

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?

Cass. pen., Sez. Un., 26 marzo 2015 (dep. 29 luglio 2015), n. 33583, Pres. Santacroce, Rel.
Bianchi, Ric. Lo Presti e a.

di Jacopo Della Torre

Abstract. *L'Autore, dopo aver illustrato una recente sentenza delle Sezioni Unite, con cui è stato risolto un contrasto giurisprudenziale concernente le conseguenze della violazione, in fase dibattimentale, della disciplina di cui agli artt. 210, comma 6 e 197 bis c.p.p., effettua alcune riflessioni in merito ai due principi di diritto espressi dalla Suprema Corte.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La fattispecie concreta. – 3. Il contrasto giurisprudenziale. – 4. La soluzione della Corte. – 5. L'applicazione dei principi di diritto nel caso concreto. – 6. Riflessioni critiche. – 6.1. La soluzione del contrasto giurisprudenziale: una risposta solo parziale al quesito posto dalla Seconda Sezione? – 6.2. La piena condivisibilità del primo principio di diritto.

1. Premessa.

Il Collegio esteso della Cassazione, con la sentenza in commento, ha affrontato diverse e delicate questioni concernenti l'intricato sistema normativo di cui agli artt. 197, 197 bis, 210, 64, c.p.p.¹

¹ Per una presentazione e ulteriori indicazioni bibliografiche in merito a tale disciplina non si può in questa sede che rinviare a: AA. VV., *Giusto processo e prove penali. Legge 1° marzo 2001, n. 63*, Milano, 2001; AA. VV., *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova (legge 1° marzo 2001, n. 63)*, a cura di P. Tonini, Padova, 2001; AA. VV., *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura di R.E. Kostoris, Torino, 2002; E. AMODIO, *Giusto processo, diritto al silenzio e obblighi di verità dell'imputato sul fatto altrui*, in *Cass. pen.*, 2001, pp. 3589 ss.; M. BARGIS, *Commento all'art. 8 l. 1.3.2001 n. 63 – Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale in materia di formazione e valutazione della prova in attuazione della legge costituzionale di riforma dell'art. 111 della Costituzione*, in *Leg. Pen.*, 2002, pp. 226 ss.; EAD., voce *Testimonianza (diritto processuale penale)*, in *Enc. Dir.*, II Annali, t. I, Milano, 2008, pp. 1097 ss.; F. CAPRIOLI, *Commento all'art. 5 l. 1.3.2001 n. 63 – Modifiche al codice di procedura penale in materia di formazione e valutazione della prova in attuazione della legge costituzionale di riforma dell'art. 111 della Costituzione*, in *Leg. pen.*, 2002, pp. 177 ss.; C. CONTI, *L'imputato nel procedimento connesso. Diritto al silenzio e obbligo di verità*, Padova, 2003; M. L. DI BITONTO, *Diritto al silenzio: evoluzione o involuzione?*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, pp. 1027 ss.; P. FERRUA,

In primo luogo, i giudici hanno avuto modo di chiarire che «*in sede di esame dibattimentale ai sensi dell'art. 210, comma 6 c.p.p., di imputato di reato connesso ex art. 12, comma 1, lett. c) o collegato ex art. 371, comma 2, lett. b), l'avvertimento di cui all'art. 64, comma 3, lett. c), deve essere dato [...] anche se egli abbia già deposto erga alios senza aver ricevuto tale avvertimento*».

In secondo luogo, le Sezioni Unite, in risposta a un quesito sollevato dalla Seconda Sezione², hanno stabilito che «*in sede di esame dibattimentale, ai sensi dell'art. 210, comma 6 c.p.p., di un imputato di reato connesso ex art. 12, comma 1, lett. c), o collegato ex art. 371, comma 2, lett. b) c.p.p., a quello per cui si procede, il mancato avvertimento di cui all'art. 64, comma 3, lett. c), c.p.p., determina la inutilizzabilità della deposizione testimoniale*».

Inoltre, la fattispecie esaminata ha consentito alla Corte – in ossequio all'insegnamento di una nota sentenza delle Sezioni Unite³ – di soffermarsi sul potere del giudice di verificare in termini sostanziali, al di là di indici formali (quali l'iscrizione nel registro ex art. 335 c.p.p.), l'attribuibilità a un dichiarante della qualifica di indagato nel momento in cui lo stesso depone.

L'attuazione del giusto processo con la legge sulla formazione e valutazione della prova. (I). Introduzione, ivi, 2001, pp. 585 ss.; G. ILLUMINATI, L'imputato che diventa testimone, in Ind. Pen., 2002, pp. 387 ss.; M. MARGARITELLI, voce Esame di persona imputata in procedimento connesso o collegato, in Dig. disc. pen., Agg. III, Torino, 2005, pp. 420 ss.; P. MOSCARINI, voce Silenzio dell'imputato, in Enc. Dir., III Annali, Milano, 2010, pp. 1101 ss.; M. NOBILI, Giusto processo e indagini difensive: verso una nuova procedura penale?, in Dir. pen. proc., 2001, pp. 5 ss.; V. PATANÈ, Il diritto al silenzio dell'imputato, Torino, 2006; A. SANNA, L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nei procedimenti connessi. Alla luce del giusto processo, Milano, 2007; P. TONINI, Il diritto al silenzio tra giusto processo e disciplina di attuazione, in Cass. pen., 2002, pp. 835 ss.; P. TONINI-C. CONTI, Il diritto delle prove penali, 2ª ed., Milano, 2014, pp. 265 ss.; 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, pp. 87 ss.

² Si tratta di Cass., Sez. II, 2 dicembre 2014, n. 2765, in *questa Rivista*, 23 gennaio 2015, 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](#). Peraltro, non va dimenticato che, pochi giorni prima rispetto all'ordinanza della Seconda Sezione, anche Cass., Sez. V, 24 novembre 2014, n. 53739, in *Dir. giust.*, 7 gennaio 2015, con nota di C. MINNELLA, *Alle Sezioni Unite la quaestio sulla sorte delle dichiarazioni testimoniali della persona offesa imputata di reato collegato non sentita come teste assistito*, aveva rimesso al massimo Collegio la soluzione di un omologo quesito di diritto «*se la mancata applicazione – in sede esame dibattimentale di un imputato di reato connesso o collegato a quello per cui si procede – delle disposizioni di cui all'art. 210 c.p.p., relativamente alle dichiarazioni testimoniali rese da chi avrebbe dovuto essere sentito come teste assistito, perché imputato in un procedimento connesso o di un reato collegato, determina o meno l'inutilizzabilità della deposizione stessa*».

³ Cfr. Cass., Sez. Un., 25 febbraio 2010, Mills, in *Ced. Cass.*, n. 246584. Pare utile rilevare che tale pronuncia, fra l'altro, ha risolto, in favore del primo indirizzo, un contrasto giurisprudenziale riguardante l'ambito di applicazione dell'art. 63 comma 2, c.p.p. tra: 1) pronunce che consideravano che la verifica della sussistenza della qualità di indagato andasse condotta non secondo un criterio formale (esistenza della “*notitia criminis*”, iscrizione nel registro degli indagati), ma secondo il criterio sostanziale della qualità oggettivamente attribuibile al soggetto in base alla situazione esistente nel momento in cui le dichiarazioni sono state rese; cfr. ad esempio, Cass., Sez. VI, 22 aprile 2009, n. 23776, in *Ced. Cass.*, n. 244360; Cass., Sez. II, 24 aprile 2007, n. 26258, *ivi*, n. 237264; Cass., Sez. IV, 1 dicembre 2003, n. 4867, *ivi*, n. 229377; b) decisioni che sostenevano che il giudice, a differenza del pubblico ministero, non potesse attribuire ad alcuno, di propria iniziativa, la qualità di imputato o di persona sottoposta alle indagini, dovendo solo verificare che essa non fosse già stata formalmente assunta, sussistendo in tal caso l'incompatibilità con l'ufficio di testimone; così, tra le tante, Cass., Sez. V, 4 novembre 2008, n. 43232, in *Ced. Cass.*, 241942; Cass. Sez. II, 21 settembre 2007, n. 38858, *ivi*, n. 238218; Cass., Sez. IV, 20 giugno 2007, n. 40512, *ivi*, n. 237988.

Si tratta, all'evidenza, di questioni particolarmente articolate e complesse, che hanno portato il massimo Collegio ad affrontare alcuni nodi esegetici, ancora non definitivamente risolti, della disciplina introdotta con la l. 1° marzo 2001, n. 63.

