Esigenze antiformalistiche e conseguimento dello scopo nel processo penale italiano*, Milano, 1988, pag. 44 e ss., pag. 65 e ss., pag. 83 e ss.. In chiave *de iure condendo*, tra coloro che si esprimono a favore di una teoria del pregiudizio effettivo, v. C. CONTI, *Nullità e inutilizzabilità: problemi attuali e prospettive di riforma*, in *Cass. pen.*, 2008, pag. 1656 e ss.; Id., *L'accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007, pag. 473 e ss.; P. TONINI, *Disciplina della prova e durata ragionevole del processo penale*, in *Cass. pen.*, 2004, pag. 342. Segnalabile pure M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle nullità processuali*, cit., il quale muove da una prospettiva *de iure condito* la propria critica al modello tradizionale di concepire le nullità processuali. Per un corretto inquadramento della tematica, si rimanda a dottrina pacificamente maggioritaria come, *ex multis*, F. CAPRIOLI, *Abuso del diritto di difesa e nullità inoffensive*, cit., pag. 2451; O. DOMINIONI, *Commento all'art. 177 c.p.p.*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, diretto da E. AMODIO-O. DOMINIONI, II, Milano, 1989, pag. 258; C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, Padova, 2008, pag. 246 e ss.; O. MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, Milano, 1999, pag. 18; G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2011, pag. 189 e ss.; Id., voce *Atti processuali, II*, *Diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg., vol. IV, 1995, pag. 7 e ss.; M. PANZAVOLTA, voce *Nullità, II*, *Diritto processuale penale*, in *ivi*, Agg., vol. XIV, 2006, pag. 3; F. CORDERO, *Nullità, sanatore, vizi innocui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, pag. 703.

c.p.p. non possa *mai* pretermettersi in ambito dibattimentale⁸ e, per l'altro verso, intravedendo nell'omissione di detto avviso l'applicazione della sanzione speciale *ex art. 64* comma 3-bis c.p.p., con conseguente inutilizzabilità delle dichiarazioni *erga alios* rese in contraddittorio nell'ambito dell'esame *ex art. 210* c.p.p.⁹, salva, però, la possibilità di rinnovare validamente la deposizione testimoniale indebitamente assunta.

Per accreditare la sua decisione come la più rispettosa dei diritti individuali della persona e, in particolar modo, del diritto al silenzio, il giudice nomofilattico si diffonde in un'articolata motivazione in cui si sottolinea che l'insorgere di obblighi testimoniali in ordine "ai fatti altrui"¹⁰ ha come suo ineludibile presupposto un atteggiamento libero e consapevole del dichiarante, il quale dovrà sempre avere la facoltà di scegliere liberamente e consapevolmente «di riferire circostanze relative alla responsabilità altrui, [detta volontà è] resa consapevole ed efficace dal sistema di avvisi previsti dall'art. 64, comma 3, c.p.p. e in particolare da quello *ex* lettera c), con le conseguenze stabilite dal comma 3 bis»¹¹.

Dichiarazioni rese oltre la copertura del citato sistema di avvisi risulterebbero, pertanto, avulse da quella piena consapevolezza che è – nel costruito della Suprema Corte – presupposto indefettibile per la legittimità della perdita del diritto al silenzio su fatti, penalmente rilevanti, esterni alla propria dimensione personale.

Aderendo così a una soluzione già tracciata nel solco dottrinale¹² e dallo stesso Giudice delle Leggi¹³, la Corte di Cassazione, nello sforzo di legittimare la propria determinazione, compie, forse contro le sue stesse intenzioni, un'interpretazione *contra legem*, atteso l'inequivocabile tenore letterale dell'art. 210, ultimo comma, c.p.p. che circoscrive l'applicazione di detto

⁸ Giova riportare il principio di diritto, sul punto, così come testualmente elaborato dalle Sezioni Unite: «*In sede di esame dibattimentale ai sensi dell'art. 210 co. 6 c.p.p. di imputato di reato connesso ex art. 12 co. 1 lett. c) c.p.p., o collegato ex art. 371 co. 2 lett. b) c.p.p., l'avvertimento di cui all'art. 64 co. 3 lett. c) deve essere dato non solo se il soggetto non ha reso in precedenza dichiarazioni concernenti la responsabilità dell'imputato (come testualmente prevede il co. 6 dell'art. 210), ma anche se egli abbia già deposto erga alios senza aver ricevuto tale avvertimento*» (Cass. Sez. Un., 26 marzo 2015, n. 33583, Imp. Lo Presti e a., cit., pag. 23)

⁹ «*In sede di esame dibattimentale ai sensi dell'art. 210 co. 6 c.p.p., di imputato di reato connesso ex art. 12 co. 1 lett. c), o collegato ex art. 371 co. 2 lett. b), c.p.p., a quello per cui si procede, il mancato avvertimento di cui all'art. 64, co. 3 lett. c) determina la inutilizzabilità della deposizione testimoniale*» (Cass. Sez. Un., 26 marzo 2015, n. 33583, Imp. Lo Presti e a., cit., pag. 23).

¹⁰ Un concetto – quello di "fatto altrui", a dire il vero, molto nebuloso e che pecca della dovuta chiarezza. Sul punto O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, in *Trattato di Procedura penale*, diretto da G. UBERTIS-G.P. VOENA, VII.1, Milano, 2004, pag. 138-141 fa notare come detta disposizione sia stata letta da numerosi Autori in chiave espansiva. Pur costituendo la chiave restrittiva («[sono fatti altrui idonei a far sorgere l'obbligo testimoniale gli] accadimenti che si presentino immediatamente come integranti una condotta criminosa altrui» v. *ivi*, pag. 138) quella più corretta dal punto di vista esegetico, si ritiene sufficiente ad integrare la nozione di fatti altrui ora quelle «circostanze che, pur non integrando di per sé una fattispecie di reato, rispecchino comunque alcuni elementi della condotta criminosa tipica» (v. *ibidem*), ora anche «fatti che smentiscano l'eventuale ipotesi accusatoria» (v. *ivi*, pag. 139). Queste incertezze interpretative, di fatto, minano la consapevolezza del dichiarante posto che «nonostante le precisazioni contenute nella formula prescritta, il significato dell'avvertimento risulta in concreto piuttosto vago» (cfr. G. ILLUMINATI, *L'imputato che diventa testimone*, in *Ind. Pen.*, 2002, pag. 398-399), vaghezza accentuata dal fatto che idonee a far sorgere detto obbligo di verità sono – per la dottrina assolutamente maggioritaria – anche dichiarazioni indirettamente riguardanti la reità del terzo e non direttamente investenti la responsabilità altrui. Sul punto si v. R. BRICCHETTI, *Le figure soggettive della legge sul giusto processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, pag. 1274; P. FERRUA, *L'attuazione del giusto processo con la legge sulla formazione e valutazione della prova*, in *ivi*, 2001, pag. 590; C. CONTI, *L'imputato nel procedimento connesso: diritto al silenzio e obbligo di verità*, Padova, 2003, pag. 230; Fa notare R. ORLANDI, *Dichiarazioni dell'imputato e responsabilità altrui: nuovo statuto del diritto al silenzio e restrizioni in tema di incompatibilità a testimoniare*, in R. KOSTORIS (a cura di), *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, Torino, pag. 170 che «[il] riferimento alla "responsabilità" non allude soltanto al presupposto di una punibilità, ma, assai più genericamente, alla semplice possibilità che il reato sia attribuito all'imputato-terzo, ancorché non imputabile [...] non c'è ragione di escludere che l'art. 64 comma 3 si applichi pure ai processi destinati a constatare la non imputabilità».

¹¹ Cass., Sez. Un., 26 marzo 2015, n. 33583, cit., pag. 20.

