DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

LA QUALIFICA PROCESSUALE DEL DICHIARANTE DOPO IL PROVVEDIMENTO DI ARCHIVIAZIONE: ITINERARI GIURISPRUDENZIALI

di Anna Maria Capitta

SOMMARIO: 1. L'audizione del soggetto archiviato: quadro normativo e giurisprudenza costituzionale. – 2. Le linee interpretative della Corte di Cassazione e la pronuncia delle Sezioni unite. – 3. L'ipotesi di archiviazione del procedimento per calunnia iniziato a seguito della denuncia proposta dall'originario imputato. – 4. Gli oscillanti orientamenti della giurisprudenza di merito (e in particolare del Tribunale di Milano) anteriori alla sentenza della Cassazione a Sezioni unite. – 5. L'attuale indirizzo del Tribunale di Milano: la qualifica del dichiarante archiviato come testimone "puro". – 6. Conclusioni.

1. L'audizione del soggetto archiviato: quadro normativo e giurisprudenza costituzionale.

Sulla linea di una progressiva riduzione dell'area della incompatibilità a testimoniare, la disciplina relativa al contributo probatorio dell'imputato sul fatto altrui ricomprende tra i soggetti tenuti a testimoniare i coimputati del medesimo reato e gli imputati in un procedimento connesso a norma dell'art. 12 comma 1, lett. *a)*, c.p.p., purché nei loro confronti sia stata pronunciata sentenza irrevocabile di proscioglimento, di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti (art. 197 comma 1, lett. *a)*, c.p.p.). La definitività dell'accertamento sul fatto proprio comporta l'obbligo di rispondere secondo verità, a maggior ragione, anche per gli imputati in un procedimento connesso per vincolo teleologico o di un reato collegato (art. 197 comma 1, lett. *b)*, c.p.p. e art. 197-*bis* comma 1 c.p.p.). Il legislatore non ha richiamato espressamente nell'art. 197 c.p.p. il provvedimento di archiviazione e neppure la sentenza di non luogo a procedere tra le pronunce idonee ad escludere l'incompatibilità con

l'ufficio di testimone. Alla luce del sistema normativo disegnato dalla legge n. 63 del 2001, dunque, la soluzione interpretativa che è parsa più coerente in dottrina, e con la quale si concorda, è quella di ritenere sussistente l'incompatibilità a testimoniare per gli indagati o gli imputati in un procedimento connesso o collegato nei cui confronti sia stato emesso decreto di archiviazione ovvero pronunciata sentenza di non luogo a procedere a conclusione dell'udienza preliminare: pertanto, l'assunzione delle dichiarazioni da queste categorie di soggetti potrà aver luogo secondo le modalità dell'esame previsto dall'art. 210 c.p.p., con la facoltà di non rispondere e senza l'obbligo penalmente sanzionato di dire la verità[1]. L'elenco dei provvedimenti definitivi alla cui emissione si ricollega il dovere di testimoniare non può che essere tassativo[2], stante la formulazione letterale della norma di cui all'art. 197 comma 1, lett. *a)*, c.p.p., che affida ad una clausola di salvezza la funzione di

[1] In questo senso si è espressa la dottrina prevalente, v. AMODIO, *Giusto processo, diritto al silenzio e obblighi di verità dell'imputato sul fatto altrui*, in *Cass. pen*., 2001, p. 3587; APRILE-SILVESTRI, *La formazione della prova penale dopo le leggi sulle indagini difensive e sul "giusto processo"*, Milano, 2002, p. 225 ss.; BARGIS, *Testimonianza*, in *Enc. dir*., *Annali*, t. II, Milano, 2009, p. 1103; BRICCHETTI, *Le figure soggettive della legge sul giusto processo*, in *Dir. pen. proc*., 2001, p. 1277; CARCANO-MANZIONE, *Il giusto processo. Commento alla legge 1° marzo 2001, n. 63*, Milano, 2001, p. 19 ss.; C. CONTI, *La riduzione dell'incompatibilità a testimoniare (art. 197 c.p.p.)*, in Tonini (a cura di), *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e sulla valutazione della prova (legge 1° marzo 2001, n. 63)*, Padova, 2001, p. 292; D'ANDRIA, *Le nuove qualifiche soggettive create dalla l. n. 63 del 2001 e la riforma dell'art. 64 c.p.p*., in *Cass. pen*., 2002, p. 856; DANIELE, *Lacune della disciplina sulla testimonianza assistita*, *ivi*, 2005, p. 719; FERRUA, *Il "giusto processo"*, Bologna, 2005, p. 176; MADDALENA, *Riforma del sistema probatorio e ruolo del pubblico ministero*, in AA.VV., *Giusto processo e prove penali*, Milano, 2001, p. 32; MAMBRIANI, *Giusto processo e non dispersione delle prove*, Piacenza, 2002, p. 579; MOROSINI, *Il "testimone assistito" tra esigenze del contraddittorio e tutela contro l'autoincriminazione (art. 197*-bis *c.p.p.)*, in TONINI (a cura di), *Giusto processo*, cit., p. 315; TONINI, *Manuale di procedura penale*, 10ª ed., Milano, 2009, p. 301 ss.

[2] Come conseguenza del principio di tassatività, si adduce qui l'argomento *a contrario*, secondo cui "*ubi lex voluit dixit, ubi tacuit noluit*", in favore di una interpretazione letterale dell'art. 197 c.p.p. (e precisamente delle ipotesi ricomprese nella sua clausola di salvezza) che si fonda sulla perfetta corrispondenza tra l'intenzione del legislatore e il testo normativo: sul punto, v. GUASTINI, *Distinguendo*, Torino, 1996, p. 175. Cfr. C. CONTI, *Le Sezioni unite ed il silenzio della Sfinge: dopo l'archiviazione l'*ex *indagato è testimone comune*, in *Cass. pen*., 2010, p. 2606, secondo la quale, invece, nell'attuale assetto normativo, poiché la lettera della legge «disegna un sistema di regole e di eccezioni per così dire 'di secondo grado'», sarebbe esclusa la possibilità di applicare *tout court* l'interpretazione *a contrario*, talché, in un simile contesto, tutti i tentativi esegetici apparirebbero legittimi. Per una possibile ricostruzione di quali siano, nella materia *de qua*, le norme di carattere eccezionale, v. *infra* nel testo di questo paragrafo.

determinare le ipotesi di esclusione della incompatibilità, facendo così intendere che queste ipotesi siano eccezionali e, dunque, non suscettibili di interpretazione analogica. Si comprende, inoltre, chiaramente la scelta del legislatore di non consentire che siano chiamate a rendere testimonianza nel procedimento connesso persone i cui addebiti a proprio carico siano stati oggetto di archiviazione o di proscioglimento in udienza preliminare: la *ratio* della incompatibilità è ancorata alla necessità di preservare costoro dal pericolo di autoincriminazione, data la concreta possibilità di una riapertura delle indagini a norma dell'art. 414 c.p.p. ovvero la eventualità di una revoca della sentenza di non luogo a procedere (art. 434 c.p.p.). Sotto altro profilo, con l'incompatibilità si intende evitare di introdurre nel processo deposizioni testimoniali caratterizzate da un infimo tasso di credibilità, tenuto conto che il dichiarante avrebbe un interesse a *non se detegere*, confliggente con il dovere di verità[3]. La delicatezza della posizione del dichiarante qui è ancora più evidente rispetto a coloro che siano stati giudicati in via definitiva e alle cui dichiarazioni, peraltro, il legislatore già attribuisce un valore probatorio affievolito (artt. 197-*bis* comma 6 c.p.p. e 192 comma 3 c.p.p.).