Per comprendere appieno le conclusioni a cui sono giunte le Sezioni Unite, pare, anzitutto, opportuno riassumere l'*iter* processuale che ha portato la decisione innanzi al Collegio esteso⁴.

2. La fattispecie concreta.

Nel caso di specie, più soggetti venivano accusati di diversi episodi di estorsione consumati avvalendosi della forza intimidatrice di un clan mafioso. Alcuni di essi optavano per il giudizio abbreviato e venivano condannati, un altro sceglieva il rito ordinario ed era invece assolto.

In entrambi i procedimenti la fonte dichiarativa principale era la persona offesa, che, però, sin dalla denuncia e dalle successive informazioni rese alla polizia giudiziaria, reiteratamente aveva omissso di riferire che un terzo aveva mediato tra lui e i vertici della famiglia mafiosa.

Nel dibattimento del rito ordinario, la persona offesa, sentita sempre quale testimone, in un primo momento continuava a ribadire le dichiarazioni rese alla polizia, mentre successivamente chiedeva di essere nuovamente sentita e ammetteva la falsità di quanto in precedenza affermato a riguardo del ruolo del mediatore nella vicenda estorsiva.

A questo punto, il Tribunale pronunciava sentenza di assoluzione e ordinava la trasmissione degli atti alla Procura per procedere nei confronti dell'offeso per il reato di cui all'art. 378 c.p. I giudici pervenivano all'esito assolutorio ritenendo che le dichiarazioni dibattimentali del dichiarante principale, ancora prima che inattendibili, fossero inutilizzabili *ex art. 63, comma 2, c.p.p.*, poiché rese da persona che, sin dal principio, avrebbe dovuto essere sentita in qualità di indagato per il reato di favoreggiamento personale, collegato all'estorsione *ex art. 371, comma 2, lett. b.* Dall'istruttoria dibattimentale, infatti, sarebbe emerso che, sin da quando la persona offesa aveva sporto denuncia, erano nella disponibilità della polizia prima e del pubblico ministero poi, elementi da cui desumere il mendacio delle sue dichiarazioni con riguardo alla partecipazione del mediatore nella vicenda. Per quanto riguarda la qualifica del dichiarante, inoltre, il Tribunale riteneva – in ossequio alla giurisprudenza delle Sezioni Unite secondo cui spetta al giudice il potere di verificare in termini sostanziali, al di là dell'esistenza di indici formali (quali l'iscrizione nel registro *ex art. 335 c.p.p.*), l'attribuibilità a un soggetto della qualità di indagato⁵ – che il denunciante, in ragione del favoreggiamento dichiarativo "commesso" in indagini, avrebbe dovuto essere sentito in dibattimento con le garanzie previste per gli indagati collegati.

⁴ Per una presentazione del contrasto giurisprudenziale descritto nell'ordinanza di rimessione e una breve descrizione della stessa, cfr., ancora, V. PAZIENZA, *Le dichiarazioni rese in violazione dello statuto del dichiarante*, in *Cass. pen.*, 2015, suppl. 4, pp. 185 ss.

⁵ Il riferimento è alla già citata sentenza Cass., Sez. Un., 25 febbraio 2010, Mills, cit.

Dal canto loro, gli imputati dell'abbreviato proponevano appello e chiedevano l'acquisizione nel loro procedimento dei verbali delle dichiarazioni pronunciate dall'offeso nel parallelo giudizio ordinario.

La Corte territoriale, però, confermava la sentenza di condanna, prendendo separatamente in esame le affermazioni rese dal denunciante nel corso delle indagini preliminari e del dibattimento.

Innanzitutto, per quanto riguarda le dichiarazioni delle indagini, il giudice di seconde cure rilevava che la posizione dell'offeso, alla luce di ciò che poteva risultare agli inquirenti al momento della denuncia, «era [...] interpretabile come quella di un imprenditore estorto da “cosa nostra”, che aveva cercato qualcuno nell'ambiente “per mettersi a posto”», non potendosi quindi applicare l'art. 63, comma 2, c.p.p.

Inoltre, anche volendo ammettere che nel corso delle investigazioni l'offeso avesse commesso un favoreggiamento dichiarativo, la Corte territoriale non riteneva applicabile neppure l'art. 63, comma 1, c.p.p., in base al consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo cui la disciplina delle «dichiarazioni indizianti rese, da persona non imputata né sottoposta alle indagini, [...] non trova applicazione nel caso in cui quelle dichiarazioni concretizzino esse stesse un fatto criminoso»⁶ (quale, ad esempio, il reato di falsa testimonianza o, appunto, di favoreggiamento).

In secondo luogo, con riferimento alle dichiarazioni rese in dibattimento, la Corte d'Appello riteneva che l'offeso andasse qualificato in tale sede come persona “sostanzialmente” indagabile per un reato collegato.

Pertanto, per quanto riguarda lo specifico *status* dibattimentale da attribuire a tale soggetto, i giudici di seconde cure consideravano determinante che lo stesso avesse già reso in indagini – seppur in veste di persona informata sui fatti e non di indagato – dichiarazioni sul fatto altrui: «ciò escludeva la possibilità di applicare “le disposizioni di cui all'art. 210 c.p.p.”. Secondo tale esegesi, quindi, la persona offesa, avendo già reso in indagini dichiarazioni *erga alios*, non avrebbe avuto diritto all'avviso – mai ricevuto neppure in precedenza – ex art. 64, comma 3, lett. c) e avrebbe dovuto essere sentita «fin dall'inizio della sua escussione dibattimentale» quale testimone assistito e non quale testimone semplice. Ma, continuava la Corte territoriale, «della violazione delle regole che sovrintendono [...] all'audizione del testimone assistito [...] (prima fra tutte l'assistenza del difensore), si ritiene che possa dolersi [il solo dichiarante] e non gli odierni imputati, che non hanno alcun interesse all'osservanza della disposizione violata, perché essa tende a tutelare l'imputato [...] nel procedimento connesso o collegato dal rischio [...] di autoincriminarsi».

Avverso tale pronuncia venivano proposte articolate impugnazioni in cassazione.

La Seconda Sezione, cui era assegnato il procedimento, considerava anzitutto pienamente utilizzabili le affermazioni rese in indagini dalla persona offesa, in base alla

⁶ In questo senso, tra le tante, Cass., Sez. VI, 16 ottobre 2013, n. 47556, in *Dir. giust.*, 2 dicembre 2013; Cass., Sez. IV, 12 luglio 2013, n. 43206, in www.iusexplorer.it; Cass., Sez. II, 9 luglio 2008, n. 36284, in *Ced. Cass.*, n. 245597; Cass., Sez. II, 5 giugno 2008, n. 35538, *ivi*, n. 240657; Cass., Sez. VI, 13 maggio 2008, n. 33836, *ivi*, n. 240790; Cass., Sez. VI, 31 marzo 2004, n. 21116, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3924.

già citata giurisprudenza secondo cui le dichiarazioni indizianti di cui all'art. 63, comma 1, c.p.p. «sono quelle rese da un soggetto sentito come testimone o persona informata che riveli fatti da cui emerga una sua [pregressa] responsabilità penale e non quelle attraverso cui il medesimo soggetto realizzi il fatto tipico di una determinata figura di reato»⁷.

In seguito, la Cassazione si interrogava sull'utilizzabilità delle dichiarazioni pronunciate dal denunciante in dibattimento e riteneva sostenibile la tesi della Corte d'Appello secondo cui la persona offesa avrebbe dovuto assumere in tale sede lo *status* di testimone assistito. Difatti, i giudici affermavano che «il comma 2 dell'art. 197 *bis* c.p.p. fa riferimento solo ai propalanti che scelgono di dichiarare in seguito all'avviso [ex art. 64, comma 3, lett. c)], ma può ritenersi che il regime indicato si estenda anche ai dichiaranti che hanno perso il diritto al silenzio poiché hanno dichiarato in precedenza, secondo quanto prevede l'art. 210, comma 6, primo periodo, c.p.p.».