¹² V. GREVI, *Prove*, in *Compendio di procedura penale* (settima edizione), a cura di G. CONSO-V. GREVI-M. BARGIS, Padova, 2014, pag. 359-360; M. CAIANIELLO, *Giusto processo e procedimento in corso: le conseguenze derivanti dall'omissione dell'avvertimento prescritto dall'art. 64 c.p.p.*, in *Ind. pen.*, 2001, p. 1395; P. TONINI-C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., pag. 275, nota 178. Secondo questa dottrina il sistema degli avvisi di cui all'art. 64, comma 3, c.p.p. costituisce un vero e proprio sbarramento normativo a tutela della perdita del diritto al silenzio; come un fiume carsico, riemerge imperituro nelle maglie dell'intero ordinamento processuale e non solo nella ridotta dimensione dell'interrogatorio reso in fase di indagini preliminari. Come osservato da M. NOBILI, *Giusto processo e indagini difensive: verso una nuova procedura penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, pag. 10, «tutto sta dentro all'art. 64 che – gravido della regola innovativa – se la porta dietro, in ogni atto cui esso torna applicabile». Sul punto si rimanda pure a C. CONTI, *Esame dell'imputato e avvisi ex art. 64 c.p.p.: la Consulta suggerisce l'interpretazione "analogica"*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, pag. 179 e ss.; V. PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Torino, 2006, pag. 206.

¹³ La Consulta ha sottolineato l'esigenza che la perdita del diritto al silenzio spettante agli imputati di reato connesso o collegato sia giuridicamente legittimata solo «nel rispetto del principio *nemo tenetur se detegere* e al fine di garantire che il dichiarante operi una scelta libera e consapevole [...] a rilasciare o meno dichiarazioni accusatorie» (C. Cost., ord. 12 novembre 2002, n. 451, in *Dir. Pen. Proc.*, 2002, pag. 18 e ss.). Il Giudice delle Leggi, ha, pertanto, affermato che gli avvertimenti previsti dall'art. 64 c.p.p. siano da formularsi anche in dibattimento, specie nei confronti «di chi, avendo reso le precedenti dichiarazioni nella veste di soggetto che aveva l'obbligo di rispondere alle domande e di dire la verità, debba poi essere esaminato nella diversa qualità di imputato di reato collegato» (*ibidem*). Si v. anche C. Cost., sent. 26 giugno 2002, n. 291, in *ivi*, 2002, pag. 1213 e ss., con nota di C. CONTI, *La consulta valuta la testimonianza assistita: un istituto coerente con l'intento del legislatore*; C. Cost., ord. 23 maggio 2003, n. 191, in *ivi*, 2004, pag. 177 e ss., con nota di Id., *Esame dell'imputato e avvisi ex art. 64 c.p.p.: la Consulta suggerisce l'interpretazione analogica*.

istituto a quegli imputati di reato connesso che *mai* hanno reso dichiarazioni concernenti terzi. I soggetti già dichiaranti senza avvisi, non importa in quale contesto, *dovrebbero perciò ritenersi esclusi in radice dall'audizione ex art. 210, comma 6, c.p.p.*, potendo, al limite, essere risentiti nel contesto investigativo in forza di una comunque discutibile rinnovazione dell'atto viziato. A questo insidioso inciampo dogmatico si cumula una lettura non del tutto convincente in ordine alla portata sanzionatoria dell'art. 64, comma 3-bis, c.p.p..

La soluzione proposta dalla sentenza del Supremo Collegio asseconda la ben nota "*bulimia della prova*"¹⁴ che finisce per giustificare limitazioni al diritto di difesa ed elusioni di regole probatorie costruite a protezione delle garanzie individuali¹⁵.

Per comprendere l'errore di fondo in cui sono incorse le Sezioni Unite, bisogna muovere dalla contestabile interpretazione dell'art. 64 comma 3-bis, c.p.p. Il dichiarante sul fatto altrui, che nella fase di indagine non avesse ricevuto l'avvertimento di rito, assumerebbe comunque la qualifica di testimone assistito nel corso del dibattimento.

Ritengono, infatti, le Sezioni Unite che attraverso la deposizione dibattimentale, nel pieno delle garanzie previamente negate, il soggetto possa comunque assumere la veste testimoniale in relazione agli stessi fatti altrui in precedenza narrati nel corso di un interrogatorio non preceduto dall'avvertimento circa le conseguenze delle dichiarazioni eteroaccusatorie.

Viene così avvalorata un'opzione interpretativa che ha, quale principale effetto, l'abrogazione parziale dell'art. 64 comma 3-bis c.p.p., deprivato della sua originaria portata garantistica che inequivocabilmente trasparirebbe dalla linearità e dalla perentorietà del suo dato letterale: «le dichiarazioni eventualmente rese dalla persona interrogata su fatti che concernono la responsabilità di altri non sono utilizzabili nei loro confronti e la persona interrogata non potrà assumere, in ordine a detti fatti, l'ufficio di testimone».

L'omissione dell'avvertimento di cui alla lett. c) dell'art. 64 c.p.p. comporterebbe, da un lato, l'inutilizzabilità delle dichiarazioni nei confronti delle persone contro cui sono state rese e, dall'altro lato, l'incompatibilità per la persona indagata ad assumere, in ordine a detti fatti, l'ufficio di testimone.

Tralasciando il discorso in ordine alla precisa portata dell'inutilizzabilità, è di fondamentale interesse calibrare una messa a fuoco della seconda porzione del dettato codicistico. La dottrina maggioritaria, cui di fatto aderiscono le stesse Sezioni Unite, ritiene che tale incompatibilità a testimoniare sia di carattere relativo e non assoluto¹⁶. Secondo questa lettura, nulla vieterebbe all'autorità inquirente di poter rinnovare l'atto istruttorio rivolgendo l'avvertimento precedentemente omissso. Se l'inquisito reitererà le dichiarazioni già in precedenza rese, ciò potrà ben innescare la perdita del proprio diritto al silenzio in ordine a dette asserzioni sul fatto altrui¹⁷.

Questo ragionamento suscita più d'una perplessità: l'erosione del diritto al silenzio su fatti altrui è teoricamente concepibile solo quando l'indagato liberamente e consapevolmente decida di chiamare in causa terzi soggetti. Non v'è dubbio che il mancato avvertimento ex art. 64 comma 3 lett. c) c.p.p. sia potenzialmente idoneo a trarre in inganno l'inquisito sulle conseguenze derivanti dalle sue asserzioni e a far difettare detta – necessitata – libertà e consapevolezza. Invero, senza detto avviso l'indagato potrebbe credere, in realtà, di non godere di alcun diritto al silenzio e quindi di dover obbligatoriamente dichiarare secondo verità su tutto quanto egli conosce in ordine ai fatti dei terzi, in un clima di condizionamento psicologico che la disciplina della testimonianza assistita (specie se letta attraverso le citate sentenze costitu-

¹⁴ Ci si riferisce a F. CORDERO, *Diatribe sul processo accusatorio* (1964), in Id., *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966, pag. 229-230 ove lo stesso parla, riferendosi agli effetti perversi del libero convincimento, di «una vorace potenza superlogica, che trae il proprio alimento da tutto ciò che anche per un solo istante sia comparso sulla scena del processo». Di detta corrente di pensiero dà conto G. PANSINI, *Le prove deboli nel processo penale italiano*, Torino, 2015, pag. 4-7 con tutte le relative citazioni bibliografiche.

¹⁵ Cfr. G. UBERTIS, *La ricerca della verità giudiziale*, in *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Milano, 1992, pag. 37. Sul punto v. anche M. NOBILI, *Il libero convincimento del giudice*, Milano, 1974, pag. 32 e ss. nonché O. MAZZA, (voce) *Verità reale e verità processuale*, in *Dig. disc. pen.*, VIII Agg., Torino, 2014, pag. 713.

¹⁶ Supportano esplicitamente questa interpretazione R. BRICCHETTI, *Le figure soggettive della legge sul giusto processo*, cit., pag. 1276; E. APRILE-P. SILVESTRI, *La formazione della prova penale*, Milano, 2002, pag. 252; G. ILLUMINATI, *L'imputato che diventa testimone*, cit., pag. 40; C. CONTI, *L'imputato di reato connesso*, cit., pag. 240-241; A. SANNA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nei procedimenti connessi alla luce del giusto processo*, in *Trattato di procedura penale*, (diretto da) G. UBERTIS-G.P. VOENA, vol. VII-2-A, Milano, 2007, pag. 40 e ss..