Una parte minoritaria della dottrina, basandosi su una diversa ricostruzione dell'attuale quadro normativo, ritiene invece che l'elenco dei provvedimenti di definizione del procedimento che escludono l'incompatibilità a testimoniare non sarebbe tassativo perché rappresenterebbe una eccezione rispetto ad una norma a sua volta eccezionale. L'incompatibilità di cui all'art. 197 c.p.p. costituirebbe, infatti, una deroga al principio generale in base al quale tutti hanno la capacità di testimoniare (art. 196 c.p.p.). In quanto eccezione della eccezione, la previsione delle ipotesi di compatibilità a testimoniare

[3] Cfr. AMODIO, *Giusto processo, diritto al silenzio e obblighi di verità dell'imputato sul fatto altrui*, cit., p. 3590.

rientrerebbe nella regola e, come tale, sarebbe passibile di interpretazione analogica[4].

Questa tesi non pare convincente per una serie di ragioni. Da un punto di vista strettamente dogmatico, tra l'art. 196 c.p.p. e l'art. 197 c.p.p. non sussiste un vero e proprio rapporto tra regola ed eccezione. Capacità e compatibilità a testimoniare sono situazioni tra loro differenti sul piano concettuale. I soggetti incompatibili ai sensi dell'art. 197 c.p.p. hanno la capacità di deporre, ma non possono essere sentiti come testimoni in quanto è considerato inopportuno far coesistere in capo alla medesima persona la veste di imputato e quella di testimone[5]. Inoltre, sul piano formale, la norma che elenca le singole ipotesi di compatibilità, come si è detto poc'anzi, è formulata in modo da individuare un catalogo tassativo. La categoria dei testimoni *post iudicatum* viene forgiata dal legislatore sulla base del principio della definitività del provvedimento conclusivo del processo penale: essa, dunque, non è suscettibile di ampliamenti se non nei limiti del criterio della irrevocabilità del proscioglimento o della condanna[6]. E, a ben vedere, l'archiviato o il prosciolto in udienza preliminare sono destinatari di decisioni solo allo stato degli atti[7] e non irrevocabili, sicché essi non sono tutelati dal principio del *ne bis in idem* (art. 649 c.p.p.). Ciò porta a

[4] DI MARTINO, *L'incompatibilità a testimoniare: problemi vecchi e nuovi*, in *Ind. pen*., 2002, p. 1037; FANULI-LAURINO, *Incompatibilità a testimoniare e archiviazione dopo la legge sul c.d. giusto processo: un nodo apparentemente irrisolto*, in *Cass. pen*., 2002, p. 3943.

[5] V., per tutti, CONSO, *Capacità processuale penale*, in *Enc. dir*., vol. VI, Milano, 1960, p. 138-139.

[6] La normativa che consente ai soggetti definitivamente giudicati di assumere la qualità di teste richiama la *rule* relativa alla *completition of proceedings* vigente nel sistema inglese. Il coimputato in un procedimento separato diventa testimone d'accusa (*competent witness*) sul fatto addebitato all'imputato soltanto se la sua posizione sia stata definita con un proscioglimento, con una condanna, con una decisione a seguito di un *plea of guilty* o con un *nolle prosequi* del Procuratore generale. Qualora, invece, sia ancora pendente il suo procedimento per il medesimo fatto, l'*accomplice* non può diventare teste a carico dell'imputato, per evitare che con la sua deposizione questi alteri la verità dei fatti, in vista del conseguimento di particolari benefici personali. Cfr. CARR-BEAUMONT, *Law of Evidence*, 4th ed., London, 1996, p. 31. La disciplina dell'acquisizione delle dichiarazioni del *co-accused* risale al *Criminal Evidence Act 1898* (*Section* 1, lett. *f)*, comma 3) ed è rimasta invariata anche dopo il *Criminal Justice Act 2003*.

[7] Per un'analisi della natura del provvedimento definitorio "allo stato degli atti", v. LORUSSO, *Provvedimenti «allo stato degli atti» e processo penale di parti*, Milano, 1995, p. 108 ss.; p. 507 ss.

concludere che, in ogni caso, l'operazione di estensione analogica risulta priva di fondamento, non essendovi identità di *ratio* tra le ipotesi di esclusione delle incompatibilità contemplate dall'art. 197 comma 1, lett. *a)*, c.p.p. e quelle relative alla posizione del soggetto archiviato o prosciolto in udienza preliminare.

Su questa specifica materia si è più volte pronunciata la Corte costituzionale che, dopo l'entrata in vigore della legge n. 63/2001, ha cercato di rispondere ai giudici di merito che ad essa si rivolgevano per superare le difficoltà interpretative scaturite dall'applicazione delle nuove norme[8].

A tal riguardo, si possono menzionare almeno tre pronunce della Corte, fra cui la più significativa è l'ordinanza n. 76 del 2003. Prima di questa, va ricordata la decisione n. 452 del 2002[9], ove la Corte si è mostrata contraria all'impostazione adottata dal giudice rimettente secondo cui la posizione dell'ex-indagato per il medesimo reato, nei cui confronti è stata pronunciata l'archiviazione, non rientrerebbe tra i casi per i quali l'art. 197 comma 1, lett. *a)*, c.p.p. prevede l'incompatibilità ad assumere l'ufficio di testimone. Questa norma, di carattere eccezionale, presuppone, secondo il giudice di merito, l'attualità delle qualifiche di indagato o di imputato e «non consente di estenderne la portata a chi non riveste più la qualifica di indagato o imputato»[10]. Il giudice delle leggi ha qui lasciato intendere che, invece, l'interpretazione più corretta della nuova normativa debba consistere nella affermazione della incompatibilità a testimoniare dell'archiviato per il medesimo reato[11].

---

[8] Cfr., anche per riflessioni di più ampio respiro sulle elaborazioni giurisprudenziali avutesi a seguito della riforma costituzionale del 1999 e della legge n. 63 del 2001 sul "giusto processo", GALANTINI, *Giusto processo e garanzia costituzionale del contraddittorio nella formazione della prova*, Testo della relazione al Convegno «Il diritto delle prove dall'Unità d'Italia alla Costituzione repubblicana», Milano, 23-24 giugno 2011, p. 7 ss., in questa *Rivista*, 7 settembre 2011.

[9] Corte cost., ord. 12 novembre 2002, n. 452, in *Giur. cost*., 2002, p. 3728.

[10] Così, Corte Ass. Catanzaro, 23 ottobre 2001, in *G.U.*, *I serie speciale*, n. 10, 2002, p. 32.

[11] Ed, infatti, la Corte costituzionale, nel dichiarare la questione inammissibile, ha ritenuto che la Corte di Assise non avrebbe «compiuto alcuna verifica sulla compatibilità della tesi interpretativa

Sulla stessa linea interpretativa, con l'ordinanza n. 76 del 2003, la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale prospettata con riguardo alla possibilità di assumere come testimone assistito l'indagato in procedimento connesso o per reato collegato nei cui confronti sia stato pronunciato decreto di archiviazione ai sensi dell'art. 411 c.p.p.. In linea generale, la Corte ha escluso che il decreto di archiviazione possa assumere un carattere di stabilità assimilabile a quello della sentenza irrevocabile, con la conseguente impraticabilità di un ragionamento analogico in materia[12]. La Corte, d'altro canto, ha rilevato come l'archiviazione non si possa ricondurre a percorsi omologhi, giacché può essere disposta per motivi di varia natura, determinando in concreto epiloghi che «si atteggiano in modo differente quanto alla loro normale forza di resistenza rispetto ad una eventuale riapertura delle indagini *ex* art. 414 c.p.p. e potrebbero quindi suggerire una disciplina differenziata in tema di compatibilità con l'ufficio di testimone». La soluzione della questione di legittimità costituzionale – ha concluso la Corte – avrebbe comportato «la necessità di definire una disciplina non circoscritta alla situazione oggetto del giudizio *a quo*, ma correlata agli altri casi di archiviazione presenti nell'ordinamento processuale»; ciò avrebbe però richiesto «una complessa e analitica ricostruzione del sistema delle incompatibilità ad

sostenuta con il quadro normativo risultante dalle modifiche apportate dalla legge n. 63 del 2001 alla disciplina del diritto al silenzio e alle ipotesi di incompatibilità ad assumere l'ufficio di testimone previste dall'art. 197 comma 1, lettera a), c.p.p.» e ciò «si traduce in un difetto di motivazione sul presupposto sul quale si basa la rilevanza della questione». Così, Corte cost., ord. 12 novembre 2002, n. 452, cit., p. 3732.