Ciò premesso, la Sezione rimettente, posto che la persona offesa era stata sentita quale testimone ordinario, rilevando la presenza di un contrasto giurisprudenziale «quanto alla possibilità di utilizzo delle dichiarazioni rese da soggetto indagato (o indagabile) per reato connesso o collegato non assistito dal difensore di fiducia, o non previamente avvisato ai sensi dell'art. 64, comma 3, lett. c.)», rimetteva alle Sezioni Unite la soluzione del quesito «*se la mancata applicazione – in sede di esame dibattimentale di un imputato [...] connesso o collegato [...] – delle disposizioni di cui all'art. 210 c.p.p. relativamente a chi avrebbe dovuto essere sentito come teste assistito [...] determin[i] inutilizzabilità, nullità a regime intermedio o altra patologia della deposizione testimoniale*».

3. Il contrasto giurisprudenziale.

Investite del ricorso, le Sezioni Unite rilevano l'effettiva sussistenza, nella giurisprudenza di legittimità, di tre distinti orientamenti esegetici in merito alle conseguenze derivanti dalla violazione della disciplina di cui agli artt. 210, comma 6 – 197 *bis* c.p.p.

Secondo un primo indirizzo, afferma la Corte, l'effetto del mancato avviso dell'art. 64, comma 3, lett. c) in dibattimento nei confronti di un indagato connesso debolmente o collegato sarebbe «l'inutilizzabilità della prova così assunta, salva la possibilità di rinnovare l'escussione con le forme corrette»⁸.

Dal punto di vista argomentativo, ricordano i giudici, tale corrente valorizza il riferimento contenuto negli artt. 210, comma 6 e 197 *bis* all'art. 64, comma 3, lett. c)

⁷ Così, ad esempio, Cass., Sez. IV, 12 luglio 2013, cit. Il riferimento è alle pronunce richiamate alla nota precedente.

⁸ Appartengono a tale indirizzo, tra le tante, Cass., Sez. V, 27 maggio 2014, n. 29227, in *Ced. Cass.*, n. 260320; Cass., Sez. V, 13 marzo 2014, n. 26016, in www.iusexplorer.it; Cass., Sez. V, 10 ottobre 2013, n. 3524, *ivi*; Cass., Sez. V, 28 ottobre 2010, n. 1898, in *Ced. Cass.*, n. 260320; Cass., Sez. I, 24 marzo 2009, n. 29770, *ivi*, n. 244462; Cass., Sez. V, 17 dicembre 2008, n. 599, *ivi*, n. 242384; Cass., Sez. VI, 4 luglio 2008, n. 34171, *ivi*, n. 241464; Cass., Sez. V, 25 settembre 2007, Costanza, *ivi*, n. 238188.

c.p.p. e ritiene che il rinvio a tale norma porti con sé anche l'ipotesi d'inutilizzabilità prevista dal comma 3 *bis* di tale articolo.

Infatti, queste pronunce affermano che «l'imputato di reato collegato, non ancora definitivamente giudicato, laddove non abbia reso in precedenza dichiarazioni concernenti la responsabilità dell'imputato, deve essere sentito ai sensi dell'art. 210, comma 6, con l'assistenza del difensore e con gli avvertimenti previsti dall'art. 64, comma 3, lettera c) e laddove abbia reso dichiarazioni su fatti che concernono la responsabilità di altri, assume, in base all'art. 197 *bis* c.p.p., la veste di testimone assistito; sicché, qualora egli sia sentito come testimone senza le garanzie previste da tali norme, le sue dichiarazioni non sono utilizzabili *ex art. 64 comma 3 bis c.p.p.*»⁹.

Un secondo orientamento¹⁰, invece, continua la Corte, considera che, nel caso di mancata presentazione in dibattimento del predetto avviso *ex art. 64, comma 3, lett. c)* nei confronti di un indagato connesso debolmente o collegato, si verifichi una nullità a regime intermedio, non eccepibile dall'imputato ma dal solo dichiarante connesso o probatoriamente collegato.

A sostegno di tale esegesi, si afferma anzitutto che la tesi dell'inutilizzabilità stravolgerebbe la *ratio* degli artt. 210 e 197 *bis*, che tenderebbe solo «a tutelare l'imputato o indagato nel procedimento connesso dal rischio che, deponendo nel processo principale come testimone obbligato a dire la verità, arrivi inconsapevolmente a auto-incriminarsi per il reato connesso o collegato o, comunque, a deporre contro se stesso».

Inoltre, si sostiene ancora che la legge non vieterebbe l'esame dell'imputato in un processo connesso o collegato, ma semplicemente prescriverebbe che esso sia assunto secondo determinate formalità, «per derivarne che il mancato rispetto di queste ultime non dà luogo a un'ipotesi [...] di prova assunta "in violazione dei divieti stabiliti dalla legge", ma di nullità ai sensi degli artt. 178, comma 1, lett. c), e 180 del codice di rito».

Infine, da un punto di vista testuale, questa corrente afferma che non vi sarebbe un'inutilizzabilità, perché gli artt. 210, comma 6 e 197 *bis*, comma 2, c.p.p., pur rinviando all'art. 64, comma 3, lett. c), non richiamerebbero direttamente il successivo comma 3 *bis* di tale articolo, che prevede l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese in mancanza dell'avviso della lettera c).

Un terzo indirizzo¹¹, infine, nega che le dichiarazioni assunte in dibattimento in modo irregolare da un soggetto indagato (o indagabile) per un reato connesso *ex art. 12, comma 1, lettera c)* o probatoriamente collegato siano in alcun modo viziate.

⁹ Così, ad esempio, Cass., Sez. V, 27 maggio 2014, n. 29227, cit.

¹⁰ Cfr. Cass., Sez. II, 22 gennaio 2015, n. 5364, in www.iusexplorer.it; Cass., Sez. V, 18 settembre 2014, n. 1200, *ivi*; Cass., Sez. IV, 8 luglio 2014, n. 36259, *ivi*; Cass., Sez. VI, 23 maggio 2014, n. 41004, *ivi*; Cass., Sez. V, 1 aprile 2014, n. 29561, *ivi*; Cass., Sez. VI, 22 gennaio 2014, n. 10282, in *Ced. Cass.*, n. 259267; Cass., Sez. V, 27 marzo 2013, n. 26206, *ivi* n. 257575; Cass., Sez. I, 16 ottobre 2012, n. 43187, *ivi* 253748; Cass., Sez. I, 11 marzo 2010, n. 8082, *ivi*, n. 246329; Cass. Sez. III, 11 giugno 2004, n. 38748, *ivi*, n. 229614.

¹¹ Cfr., tra le tante, Cass., Sez. V, 30 settembre 2014, n. 51241, in *Ced. Cass.*, 261733; Cass., Sez. I, 23 settembre 2014, n. 41745, in www.iusexplorer.it; Cass., Sez. V, 18 marzo 2014, n. 46457, *ivi*; Cass., Sez. V 17 febbraio 2014, n. 23578, *ivi*; Cass., Sez. V, 4 febbraio 2014, n.18990, *ivi*; Cass., Sez. V, 5 novembre 2013, n. 18837, *ivi*; Cass., Sez. V, 24 settembre 2013, n. 41886, in *Ced. Cass.*, n. 257839; Cass., Sez. V, 20 settembre 2013, n. 7595,

Tale orientamento circoscrive, infatti, l'applicazione dell'inutilizzabilità di cui all'art. 64 comma 3 *bis* agli interrogatori resi in indagini, atteso che «l'esame dibattimentale [sarebbe] garantito dal fatto di essere svolto in contraddittorio».

In breve, queste pronunce escludono che, in caso di esame dibattimentale di imputato di reato connesso debolmente o collegato, l'assenza dell'avviso ex art. 64, comma 3 lett. c) generi qualsiasi vizio, in quanto sia l'art. 210, comma 6, che l'art. 197 *bis* c.p.p. riguarderebbero "esami" garantiti dal contraddittorio, mentre l'art. 64 si riferirebbe solo all'"interrogatorio", ovvero a un atto che per natura si svolgerebbe al di fuori del contraddittorio, «razionalmente legittimando una maggiore attenzione del legislatore volta a tutelare i diritti dei terzi coinvolti nelle dichiarazioni rese dall'interrogato»¹².

Infine, queste decisioni sostengono – in sintonia con il secondo indirizzo – che quand'anche si ritenesse che il richiamo contenuto negli artt. 210, comma 6 e 197 *bis*, comma 2 all'art. 64 comporti anche per il dibattimento l'obbligo di tale avviso, la sua inosservanza non potrebbe determinare un'inutilizzabilità, posto che né l'art. 197 *bis*, né l'art. 210, comma 6 c.p.p. rinviano in modo espresso al comma 3 *bis* dell'art. 64 c.p.p.