¹⁷ A. DIDI, *La testimonianza assistita*, in AA.Vv., a cura di P. FERRUA-E. MARZADURI-G. SPANGHER, *La prova penale*, pag. 270 sostiene che «nonostante l'apparente linearità e perentorietà della previsione, il divieto non può, tuttavia, ritenersi assoluto in quanto, da un lato, il pubblico ministero ben potrebbe interrogare nuovamente l'indagato per formulargli l'avvertimento che non gli era stato rivolto e riacquisire le dichiarazioni e, dall'altro, perché nel caso in cui il dichiarante abbia definito la sua posizione con sentenza irrevocabile, la compatibilità a testimoniare è "sempre" postulata dall'art. 197-bis c.p.p.».

zionali¹⁸) incontrovertibilmente rigetta. Fatta eccezione per la situazione in cui l'indagato, non avvisato ex art. 64 comma 3 lett. c), c.p.p., non renda dichiarazione alcuna sul fatto terzo, va sottolineato come *la mancata formulazione di detto avvertimento, nell'atto viziato, non potrebbe certo costituire un'incolpevole omissione dell'autorità investigativa* o, perlomeno, non potrebbe certo costituire un'incolpevole omissione nella circostanza in cui vengano rivolte all'indagato domande attinenti la partecipazione di terze persone o venga chiesto (magari in esito a domande "aperte") di approfondire circostanze vertenti su fatti di terzi.

Proprio per rimediare a tali situazioni è stato pensato l'art. 64 comma 3-bis c.p.p., norma che tutela il rapporto di lealtà tra organo inquirente e indagato. Proprio questa lealtà che l'organo di pubblica accusa deve mantenere verso l'accusato, "parte debole" per antonomasia del processo penale, costituisce il punto chiave per accedere a una corretta e più garantistica interpretazione improntata a ritenere di carattere assoluto l'incompatibilità a testimoniare di cui all'art. 64 comma 3-bis c.p.p. Detta preclusione assoluta diventa il fusibile del sistema, all'uopo di impedire *ab origine* che eventuali prassi lesive dei diritti individuali possano rimanere sfornite di relativa sanzione processuale. Giova, infatti, ribadire che una preclusione relativa sull'incompatibilità a testimoniare, di fatto, consentirebbe all'organo inquirente di porre in essere infinite condotte *contra legem* che, se denunciate dall'indagato, potranno essere sanate con una corretta ripetizione dell'atto incriminato¹⁹. Al di là della lettura oggettivamente degradante che ne deriva dei diritti individuali, visti come ostacoli che l'inquirente potrebbe impunemente aggirare avendo, quale unica sanzione, quella di un rinnovo dell'atto compiuto in forme illegali, si deve ritenere un successivo interrogatorio inidoneo al ripristino della situazione di fatto preesistente a quello compiuto senza il rispetto delle garanzie previste dall'art. 64 c.p.p.

L'inquinamento del primo interrogatorio condotto senza garanzie si "trasmette" anche al successivo, creando un pregiudizio alla posizione dell'indagato che – pur libero di non rendere dichiarazioni, o di renderne di diverse – inevitabilmente trasporterà con sé il dato fattuale di aver *già* formulato dichiarazioni etero-accusatorie, in una situazione di generale condizionamento morale che non sembra rispettosa di quei canoni di libertà e volontarietà che dovrebbero fungere da imprescindibili criteri-guida per una corretta perdita del diritto al silenzio. L'indagato sarebbe così naturalmente portato a confermare le dichiarazioni etero-accusatorie precedentemente formulate. Alla luce di questa naturale considerazione si spiega, dunque, come la portata garantistica dell'art. 64 comma 3-bis c.p.p., di fatto, obblighi a interpretare la disposizione privilegiando un percorso ermeneutico all'esito del quale l'indagato non possa *mai* assumere la qualifica di teste sui fatti altrui asseriti nel corso di un interrogatorio svoltosi omettendo l'avviso di cui all'art. 64 comma 3 lett. c) c.p.p.: entrano in gioco irrinunciabili esigenze di tutela della libertà morale dell'imputato²⁰ che, altrimenti, sarebbero poste seriamente a rischio.

Radicalmente diversa e ancor più preoccupante è la situazione presa in esame dalle Sezioni Unite: il dichiarante sul fatto altrui non è stato regolarmente avvisato nel contesto investigativo e, ciò nondimeno, viene sentito in forza dell'art. 210 comma 6 c.p.p. Quest'ultima previsione stabilisce però che l'avviso *ex art. 64 comma 3 lett. c) c.p.p.* sia da rivolgere all'imputato che mai abbia reso dichiarazioni sul fatto altrui.

In altri termini, *anche aderendo ai sopra citati orientamenti dottrinali, la dichiarazione in assenza di garanzie, da cui discende l'incompatibilità a testimoniare stabilita dall'art. 64 comma 3-bis c.p.p., sarebbe "sanabile" solo attraverso una ripetizione dell'atto istruttorio viziato, non certo di un diverso atto dibattimentale.* Provvedere, al contrario, nel corso di dibattimento alla ripetizione dell'esame *ex* dell'art. 210 c.p.p., preceduto dai rituali avvertimenti, di individui già irrualmente dichiaranti sul fatto altrui è itinerario che pone insuperabili problemi dogmatici, in

¹⁸ V. *supra*, nota 13.

¹⁹ Nel frattempo, il Pubblico Ministero sarà stato reso edotto delle dichiarazioni etero-accusatorie anche nel massimo grado di specificità, così potendo intavolare un parallelo percorso investigativo che solo apparentemente non coinvolgerà la dimensione del dichiarante.

²⁰ Sul punto, cfr. V. GREVI, *Nemo tenetur se detegere. Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972, pag. 68-69. Giova richiamare (pur se attinenti al diverso caso dell'uso delle intercettazioni telefoniche) le indicazioni di principio di Cass., Sez. Un., 28 Maggio 2013, n. 36747 Imp. *Torcasio*, in *Cass. pen.*, 2004, pag. 21 secondo la quale: «Non può legittimarsi, sulla scia di una cultura inquisitoria che, in quanto estranea al vigente codice, deve essere definitivamente abbandonata, l'apertura di varchi preoccupanti nella tassatività e nella legalità del sistema probatorio, proponendosi veicoli di convincimento affidati interamente alle scelte dell'investigatore. Va superata ogni forma di distonia tra prassi delle indagini, condizionata ancora da atteggiamenti inquisitori, e concezione codificata della prova, qual è strutturata nel vigente sistema accusatorio. Va vinta qualunque tentazione di forzare le regole processuali in nome di astratte esigenze di ricerca della verità reale, considerato che le dette regole non incorporano soltanto una neutra disciplina della sequenza procedimentale, ma costituiscono una garanzia per i diritti delle parti e per la stessa affidabilità della conoscenza acquisita».

palese violazione del combinato disposto degli art. 64 comma 3-bis e 210 c.p.p. Dal mancato avvertimento in ambito investigativo discende non solo l'inutilizzabilità delle dichiarazioni sul fatto altrui, ma anche il divieto di trasformare l'imputato connesso (provvisto di diritto al silenzio) in testimone sul fatto altrui (gravato di dovere di verità) e il divieto sottoporlo all'esame ex art. 210 comma 6 c.p.p., che non può di certo fungere da successiva sanatoria per l'atto investigativo dispietato in violazione delle sue inderogabili garanzie²¹.

2.

Le omissioni argomentative in ordine alle residue garanzie dell'art. 210 c.p.p..

Le Sezioni Unite si dilungano diffusamente in relazione alla garanzia sancita dall'ultimo comma dell'art. 210 c.p.p., rimanendo, però, silenti in ordine alle conseguenze derivanti dalla mancata attivazione delle residue garanzie dettate dalla citata disposizione (l'assistenza obbligatoria del difensore spettante al teste assistito o l'informazione sulla facoltà di astenersi dal deporre con eccezione delle domande attinenti ai già esternati "fatti altrui" ex art. 210, comma 3 e 4, c.p.p.). Il tutto, nonostante la questione devoluta dalle Sezioni Unite riguardasse proprio «la mancata applicazione [...] delle disposizioni di cui all'art. 210 c.p.p.»²² nella sua interezza, e non solo la più circoscritta garanzia dell'ultimo comma della disposizione in commento.

In tale senso risulta inevitabile constatare come la decisione della Cassazione si atteggi alla stregua di un'occasione mancata²³ per meglio chiarire la portata applicativa di *tutte* le garanzie regolanti l'esame ex art. 210 c.p.p. per la posizione degli imputati debolmente connessi. Tale esigenza rispondeva, peraltro, alle particolarità del caso concreto, in quanto la persona offesa, trasmutatasi in imputato di reato connesso, era stata sentita non solo omettendo l'avvertimento ex art. 64, comma 3 lett. c) c.p.p. ma, invero, in assenza di *qualsiasi* garanzia prevista dall'art. 210 c.p.p.