[12] Corte cost., ord. 27 marzo 2003, n. 76, in *Guida dir.*, 2003, 17, p. 52. La Corte ha osservato che in tutti i casi di archiviazione ed anche nell'ipotesi specifica di archiviazione pronunciata perché il fatto non è previsto dalla legge come reato, il provvedimento archiviativo «potrebbe in astratto essere sempre superato dalla riapertura delle indagini, autorizzata in vista di una nuova qualificazione del fatto come fattispecie penalmente rilevante ovvero come reato perseguibile d'ufficio o ancora come reato per il quale operano termini prescrizionali di maggiore durata», *ivi*, p. 53 ss.

assumere l'ufficio di testimone», spingendo i giudici a svolgere funzioni e ad operare «scelte discrezionali che rientrano nelle attribuzioni del legislatore»[13].

Sulla scorta di argomentazioni analoghe e riproducendo alcuni passi della precedente ordinanza n. 76 del 2003, la Corte, nella decisione n. 250 del 2003, ha precisato che, nel caso in cui il soggetto archiviato sia stato in precedenza indagato per il medesimo fatto per cui si procede ovvero sia stato indagato in un procedimento connesso a norma dell'art. 12 comma 1, lett. *a)*, c.p.p., l'incompatibilità a testimoniare «non appare priva di giustificazione in ragione della peculiare situazione derivante dall'unicità del fatto-reato e dei conseguenti profili di indubbia interferenza con la posizione dell'imputato», e ciò anche nella ipotesi di un provvedimento di archiviazione pronunciato a norma dell'art. 408 c.p.p.. Infatti, anche l'art. 408 c.p.p. (come l'art. 411 c.p.p.) «si riferisce a situazioni non omogenee», per le quali può essere più o meno alto il rischio di una eventuale riapertura delle indagini, «posta la grande varietà delle situazioni che in concreto possono costituire il presupposto di un provvedimento di archiviazione 'nel merito' per infondatezza della notizia di reato»[14]. Anche in questa occasione, la Corte, dichiarando la questione inammissibile, ha demandato la sua soluzione alle scelte discrezionali del legislatore, prospettando possibili scenari differenziati a seconda delle tipologie delle "formule" di archiviazione e del grado di connessione tra i procedimenti.

In definitiva, in entrambe le pronunce del 2003, la Corte costituzionale ha mantenuto un atteggiamento di *self-restraint*, ritenendo di non poter intervenire, poiché la definizione di una disciplina relativa ai casi di archiviazione, quanto alla compatibilità o meno con l'ufficio di testimone, spetta al legislatore e non rientra nelle funzioni del giudice costituzionale. In attesa di nuove previsioni

[13] Così, Corte cost., ord. 27 marzo 2003, n. 76, cit., p. 54, anche per le citazioni riportate nel periodo precedente del testo.

[14] Corte cost., ord. 15 luglio 2003, n. 250, in *Giur. cost*., 2003, p. 2097 ss.

normative più chiare e precise, la Corte ha lasciato, dunque, aperto il campo alla interpretazione della giurisprudenza ordinaria.

2. Le linee interpretative della Corte di Cassazione e la pronuncia delle Sezioni unite.

Le reazioni giurisprudenziali alle affermazioni della Corte costituzionale non hanno delineato un panorama caratterizzato da totale univocità di indirizzi, ma si può ritenere che un segno sia stato lasciato dalle ordinanze del 2003, le quali, pur auspicando l'intervento del legislatore, avevano comunque fornito qualche indicazione per consentire di superare le incertezze interpretative scaturite dal dato letterale ricavabile dalle nuove norme in tema di incompatibilità a testimoniare.

Infatti, nella giurisprudenza della Corte di cassazione a sezioni semplici si è sempre più consolidato l'orientamento secondo cui il provvedimento di archiviazione, in quanto atto inidoneo a produrre una situazione di stabilità processuale pari a quella di un'assoluzione irrevocabile, non determina il venir meno dell'incompatibilità prevista dall'art. 197 c.p.p. e, quindi, la posizione del soggetto archiviato è equiparabile a quella dell'imputato per reato connesso o collegato con procedimento pendente. Ne consegue che per l'ex indagato archiviato per il medesimo reato o in un procedimento connesso a norma dell'art. 12 comma 1, lett. *a)*, c.p.p. si devono seguire le modalità dell'esame previste dall'art. 210 c.p.p.; ciò vale ugualmente per l'ex indagato archiviato connesso teleologicamente o collegato, a meno che questi non abbia reso dichiarazioni sul fatto altrui, previo avvertimento ai sensi dell'art. 64 comma 3,

lett. *c)*, c.p.p., nel qual caso è legittima l'attribuzione della qualifica di testimone assistito[15].

Un diverso indirizzo minoritario, sempre della Cassazione a sezioni semplici, ha equiparato l'archiviato (ed anche il prosciolto in udienza preliminare) all'imputato definitivamente giudicato con sentenza irrevocabile, ammettendone, dunque, sempre l'esame nelle forme della testimonianza assistita[16].

Il quadro che emergeva nella giurisprudenza di legittimità, nel suo complesso, deponeva decisamente a favore della tesi della incompatibilità ad assumere l'ufficio di testimone, almeno come teste comune, della persona destinataria del provvedimento di archiviazione ed anche del prosciolto in udienza preliminare. In questo senso, qualche incidenza dovevano aver avuto le pronunce della Corte costituzionale del 2003, tenuto conto che prima di tale data si evidenziava, invece, una forte spaccatura nella giurisprudenza della Cassazione tra l'indirizzo che riteneva i soggetti archiviati comunque

[15] In questo senso, tra le numerose pronunce, v. Cass. pen., Sez. VI, 7 ottobre 2008, Russo, in *C.E.D. Cass.*, n. 242386; Cass. pen., Sez. II, 9 luglio 2008, Manticello, *ivi*, n. 241298; Cass. pen., Sez. II, 10 aprile 2008, Dell'Utri, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3941; Cass. pen., Sez. III, 8 giugno 2007, Pontoriero, in *Giur. it.*, 2008, p. 450; Cass. pen., Sez. V, 15 marzo 2007, Grimaldi, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1987; Cass. pen., Sez. VI, 1° febbraio 2005, Gilbo, *ivi*, 2006, p. 3710; Cass. pen., Sez. IV, 19 febbraio 2004, Cagnino, *ivi*, 2005, p. 2038 (con espressi richiami ai contenuti della ord. n. 76 del 2003); Cass. pen., Sez. II, 15 maggio 2003, Scumaci, in *C.E.D. Cass.*, n. 226279. A favore della incompatibilità a testimoniare del soggetto nei cui confronti sia stata pronunciata sentenza di non luogo a procedere all'esito dell'udienza preliminare, indipendentemente dalle ragioni del proscioglimento, v., tra le altre, Cass. pen., Sez. I, 17 novembre 2004, Narducci ed altro, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1043.

[16] Cass. pen., Sez. V, 12 novembre 2008, Tanzarella Belvedere e altro, in *C.E.D. Cass.*, n. 242004; Cass. pen., Sez. V, 25 settembre 2007, Costanza, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2812; Cass. pen., Sez. VI, 28 febbraio 2007, Simonetti, *ivi*, 2008, p. 1490.

incompatibili come testimoni[17] e quello che escludeva per i medesimi l'incompatibilità a testimoniare[18].