4. La soluzione della Corte.

Dopo aver descritto il contenuto del contrasto giurisprudenziale, le Sezioni Unite esplicitano le ragioni per cui va «senz'altro» preferito il primo indirizzo esegetico.

Innanzitutto, il Collegio esteso adduce in favore di tale interpretazione argomenti di carattere storico-sistematico, legati alle stesse ragioni ispiratrici della l. 1° marzo 2001, n. 63 e al ruolo cardine ricoperto, nel sistema normativo da essa delineato, dall'avviso di cui all'art. 64, comma 3, lett. c)¹³.

La legge attuativa della riforma dell'art. 111 Cost., sostengono i giudici, «ha rappresentato il punto di convergenza e il tentativo di mediazione tra [...] la nota giurisprudenza costituzionale degli anni '90, attenta a [...] circoscrivere il pericolo della dispersione dei mezzi di prova»¹⁴ e il principio del contraddittorio nella formazione della prova.

ivi, n. 259032; Cass. Sez. V, 31 gennaio 2012, n. 12976, *ivi*, n. 252317; Cass., Sez. II, 25 ottobre 2005, n. 41052, *ivi*, n. 232595.

¹² Così, tra le tante, Cass., Sez. V, 29 settembre 2013, n. 7595 cit.

¹³ Come icasticamente afferma M. NOBILI, *Giusto processo e indagini difensive*, cit., p. 10, nel contesto di tale novella «tutto sta dentro all'art. 64 che – gravido della regola innovativa – se la porta dietro, in ogni atto cui esso torna applicabile». Cfr. anche, per un'efficace spiegazione della tecnica legislativa utilizzata dal legislatore, in particolare, C. CONTI, *Esame dell'imputato e avvisi ex art. 64 c.p.p.: la Consulta suggerisce l'interpretazione "analogica"*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, pp. 179 ss.

¹⁴ Con questa affermazione i Supremi giudici sembrano porsi nel solco di quella precisa opinione dottrinale che, a riguardo delle finalità effettive perseguite dalla l. 1° marzo, 2001, n. 63, da tempo affermava 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, abbia in realtà perseguito il ben diverso fine di assicurare la *non dispersione delle dichiarazioni eteroaccusatorie* raccolte durante le indagini preliminari dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria, anche a costo di comprimere notevolmente le facoltà

In tale contesto compromissorio, continua la Corte, il legislatore, per un verso, ha voluto «garantire al massimo il diritto al silenzio, in tutte quelle ipotesi in cui il dichiarante si sarebbe potuto trovare esposto al rischio di vedere compromessa la garanzia del *nemo tenetur se detegere*» e, per un altro verso, ha circoscritto «le ipotesi di incompatibilità a testimoniare, allargando [...] la platea dei dichiaranti».

Si è venuta così ad attenuare la distanza concettuale tra la qualifica di imputato e quella di testimone con la creazione dell'«inedita figura del teste assistito», cioè del teste imputato (o imputabile) di reato connesso ex art. 12, comma 1, lett. c) o collegato probatoriamente¹⁵, «la cui dichiarazione, per assumere la forma [...] della testimonianza [...] non può che essere ancorata al presupposto della scelta dello stesso dichiarante di riferire circostanze relative alla responsabilità altrui, resa consapevole ed efficace» dall'avviso dell'art. 64, comma 3, lett. c)¹⁶, garantito dalle conseguenze dettate dal successivo comma 3 bis¹⁷.

Da tale quadro sistematico ne emerge, precisano le Sezioni Unite, l'assoluta condivisibilità di quell'orientamento giurisprudenziale e dottrinale¹⁸ che, dalla

autodifensive dell'imputato dichiarante», così O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Milano, 2004, p. 331. Nello stesso senso, in particolare, cfr. anche G. ILLUMINATI, *L'imputato che diventa testimone*, cit., p. 394; A. SANNA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato*, cit., p. 8.

¹⁵ Ovviamente, la Corte nel testo si riferisce alle sole ipotesi di testimonianza assistita di cui all'art. 197 bis, comma 2, c.p.p. e non a quelle del comma 1 del medesimo articolo, in cui gli imputati connessi o probatoriamente collegati sono stati giudicati in modo irrevocabile.

¹⁶ Peraltro, se è vero che l'obiettivo perseguito tramite tale avviso è senza dubbio quello di «rafforzare nella persona interrogata la consapevolezza circa gli effetti delle sue eventuali dichiarazioni» (cfr. A. SANNA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nei procedimenti connessi*, cit., p. 40), essendovi la necessità di salvaguardare la «sfera di libertà della persona interrogata, che solo nell'ipotesi di avvertimento rimane intatta» (così, V. GREVI, «Nemo tenetur se detegere». *Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972, p. 319; cfr., ancora, ampiamente, V. GAROFOLI, *Gli avvertimenti processuali come strumento di tutela*, Milano, 1983, *passim*), resta comunque il problema di fondo, legato all'«effettivo livello di consapevolezza del dichiarante nella scelta», 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*, cit., pp. 398-399, che poco dopo continua affermando che il problema della consapevolezza effettiva del proponente nel decidere se assumere la veste di testimone assistito si pone «tanto più in quanto si alluda ad un comportamento concludente, col quale viene manifestata la volontà di rinunciare al diritto al silenzio [...]. L'interrogato parla, e di conseguenza assume la responsabilità del testimone, e ciò soltanto perché ha ricevuto all'inizio dell'interrogatorio un generico avvertimento che, date le modalità, appare poco più che una clausola di stile». Cfr., sul punto, in particolare anche R. ORLANDI, *Dichiarazioni dell'imputato su responsabilità altrui: nuovo statuto del diritto al silenzio e restrizioni in tema d'incompatibilità a testimoniare*, in AA. VV., *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, cit., pp. 164-165; P. TONINI-C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 305 s).

¹⁷ In merito a tale norma, per quanto qui interessa, cfr., per tutti, C. CONTI, *L'imputato nel procedimento connesso*, cit., pp. 239 ss.; A. SANNA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nei procedimenti connessi*, cit., pp. 45 ss.

¹⁸ Si ricordino sul punto le parole di V. GREVI, *Le prove*, in AA. VV., *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso – V. Grevi – M. Bargis, 7^a ed., Padova, 2014, p. 359 s., il quale affermava che l'art. 210, comma 6 c.p.p. trova applicazione anche quando un imputato connesso ai sensi dell'art. 12, comma 1, lett. c) o collegato probatoriamente abbia «reso dichiarazioni sul fatto altrui, nel corso del loro interrogatorio, ma senza avere ricevuto l'avvertimento ex art. 64, comma 3°, con la conseguenza della inutilizzabilità di simili dichiarazioni». Nello stesso senso, P. TONINI- C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit. p. 275, nt. 178, i quali

«funzione centrale» svolta dall'art. 64, comma 3, lett. c) nell'intero sistema delle incompatibilità a testimoniare, desume «la necessità che quest'ultimo preceda l'esame ex art. 210 in tutti i casi di "legame debole" in cui il soggetto non [sia] stato previamente avvisato». Tale avvertimento sarà, quindi, necessario, continua il Supremo consesso, non solo nei casi in cui un dichiarante non abbia reso in precedenza dichiarazioni sul fatto altrui (come previsto dall'art. 210, comma 6, c.p.p.), «ma anche se abbia deposto *erga alios* ma in modo non "garantito", ovvero non preceduto dal richiamato avvertimento».

Questa esegesi, precisano le Sezioni Unite, ha trovato anche l'autorevole avallo della Consulta, che ha anzitutto ribadito la piena costituzionalità del combinato disposto degli artt. 210, comma 6, c.p.p. e 197 *bis* c.p.p., nella parte in cui prevede l'obbligo di formulare l'avviso ex art. 64, comma 3, lett. c) anche all'imputato connesso o collegato, che abbia reso in precedenza dichiarazioni *erga alios* «nella diversa qualità di persona informata sui fatti»¹⁹.

