DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

IL RITORNO DEL GARANTISMO INQUISITORIO: LE SEZIONI UNITE SULL'ESAME DEL TESTIMONE ASSISTITO

di Michele Dubini

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

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

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

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione[1] sono pervenute alla formulazione di un duplice principio di diritto a chiusura di un complesso contrasto giurisprudenziale attinente alla labirintica disciplina dell'esame dell'imputato di reato connesso [art. 12,

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

(cc) BY-NC-ND 2010-2016 Diritto Penale Contemporaneo

lett. c), c.p.p.] o collegato [art. 371, comma 2, lett. b) c.p.p.] "in forma debole"[2] esposta nell'art. 210, comma 6, c.p.p..

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

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

Due problemi, dunque, innanzi alla Suprema Corte riunita nella sua più autorevole composizione: stabilire se l'avvertimento in questione, da un lato, debba *comunque* prospettarsi, al di là della *littera legis*, anche per i soggetti *già* dichiaranti su fatti di terzi pur se dotati, al momento delle asserzioni, di qualifica processuale diversa da quella di imputati connessi in forma debole[3]; in ipotesi di risposta affermativa, identificare la più corretta sanzione processuale da applicarsi in caso di trasgressione a detto obbligo[4].

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

Il primo orientamento riteneva dette dichiarazioni colpite dall'insanabile vizio dell'inutilizzabilità[5]; un secondo, identificava, invece, quale corretta sanzione, la nullità

---

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

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

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

[5] Si annoverano, in seno a questo indirizzo, le pronunce Cass., Sez. I, 10 giugno 2014, n. 52047, Imp. *Simone*, in *CED Cass.*., Rv. 262174; Cass., Sez. V, 27 maggio 2014, n. 29227, Imp. *Cavallero*, in *ivi*, Rv. 260320; Cass., Sez. V, 10 ottobre 2013, n. 3524, Imp. Guadalaxara, *non massimata*; Cass., Sez. I, 24 marzo 2009, n. 29770, Imp. *Vernengo*, in *CED Cass.*., Rv. 244462; Cass., Sez. VI, 4 luglio 2008, n. 34171, Imp. *Mannina*, in *ivi*, Rv. 241464; Cass., Sez. V, 25 settembre 2007, n. 39050, Imp. *Costanza*, in *ivi*, Rv. 238188. Secondo questo

a regime intermedio unicamente eccepibile dal testimone assistito e non dall'imputato, che nessun interesse avrebbe nell'eccepire detta violazione processuale[6]. L'ultimo degli orientamenti sul tappeto, al contrario, giudicava pienamente utilizzabili e valide tali dichiarazioni, trattandosi di un caso di mera irregolarità[7].

---

indirizzo giurisprudenziale la mancata formulazione dell'avvertimento contenuto nel sesto comma dell'art. 210 c.p.p. ineluttabilmente condurrebbe, in qualsivoglia frangente, all'inutilizzabilità della deposizione in tal guisa assunta in dibattimento, dovendosi ritenere il rinvio operato dall'art. 197-bis c.p.p. all'art. 64, c. 3, lett. c), c.p.p. ricomprensivo della specifica sanzione d'inutilizzabilità prevista dal comma 3-bis di detta disposizione normativa. D'altronde questa giurisprudenza, come già intuibile, ritiene che il Giudice sia tenuto alla formulazione di detto avvertimento non solo verso coloro che non hanno mai reso dichiarazioni etero-accusatorie, ma anche nei confronti di imputati di reato connesso *già* propalanti anche in diversa veste processuale poiché la perdita del diritto al silenzio sui fatti altrui (con derivante obbligo di rispondere secondo verità) è di così fondamentale importanza per la sfera dei diritti individuali da essere legittimamente possibile solo all'interno di quel stringente reticolo di garanzie previsto dalla disciplina della testimonianza assistita, e non in contesti estranei al dettato legislativo.