Peraltro, dalla mancanza dell'apposito difensore – espressamente previsto ex art. 210, comma 3, c.p.p. – è ragionevole ritenere che discenda l'inutilizzabilità *erga alios* della deposizione per mancanza di una *forma essentialis* dell'atto²⁴.

Pari valutazione deve formularsi per quanto concerne l'avviso della facoltà di non rispondere, richiamato al quarto comma dell'art. 210 c.p.p., la cui importanza è di primario rilievo. Se il diritto all'assistenza difensiva è finalizzato a evitare che il dichiarante possa involontariamente incappare in dichiarazioni autoincriminanti, l'avvertimento circa la facoltà di non rispondere offre alla fonte di prova un'adeguata informativa sulla facoltatività della propria deposizione, evitando che lo stesso possa – per il timore reverenziale *ex auctoritate* – confondere il proprio dovere di presentarsi con quello di rispondere²⁵. Anche in questo caso, l'inutilizzabilità *erga alios* delle dichiarazioni *aliunde* rese dall'imputato costituisce la più confacente soluzione dogmatica.

²¹ *Contra*, M.L. DI BITONTO, *Un caso di inutilizzabilità dubbio o inconfutabile?*, cit., pag. 4312-4314. Secondo l'A., infatti, proprio con preciso riferimento a Cass., Sez. Un., 26 marzo 2015, n. 33583, cit., «La soluzione delle Sezioni Unite pare incontestabile [...] Tale conclusione è obbligata. [...] Sentire nella veste testimoniale una persona incompatibile con l'ufficio di testimone equivale ad assumere la testimonianza nonostante il divieto di testimonianza sancito nell'art. 197 c.p.p. e ciò configura senz'altro un'ipotesi di inutilizzabilità, in applicazione dell'art. 191 c.p.p. [...] Come insegna risalente e consolidata dottrina, gli imputati in procedimenti connessi ex art. 12, comma 1, lett. c) o collegati ai sensi dell'art. 371, comma 2, lett. b), c.p.p. sono incompatibili con l'ufficio di testimone [...] quando, pur avendo rilasciato dichiarazioni concernenti la responsabilità di altri, non hanno assunto la veste testimoniale in ordine a tali fatti perché non hanno ricevuto l'avvertimento di cui al comma 3, lett. c), dell'art. 64 c.p.p.. In tutti questi casi, sulla scorta di quanto stabilito nell'art. 210 c.p.p., essi sono obbligati a comparire; una volta comparsi, devono ricevere l'avviso di cui all'art. 64, comma 3, lett. c), c.p.p.; una volta ricevuto l'avviso, se decidono di rispondere lo fanno nella qualità di testimoni assistiti con le garanzie dell'art. 197-bis c.p.p.. Senza l'osservanza di tali regole, l'eventuale deposizione di queste persone non può essere utilizzata ai fini della decisione». Dello stesso avviso V. GREVI, *Prove*, in *Compendio di procedura penale* (settima edizione), cit., pag. 346.

²² Cass., Sez. II, ord. 2 dicembre 2014, n. 2765, Imp. Lo Presti, in *Dir. pen. cont.*, con nota di J. DELLA TORRE, *Quali conseguenze nei casi di violazione della disciplina di cui agli articoli 210, comma 6 e 197 bis c.p.p.? La parola alle Sezioni Unite*, 23 gennaio 2015.

²³ J. DELLA TORRE., *Le Sezioni Unite sulla violazione della disciplina di cui agli articoli 210, comma 6 e 197 bis c.p.p.: un'occasione (parzialmente) perduta per ristabilire la legalità processuale?*, cit., pag. 5-7 lamenta tale omissione argomentativa.

²⁴ In questo senso, P. TONINI-C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., pag. 100 e 286.

²⁵ A. SANNA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nei procedimenti connessi*, cit., pag. 67 e ss..

3.

Il significato della testimonianza assistita fra contraddittorio e principio di non dispersione della prova.

Dopo aver evidenziato la principale criticità e le indebite omissioni della ricostruzione fornita dalla Cassazione, appare opportuno formulare una riflessione di fondo sulla bontà del regime della c.d. “testimonianza assistita”²⁶, alla luce di una non secondaria dichiarazione di principio che la Suprema Corte pone a fondamento del proprio duplice principio di diritto.

Secondo le Sezioni Unite, il valore giuridico della testimonianza assistita «non [può] *che essere ancorat[o] al presupposto della scelta dello stesso dichiarante di riferire circostanze relative alla responsabilità altrui, resa consapevole ed efficace dal sistema di avvisi previsti dall'art. 64, comma 3, cod. proc. pen., e in particolare da quello ex lettera c), con le conseguenze stabilite dal comma 3 bis*»²⁷, mentre le soluzioni ermeneutiche escludenti l'inutilizzabilità della deposizione del testimone assistito realizzatasi al di fuori delle prescrizioni normative ex art. 210 comma 6 c.p.p. non garantiscono un'efficiente tutela della perdita del diritto al silenzio del dichiarante. Detti itinerari – e questo è il punto focale – non consentirebbero di pervenire «ad una adeguata ponderazione di valori antagonisti»²⁸, a differenza dell'orientamento giurisprudenziale sancente l'inutilizzabilità dell'esame di imputato debolmente connesso assunto senza l'avvertimento ex art. 64 comma 3 lett. c) c.p.p..

Questa considerazione che la sentenza *Lo Presti* pone, invero, come assolutamente pacifica schiude una profonda questione, al di là di ogni (già formulata) considerazione sulla dubbia consistenza della portata garantistica di tale pronuncia: è legittimo parlare di una “ponderazione di valori antagonisti” (contraddittorio e non dispersione degli elementi di prova) con riferimento al diritto di difesa? O ancora più inequivocabilmente: il diritto al silenzio è suscettibile di un giudizio di bilanciamento con finalità ad esso avulse? È costituzionalmente legittima la caducazione di detto diritto, nell'ambito di determinati comportamenti processuali?

Proprio in queste domande risiede un ulteriore cortocircuito concettuale, attraverso il quale (più o meno inconsapevolmente) si sferra un ulteriore colpo alla tenuta del *nemo tenetur se detegere*. Il paradosso non potrebbe essere più grande: con la pretesa di tutelare la perdita del diritto al silenzio e di non rendere tale perdita completamente “gratuita” quando estranea all'intelaiatura normativa avente ad oggetto la testimonianza assistita, si ritiene possibile conculare il diritto di difesa. La legittimità del suindicato teorema è asserita con un'esigenza di bilanciamento a diverse finalità aventi ad oggetto il “buon esito” processuale. Una costruzione concettuale che risulta, già di suo, estremamente discutibile²⁹ e che peraltro – in detto frangente – si concretizza ponendo sull'opposto piatto della bilancia una finalità pubblico-statale antitetica al diritto di difesa e sfornita di copertura costituzionale: la non-dispersione dei mezzi probatori unilateralmente raccolti³⁰.

Sarebbe, quindi, davvero angusto limitarsi ad analizzare detta pronuncia con riferimento alla sola bontà della *solutio iuris* elaborata dalle Sezioni Unite senza una più approfondita disamina delle linee orizzontali sottese al “garantismo di facciata” di cui alla presente sentenza. Da dette coordinate emerge tutta la preoccupante posizione che la bizzarra figura della testimonianza assistita ha ormai definitivamente ricoperto incastonandosi nelle falde liquide

²⁶ Al riguardo, lamenta un certo disinteresse dottrinale O. MAZZA, *Il garantismo al tempo del giusto processo*, Milano, 2011, pag. 123, ricordando che, di fatto, «la figura dell'imputato-testimone è stata accettata come un male minore e in qualche modo necessario».

²⁷ Cass., Sez. Un., 26 marzo 2015, n. 33583, cit., pag. 20.