Non è tutto: il Giudice delle leggi ha successivamente ancora ribadito, per un verso, che il legislatore del 2001 ha escluso l'incompatibilità a testimoniare di un imputato connesso debolmente o collegato solo a condizione che lo stesso abbia «volontariamente» assunto la veste di testimone²⁰, e, per un altro, la necessità che pure in dibattimento vengano dati gli avvisi di cui all'art. 64 c.p.p.²¹

Gli altri orientamenti giurisprudenziali, precisa ancora il Collegio esteso, privilegiando una lettura atomistica del sistema normativo voluto dal legislatore, omettono di considerare che l'art. 64, comma 3 *bis*, già dal punto di vista letterale, prevede che «in mancanza dell'avvertimento di cui al comma 3, lettera c) [...] la persona interrogata non potrà assumere, in ordine a detti fatti l'ufficio di testimone», assumendo così «una portata generale sulla estensione della incompatibilità a

spiegano che «l'art. 210, comma 6, si applica ai soggetti che abbiano reso dichiarazioni *erga alios* non precedute da rituale avvertimento ex art. 64, comma 3, lett. c) oppure che abbiano reso dichiarazioni in qualità di persone informate sui fatti e solo successivamente siano state raggiunte da indizi». Così anche M. BARGIS, *Commento all'art. 8 l. 1 marzo 2001*, n. 63, cit., p. 231, nt. 13; C. CONTI, *Emersione «tardiva» del collegamento probatorio e status del dichiarante in dibattimento*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, pp. 748 ss.

¹⁹ Ci si riferisce a Corte Cost., 12 novembre 2002, n. 451, in *Giur. cost.*, 2002, p. 3722, con cui la Corte ha dichiarato «manifestamente infondata, in riferimento agli artt. 3, 111 e 112 Cost., la questione di legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 210, comma 6, e 197 *bis*, comma 2, c.p.p. (in relazione agli artt. 197, comma 1, lett. b) e 64, comma 3, lett. c) c.p.p.), nella parte in cui non prevede che chi ha in precedenza reso dichiarazioni sulla responsabilità dell'imputato in qualità di persona informata sui fatti, e solo successivamente ha assunto la qualità di imputato di un reato collegato [...], possa essere sentito come testimone in dibattimento, a prescindere dall'avvertimento di cui all'art. 64, comma 3, lett. c) c.p.p.». La Consulta ha escluso ogni dubbio di costituzionalità rilevando, tra l'altro, come ricorda anche la pronuncia delle Sezioni Unite in commento, l'impossibilità di assimilare le dichiarazioni *erga alios* rese da un persona informata sui fatti e quelle di un imputato di reato collegato, posto che il primo soggetto ha l'obbligo di rispondere secondo verità e «solo nel secondo caso il soggetto, ricevuto l'avvertimento di cui all'art. 64, comma 3, lett. c) c.p.p. si è liberamente determinato a rilasciare dichiarazioni accusatorie» (cfr. Corte cost. 12 novembre 2002, n. 451, cit., p. 3726). In argomento cfr., in particolare, C. CONTI, *Emersione «tardiva» del collegamento probatorio*, cit., pp. 748 ss.

²⁰ Cfr. Corte cost., 27 marzo 2003, n. 76, in *Giur. cost.*, 2003, pp. 642 ss.

²¹ Cfr. Corte cost., 4 giugno 2003, n. 191, in *Giur. cost.*, 2003, pp. 1457 ss.

testimoniare», a prescindere dall'assenza di un rinvio esplicito negli artt. 210, comma 6 e 197 *bis*, c.p.p.

Non è tutto, secondo la Corte il primo indirizzo esegetico trova una conferma anche nella lettera dell'art. 197 c.p.p., da cui possono desumersi «precisi e generali divieti probatori», la cui violazione, come nei casi di mancato avviso *ex* art. 64, comma 3, lett. c), comporta necessariamente l'inutilizzabilità *ex* art. 191 delle dichiarazioni in tal modo acquisite.

Infine, i giudici precisano in via generale che, ove la violazione delle regole di assunzione probatoria incida sulla stessa capacità a testimoniare, la conseguenza non può che essere l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese da un soggetto per cui «sussiste un divieto *ex lege* di assumere la posizione e gli obblighi del testimone».

Sulla base di tali motivazioni la Corte enuncia il duplice principio di diritto sopra riportato²².

5. L'applicazione dei principi di diritto nel caso concreto.

Le Sezioni Unite, superato così il contrasto esegetico, si interrogano se, effettivamente, la persona offesa nel caso di specie andasse qualificata "sostanzialmente" quale dichiarante *ex* art. 210, comma 6, c.p.p.

Per risolvere tale quesito, il massimo Collegio, tramite un percorso esegetico assai articolato, chiarisce, anzitutto, di condividere pienamente la citata giurisprudenza della Suprema Corte²³, secondo cui le dichiarazioni "indizianti" di cui all'art. 63, comma 1, c.p.p. sono quelle assunte da un testimone (o da persona informata) che riveli fatti da cui emerga una sua pregressa responsabilità penale e non quelle attraverso cui lo stesso realizzi gli elementi costitutivi di una determinata figura criminosa (quali, appunto, la falsa testimonianza o il favoreggiamento etc.). Tale disposizione, infatti, rileva il Supremo Collegio, è fondata sul canone del *nemo tenetur se detegere*²⁴, «che salvaguarda la persona che abbia commesso un reato, e non quella che debba ancora commettere il reato»²⁵.

²² Cfr. §1.

²³ Cfr. *supra* le sentenze citate alla nota 6.

²⁴ Come è stato a più riprese affermato in dottrina, infatti, la tutela che l'ordinamento offre mediante il primo comma dell'art. 63 «serve ad anticipare la soglia di operatività del diritto al silenzio», cfr. M. NIGRO, *L'indagato sentito come testimone: quali poteri al giudice del dibattimento?*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 883. Così, anche, tra i tanti, A. DE FRANCESCO, *Il divieto di testimonianza dell'imputato sul fatto proprio (art. 63, comma 2 c.p.p.): una giurisprudenza oramai superata, specie dopo la legge sul "giusto processo" (L. 63/2001)*, in *Ind. Pen.*, 2001, 891; O. DOMINIONI, sub art. 63 c.p.p., in AA. VV., *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, a cura di E. Amodio-O. Dominioni, I, Milano, 1989, p. 398; C. RIZZO, *Dichiarazioni indizianti e incompatibilità a testimoniare*, in *Giust. pen.*, 1999, c. 79; A. SANNA, *Ristretto l'uso delle dichiarazioni autoindizianti*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 604; nonché, con riferimento allo stesso meccanismo presente nell'art. 304, comma 3, c.p.p. abrog., V. GREVI, «Nemo tenetur se detegere», cit., p. 137.

²⁵ Così, tra le tante, Cass., Sez. VI, 13 maggio 2008, n. 33836, cit.

Ciò chiarito, nella parte seguente il Collegio esteso rileva la necessità di delimitare, in modo più preciso, il potere del giudice di verificare in termini “sostanziali” l’attribuibilità a un dichiarante della qualifica di indagato²⁶ e segnala, quindi, alcuni criteri di cui si deve tener conto nel valutare la posizione ricoperta da un propalante.

In primo luogo, la Cassazione si ricollega a quell’orientamento giurisprudenziale secondo cui, «ai fini della verifica della qualità di testimone o di indagato di reato connesso [...], il giudice deve tenere conto di eventuali cause di giustificazione»²⁷ applicabili nei confronti del propalante²⁸. Le Sezioni Unite, infatti, ricordano che «proprio la sentenza Mills ha ritenuto di dover collegare la possibilità del giudice di apprezzare autonomamente, ora per allora [...], la qualità sostanziale di indagato alla condizione della mancanza per il reato di corruzione in atti giudiziari oggetto di quel procedimento, di una scriminante analoga a quella prevista dall’art. 384, secondo comma; implicitamente affermando, dunque, che ove di falsa testimonianza (o di altro reato per cui opera la scriminante) si fosse trattato, la veste di testimone doveva ritenersi correttamente attribuita». La tematica delle cause di non punibilità degli artt. 384 e 376 viene, quindi, considerata centrale dal Collegio esteso per i reati dichiarativi contro l’attività giudiziaria: ove il giudice si accorgesse dell’operare di una di tali cause di non punibilità, dovrebbe qualificare il propalante come testimone.

In secondo luogo, la Corte precisa un requisito di evidenza probatoria: il giudice che procede all’assunzione delle dichiarazioni, per poter qualificare in via sostanziale un soggetto quale indagato, deve essere «a conoscenza già prima dell’esame o dell’escussione di elementi già sussistenti in quel momento qualificabili quali indizi non equivoci di reità»²⁹.