Nel dicembre del 2009 sono intervenute, come è noto, le Sezioni unite, in quanto chiamate alla soluzione di un contrasto giurisprudenziale effettivamente esistente in tema di cumulo tra le qualifiche di persona offesa e di imputato connesso o collegato. Soltanto in via pregiudiziale, il supremo Collegio prende in esame anche la questione riguardante lo *status* da attribuire all'indagato connesso o collegato nei cui confronti sia stata disposta l'archiviazione, nodo ermeneutico di non immediata soluzione, ma per il quale non pareva emergere un reale contrasto nella giurisprudenza di legittimità, essendosi questa ormai consolidatasi, come si è visto, secondo un preciso indirizzo. Proprio questo orientamento viene stravolto dalla Corte di cassazione a Sezioni unite, che, attraverso un'articolata ricostruzione del sistema, giunge ad affermare che la persona già indagata in procedimento connesso ai sensi dell'art. 12 comma 1, lett. *c)*, c.p.p. o per reato probatoriamente collegato, nei cui confronti sia stata pronunciata archiviazione, deve essere sentita come testimone comune[19].

Il ragionamento della Corte prende le mosse dal rilievo in base al quale il diritto al silenzio, corollario del diritto di difesa, rimane il cardine del sistema,

---

[17] Cass. pen., Sez. VI, 10 aprile 1995, Ascia, in *Cass. pen*., 1996, p. 2388; Cass. pen., Sez. VI, 11 aprile 1994, Curatola, in *C.E.D. Cass*., n. 198519, Cass. pen., Sez. VI, 4 novembre 1993, Grasso, *ivi*, n. 196923; Cass. pen., Sez. VI, 4 giugno 1993, Mosole, in *Cass. pen*., 1995, p. 334. V., anche, in motivazione, Cass. pen., Sez. II, 16 novembre 1998, Lo Presti, in *Cass. pen*., 2000, p. 2378.

[18] Cass. pen., Sez. III, 26 agosto 1999, Ascani, in *Arch. nuova proc. pen*., 2000, p. 53; Cass. pen., Sez. I, 28 settembre 1992, Perruzza, in *Cass. pen*., 1994, p. 1618, n. 1004, con nota critica di VESSICHELLI, *In tema di incompatibilità con l'ufficio di testimone*; Cass. pen., Sez. VI, 23 novembre 1990, Gastini, in *C.E.D. Cass.*, n. 186698. V., altresì, Cass. pen., Sez. VI, 2 aprile 2001, Bosco, in *Guida dir*., 2001, 31, p. 67, secondo cui l'intervenuta archiviazione del procedimento probatoriamente collegato avrebbe prodotto l'effetto di dissolvere l'incompatibilità ad assumere l'ufficio di testimone, mentre l'incompatibilità a testimoniare dell'archiviato sarebbe rimasta per i coindagati del medesimo reato o gli indagati in procedimento connesso: si faceva qui riferimento ad una distinzione tra imputato in un procedimento connesso (tanto a norma dell'art. 12 comma 1, lett. *a)*, c.p.p., quanto a norma dell'art. 12 comma 1, lett. *c)*, c.p.p.) e imputato di un reato collegato (art. 371 comma 2, lett. *b)*, c.p.p.) che poteva giustificarsi nel precedente assetto normativo, ma che non corrisponde più alla lettera e alla *ratio* della nuova disciplina di cui agli artt. 197 e 197-*bis* c.p.p..

[19] Cass. pen., Sez. un., 17 dicembre 2009, De Simone, in *Cass. pen*., 2010, p. 2583 ss.

presupponendo un'accusa cristallizzata nella imputazione. Pur ammettendo che anche prima dell'esercizio dell'azione penale sussiste per la persona sottoposta alle indagini una situazione suscettibile di determinare esigenze difensive, la Corte esclude che queste esigenze possano configurarsi dopo una iniziativa «esattamente antitetica all'esercizio dell'azione penale», quale l'archiviazione[20]. L'eventualità della riapertura delle indagini ai sensi dell'art. 414 c.p.p. – prosegue la Corte – è sostanzialmente assimilabile, anzi probabilisticamente inferiore, a quella della possibile apertura delle indagini nei confronti di qualsiasi soggetto. Basterebbe, dunque, riconoscere all'archiviato le stesse garanzie che spettano al testimone e cioè quelle di cui all'art. 198 comma 2 c.p.p. e all'art. 63 comma 1 c.p.p.. La Corte pone a sostegno dell'assunto vari argomenti letterali, tra cui principalmente quello secondo cui gli artt. 197, 197-*bis* e 210 comma 6 c.p.p. si riferiscono al solo imputato, potendo al più essere estesi, in forza dell'art. 61 c.p.p., all'indagato. Ma l'archiviato non è più un indagato. Di conseguenza, queste norme di garanzia non sarebbero a lui applicabili[21]. Inoltre, la disciplina *de qua*, là dove fa riferimento alla posizione dell'ex imputato, non può – secondo la Corte – estendere i suoi effetti all'ex indagato: le situazioni richiamate dalla norma sono «strutturalmente incompatibili» con la figura dell'archiviato, in quanto presuppongono «un processo il cui impulso ufficiale si pone proprio in radicale alternatività con l'intervenuta archiviazione». Infine, le Sezioni unite, discostandosi da quanto si era sempre affermato in giurisprudenza[22], ritengono che la posizione

[20] Cass. pen., Sez. un., 17 dicembre 2009, De Simone, cit., p. 2592.

[21] In senso contrario, v. Corte cost., sent. 18 marzo 1992, n. 108, in *Giur. cost*., 1992, p. 984, con nota di GIOSTRA, *Sull'incompatibilità a testimoniare anche dopo il provvedimento di archiviazione*, ove si è affermato che l'operatività della incompatibilità a testimoniare non cessa col venir meno della qualità di indagato a seguito del provvedimento di archiviazione, posto che la *ratio* della norma di garanzia di cui all'art. 197 comma 1, lett. *a)*, c.p.p. (vecchio testo) è quella di scongiurare l'eventualità che l'ex indagato sia costretto a rendere secondo verità dichiarazioni per effetto delle quali potrebbero essere riaperte le indagini a suo carico.

[22] V., *ex multis*, Cass. pen., Sez. II, 10 aprile 2008, Dell'Utri, cit., p. 3941.

dell'archiviato debba essere distinta anche da quella del soggetto nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di non luogo a procedere all'esito dell'udienza preliminare: solo quest'ultimo, infatti, dovrebbe essere sentito nella forma e con le garanzie della testimonianza assistita, giacché la locuzione «reato per cui …si è proceduto» contenuta nell'art. 197-*bis* comma 4, secondo periodo, c.p.p. sarebbe riferibile soltanto alla pregressa vicenda processuale conclusasi con sentenza di non luogo a procedere e non invece ad una definizione del procedimento mediante archiviazione[23].

La decisione della suprema Corte si muove su un percorso argomentativo quanto meno inedito se non deviante rispetto alla struttura del sistema, non solo là dove sminuisce le garanzie applicabili nei confronti di chi sia stato destinatario di un provvedimento di archiviazione, ma anche nel momento in cui paragona l'intervenuta archiviazione non già agli altri possibili epiloghi del procedimento penale, bensì all'esercizio dell'azione penale[24]. In questo modo, si giunge a spezzare il legame, finora mai messo in discussione, tra archiviazione e sentenza di non luogo a procedere, che accomunava questi due provvedimenti in ragione della loro precarietà e che li distingueva, nel contempo, dalle sentenze emesse all'esito del giudizio e dalle sentenze irrevocabili. Quest'ultima prospettiva, ricavabile dallo schema normativo del 2001, viene ora gravemente scardinata, con la conseguenza di sottrarre l'archiviazione ad ogni valutazione in ordine al suo grado di stabilità. A ben vedere, il limite dell'argomentazione delle Sezioni unite sta nell'aver escluso la possibilità di applicare anche al provvedimento di archiviazione il "principio di graduazione" elaborato dalla Corte costituzionale, secondo cui gli *status* dei

[23] Cass. pen., Sez. un., 17 dicembre 2009, De Simone, cit., p. 2592-2593, anche per i riferimenti contenuti *supra* nel testo.

[24] Cfr. C. CONTI, *Le Sezioni unite ed il silenzio della Sfinge: dopo l'archiviazione l'*ex *indagato è testimone comune*, cit., p. 2604 ss.

dichiaranti sono da rapportarsi al legame più o meno stretto con il fatto di reato, desumibile anche dalla tipologia, più o meno stabile, di provvedimento conclusivo di cui essi eventualmente siano stati destinatari[25].