²⁸ Cass., Sez. Un., 26 marzo 2015, n. 33583, cit., pag. 19. La stessa sentenza, poco prima, chiarisce come tali valori antagonisti siano da identificarsi, da un lato, nella «nota giurisprudenza costituzionale degli anni '90, attenta a rimarcare il valore essenziale delle acquisizioni processuali e a circoscrivere il pericolo della dispersione dei mezzi di prova» e, dall'altro, «i valori dell'oralità e del contraddittorio». Ritorna ancora una volta il sempiterno (e concettualmente errato) conflitto tra principio di non dispersione probatoria e diritto di difesa.

²⁹ Anche perché frutto di una chiave di lettura dicotomica tra “diritti individuali” e “interesse pubblico” errata in radice. Come evidenziato da O. MAZZA, in AA. VV., *Procedura penale*, Torino, 2015, pag. 64 lo scopo di ogni giusto processo è quello di coniugare garanzie dell'individuo e della giurisdizione, ossia è interesse dello Stato che le garanzie individuali siano pienamente rispettate all'interno del processo penale, senza un indebito aggiramento delle stesse per il raggiungimento di traguardi punitivi.

³⁰ Riemerge come un'araba fenice il famigerato principio di non dispersione probatoria la cui prima ideazione risale alla giurisprudenza costituzionale degli anni '90, eversiva del principio del contraddittorio enucleato dal codice di rito entrato in vigore da pochi anni (ci si riferisce alle pronunce C. Cost., sent. 31 gennaio 1992, n. 24, in *Giur. cost.*, 1992, pag. 114 e ss C. Cost., sent. 3 giugno 1992, n. 254, in *ivi.*, 1992, pag. 1932 e ss.; C. Cost., sent. 3 giugno 1992, n. 255, in *ivi.*, 1992, pag. 1967 e ss.; C. Cost., sent. 2 novembre 1998, n. 361, in *ivi.*, 1998, pag. 3128 e ss.). Sul fatto che detto principio non abbia alcuna cittadinanza costituzionale e che, quindi, vada «abbandonato a ogni livello» si v. le considerazioni di O. DOMINIONI, *Oralità, contraddittorio e principio di non dispersione della prova*, in *Il giusto processo*, Milano, 1998, pag. 95; ID., *Un nuovo idolum theatri: il principio di non dispersione probatoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, pag. 7361; P. FERRUA, *Anamorfosi del processo accusatorio*, in ID., *Studi sul processo penale*, II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino, 1992, pag. 164.

del nostro ordinamento processuale, e meglio consente di comprendere gli effetti di questa pronuncia che, attraverso la nobile giustificazione della tutela del diritto al silenzio, estromette l'assoluta inviolabilità del *nemo tenetur se detegere*³¹, caratteristica fondante di detta garanzia individuale.

La testimonianza assistita, sin dalla sua discussa introduzione legislativa, ha rappresentato una figura ibrida³², chimerica³³ all'interno del processo penale, frutto di un complesso e vertiginoso gioco ad incastro, dalle disposizioni non sempre di facile lettura³⁴. Una complessità – a detta del legislatore e di numerosi Autori³⁵ – scaturita e dovuta dalla tutela di due esigenze tra loro contrapposte, ma comunque entrambe generate dal comune ceppo del diritto di difesa: il *nemo tenetur se detegere* dell'imputato di reato connesso, che non potrà essere costretto a rendere dichiarazioni dalle quali possa evincersi la sua colpevolezza in ordine all'ipotesi delittuosa addebitatagli, e il *right of confrontation* dell'imputato attinto da tali dichiarazioni etero-accusatorie, il quale dovrà avere diritto a controesaminare in contraddittorio l'accusatore³⁶.

Uno scontro di irriducibili valori da cui ne deriverebbe, non potendo gli stessi annullarsi a vicenda, un obbligatorio bilanciamento³⁷.

Una prima giustificazione a detto bilanciamento è fornita ritenendo che il diritto al silenzio dell'imputato collegato o connesso non subisca, a causa dell'applicazione della testimonianza assistita, un significativo detrimento, posto che la perdita di detta prerogativa si verificherebbe non con riferimento alla responsabilità per propri fatti criminosi, ma con solo riguardo ai fatti altrui³⁸. La costruzione appare, però, criticabile, anche solo considerando che le dichiarazioni eteroaccusatorie rivestono sempre una potenziale rilevanza pure per la posizione dell'imputato dichiarante "debolmente connesso": l'imposizione di obblighi testimoniali, pur formalmente riferita fatti altrui, è in realtà idonea a produrre la restrizione di un diritto fondamentale con ricadute negative in ordine alla verifica della propria penale responsabilità³⁹.

L'equivoco di fondo è rappresentato dal ritenere che «il diritto costituzionale dell'accusato a confrontarsi con il suo accusatore possa essere assicurato solo attraverso l'imposizione a quest'ultimo degli obblighi testimoniali, ossia a costo di una sensibile riduzione delle facoltà

³¹ Va ricordato come il *nemo tenetur se detegere* (definito «prima massima del garantismo processuale accusatorio» da L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 2011, pag. 623) goda di copertura costituzionale in quanto ricompreso nell'insieme dell'art. 24, c. 2, Cost. Su questo tema, cfr., *ex multis*, M. CHIAVARIO, *Contraddittorio e ius tacendi: troppo coraggio o troppa prudenza nell'attuazione di una riforma costituzionale "a rime (non sempre) obbligate"?*, in *Leg. pen.*, 2002, pag. 145; P. CORSO, *Diritto al silenzio: garanzia da difendere o ingombro processuale da rimuovere?*, in *Ind. pen.*, 1999, pag. 1080; M.L. DI BITONTO, *Diritto al silenzio: evoluzione o involuzione?*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, pag. 1031; V. GREVI, *Nemo tenetur se detegere. Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, cit., pag. 118; O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., pag. 46, nota 137; V. PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, cit., p. 79 ss.

³² M. DANIELE, *La testimonianza assistita e l'esame degli imputati in procedimenti connessi*, in *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, cit., p. 197 che definisce la testimonianza assistita «l'ibridazione di un ibrido».

³³ Se non «un *monstrum* da ascrivere di pieno diritto alla teratologia del processo penale» (O. MAZZA, *Il garantismo al tempo del giusto processo*, cit., pag. 121).

³⁴ Per una ricognizione storica, v. A. DIDDI, *La testimonianza assistita*, cit., pag. 241-253.

³⁵ V., fra i tanti e senza pretese di completezza, E. AMODIO, *Giusto processo, diritto al silenzio e obblighi di verità dell'imputato sul fatto altrui*, in *Cass. pen.*, 2001, pag. 3589; V. GREVI, *Spunti problematici sul nuovo modello costituzionale di "giusto processo" penale (tra "ragionevole durata", diritti dell'imputato e garanzia del contraddittorio)*, in *Id.*, *Alla ricerca di un processo penale "giusto". Itinerari e prospettive*, Milano, 2000, pag. 335 e ss.; P. TONINI, *L'alchimia del nuovo sistema probatorio: una attuazione del giusto processo?*, in *Giusto processo, nuove norme sulla formazione e valutazione delle prove (l. 1 Marzo 2001, n. 63)*, a cura di *Id.*, Padova, 2001, pag. 3 e ss.; P. TONINI-C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., pag. 265-268 e 310-312; D. VIGONI, *Ius tacendi e diritto al confronto dopo la l. n. 63 del 2001: ipotesi ricostruttive e spunti critici*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, pag. 88-89.

³⁶ P. TONINI-C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., pag. 265-268. Da notare come detta distinzione derivi (da una scissione del contraddittorio in una sfera oggettiva (riguardante il "metodo di conoscenza") e in una sfera soggettiva (riguardante la "tutela dell'imputato"); sul tema si segnala, in particolare, C. CONTI, *Le due "anime" del contraddittorio nel nuovo art. 111 Cost.*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, pag. 198. Dà conto di tale distinzione O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., pag. 324, nota 10, sottolineandone la fallacia concettuale. Condivisibile anche la prospettiva di E. AMODIO, *La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo*, in *Cass. pen.*, 2003, pag. 1422 che – criticando detta distinzione e giudicandola artificiosa – sottolinea come «[...] nel processo penale, la difesa è fondamentalmente garanzia dell'individuo, titolare di un diritto inviolabile riconosciutogli in quanto persona umana».

³⁷ Sostiene la necessità di detto bilanciamento proprio C. CONTI, *Le due "anime" del contraddittorio nel nuovo art. 111 Cost.*, cit., pag. 198.