In terzo luogo, conclude il Collegio, egli deve poter «essere messo in condizione di conoscere la situazione di incapacità a testimoniare o di incompatibilità, le quali,

²⁶ Il riferimento è alla già citata sentenza Cass., Sez. Un., 25 febbraio 2010, Mills, cit.

²⁷ Cfr. Cass., Sez. I, 18 luglio 2013, n. 41467, in *Cass. pen.*, 2014, p. 3024; nello stesso senso, cfr. Cass., Sez. II, 24 settembre 2014, n. 40575, in www.iusexplorer.it; Cass., Sez. V, 28 settembre 2012, n. 747, in *Ced. Cass.*, n. 254599. Peraltro, a differenza della pronuncia in commento, tali decisioni precisano che il giudice debba tenere conto solo di quelle cause di giustificazione che «siano di evidente ed immediata applicazione senza la necessità di particolari indagini o verifiche». Va ancora rilevato che tale indirizzo esegetico pare porsi in contrasto con quelle sentenze secondo cui «ai fini della inutilizzabilità assoluta delle dichiarazioni rese senza assistenza difensiva dal soggetto che avrebbe dovuto essere sentito in qualità di persona sottoposta alle indagini, rileva unicamente la posizione di indagato al momento dell’assunzione delle informazioni, senza che il giudice possa compiere alcuna valutazione *ex ante* volta ad escludere la colpevolezza del dichiarante per il reato astrattamente ipotizzabile a suo carico», cfr., ad esempio, Cass., Sez. III, 2 dicembre 2012, Bernasconi, in *Ced. Cass.*, n. 254176, nello stesso senso, tra le più recenti, cfr. Cass., Sez. II, 7 luglio 2015, n. 31898, in www.iusexplorer.it.

²⁸ In sostanza, tale indirizzo esegetico sembra affermare che, in virtù di un positivo giudizio prognostico sulla possibilità di applicare una causa di giustificazione, un propalante, indagabile per il medesimo reato o un reato connesso o collegato a quello per cui si procede, possa essere assunto quale testimone semplice e non quale dichiarante *ex art.* 210, comma 6.

²⁹ In questo senso, Cass., Sez. Un., 25 febbraio 2010, Mills, cit.; Cass., Sez. Un., 23 aprile 2009, Fruci, in *Ced. Cass.*, n. 243417; Cass., Sez. Un., 22 febbraio 2007, Morea, *ivi* n. 236370.

quindi, se non risultano da atti inseriti nel fascicolo del dibattimento, devono essere dedotte dalla parte esaminata o comunque da colui che chiede l'audizione»³⁰ del dichiarante.

Ciò chiarito, la Cassazione, facendo applicazione di tali criteri nel caso di specie, afferma, al contrario di quanto ritenuto dalle Corti di merito e dalla Sezione rimettente, che «è difficile condividere la tesi per cui il giudice del dibattimento, davanti al quale [la persona offesa] era stat[a] chiamat[a] a deporre come teste ordinario, potesse essere in condizioni di valutarne, *a priori*, una diversa posizione processuale derivante da atti delle indagini preliminari». Con la conseguenza che il Supremo Collegio esclude che il materiale probatorio utilizzato dai giudici di merito fosse affetto da inutilizzabilità, «ferma restando tuttavia la necessità di un rinnovato e rigoroso esame [– da svolgere in sede di rinvio –] delle dichiarazioni rese [dall'offeso], tenuto conto della seria ipoteca che è stata posta sulla sua attendibilità dal momento in cui [...] gli atti sono stati rimessi alla Procura».

6. Riflessioni critiche.

Alla luce della lettura complessiva della decisione, possono avanzarsi alcune considerazioni di sintesi in merito ai due principi di diritto espressi dal massimo Collegio.

6.1. La soluzione del contrasto giurisprudenziale: una risposta solo parziale al quesito posto dalla Seconda Sezione?

Va anzitutto rilevato che l'opinione delle Sezione Unite, secondo cui l'assenza dell'avviso *ex art. 64*, comma 3, lett. c) rende – anche in fase dibattimentale – inutilizzabili le dichiarazioni in tal modo assunte da un imputato connesso debolmente o collegato, va senz'altro condivisa.

Già in sede di commento all'ordinanza di rimessione, infatti, si era osservato come tale soluzione andasse preferita, anzitutto, come oggi affermato dal Collegio esteso, in base a un'interpretazione letterale e sistematica degli artt. 64, comma 3, *bis* e 197 c.p.p.

A seguito dell'intervento della Corte, ha trovato, quindi, un autorevole avallo quell'opinione dottrinale che da tempo affermava che il meccanismo disciplinato dal comma 3 *bis* dell'art. 64 c.p.p., andando interpretato come una disposizione di «carattere generale», dovesse «ritenersi applicabile tutte le volte in cui l'art. 64 c.p.p., integralmente, o limitatamente al comma 3 lett. c) risulti richiamato»³¹ e, quindi, anche nei casi di cui agli artt. 210, comma 6, e 197 *bis*.

³⁰ In questo senso già Cass., Sez. Un., 25 febbraio 2010, Mills, cit.

³¹ Cfr. V. PATANÈ, *Il diritto al silenzio*, cit., p. 206; C. CONTI, *Esame dell'imputato e avvisi ex art. 64 c.p.p.*, cit., p. 180.

Non è tutto: è stato pure confermato che dall'art 197 c.p.p. possono desumersi precisi e generali divieti probatori, la cui violazione comporta necessariamente l'inutilizzabilità *ex art.* 191 c.p.p. delle dichiarazioni in tal modo acquisite.

Ciò premesso, sembra però potersi affermare che il principio di diritto così espresso dalla Corte non risponda *in toto* al quesito, parzialmente diverso, posto dalla Seconda Sezione, che aveva richiesto quali fossero le conseguenze della «mancata applicazione», in fase dibattimentale, dell'intera disciplina di cui all'art. 210 c.p.p. – nei confronti di un soggetto che avrebbe dovuto rivestire la qualifica di indagato connesso o collegato³² – e non della sola assenza dell'avviso di cui all'art. 64, comma 3, lett. c) c.p.p.

Difatti, pare che si possano verificare diverse ipotesi di violazione delle garanzie di cui agli artt. 210, comma 6 – 197 *bis* c.p.p. quali: 1) l'elusione totale di tali norme, che avviene, ad esempio, ove un soggetto indagabile in via sostanziale per un reato connesso debolmente o collegato venga sentito come testimone semplice; 2) la violazione parziale di questa disciplina, che si verifica, ad esempio, quando nei confronti di un dichiarante *ex art.* 210, comma 6, c.p.p. – consapevole della sua veste di indagato (connesso o collegato) – venga omesso il solo avviso *ex art.* 64, comma 3, lettera c) o lo stesso venga assunto senza l'assistenza del solo difensore.

Peraltro, le conseguenze del verificarsi di queste differenti fattispecie non sembrano essere identiche.

Nel caso in cui un soggetto, che sin dall'inizio doveva essere sentito quale indagato connesso o collegato, sia assunto nella diversa veste di testimone, dovrebbe applicarsi l'inutilizzabilità *erga omnes*³³ di cui all'art. 63, comma 2, c.p.p.³⁴, dettata

³² La Seconda Sezione, in realtà, aveva posto il problema a riguardo della mancata applicazione delle norme sulla "testimonianza assistita", ma, alla luce delle stesse considerazioni del Collegio esteso secondo cui mai potrebbe rientrare nell'art. 197 *bis* un dichiarante (con il procedimento ancora in corso) che non abbia ricevuto l'avviso *ex art.* 64, comma 3, lett. c), il medesimo quesito si può trasporre all'omessa applicazione dell'art. 210, comma 6, c.p.p.