3. L'ipotesi di archiviazione del procedimento per calunnia iniziato a seguito della denuncia proposta dall'originario imputato.

Una particolare ipotesi di collegamento probatorio a norma dell'art. 371 comma 2, lett. *b)*, c.p.p. si configura allorché l'imputato originariamente denunciato per un determinato fatto di reato denunci, a sua volta, il suo accusatore per calunnia. Qualora il procedimento per calunnia sia ancora pendente, il soggetto calunniato potrà essere sentito nel procedimento collegato nel rispetto dell'art. 210 c.p.p.. Ciò significa che, in assenza di precedenti dichiarazioni *erga alios* (rese a nome del soggetto persona offesa di uno specifico reato), sono applicabili le disposizioni di cui all'art. 210 commi 1-5 c.p.p., tra cui la previsione della piena facoltà di non rispondere; nel caso in cui invece abbia già reso dichiarazioni sulla responsabilità dell'originario imputato, la persona da esaminare assume la veste di testimone assistito (art. 210 comma 6 c.p.p.)[26]. Pare opportuna l'operatività delle garanzie di cui all'art. 210 commi 1-5 c.p.p. ovvero, qualora ne ricorrano le condizioni, delle garanzie di cui all'art. 197-*bis* commi 3, 4, secondo periodo e 5 c.p.p., dato l'interesse difensivo a *non se detegere* determinato dalla forte interferenza probatoria sussistente tra i fatti oggetto dei due procedimenti. Situazioni non dissimili si verificano con riferimento alle fattispecie di favoreggiamento, ricettazione e riciclaggio,

[25] Corte cost., sent. 21 novembre 2006, n. 381, in *Cass. pen*., 2007, p. 486; Corte cost., ord. 22 luglio 2004, n. 265, in *Arch. nuova proc. pen*., 2005, p. 137. Cfr., in dottrina, C. CONTI, *Le Sezioni unite ed il silenzio della Sfinge*, cit., p. 2603.

[26] V., ad esempio, Cass. pen., Sez. VI, 28 maggio 2009, Erler, in *C.E.D. Cass*., n. 244448.

quando l'imputato di uno di questi reati venga esaminato nel procedimento relativo al reato presupposto.

La fattispecie della *denuncia incrociata* fa sorgere qualche problema interpretativo, sul piano della individuazione della qualifica processuale della persona da esaminare, qualora la posizione del dichiarante, denunciato per calunnia, sia stata archiviata ovvero definita in udienza preliminare con sentenza di non luogo a procedere.

Da un punto di vista strettamente processuale, infatti, vi è l'esigenza di predisporre comunque meccanismi di tutela della situazione soggettiva del dichiarante, per dare attuazione alla garanzia del *nemo tenetur se detegere* e, dunque, appare arduo sul piano esegetico eliminare *tout court* in questi casi l'incompatibilità a testimoniare[27]. Del resto, la novella del 2001, per i soggetti già indagati per un reato collegato sul piano probatorio, ha esteso, anziché restringere, l'area della incompatibilità ad assumere l'ufficio di testimone[28]. Inoltre, in forza del nuovo art. 197-*bis* comma 1 c.p.p., è da ritenersi superato il *dictum* della Corte costituzionale n. 294 del 2000, basato sul precedente assetto normativo[29].

---

[27] In tal senso, in giurisprudenza, Cass. pen., Sez. II, 15 maggio 2003, Scumaci, cit., n. 226279, ove l'accusatore, già archiviato per favoreggiamento personale, è stato sentito nel procedimento principale con le forme dell'art. 210 c.p.p..

[28] Come è noto, il precedente sistema faceva venir meno l'incompatibilità a testimoniare per i soggetti già indagati di un reato probatoriamente collegato, nel momento in cui costoro avessero comunque perduto la qualità di indagati o di imputati (art. 197, lett. *b)*, c.p.p., vecchia formulazione), a prescindere dalla tipologia di provvedimento conclusivo emesso nei loro confronti.

[29] Corte cost., sent. 17 luglio 2000, n. 294, in *Giur. cost*., 2000, p. 2251. Con questa decisione, il giudice delle leggi, proprio con riferimento ad una fattispecie di collegamento probatorio per "calunnia incrociata", aveva affermato che l'imputato nel procedimento collegato fosse incompatibile soltanto fino a che il procedimento a suo carico fosse stato pendente, mentre qualunque provvedimento conclusivo, compresa l'archiviazione, sarebbe stato idoneo a rescindere il legame derivante dal collegamento probatorio. Il principio allora elaborato dalla Corte è ormai inapplicabile, come è stato sottolineato dal Tribunale di Milano in una pronuncia successiva all'entrata in vigore delle norme attuative del giusto processo. V. Trib. Milano, 28 maggio 2001, Barbaro ed altri, in AA.VV., *Giusto processo e prove penali*, cit., p. 375, secondo cui l'interpretazione data dalla sent. Cost. n. 294/2000 «non può essere seguita alla luce della riforma introdotta con la legge n. 63 del 2001: da un lato, …il legislatore non ha tenuto conto delle indicazioni della Corte costituzionale, non prevedendo in maniera

Tuttavia, la sentenza della Cassazione a Sezioni unite "De Simone", sopra citata, nel riferirsi proprio ad una fattispecie di denuncia incrociata, ristabilisce la compatibilità a testimoniare della persona già indagata per un reato probatoriamente collegato[30]. La Corte di Cassazione invoca, a favore di questa ricostruzione, un argomento rilevante in termini di giustizia sostanziale. Può accadere, infatti, come in concreto accade, che l'imputato originariamente denunciato per un reato, al fine di svuotare di contenuto le dichiarazioni del suo potenziale accusatore, denunci a sua volta costui per calunnia. Una volta conclusosi il procedimento per calunnia con l'archiviazione, le dichiarazioni che l'ex calunniato renderebbe contro l'imputato di reato collegato tornerebbero ad avere un sicuro peso probatorio a carico dell'imputato. Ma se queste dichiarazioni, per effetto dell'applicazione degli artt. 210, 197-*bis* comma 6 e 192 comma 4 c.p.p., non fossero idonee ad assumere un valore di prova testimoniale piena, si creerebbe il grave inconveniente di affidare ad una parte privata l'uso di strumenti volti a rendere del tutto evanescenti le accuse che avevano originato il procedimento a proprio carico[31]. Da qui nasce la soluzione interpretativa delle Sezioni unite che incide sulla qualifica del dichiarante *de quo*: a questi va attribuita non la veste di imputato o indagato in procedimento collegato *ex* art. 210 c.p.p., bensì la veste di testimone puro e semplice[32].

---

espressa l'ipotesi della pronuncia del decreto di archiviazione tra le situazioni che determinano il venir meno dell'incompatibilità con l'ufficio di testimone fissata, come regola generale, dagli artt. 197 comma 1, lett. *b)* e 197-*bis* comma 1 c.p.p.; dall'altro, essendo tali situazioni indicate in maniera tassativa dall'art. 197 c.p.p., non possono essere estese mediante un'interpretazione analogica».

[30] Cass. pen., Sez. un., 17 dicembre 2009, De Simone, cit., p. 2584. Nella fattispecie ad esame della Corte a dover essere sentito non era il calunniato, ma l'originario denunciato (per furto e ricettazione di assegni). Le deposizioni di P. (accusato falsamente e già archiviato nel suo procedimento) dovevano essere rese nel corso del procedimento per calunnia, in cui era imputato De Simone.

[31] La medesima facoltà sarebbe, peraltro, esercitabile anche dal pubblico ministero, con riferimento alla perdita del valore probatorio delle dichiarazioni dei potenziali testimoni a discarico.