³⁸ Questa confutabile teoria costituisce l'alibi su cui si regge il regime della testimonianza assistita. Per approfondire la tematica v. O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., pag. 335-343.

³⁹ V. ancora O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., pag. 339 laddove si citano alcuni esempi a sostegno di tale conclusione. Per ulteriori approfondimenti, cfr. P. CORSO, *Diritto al silenzio: garanzia da difendere o ingombro processuale da rimuovere?*, cit., pag. 1091; G. ILLUMINATI, *L'imputato che diventa testimone*, cit., pag. 404; P. MOROSINI, *Il "testimone assistito" tra esigenze del contraddittorio e tutela contro l'autoincriminazione (art. 197-bis c.p.p.)*, in *Il giusto processo*, cit., 323; M. NOBILI, *Giusto processo e indagini difensive: verso una nuova procedura penale?*, cit., pag. 7-8; A. SANNA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nei procedimenti connessi*, cit., pag. 236-237.

difensive del dichiarante *erga alios*»⁴⁰. A ben vedere⁴¹, questa teorizzazione appare tutt'altro che obbligata, ben potendo la regola di esclusione probatoria dettata dall'art. 526, c. 1-bis, c.p.p. assicurare il medesimo risultato senza imporre, in capo all'imputato di reato connesso, adempimenti di natura testimoniale, quali l'obbligo di presentarsi per la deposizione e l'obbligo di rendere testimonianza sui fatti altrui già dichiarati, imposizioni che risultano lesive dell'intangibilità del diritto al silenzio.

La testimonianza assistita non è tanto l'espressione di due anime conflittuali del diritto di difesa, quanto, più semplicemente, un inaccettabile "gioco al ribasso" attuato dal legislatore, il quale ha inteso operare una scelta di mediazione dell'appena costituzionalizzato principio del contraddittorio con esigenze pratiche di "non dispersione probatoria"⁴². Inutile ribadire come tale conflitto non possa godere di alcuna cittadinanza giuridica nell'attuale ordinamento processuale⁴³ sicché ne deriverebbe la sua espunzione, discendendo seri dubbi in ordine alla costituzionalità di permanenti restrizioni al diritto al silenzio come, appunto, avviene attraverso con il regime della testimonianza assistita⁴⁴.

Le Sezioni Unite, però, non solo non rispondono ai rilievi "storici" e "dogmatici" sulla bontà della testimonianza assistita, ma addirittura sanciscono la piena legittimità del contorto gioco di incastri elaborato dal legislatore con la l. 63/2001, *checks and balances* rivolti non a contemperare il principio del contraddittorio (per essere più specifici: il diritto al controesame dell'imputato raggiunto dalle dichiarazioni accusatorie del testimone assistito) con il diritto al silenzio dell'imputato proponente⁴⁵, ma, invero, al raggiungimento di un punto d'incontro tra due intense forze in inevitabile e insanabile contrasto: il diritto di difesa e il principio di conservazione (*rectius*: non dispersione) della prova unilateralmente raccolta. Si svela così, forse in un impeto involontario, lo strappo di quel fragile alibi legislativo inizialmente apparso necessario per rendere, da un lato, costituzionalmente accettabile la testimonianza assistita e, dall'altro, annacquare l'opzione costituzionale in favore del contraddittorio forte per l'elemento di prova. Questa conclusione non deve sorprendere: l'impulso irresistibile alla bulimia inquisitoria *ad eruendam veritatem* «ha radici fuori dal tempo [...] nello spazio psichico profondo»⁴⁶.

4.

Crisi strutturale della testimonianza assistita.

Ribadite tutte le critiche che rendono la testimonianza assistita un vero e proprio *vulnus* costituzionale, si può evidenziare come detto istituto possieda una sua *precisa logica strutturale nel momento in cui le garanzie di cui agli artt. 64 comma 3 lett. c) e 197-bis c.p.p. operino in un contesto diacronico-dinamico*.

Ci si riferisce, più precisamente, all'ipotesi in cui le dichiarazioni etero-accusatorie rese dall'imputato debolmente connesso innanzi all'autorità inquirente in sede di indagini preliminari sotto l'ombrello dell'art. 64 comma 3 lett. c), c.p.p. possano dare luogo, nell'ambito dell'istruttoria dibattimentale, a una citazione quale testimone assistito.

Due sono le conseguenze logiche di questa scansione: *a)* l'imputato di reato debolmente connesso saprà, reso edotto della propria citazione quale testimone assistito, su quali fatti altrui avrà un preciso obbligo di verità (e cioè su quelli già dichiarati e verbalizzati in sede di interrogatorio); *b)* l'imputato debolmente connesso non assumerà la qualifica di testimone assistito nel momento stesso in cui si determinerà a riferire sul fatto altrui, ma *posteriormente*

⁴⁰ È quanto riferito, in chiave apertamente critica, da O. MAZZA, *Il garantismo al tempo del giusto processo*, cit., pag. 122. Nei medesimi termini, cfr. ID., *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., pag. 320.

⁴¹ Sulla questione, v. M.L. DI BITONTO, *Diritto al silenzio: evoluzione o involuzione?*, cit., pag. 1028; G. ILLUMINATI, *L'imputato che diventa testimone*, cit., pag. 393-394.

⁴² Si esprime con chiarezza sul punto O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., pag. 331, sottolineando che, «a dispetto dello scopo dichiarato di dare attuazione ai principi costituzionali del giusto processo e, in particolare, al diritto dell'accusato di confrontarsi con chi lo accusa, [il legislatore] abbia in realtà perseguito il ben diverso fine di assicurare la non dispersione delle dichiarazioni etero-accusatorie raccolte durante le indagini preliminari dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria, anche a costo di comprimere notevolmente le facoltà autodifensive dell'imputato dichiarante». Dello stesso avviso G. ILLUMINATI, *L'imputato che diventa testimone*, cit., pag. 387: «[con la testimonianza assistita] si rompe per la prima volta un argine, rappresentato dall'intangibilità del diritto al silenzio dell'imputato [...] riemerge la tendenza a dare spazio, nel processo, ad un impulso probabilmente irresistibile, l'impulso ad estrarre la verità dall'imputato».

⁴³ Così P. FERRUA, *Anamorfofi del processo accusatorio*, cit., pag. 164.

⁴⁴ Dubbi chiaramente esplicitati da O. MAZZA, *Il garantismo al tempo del giusto processo*, cit., pag. 121-123.

⁴⁵ Bilanciamento interno che tradisce un'errata lettura dell'art. 111 cost., come osservato da E. AMODIO, *La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo*, cit., pag. 1422.

⁴⁶ F. CORDERO, *Procedura Penale* (Nona Edizione), Milano, 2012, pag. 28.

alla chiusura dell'interrogatorio⁴⁷.

Questa precisa successione – dovuta, *in primis*, all'operatività del principio di separazione delle fasi – consente al testimone assistito di poter predisporre al meglio la propria difesa, ponendolo al riparo da sgradevoli incomprensioni in ordine all'estensione del proprio dovere di rendere il vero in sede dibattimentale.

Così ragionando, la testimonianza assistita si presenta come un istituto che, pur se criticabile sotto il profilo della sua non indispensabilità per garantire il diritto al confronto, risulta provvisto di una coerente fisionomia strutturale e che, tendenzialmente, consente all'imputato (debolmente) connesso di nutrire consapevolezza in ordine alla portata erosiva del proprio diritto al silenzio.

Il condizionale, tuttavia, risulta obbligatorio, perché questo discorso vale solo con riferimento al momento in cui le regole processuali entrano in gioco su un piano squisitamente diacronico, e cioè *una dopo l'altra, in separate fase processuali*.

A esiti del tutto differenti conduce un'applicazione sincronico-contestuale delle garanzie della testimonianza assistita. Questo risultato è rinvenibile, appunto, nella disciplina dell'esame ex art. 210 comma 6 c.p.p. che non pare azzardato descrivere attraverso l'immagine del "labirinto": *la simultanea messa in atto di tutte le regole processuali* (costruite, almeno in teoria, nell'ottica di "garanzia dell'imputato") *crea uno stallo normativo dal quale è difficile uscirne preservando, integri, i diritti individuali della persona inquisita.* Ciò è dovuto, a monte, a una non felice costruzione della norma e, a valle, da una mancata sensibilità della giurisprudenza e della dottrina in ordine alle dinamiche applicative dell'art. 210 c.p.p. Va peraltro ricordato come la sentenza *Lo Presti*⁴⁸ non affronti, neppure *en passant*, detta problematica.