³³ Cfr. O. DOMINIONI, *sub art.* 63, cit., p. 400. Peraltro, pare utile ricordare che, nonostante la formulazione della norma preveda un'inutilizzabilità *erga omnes*, le Sezioni Unite con una celebre sentenza (Cass., Sez. Un., 13 febbraio 1997, Carpanelli, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 600, con nota di A. SANNA, *Ristretto l'uso delle dichiarazioni autoindizianti*, cit.; anche in *Giust. pen.*, 1999, III, cc. 75 ss. con nota di C. RIZZO, *Dichiarazioni indizianti e incompatibilità a testimoniare*, cit.) hanno definitivamente accolto la tesi secondo cui «le dichiarazioni *de quibus* sono inutilizzabili [solo] contro l'indagato e contro imputati connessi o collegati; viceversa, possono essere utilizzate nei confronti di terzi estranei perché nei loro confronti la persona sentita avrebbe rivestito comunque la qualifica di possibile testimone, e dunque, l'assunzione di informazioni avrebbe rappresentato lo strumento regolare», così, C. CONTI, *L'inutilizzabilità*, in *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, a cura di A. Marandola, Torino, 2015, 135. In argomento, cfr., ancora, tra i tanti, C. CONTI, *L'imputato nel procedimento connesso*, cit., pp. 243 ss.; A. DE FRANCESCO, *Il divieto di testimonianza dell'imputato sul fatto proprio* (art. 63, comma 2 c.p.p.), cit., pp. 899 ss.; M. NIGRO, *L'indagato sentito come testimone*, cit., p. 885 s.; R. ORLANDI, *Dichiarazioni dell'imputato sulla responsabilità altrui*, cit., pp. 181 ss.; A. SANNA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato*, cit., pp. 34 ss.

³⁴ In merito a tale norma non si possono in questa sede che richiamare: R. APRATI, *Riflessioni intorno all'art. 63 comma 2 c.p.p.: accertamento dello status di persona già indiziata e ripercussioni in tema di elusione dell'iscrizione nel registro delle notizie di reato*, in *Cass. pen.*, 2004, pp. 3665 ss.; C. CESARI, *Le dichiarazioni rese in giudizio dal "coindagato virtuale": nell'intrico della disciplina codicistica, una messa a punto mancata*, in *Giur. cost.*, 2009, pp.

proprio «in funzione di garanzia [anticipata] rispetto alla facoltà di tacere di cui gode l'imputato nei procedimenti connessi o collegati»³⁵; ossia quale deterrente rispetto alla prassi di assumere le dichiarazioni di una persona senza fornirle le garanzie proprie dell'imputato o indagato al fine di ottenere così «dichiarazioni compiacenti o negoziate a carico di terzi»³⁶, tutelandosi, in tal modo, anche la «stessa genuinità della prova»³⁷.

Mentre, al contrario, quando venga omessa la presentazione del solo avviso *ex art. 64, comma 3, lettera c) c.p.p.*, dovrebbe venire in rilievo l'inutilizzabilità *erga alios ex art. 64, comma 3 bis, c.p.p.* volta a «proteggere il diritto a non essere "accusati" da una persona che non è stata avvertita della responsabilità che scaturirà dalle sue dichiarazioni»³⁸. In tale caso, «le dichiarazioni [saranno] utilizzabili nei confronti di chi le ha rese, non lo [saranno] nei confronti delle persone coinvolte»³⁹.

In entrambe le fattispecie, invece, si applicherà l'*art. 64, comma 3 bis, c.p.p.* nella parte in cui lo stesso impedisce che un soggetto, che non abbia mai ricevuto l'avviso *ex art. 64, comma 3, lettera c) c.p.p.*, possa assumere la qualifica di testimone assistito.

Del resto, non va dimenticato che il collegamento sistematico tra le norme di cui all'*art. 210 e 63, comma 2, c.p.p.* è stato di recente ribadito, sia proprio dalla più volte citata sentenza delle Sezioni Unite "*Mills*", sia dalla Consulta, che hanno chiarito come «l'*art. 63, comma 2, attu[i]* una tutela anticipata delle incompatibilità con l'ufficio di testimone previste dall'*art. 197, c.p.p., comma 1, lettere a) e b)*, nei confronti dell'imputato di un procedimento connesso o di un reato collegato: incompatibilità che, a loro volta, impongono che l'esame del soggetto avvenga nelle forme dell'*art. 210 c.p.p.*»⁴⁰.

3904 ss.; A. DE FRANCESCO, *Il divieto di testimonianza dell'imputato sul fatto proprio (art. 63, comma 2 c.p.p.)*, cit., pp. 891 ss.; E. A.A. DEI-CAS, *Sui regimi di utilizzabilità delle dichiarazioni indizianti*, in www.archiviopenale.it; O. DOMINIONI, sub *art. 63*, cit., pp. 400 ss.; F. M. GRIFANTINI, *Sulla inutilizzabilità contra alios delle dichiarazioni indizianti di cui all'art. 63, comma 2, c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1996, pp. 2647 ss.; R.E. KOSTORIS, sub *art. 63*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, Vol. I, Torino, 1989, pp. 320 ss.; M. NIGRO, *L'indagato sentito come testimone*, cit., pp. 883 ss.; C. RIZZO, *Dichiarazioni indizianti e incompatibilità a testimoniare*, cit., cc. 75 ss.; A. SANNA, *Dichiarazioni autoindizianti e loro inutilizzabilità*, in *Giur. it.*, 1996, II, cc. 175 ss.; EAD., *Ristretto l'uso delle dichiarazioni autoindizianti*, cit., pp. 604 ss.

³⁵ Così, A. SANNA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato*, cit., p. 34.

³⁶ Così, ad esempio, *Cass.*, Sez. IV, 11 aprile 1994, Curatola, in *Giur. It.*, 1996, II, 176, ma, ancora prima, R. E. KOSTORIS, sub *art. 63*, cit., p. 325. Va peraltro ricordato che in dottrina si è affermato anche che l'inutilizzabilità di cui all'*art. 63, comma 2*, tutelerebbe «il diritto al silenzio solo in via indiretta. In prima battuta essa tende a "moralizzare" l'operato di polizia e magistratura, in un momento cruciale per chi, ignaro della propria condizione d'imputato, deve poter contare su un atteggiamento di massima correttezza da parte di giudici e investigatori. Un'esigenza essenzialmente disciplinare anima, insomma, questo divieto probatorio», così, R. ORLANDI, *Dichiarazioni dell'imputato su responsabilità altrui*, cit., p. 182. Sul punto cfr. A. SANNA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato*, cit., pp. 36 ss.

³⁷ Così in dottrina, O. DOMINIONI, sub *art. 63*, cit., p. 400; nonché, tra i tanti, C. CESARI, *Le dichiarazioni rese in giudizio dal "coindagato virtuale"*, cit., p. 3908; C. RIZZO, *Dichiarazioni indizianti e incompatibilità a testimoniare*, cit., c. 80; A. SANNA, *Ristretto l'uso delle dichiarazioni autoindizianti*, cit., p. 605.

³⁸ Cfr. C. CONTI, *L'imputato nel procedimento connesso*, cit., pp. 244-245.

³⁹ Cfr. C. CONTI, *L'imputato nel procedimento connesso*, cit., p. 244.

⁴⁰ Cfr. Corte cost., 29 ottobre 2009, n. 280, in *Giur. cost.*, 2009, p. 3903, con nota di C. CESARI, *Le dichiarazioni rese in giudizio dal "coindagato virtuale"*, cit., che «ha dichiarato manifestamente inammissibile una questione di legittimità costituzionale dell'*art. 210 c.p.p.*, censurato, in riferimento agli artt. 3 e 111 Cost., nella parte

Oltretutto, già in un'assai nota pronuncia della seconda metà degli anni '90, il massimo Collegio aveva affermato che la norma di cui al secondo comma dell'art. 63 c.p.p. rende operante il diritto al silenzio «in un momento antecedente a quello dell'assunzione formale della qualità di indagato o imputato dalla quale scaturisce il diritto stesso, costituendo in tal modo un fronte avanzato di tutela»⁴¹.

In tale sede, inoltre, il massimo Collegio aveva già affermato che la norma di cui all'art. 63, comma 2, c.p.p. «va esaminata nel contesto delle altre del codice di rito (art. 197 lett. a) e b), 208, 210, c.p.p.), che, nel disciplinare la posizione dell'imputato o del coimputato dello stesso reato o dell'imputato di reato connesso o collegato, attuano il principio del diritto al silenzio»⁴².

Stupisce, quindi, che il massimo Collegio, nel risolvere il contrasto esegetico, non abbia neppure richiamato la norma di cui all'art. 63, comma 2 c.p.p., che poteva sembrare, appunto, la fattispecie idonea a disciplinare proprio le ipotesi in cui a essere sentito quale testimone semplice fosse un soggetto che, pur non iscritto nel registro delle *notitiae criminis*, dovesse assumere, fin dall'inizio della sua escussione, la qualifica "sostanziale" di indagato (connesso o probatoriamente collegato).