[32] L'interpretazione adottata dalle Sezioni unite risolve, perciò, «gli inconvenienti di sostanziale ingiustizia …che l'opposta interpretazione, fin qui seguita, determinava, in relazione in particolare alle situazioni di apertura d'indagine artatamente create da una parte privata nei confronti del suo potenziale accusatore, al fine di diminuirne il valore testimoniale», *ivi*, p. 2593. Cfr., sul punto, i rilievi

Il *decisum* della Corte di cassazione, sotto il profilo della necessità di predisporre un rimedio ad una situazione di «sostanziale ingiustizia», è senza dubbio comprensibile. Tuttavia, possono prospettarsi soluzioni di altra natura a questo delicato problema. Sono infatti da ritenersi preferibili opzioni interpretative che evitino in radice di porre il dichiarante in una condizione in cui si renda necessaria la tutela di interessi difensivi. Basterebbe, ad esempio, attribuire alle dichiarazioni di contenuto calunnioso rese dall'indagato un tasso di attendibilità così basso da non ritenerle idonee a determinare l'apertura di un procedimento penale[33]. In tal caso, se il pubblico ministero riterrà non integrato il reato di calunnia e sempre che ciò non contrasti con il principio di obbligatorietà dell'azione penale, il nome del potenziale teste d'accusa non verrà mai iscritto nel registro degli indagati e le sue dichiarazioni, rese in qualità di testimone ordinario nel procedimento a carico dell'originario imputato, potranno essere valutate ai sensi dell'art. 192 comma 1 c.p.p., senza che debba operare la regola della *corroboration*. Un'altra soluzione, già individuata in dottrina su un piano *de iure condendo*, potrebbe essere quella di introdurre, anche per il reato di calunnia, una previsione simile a quella che compare nell'art. 371-*bis* comma 2 c.p. con riguardo al delitto di false informazioni al pubblico ministero, vale a dire la sospensione del procedimento per calunnia iniziato a seguito della denuncia proposta dall'originario imputato, fino a quando il procedimento nel quale sono state rese le dichiarazioni calunniose e nel quale sarà chiamato a deporre il calunniato non sia stato definito con sentenza di primo grado ovvero con archiviazione o con sentenza di non luogo a procedere[34]. L'efficacia concreta di questa soluzione

espressi, in dottrina, da BARAZZETTA, *La testimonianza dell'imputato di reato connesso o collegato*, Intervento all'incontro di studio del C.S.M. «Dieci anni di 'giusto processo': questioni aperte in tema di prova dichiarativa», Torino, 10 giugno 2010, p. 20-21.

[33] Cfr. SANTORIELLO, *Calunnia, autocalunnia e simulazione di reato*, Padova, 2004, p. 150.

[34] SANTORIELLO, *Calunnia,* cit., p. 177.

riposerebbe sulla tesi, peraltro qui non condivisa, secondo cui sarebbe possibile procedere all'audizione in qualità di testimone puro del soggetto indagato per calunnia, durante la pendenza del proprio procedimento[35]. Sicché, le dichiarazioni testimoniali da costui rese potrebbero finalmente acquistare pieno valore probatorio[36].

In definitiva, non si può escludere che proprio l'esigenza di dover far fronte ai problemi pratici particolarmente delicati che scaturiscono da una fattispecie di collegamento probatorio, quale quella riconducibile alla denuncia incrociata, possa aver, in qualche modo, indotto i giudici di legittimità, nell'occasione della pronuncia a Sezioni unite, ad accogliere l'interpretazione che non ammette la possibilità di applicare alla persona destinataria di un provvedimento di archiviazione la «disciplina limitativa della capacità testimoniale di cui all'art. 197 comma 1, lett. *a)* e *b)*, all'art. 197-*bis* e all'art. 210 c.p.p.»[37].

4. Gli oscillanti orientamenti della giurisprudenza di merito (e in particolare del Tribunale di Milano) anteriori alla sentenza della Cassazione a Sezioni unite.

Sul tema relativo alla qualifica attribuibile al soggetto archiviato che debba rendere dichiarazioni in un procedimento connesso o collegato, nella

[35] Secondo questa ricostruzione, infatti, su un piano sostanziale, a differenza della connessione, il collegamento probatorio eventualmente esistente tra il delitto di calunnia e quello presupposto non darebbe di per sé luogo alla incompatibilità a testimoniare in assoluto, dovendo se mai il giudice valutare in concreto l'effettiva sussistenza di una interferenza probatoria. V., in proposito, SALVI, *Gli effetti sul processo della denunzia per calunnia presentata dall'imputato nei confronti del testimone a carico o della persona offesa dal reato*, Intervento all'incontro di studio del C.S.M. «La tutela penale del processo», Roma, 29 novembre-1 dicembre 2001, p. 8.

[36] In ogni caso, con la previsione della sospensione del procedimento per calunnia, l'esito di questo giudizio non potrebbe giammai influenzare la decisione da pronunciarsi nell'ambito del procedimento contro l'imputato originario, neppure attraverso l'utilizzo di dichiarazioni – aventi per vero un'efficacia probatoria indebolita – rese dal soggetto già indagato per calunnia e archiviato.

[37] In questi termini, Cass. pen., Sez. un., 17 dicembre 2009, De Simone, cit., p. 2593.

giurisprudenza di merito si sono tra loro alternati, nel periodo antecedente alla pronuncia delle Sezioni unite "De Simone", diversi orientamenti, che hanno portato i giudici, talvolta, a disporre l'audizione dell'ex indagato archiviato nelle forme della testimonianza incondizionata, altre volte ad assumere le dichiarazioni di quest'ultimo secondo le modalità previste dall'art. 197-*bis* c.p.p. ovvero dall'art. 210 c.p.p..

Un primo indirizzo, ampiamente diffuso nell'ambito delle Corti territoriali, ma contrastante con quello allora prevalente nella giurisprudenza di legittimità (v. *supra*, § 2), ha interpretato le ipotesi di incompatibilità a testimoniare di cui all'art. 197 c.p.p. come tassative e, dunque, non estendibili a soggetti non espressamente ricompresi nel catalogo normativo, quale l'indagato la cui posizione fosse stata archiviata. Pertanto, per l'archiviato valeva il generale obbligo di testimonianza e costui doveva essere sentito nella veste di testimone comune[38]. Questo orientamento, suffragato da identiche argomentazioni, è riscontrabile anche in qualche pronuncia del Tribunale di Milano nei primi anni del 2000[39].

Secondo una soluzione intermedia, la posizione dell'archiviato poteva essere assimilata a quella dell'ex imputato destinatario di sentenza divenuta irrevocabile, con la conseguenza di esaminare il soggetto in questione con le garanzie della testimonianza assistita (art. 197-*bis* c.p.p.). Tuttavia, non si rinvengono molti precedenti in questo senso, se non con riguardo all'ipotesi in

[38] Trib. Fermo, 11 febbraio 2003, in *Arch. nuova proc. pen*., 2003, p. 145; Corte App. Milano, Sez. III, ord. 5 febbraio 2003, in *Foro ambr.*, 2003, p. 323; Trib. Messina, 9 luglio 2002, R.A. ed altri, in *Giur. merito*, 2003, p. 750; Trib. Foggia, 21 febbraio 2002, Taricone, *ivi*, 2002, p. 464; Corte App. Roma, 26 agosto 1999, in *Temi rom*., 2000, n. 1, II, p. 289; Trib. Fermo, 20 aprile 1999, Bonora, in *Arch. nuova proc. pen*., 1999, p. 412; Trib. Perugia, 29 marzo 1996, Capponi, in *Rass. giur. umbra*, 1996, p. 480; Corte Ass. Rovigo, 28 dicembre 1992, Pregnolato, in *Giust. pen*., 1993, III, c. 267 (nel senso che l'incompatibilità a testimoniare non possa estendersi ai soggetti che non abbiano mai assunto la qualità formale di imputato); Trib. Marsala, 21 dicembre 1992, Alfano, in *Foro it.*, 1993, II, c. 672.