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

[7] Cass., Sez. V, 30 settembre 2014, n. 51241, Imp. *Romano*, in *CED Cass.*, Rv. 261733; Cass., Sez. I, 23 settembre 2014, n. 41745, Imp. *Ubaldini*, in *www.iusexplorer.it*; Cass., Sez. V, 18 marzo 2014, n. 46457, Imp. *Magliano*, in *ivi*; Cass., Sez. V, 24 settembre 2013, n. 41886, Imp. *Perri*, in *CED Cass.*, Rv. 257839; Cass., Sez. V, 31 gennaio 2012, n. 12976, Imp. *Monselles e a.*, in *ivi*; Cass., Sez. II, 25 ottobre 2005, n. 41052, Imp. *Piscopo*, in *ivi*. Questa posizione giurisprudenziale, fonda il proprio assunto (semplice previsione di un'irregolarità, non di una nullità/inutilizzabilità) in forza di una lettura strettamente formale ed atomistica delle disposizioni processuali regolanti l'istituto della testimonianza assistita: l'avviso sulle conseguenze derivanti dalle dichiarazioni concernenti fatti altrui (art. 64, c. 3, lett. c), c.p.p) costituirebbe componente peculiare dell'interrogatorio – attività propria della fase di indagini preliminari e condotto dal Pubblico Ministero (o dalla p.g. delegata) – e dallo stesso inscindibile; nulla avrebbe a condividere con l'attività dibattimentale, contraddistinta per il suo esplicarsi nel pieno contraddittorio tra le parti capaci, in ogni momento, di poter far valere le previste garanzie processuali; questo avrebbe particolare rilevanza per la testimonianza assistita nella quale – come noto – è contenuta (oltre al contraddittorio dibattimentale) l'ulteriore garanzia "di rinforzo" della presenza obbligatoria dell'avvocato difensore dell'imputato di reato connesso ex art. 210, comma 3, c.p.p.. L'omissione dell'avvertimento di cui all'ultimo comma dell'art. 210 c.p.p. non parrebbe idonea a pregiudicare sostanzialmente il diritto di difesa spettante in capo al testimone assistito, così non integrando nemmeno alcuna ipotesi di nullità processuale, ma costituendo mera irregolarità processuale. Si noti, pur solo incidentalmente, come tale orientamento – pur per linee generali

La Cassazione, a Sezioni Unite, ha idealmente posto fine a ogni incertezza normativa sul punto evidenziando, per un verso, come l'avviso richiamato nell'art. 210 ultimo comma c.p.p. non possa *mai* pretermettersi in ambito dibattimentale[8] e, per l'altro verso, intravedendo nell'omissione di detto avviso l'applicazione della sanzione speciale *ex* art. 64 comma 3-bis c.p.p., con conseguente inutilizzabilità delle dichiarazioni *erga alios* rese in contraddittorio nell'ambito dell'esame *ex* art. 210 c.p.p.[9], salva, però, la possibilità di rinnovare validamente la deposizione testimoniale indebitamente assunta.

Per accreditare la sua decisione come la più rispettosa dei diritti individuali della persona e, in particolar modo, del diritto al silenzio, il giudice nomofilattico si diffonde in un'articolata motivazione in cui si sottolinea che l'insorgere di obblighi

---

– riecheggi quell'oramai assodata (tanto da costituire vero e proprio *ius receptum*) tendenza della giurisprudenza di legittimità (e di merito) a riconoscere una nullità solo ove essa provochi una lesione concreta alla difesa. Un'incomprensione che rischia di minare alla base i principi informatori del processo penale. Per una rassegna giurisprudenziale in materia si v., in via meramente esemplificativa, G. LEO, *L'abuso del processo nella giurisprudenza di legittimità* (prima parte), in *Dir. pen. proc.*, 2008, pag. 508 e ss. e ID., *L'abuso del processo nella giurisprudenza di legittimità* (seconda parte), in *ivi*, 2008, pag. 627 e ss; F. CAPRIOLI, *Abuso del diritto e nullità inoffensive*, in *Cass. pen.*, 2012, pag. 2444-2463; E.M. CATALANO, *Profili problematici in materia di abuso*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, a cura di P. CORSO-E.ZANETTI, I, Milano, pag. 168-169; M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle nullità processuali*, Bononia University Press, 2012, pag. 33-103. V. anche sul punto (pur se si esprime in termini positivi su questa linea di pensiero), v. F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione Penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, pag. 137-153. Al riguardo, v., altresì, P. MOSCARINI, *Esigenze antiformalistiche e conseguimento dello scopo nel processo penale italiano*, Milano, 1988, pag. 44 e ss, pag. 65 e ss., pag. 83 e ss.. In chiave *de iure condendo*, tra coloro che si esprimono a favore di una teoria del pregiudizio effettivo, v. C. CONTI, *Nullità e inutilizzabilità: problemi attuali e prospettive di riforma*, in *Cass. pen.*, 2008, pag. 1656 e ss.; ID., *L'accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007, pag. 473 e ss.; P. TONINI, *Disciplina della prova e durata ragionevole del processo penale*, in *Cass. pen.*, 2004, pag. 342. Segnalabile pure M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle nullità processuali*, cit., il quale muove da una prospettiva *de iure condito* la propria critica al modello tradizionale di concepire le nullità processuali. Per un corretto inquadramento della tematica, si rimanda a dottrina pacificamente maggioritaria come, *ex multis*, F. CAPRIOLI, *Abuso del diritto di difesa e nullità inoffensive*, cit., pag. 2451; O. DOMINIONI, *Commento all'art. 177 c.p.p.*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, diretto da E. AMODIO-O. DOMINIONI, II, Milano, 1989, pag. 258; C. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, Padova, 2008, pag. 246 e ss.; O. MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, Milano, 1999, pag. 18; G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2011, pag. 189 e ss.; ID., voce *Atti processuali, II), Diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg., vol. IV, 1995, pag. 7 e ss.; M. PANZAVOLTA, voce *Nullità, II), Diritto processuale penale*, in *ivi*, Agg., vol. XIV, 2006, pag 3; F. CORDERO, *Nullità, sanatore, vizi innocui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, pag. 703.