Detto altrimenti: se è pur vero che la conseguenza a cui è giunto il massimo Collegio a riguardo dell'omissione dell'avviso di cui all'art. 64, comma 3, lettera c), c.p.p. pare corretta, non altrettanto si può affermare nei casi in cui vi sia la totale elusione della disciplina *ex art. 210, comma 6 e 197 bis*, nei quali sembrano poter venire in rilievo le conseguenze dettate dall'art. 63, comma 2, c.p.p.

In ogni caso, anche ove non si condividessero le osservazioni appena effettuate, tale omissione argomentativa sembra costituire perlomeno un'occasione perduta, specie a seguito dell'affermarsi proprio di quell'indirizzo giurisprudenziale più volte citato dalla pronuncia in commento, secondo cui spetta al giudice valutare, in via sostanziale, la corretta qualifica da attribuire a un soggetto al momento in cui lo stesso rende le sue dichiarazioni.

La Corte nella sua composizione più autorevole, infatti, aveva un'opportunità propizia per meglio individuare i confini dell'ambito applicativo delle diverse fattispecie di cui all'art. 63, comma 2, c.p.p., da una parte, e dell'art. 64, comma 3 *bis* c.p.p., dall'altra⁴³.

Non è tutto, il massimo Collegio avrebbe potuto anche soffermarsi sui rapporti tra queste fattispecie di inutilizzabilità speciale e i generali divieti probatori desumibili dal combinato disposto tra gli art. 197, comma 1, lett. a) e b) c.p.p. e 191 c.p.p.⁴⁴

in cui non consente al giudice del dibattimento di decidere le forme in cui assumere il dichiarante, se, cioè, nelle forme dell'esame di persona imputata in un procedimento connesso o di un reato collegato anziché come testimone».

⁴¹ Il riferimento è alla già citata sentenza delle Sezioni Unite Cass., Sez. Un., 13 febbraio 1997, Carpanelli, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 602.

⁴² Cfr. Cass., Sez. Un., 13 febbraio 1997, Carpanelli, cit., p. 602.

⁴³ In merito a tale argomento si vedano in dottrina, ad esempio, R. ORLANDI, *Dichiarazioni dell'imputato su responsabilità altrui*, cit., p. 182 s.; A. SANNA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nei procedimenti connessi*, cit., pp. 33 ss.

⁴⁴ Sul punto, cfr., ad esempio, E. A.A. DEI-CAS, *Sui regimi di utilizzabilità delle dichiarazioni indizianti*, cit., p. 6.

Invero, una possibile spiegazione di tale omissione argomentativa pare potersi rilevare nel fatto che le stesse pronunce che componevano il contrasto giurisprudenziale risolto dalla Cassazione non distinguevano tra le ipotesi di violazione totale o parziale delle norme di cui all'art. 210, comma 6 e 197 *bis*, trattandole in modo analogo.

Di conseguenza, è forse possibile ipotizzare che la Corte, 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.

Ciò chiarito, va ancora rilevato che il massimo Collegio non ha affrontato esplicitamente neppure l'ulteriore complessa questione di quali siano le conseguenze processuali nell'ipotesi in cui un soggetto, che rivesta la qualifica di dichiarante *ex art.* 210, comma 6 o 197 *bis*, venga escusso, pur dopo l'avvertimento *ex art.* 64, comma 3, lettera c), in assenza del solo difensore.

Peraltro, si ritiene condivisibile sul punto quell'autorevole opinione secondo cui «quanto al vizio che può colpire la deposizione acquisita senza la presenza del difensore – esclusa la nullità *ex art.* 178, lett. c) per il difetto dei relativi presupposti – non pare fuor d'opera ritenere che si tratti di una inutilizzabilità per violazione di una *forma essentialis* dell'atto»⁴⁵.

Del resto, non si può non concordare sul fatto che, visto il ruolo centrale a tutela contro l'autoincriminazione ricoperto dal difensore in tali fattispecie, ove si ammettesse che un dichiarante *ex art.* 210 o 197 *bis* possa essere sentito senza difensore, si eluderebbe tutto il delicato sistema di *checks and balances* previsto dal legislatore a tutela del *nemo tenetur se detegere*.

6.2. La piena condivisibilità del primo principio di diritto.

L'ulteriore principio di diritto pronunciato dal massimo Collegio, secondo cui, in sede di esame dibattimentale di imputato di reato connesso *ex art.* 12, comma 1, lett. c) o collegato, l'avvertimento di cui all'art. 64, comma 3, lett. c) deve essere dato, anche se lo stesso abbia già deposto *erga alios* senza aver ricevuto tale avviso, merita, invece, completa adesione.

Infatti, la disciplina introdotta a seguito della l. 1° marzo 2001, n. 63 ha sì ridotto l'incompatibilità a testimoniare degli imputati di reati connessi *ex art.* 12, comma 1, lettera c) e 371, comma 2, lett. b), ma solo ove gli stessi, dopo aver ricevuto l'avviso di cui all'art. 64, comma 3, lettera c), abbiano comunque deciso di rendere dichiarazioni sul fatto altrui, andando altrimenti ricompresi tra i soggetti di cui all'art. 210, comma 6, c.p.p.⁴⁶.

⁴⁵ Così P. TONINI-C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 286.

⁴⁶ Ovviamente nel testo ci si riferisce alle sole ipotesi in cui gli imputati connessi o collegati non siano stati giudicati in via irrevocabile.

Difatti, affinché gli imputati connessi *ex art. 12, comma 1, lettera c)* o probatoriamente collegati «possano deporre come testimoni assistiti, occorrono [...] due requisiti: 1) che abbiano ricevuto rituale avvertimento; 2) che abbiano reso dichiarazioni *erga alios*. In assenza di una di queste condizioni, la fattispecie non è integrata»⁴⁷.

Non vi sono quindi dubbi che il riferimento contenuto all'art. 210, comma 6, primo periodo, alle dichiarazioni già rese in precedenza (sulla responsabilità di altri), vada necessariamente letto assieme al secondo comma dell'art. 197 *bis*, che, in modo inequivocabile, si riferisce a soggetti che hanno deciso di rispondere solo a seguito dell'avviso di cui all'art. 64, comma 3, lettera c).

Del resto, tale interpretazione degli artt. 210, comma 6 e 197 *bis* pare l'unica costituzionalmente accettabile: se, infatti, vi è chi dubita della legittimità costituzionale della rinuncia al diritto al silenzio di cui dall'art. 64, comma 3, lett. c) per come normalmente configurata, in quanto la facoltà di tacere, espressione dell'autodifesa passiva, dovrebbe rientrare tra i diritti sottratti alle disponibilità tra le parti⁴⁸, sarebbe certamente contrastante con l'art. 24, comma 2, Cost. una disciplina che preveda che un dichiarante possa perdere «la tutela forte del *nemo tenetur se detegere*»⁴⁹ solo perché, in un'altra veste e senza «libertà di autodeterminazione»⁵⁰, sia stato “costretto”, dietro l'obbligo di verità, a rendere dichiarazioni *erga alios*⁵¹.

⁴⁷ C. CONTI, *L'imputato nel procedimento connesso*, cit., p. 240.

⁴⁸ Cfr. O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato*, cit., p. 334, secondo cui «“la rinuncia irrevocabile al diritto al silenzio” imposta all'indagato o imputato che abbiano reso dichiarazioni riguardanti la responsabilità di altri si pone in insanabile contrasto con la qualità di diritto fondamentale riconosciuta alla difesa in tutti i suoi aspetti. Se, infatti, [...] l'autodifesa passiva rappresenta un diritto fondamentale, sua caratteristica principale non può che essere quella della indisponibilità intesa come impossibilità per l'imputato di obbligarsi a rinunciare alla titolarità e, quindi, all'esercizio del diritto stesso». Cfr. anche M. DI BITONTO, *Diritto al silenzio: evoluzione o involuzione?*, cit., p. 1031; G. ILLUMINATI, *L'imputato che diventa testimone*, cit., pp. 388-389.

⁴⁹ Cfr. A. SANNA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato*, cit., p. 50.

⁵⁰ Cfr. 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.

⁵¹ Cfr. sul punto le argomentazioni sostenute dalla citata Corte cost., 12 novembre 2002, n. 451, cit., p. 3722.