[39] Trib. Milano, Sez. V, ord. 17 dicembre 2003, *inedita* (giud. monocr. Moccia); Trib. Milano, Sez. I, ord. 5 luglio 2000, in *Foro ambr*., 2000, p. 478.

cui la conclusione del procedimento fosse riconducibile alla estinzione del reato per prescrizione[40]. A ben vedere, peraltro, anche in questo caso il provvedimento di archiviazione potrebbe sempre essere superato da una eventuale riapertura delle indagini, in vista della individuazione di un titolo di reato per il quale non operi più la causa estintiva; perciò, neppure il decreto di archiviazione per intervenuta prescrizione può ritenersi dotato di una forza di resistenza pari a quella delle sentenze irrevocabili[41].

Il terzo orientamento, senza dubbio più seguito dai giudici di merito rispetto a quello precedente, ma non così largamente accolto come il primo riportato più sopra, ha optato per la conservazione della incompatibilità a testimoniare per l'archiviato, sostenendo perciò che questi debba assumere la veste di imputato di reato connesso o collegato (art. 210 c.p.p.) o, qualora abbia reso dichiarazioni a carico di altri ai sensi dell'art. 64 comma 3, lett. *c)*, c.p.p., quella di testimone assistito[42].

Anche questa soluzione interpretativa ha trovato riscontro nella giurisprudenza del Tribunale di Milano, profilandosi con una tendenziale prevalenza rispetto al primo indirizzo e, dunque, rivelando un atteggiamento propenso alla tutela del diritto al silenzio del dichiarante[43]. L'attribuzione

---

[40] Trib. Monza, 3 ottobre 2001, C., in *Giur. merito*, 2001, p. 503, concernente il caso di un indagato per un reato collegato ai sensi dell'art. 371 comma 2, lett. *c)*, c.p.p. nei cui confronti sia stato emesso decreto di archiviazione per intervenuta prescrizione; Trib. Milano, Sez. X, 12 febbraio 1994, *inedita*, (giud. Micara, Martini, Lai – corruzione urbanistica Comune di Nerviano), quanto all'ipotesi di soggetti prosciolti in udienza preliminare per avvenuta estinzione del reato per prescrizione, poi sentiti come testimoni assistiti.

[41] Cfr. Corte cost., ord. 27 marzo 2003, n. 76, cit., p. 54.

[42] Trib. Genova, Sez. III, 7 maggio 2007, P.A. ed altri, *inedita*, ove sono state sentite ai sensi dell'art. 210 c.p.p., nel procedimento connesso, due persone che non avevano in precedenza reso dichiarazioni e la cui posizione era stata archiviata. Con riferimento al regime precedente alla legge n. 63 del 2001, v. Trib. Macerata, 3 maggio 1996, Pernici, *inedita*; Trib. S. Maria Capua Vetere, 27 maggio 1994, Fabbozzo, in *Foro. it*., 1996, II, c. 195; Trib. Pistoia, 24 aprile 1992, La Franca, in *Arch. nuova proc. pen*., 1992, p. 415.

[43] Trib. Milano, Sez. X, 3 ottobre 2001, *inedita*; Trib. Milano, 28 maggio 2001, Barbaro ed altri, cit., in AA.VV., *Giusto processo e prove penali*, cit., p. 375, con nota di CORBETTA, *Le prime ordinanze sulla nuova disciplina dell'acquisizione della prova*, p. 376; Trib. Milano, Sez. IV, 16 maggio 2000, *inedita*.

all'archiviato di una qualifica parificata all'indagato di reato connesso o collegato e la conseguente sua audizione a norma dell'art. 210 c.p.p. è stata giustificata dal Tribunale milanese con l'esigenza di evitare di compromettere la posizione processuale di un soggetto di cui occorra salvaguardare l'interesse difensivo a *non se detegere*[44].

In ogni caso, dal Tribunale di Milano viene spesso denunciata una lacuna legislativa in materia che lascerebbe più dubbi che certezze. Tant'è che, per esempio, è stato proprio il Tribunale di Milano a sollevare una questione di legittimità costituzionale dell'art. 210 comma 6 c.p.p. nella parte in cui, facendo richiamo all'art. 197-*bis* comma 4, secondo periodo, c.p.p., prevede che le persone nei cui confronti si è proceduto per un reato reciprocamente commesso in danno dell'imputato per cui si procede, potendo rinunciare al diritto al silenzio sul fatto altrui, non possano essere obbligate a deporre su fatti che concernono la propria responsabilità e in ordine ai quali si è proceduto nei loro confronti (nella specie, in ordine ai quali sia stata disposta archiviazione). In questo caso, il teste assistito sarebbe già sufficientemente garantito dal divieto di utilizzazione *contra se* delle dichiarazioni rese (art. 197-*bis* comma 5 c.p.p.), sicché l'ulteriore garanzia contro l'autoincriminazione non avrebbe ragion d'essere a favore di un soggetto che ha volontariamente assunto l'ufficio di testimone[45]. La Corte costituzionale ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione, rilevando che l'attuale disciplina estende ai soggetti archiviati – nel caso scelgano di deporre *contra alios* – un doppio livello di garanzie contro

[44] Trib. Milano, Sez. X, 3 ottobre 2001, cit., *inedita*, secondo cui all'archiviato è applicabile l'art. 210 c.p.p. perché «ove fosse sentito come teste (comune), egli potrebbe compromettere la sua posizione processuale senza neppure godere delle garanzie previste dall'art. 197-*bis* c.p.p., sia perché tale norma si riferisce ai soggetti tassativamente indicati nell'art. 197 comma 1, lett. *a)* e *b)*, c.p.p., sia perché l'inutilizzabilità *contra se* delle dichiarazioni è stabilita solo per i testimoni assistiti e non può essere estesa per analogia».

[45] Trib. Milano, ord. 20 giugno 2001, in *G.U.*, *I serie speciale*, n. 38, 2001, p. 66. Per una precedente ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale, v. Trib. Milano, ord. 19 marzo 1991, Sottoferro, in *Riv. Cons. Ord. Avv. Milano*, 1991, IV, p. 73.

l'autoincriminazione (artt. 210 comma 6 e 197-*bis* c.p.p.), poiché il principio *nemo tenetur se detegere* è «destinato a prevalere anche ove dovesse in concreto comportare l'impossibilità di acquisire una prova nella peculiare situazione di reati commessi da più persone in danno reciproco le une delle altre»[46].

Ed è stata proprio la preoccupazione di "non disperdere" la valenza probatoria delle dichiarazioni rese dal soggetto archiviato, che se assunte secondo le forme dell'art. 210 c.p.p. avrebbero dovuto altrimenti essere valutate a norma dell'art. 192 comma 3 c.p.p., che in taluni casi ha determinato l'interpretazione di altri giudici del Tribunale di Milano nel senso di ammettere la testimonianza "pura" della persona già indagata per reato connesso o collegato[47].

5. L'attuale indirizzo del Tribunale di Milano: la qualifica del dichiarante archiviato come testimone "puro".

La più recente giurisprudenza del Tribunale di Milano si è ormai attestata nel senso di ritenere che la persona il cui procedimento si sia concluso con l'archiviazione debba essere esaminata in qualità di testimone ordinario.

Da una indagine condotta presso varie Sezioni del Tribunale milanese è emerso come i giudici di merito si pongano senz'altro sulla linea tracciata dalla Corte di cassazione a Sezioni unite nel dicembre del 2009. Invero, dalla data del deposito della sentenza "De Simone", avvenuto il 29 marzo 2010, non si rinvengono presso la Corte territoriale decisioni di segno contrario ad essa[48].

[46] Corte cost., 26 giugno 2002, n. 291, in *Giur. cost*., 2002, p. 2101.

[47] Trib. Milano, Sez. V, ord. 17 dicembre 2003, cit., *inedita*.

[48] Un caso particolare è stato oggetto di decisione della settima Sezione penale e ha riguardato la posizione processuale di una persona nei cui confronti era stata emessa *richiesta* di archiviazione, senza che ancora il g.i.p. avesse pronunciato il decreto di archiviazione: qui il Tribunale ha evidentemente preso atto della situazione di pendenza del procedimento, per cui si è proceduto ai sensi dell'art. 210

Sulla questione hanno avuto occasione di pronunciarsi in tempi recenti la seconda e la decima Sezione penale. In entrambi i casi, sono state rigettate le richieste avanzate dai difensori che invocavano l'applicabilità dell'art. 210 c.p.p. in ordine alla qualifica attribuibile al soggetto la cui posizione era stata archiviata in un procedimento connesso: dopo aver richiamato espressamente la decisione delle Sezioni unite n. 12067/10, i giudici hanno disposto che la persona dovesse essere sentita come testimone comune[49].