L'art. 210 comma 6 c.p.p. non chiarisce la precisa scansione degli adempimenti e degli obblighi richiesti all'imputato connesso esaminando. La persona sentita ai sensi dell'art. ex art. 210 comma 6 c.p.p. dovrà, pertanto, presentarsi innanzi al giudice (in forza del secondo comma della citata disposizione) unitamente a un proprio difensore di fiducia (in forza del terzo comma della citata disposizione) e, immediatamente, dovrà essere resa edotta della propria facoltà di astenersi dal deporre (in forza del quarto comma della citata disposizione).

Da questo istante la costruzione normativa entra in stallo.

Dal dato letterale dell'intero art. 210 c.p.p. pare che *l'obbligo testimoniale de aliis*, gravante sugli imputati debolmente connessi, *sorga non in relazione alla precisa propalazione su fatti concernenti la responsabilità di altri, ma, a ben vedere, dalla semplice decisione di rispondere, a prescindere da quanto essi andranno concretamente a riferire in corso d'esame*⁴⁹. Quest'interpretazione, risulta, invero, difficilmente confutabile, atteso che la disposizione richiama espressamente l'operatività dell'art. 497 c.p.p. che, al proprio secondo comma, prevede in capo al testimone l'obbligo di giurare in ordine alla veridicità e completezza di *tutto* quanto avrà a dover dichiarare sul fatto del terzo. Anche a causa della cattiva tecnica legislativa, si dipinge un quadro in cui l'esaminando ex art. 210, comma 6, c.p.p. acquisirebbe in automatico tutte le caratteristiche del testimone nel momento in cui decida di non avvalersi della facoltà di non rispondere, così che la corretta scansione processuale sarebbe ricostruibile secondo la seguente concatenazione: i) presentazione dell'imputato di reato connesso in forma debole innanzi al Giudice; ii) avviso

⁴⁷ Secondo larga parte della dottrina, la qualifica di teste assistito non si realizza nel corso dell'interrogatorio per effetto della prima dichiarazione sul fatto altrui, ma necessita della conclusione dell'interrogatorio stesso con apertura di un altro verbale di assunzione di informazioni ai sensi dell'art. 197-bis c.p.p. In altri termini, il PM potrà chiudere il verbale – e *contestualmente* – aprire un secondo verbale di assunzione di informazioni sul possibile testimone, così da radicare, in capo a questi, un obbligo di verità sui fatti altrui già dichiarati, previo avvertimento dell'organo inquirente della nuova "qualità" assunta dal dichiarante. In questi termini C. CONTI, *L'imputato nel procedimento connesso: diritto al silenzio e obbligo di verità*, cit., pag. 234 e V. PATANÈ, *Il diritto al silenzio*, cit., pag. 212.

⁴⁸ Cass., Sez. Un., 26 marzo 2015, n. 33583, cit., pag. 20.

⁴⁹ Accedono a questa interpretazione di tipo letterale E. AMODIO, *Giusto processo, diritto al silenzio e obblighi di verità dell'imputato*, cit., pag. 3598 e G. ILLUMINATI, *L'imputato che diventa testimone*, cit., pag. 405. Del medesimo avviso anche B. LAVARINI, *L'esame delle parti*, in *La prova penale*, cit., pag. 347 secondo cui «[...] l'imputato "debolmente connesso" o "collegato", di cui sia disposto l'esame a norma dell'art. 210 c.p.p., è per definizione chiamato a rendere dichiarazioni sul fatto altrui [...] In un tale contesto è logico che l'obbligo testimoniale scaturisca dalla semplice decisione di rispondere: invero, qualunque dichiarazione verrà resa non potrà che concernere la responsabilità di altri». Sempre in questo senso, si segnalano M. BARGIS, *L'attuale ambito applicativo dell'art. 210 c.p.p. e la portata residuale dell'art. 513 c.p.p.*, in *Id.*, *Studi di diritto processuale penale*, I, *Giusto processo italiano e Corpus juris europeo*, Torino, 2002, pag. 104 e ss.; P. FERRUA, *Il giusto processo*, cit., pag. 228; A. SANNA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nei procedimenti connessi*, cit., pag. 87; R. ORLANDI, *Dichiarazioni dell'imputato su responsabilità altrui: nuovo statuto del diritto al silenzio e conseguenti restrizioni in tema d'incompatibilità a testimoniare*, cit., pag. 178; A. SCALFATI, *Aspetti dell'acquisizione dibattimentale di fonti dichiarative*, in *Ind. pen.*, 2003, pag. 637. Per ulteriormente approfondire questo filone dottrinale si rimanda a M.L. DI BITONTO, *Un caso di inutilizzabilità dubbio o inconferibile?*, cit., pag. 4311 (e bibliografia citata) secondo cui «[...] a far scattare la veste del dichiarante è la sola manifestazione della volontà di rispondere, che impone subito le formalità di espletamento della testimonianza (l'avvertimento presidenziale dell'obbligo di dire la verità e l'invito a prestare giuramento)».

della facoltà di non rispondere; iii) ove decida di rispondere, lettura della formula di impegno ex art. 497 comma 2 c.p.p.; iv) inizio dell'esame con obbligo, per il teste, di dover rispondere secondo verità a *tutte* le domande sul fatto altrui.

Una diversa interpretazione ritiene che, ai fini dell'assunzione da parte dell'imputato di reato connesso e/o collegato della qualifica testimoniale, sia necessaria «[non] la semplice scelta di rispondere, ma [...] che le dichiarazioni rese abbiano una concreta portata *erga alios*»⁵⁰. Potrà così accadere che, nel corso del medesimo esame, l'imputato di reato connesso sia sentito ora come teste, ora come imputato a cui sono riconosciuti tutti i relativi diritti processuali⁵¹. Secondo questa impostazione, l'imputato debolmente connesso può avvalersi della *facoltà di non rispondere pure con riferimento alle singole domande*⁵² e, nel momento in cui si esprimerà su un fatto del terzo, *immediatamente dopo essersi espresso*, assumerà la qualifica di testimone limitatamente a detto fatto con consequenziale obbligo di verità. Questo mosaico di difficili composizioni, può così essere sintetizzato: i) presentazione obbligatoria dell'imputato di reato connesso in forma debole al giudice; ii) avviso della facoltà di non rispondere, anche con riferimento alle singole domande e non solo con riguardo all'esame nella sua interezza; iii) se l'imputato debolmente connesso non si avvale della facoltà di non rispondere e rende dichiarazioni su altri, assunzione della qualifica di testimone assistito relativamente a tali fatti; iv) lettura dell'impegnativa ex art. 497, comma 2, c.p.p.; v) nuova domanda sul fatto altrui per ottenere una risposta secondo verità, a seguito dell'appena assunto impegno a dire il vero ai sensi dell'art. 497, comma 2, c.p.p.

Va riconosciuto che sarebbe molto difficile, se non impossibile, per l'autorità procedente applicare correttamente tutti i passaggi descritti nell'ambito del medesimo esame ex art. 210 c.p.p.. E sarebbe ancora più difficile per il dichiarante poter comprendere le dinamiche di detta procedura, che risultano opache ed equivoche anche per gli operatori.

Senza dimenticare che l'art. 210 comma 6 c.p.p. colloca l'avvertimento ex art. 497 c.p.p. in apertura dell'esame quando l'interessato non si avvalga della facoltà di non rispondere. Non si capisce allora in che modo detta disposizione possa venire limitata, nei suoi effetti, alle sole dichiarazioni concernenti la responsabilità altrui in assenza di una specifica previsione in tal senso e, soprattutto, prima di aver conosciuto il tenore delle risposte.

Una possibile soluzione potrebbe essere quella di "spezzare" diacronicamente l'esame sulla falsariga dell'interrogatorio⁵³. La ripetizione dell'esame ex art. 210 c.p.p. diverrebbe, in quest'ottica, un imprescindibile passaggio affinché l'esaminando acquisisca effettivamente l'obbligo di rispondere secondo verità, in ottemperanza a quel modello di "diacronico" di attivazione delle garanzie che si è previamente descritto.

Questa impostazione è tuttavia criticabile nel punto in cui non specifica i termini e i modi della ripetizione che, per non divenire un vuoto simulacro, dovrebbe essere predisposta, quantomeno, in una differente udienza. Inutile sottolineare come, in questo modo, si rischi però di risolvere il rompicapo normativo attraverso l'approntamento di una procedura dai contorni ugualmente farraginosi.

Deve rilevarsi come non sia affatto stravagante la circostanza che *l'attivarsi simultaneo di tutte le garanzie previste dall'art. 210 c.p.p. provochi un'entrata in crisi di quegli assiomi teorici alla base dell'istituto della testimonianza assistita* e di come questo stallo renda davvero impervio l'accesso a una soluzione chiarificatrice di fondo. È paradossale, ma inevitabile, quando una

⁵⁰ Riferimento a M. DANIELE, *La testimonianza assistita e l'esame degli imputati in procedimenti connessi*, cit., pag. 2005, pag. 220. Nello stesso C. CONTI, *L'imputato nel procedimento connesso: diritto al silenzio e obbligo di verità*, cit., pag. 259 sostiene che «Ai sensi del già ricordato art. 197, lett. b, l'incompatibilità viene meno soltanto se i predetti soggetti hanno reso dichiarazioni su fatti concernenti la responsabilità altrui. Inoltre, essi possono deporre come testimoni esclusivamente in relazione a tali fatti. Pertanto, malgrado il tenore letterale dell'art. 210, comma 6, l'obbligo di verità è limitato a quei fatti altrui in relazione ai quali l'imputato in dibattimento non si sia avvalso della facoltà di tacere». Della medesima impostazione sono R. BRICCHETTI, *Le figure soggettive della legge sul giusto processo*, cit., pag. 1277; E. APRILE-P. SILVESTRI, *La formazione della prova penale*, cit., pag. 269.

⁵¹ Cosa che puntualmente avviene quando la testimonianza assistita operi nel testé descritto "regime diacronico" (ossia: dichiarazioni etero-accusatorie in sede di interrogatorio, con futura citazione a testimoniare su quei fatti ex art. 197-bis, c. 2, lett. b), c.p.p.). Solo sui "fatti concernenti la responsabilità altrui" (peraltro già fotografati dalle precedenti asserzioni del dichiarante) l'imputato connesso avrà obbligo di rispondere secondo verità. Si v. P. TONINI, *L'alchimia del nuovo sistema probatorio: una attuazione del giusto processo?*, cit., pag. 37.

⁵² C. CONTI, *L'imputato nel procedimento connesso: diritto al silenzio e obbligo di verità*, cit., pag. 260. Da segnalarsi, *contra*, V. PATANÈ, *Il diritto al silenzio*, cit., pag. 255 secondo cui l'assunzione della qualifica di testimone assistito sarà possibile solo in un momento posteriore alla conclusione dell'intero esame ex art. 210 c.p.p. e non progressivamente, domanda dopo domanda.

⁵³ Tale è l'indirizzo della dottrina minoritaria in materia, quale C. CONTI, *L'imputato nel procedimento connesso: diritto al silenzio e obbligo di verità*, cit., pag. 260 e ss.; P. TONINI, *Manuale di procedura penale* (Tredicesima Edizione), Milano, 2012, pag. 302; Per approfondire questo filone si rimanda a M.L. DI BITONTO, *Un caso di inutilizzabilità dubbio o inconfindibile?*, cit., pag. 4311-4312, nota 6.

cattiva costruzione delle garanzie processuali si combina con una discutibile finalità conservativa della prova, *raison d'être* sottesa all'istituto della testimonianza assistita.

5. La mancata considerazione delle dichiarazioni autoincriminanti

Non si può, da ultimo, prescindere dalla considerazione del caso concreto preso in esame dalle Sezioni Unite⁵⁴. Il dichiarante era, infatti, un soggetto che, pur non formalmente indagato, avrebbe dovuto assumere la qualifica sostanziale di indiziato⁵⁵, essendo emersi a suo carico indizi di “coinvolgimento” con i soggetti denunciati. Su questi presupposti, sarebbe stato doveroso ritenere *ab origine* affette da inutilizzabilità assoluta, ex art. 63 comma 2 c.p.p., le dichiarazioni etero-accusatorie rese in sede di indagini preliminari.

La questione risultava, peraltro, gravida di ulteriori considerazioni teoriche, atteso il denso significato che l'art. 63 comma 2 c.p.p. assume all'interno dell'ordinamento quale strumento di tutela anticipata del diritto al silenzio e del suo stretto collegamento proprio con le disposizioni di cui agli artt. 197-bis e 210 c.p.p.⁵⁶.

Se risulta indubbio che il giudice di legittimità non avrebbe potuto avventurarsi in una autonoma valutazione di merito sul grado di consapevolezza degli operanti circa il reale *status* della persona offesa, sarebbe stato comunque doveroso prendere atto delle valutazioni già operate dalla Corte d'Appello che, sostanzialmente, aveva riconosciuto come la polizia giudiziaria fosse già previamente a conoscenza di “contatti” tra il dichiarante e un “terzo interessato”, contatti sufficienti per ritenere la sussistenza di indizi non equivoci di reità⁵⁷ e, conseguentemente, l'inutilizzabilità delle dichiarazioni ex art. 63 comma 2 c.p.p.

⁵⁴ Cass., Sez. Un., 26 marzo 2015, n. 33583, cit., pag. 20.

⁵⁵ Si sorprende per tale omissione argomentativa anche J. DELLA TORRE, *Le Sezioni Unite sulla violazione della disciplina di cui agli articoli 210, comma 6 e 197 bis c.p.p.: un'occasione (parzialmente) perduta per ristabilire la legalità processuale?*, cit., pag. 16 ritenendo che la Suprema Corte sia stata «influenzata anche dal caso di specie, nel quale aveva valutato corretto attribuire al dichiarante la qualifica di testimone, si sia limitata ad affrontare la questione come posta nelle decisioni appartenenti al conflitto esegetico, senza perciò adottare la diversa prospettiva legata alla possibile applicazione dell'art. 63, comma 2, c.p.p.». Eppure, «l'istruttoria dibattimentale aveva dimostrato che già da quando il Sanfratello [ndr., la persona offesa] aveva denunciato i fatti alla p.g. sussistevano ed erano nella disponibilità della p.g. prima e del p.m. poi, elementi per riscontrare il mendacio nelle sue dichiarazioni» (Cass., Sez. Un., 26 marzo 2015, n. 33583, cit., pag. 15).

⁵⁶ Id., *Le Sezioni Unite sulla violazione della disciplina di cui agli articoli 210, comma 6 e 197 bis c.p.p.: un'occasione (parzialmente) perduta per ristabilire la legalità processuale?*, cit., pag. 13-16. Per un approfondimento sul concetto che detta disposizione disporrebbe una tutela anticipata del diritto al silenzio spettante a ogni persona inquisita, si v. A. SANNA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato*, cit., p. 34. Cfr. con la diversa ottica di R. ORLANDI, *Dichiarazioni dell'imputato su responsabilità altrui: nuovo statuto del diritto al silenzio e restrizioni in tema d'incompatibilità a testimoniare*, cit., pag. 182 (che intravede, al contrario, nella disposizione dell'art. 63, c. 2, c.p.p. un'esigenza disciplinare protesa «a “moralizzare” l'operato di polizia e magistratura»). Invero, le due prospettive non paiono così in contrasto, ma, anzi, risultano tra loro complementari.

⁵⁷ Giova infatti richiamare quell'indirizzo di legittimità che stabilisce, ai fini dell'inutilizzabilità *erga omnes* stabilita dall'art. 63, c. 2, c.p.p. l'obbligatoria presenza «a carico dell'interessato [...] [di] indizi non equivoci di reità, come tali conosciuti dall'autorità procedente, non rilevando a tale proposito eventuali sospetti od intuizioni personali dell'interrogante» (in questi esatti termini, Cass., Sez. un., 23 aprile 2009, n. 23868, Imp. Fruci, in CED Cass., Rv. 243417. Cfr. anche Cass., Sez. un., 22 febbraio 2007, n. 21832, Imp. Morea, in *ivi*, Rv. 236370).