Anche la quarta Sezione penale del Tribunale di Milano ha ribadito il principio secondo cui «non sono applicabili all'archiviato in un procedimento connesso le garanzie di cui agli artt. 210 o 197-*bis* c.p.p., dovendosi lo stesso considerarsi un testimone puro»[50].

In una ordinanza ancor più recente, emessa in un procedimento in cui si contestavano agli imputati episodi di corruzione, il Tribunale ha ricostruito, in modo interessante ed anche piuttosto singolare, la qualifica di due persone i cui nomi non erano mai stati iscritti nel Registro Generale delle notizie di reato[51]. Le dichiarazioni rese in forma di S.I.T. (sommarie informazioni testimoniali) da questi soggetti nelle indagini preliminari sono state ritenute inutilizzabili, ai sensi dell'art. 63 comma 2 c.p.p., per eventuali contestazioni probatorie, in quanto gli stessi avrebbero dovuto essere sentiti, in quel momento, come

---

c.p.p., consentendo alla persona di avvalersi della facoltà di non rispondere. Trib. Milano, Sez. VII, ud. 2 dicembre 2010, G.T. ed altri; sent. 28 aprile 2011, *inedita*.

[49] Trib. Milano, Sez. II, ord. 29 aprile 2010, C.L. ed altri, *inedita*.

Trib. Milano, Sez. X, ord. 2 maggio 2011, G., (giud. monocr. Minerva), in questa *Rivista*. Nel caso in questione, la posizione della persona che doveva essere esaminata era stata archiviata nel merito (perché il fatto non costituisce reato), in riferimento ad una fattispecie di detenzione e vendita di alimenti in cattivo stato di conservazione (art. 5, lett. *b)*, L. n. 283/1962). Il fatto per il quale era stata disposta l'archiviazione non era propriamente connesso a quello per cui stava procedendo, ma solo probatoriamente collegato ai sensi dell'art. 371 comma 2, lett. *b)*, c.p.p.; da qui la sicura applicabilità del principio di diritto enunciato dalla sentenza delle Sezioni unite.

[50] Trib. Milano, Sez. IV, ord. 6 ottobre 2011, C., *inedita*. Qui il dichiarante non era mai stato formalmente indagato: il Tribunale ha ritenuto parificata, in via sostanziale, la sua situazione «a quella di colui la cui posizione processuale sia stata definita con provvedimento di archiviazione».

[51] Trib. Milano, Sez. IV, ord. 10 novembre 2011, C., (giud. Magi, Amicone, Guadagnino), in questa *Rivista*.

«indagati del reato contestato», in base ad una valutazione della sussistenza della qualità di persona indagata da effettuarsi secondo un criterio sostanziale, al di là del riscontro di requisiti formali quali la iscrizione nominativa nell'apposito R.G.N.R.[52]. La ricostruzione della qualifica di questi due soggetti ha assunto dei connotati particolari allorché i giudici sono passati ad esaminare lo *status* dei dichiaranti in sede dibattimentale. Nell'estendere anche a questo momento i criteri valutativi di tipo sostanziale desumibili dalla giurisprudenza di legittimità e riconducibili alla fattispecie di cui all'art. 63 comma 2 c.p.p., il Tribunale ha ritenuto che i due soggetti in questione dovessero considerarsi «non più indagabili per il reato attualmente contestato», atteso il tempo trascorso dalla commissione del reato, utile a far maturare una virtuale prescrizione, e che, dunque, la loro posizione dovesse essere «parificata» a quella delle persone nei cui confronti sia stato emesso «decreto di archiviazione per intervenuta prescrizione». Pertanto, in applicazione dell'orientamento espresso dalle Sezioni unite "De Simone", i giudici milanesi hanno disposto l'esame testimoniale di queste persone secondo le forme ordinarie[53]. Al di là delle particolari questioni affrontate nel caso specifico[54], interessa constatare come anche la quarta Sezione del Tribunale di Milano abbia sicuramente aderito all'indirizzo adottato dalle Sezioni unite.

6. **Conclusioni**

[52] Quanto a questo criterio di valutazione, il Tribunale ha seguito il prevalente orientamento della Corte di cassazione, v. in tal senso, tra le molte, Cass. pen., Sez. un., 25 febbraio 2010, Mills, in *C.E.D. Cass*., n. 246584; Sez. I, 1° febbraio 2001, Sestino, in *Cass. pen*., 2002, p. 1096, n. 307; Sez. VI, 11 maggio 2000, Valianos, in *C.E.D. Cass*., n. 217556. *Contra*, nel senso che non rientra tra le ipotesi di incompatibilità a testimoniare il caso di colui che sia solo potenzialmente imputabile in un procedimento connesso o per un reato collegato, Cass. pen., Sez. I, 6 novembre 1998, Aprea, in *Cass. pen*., 2000, p. 2379; Cass. pen., Sez. I, 18 aprile 2002, Leuzzi, in *C.E.D. Cass*., n. 222089.

[53] Trib. Milano, Sez. IV, ord. 10 novembre 2011, C., cit., anche per i richiami più sopra riportati.

[54] …che richiederebbero più ampie riflessioni, non rientranti propriamente nell'oggetto del presente contributo.

Il percorso della giurisprudenza che si è fin qui illustrato rivela il defatigante impegno dell'interprete in una materia tanto complessa, quanto delicata per il processo penale quale quella concernente l'incompatibilità a testimoniare dell'archiviato. Il fine è quello di stabilire punti fermi a fronte di un vuoto normativo cui non si è riusciti a porre rimedio neppure dopo gli autorevoli interventi della Corte costituzionale e delle Sezioni unite. Anzi, oggi si è venuta a creare una situazione di maggiore incertezza, perché i giudici di legittimità di questo consesso hanno patrocinato tesi opposte a quelle suggerite dalla Consulta e fino a quel momento adottate dalla giurisprudenza maggioritaria. Ed è ora prevedibile un mutamento di rotta anche della Cassazione a sezioni semplici, oltre che – come sta già avvenendo – dei giudici di merito, nella direzione determinata dalle Sezioni unite. Il contenuto di queste nuove soluzioni pare peraltro deviare da alcuni principi, tra cui quello di graduazione, comportando vistose disparità di trattamento tra posizioni processuali ugualmente meritevoli di tutela sul piano del diritto al silenzio, con seri dubbi circa la sua compatibilità con il quadro normativo disegnato dal legislatore nel 2001. Questo induce a pensare che la decisione delle Sezioni unite non sia in grado di fissare dei traguardi interpretativi dotati di stabilità, ma possa essere ancora suscettibile di rivisitazione, anche attraverso un ulteriore intervento delle medesime Sezioni unite. E' certo che siffatti fenomeni non giovano alla legalità e alla certezza del diritto processuale, ma è possibile che, nel lungo periodo, il lavoro della giurisprudenza possa far maturare o ristabilire risultati esegetici maggiormente allineati ai principi di fondo del sistema.

E' vero che, in materia di incompatibilità a testimoniare, è indispensabile una precisa disciplina correlata ai vari casi di archiviazione e differenziata in base al grado di connessione tra i procedimenti; quindi, è quanto mai doveroso l'intervento del legislatore. Finché la materia non troverà uno specifico riscontro

nel codice, è anche dovere degli studiosi e degli operatori del diritto ricostruire linee interpretative che non indeboliscano la coerenza interna di un sistema collocatosi nel 2001 all'interno del tessuto codicistico, ma si pongano sul solco di una continuità con l'obiettivo del legislatore di trovare un equilibrio tra il diritto al silenzio dell'accusatore e il diritto dell'accusato a confrontarsi con lui attraverso il metodo dialettico del contraddittorio.