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

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

testimoniali in ordine "ai fatti altrui[10]" ha come suo ineludibile presupposto un atteggiamento libero e consapevole del dichiarante, il quale dovrà sempre avere la facoltà di scegliere liberamente e consapevolmente «di riferire circostanze relative alla responsabilità altrui, [detta volontà è] resa consapevole ed efficace dal sistema di avvisi previsti dall'art. 64, comma 3, c.p.p. e in particolare da quello ex lettera c), con le conseguenze stabilite dal comma 3 bis»[11].

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

Aderendo così a una soluzione già tracciata nel solco dottrinale[12] e dallo stesso Giudice delle Leggi[13], la Corte di Cassazione, nello sforzo di legittimare la propria

---

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

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

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

determinazione, compie, forse contro le sue stesse intenzioni, un'interpretazione *contra legem*, atteso l'inequivocabile tenore letterale dell'art. 210, ultimo comma, c.p.p. che circoscrive l'applicazione di detto istituto a quegli imputati di reato connesso che *mai* hanno reso dichiarazioni concernenti terzi. *I soggetti già dichiaranti senza avvisi*, non importa in quale contesto, *dovrebbero perciò ritenersi esclusi in radice dall'audizione ex art. 210, comma 6, c.p.p.*, potendo, al limite, essere risentiti nel contesto investigativo in forza di una comunque discutibile rinnovazione dell'atto viziato. A questo insidioso inciampo dogmatico si cumula una lettura non del tutto convincente in ordine alla portata sanzionatoria dell'art. 64, comma 3-bis, c.p.p..

La soluzione proposta dalla sentenza del Supremo Collegio asseconda la ben nota "*bulimia della prova*"[14] che finisce per giustificare limitazioni al diritto di difesa ed elusioni di regole probatorie costruite a protezione delle garanzie individuali[15].

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

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

Viene così avvalorata *un'opzione interpretativa che ha, quale principale effetto, l'abrogazione parziale dell'art. 64 comma 3-bis c.p.p., deprivato della sua originaria portata garantistica che inequivocabilmente trasparirebbe dalla linearità e dalla perentorietà del suo dato letterale:* «le dichiarazioni eventualmente rese dalla persona interrogata su fatti che

---

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

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

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

concernono la responsabilità di altri non sono utilizzabili nei loro confronti e la persona interrogata non potrà assumere, in ordine a detti fatti, l'ufficio di testimone».

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

Tralasciando il discorso in ordine alla precisa portata dell'inutilizzabilità, è di fondamentale interesse calibrare una messa a fuoco della seconda porzione del dettato codicistico. La dottrina maggioritaria, cui di fatto aderiscono le stesse Sezioni Unite, ritiene che tale *incompatibilità a testimoniare sia di carattere relativo e non assoluto*[16]. Secondo questa lettura, nulla vieterebbe all'autorità inquirente di poter rinnovare l'atto istruttorio rivolgendo l'avvertimento precedentemente omesso. Se l'inquisito reitererà le dichiarazioni già in precedenza rese, ciò potrà ben innescare la perdita del proprio diritto al silenzio in ordine a dette asserzioni sul fatto altrui[17].

Questo ragionamento suscita più d'una perplessità: l'erosione del diritto al silenzio su fatti altrui è teoricamente concepibile solo quando l'indagato *liberamente e consapevolmente* decida di chiamare in causa terzi soggetti. Non v'è dubbio che il mancato avvertimento ex art. 64 comma 3 lett. c) c.p.p. sia potenzialmente idoneo a trarre in inganno l'inquisito sulle conseguenze derivanti dalle sue asserzioni e a far difettare detta – necessitata – libertà e consapevolezza. Invero, senza detto avviso l'indagato potrebbe credere, in realtà, di non godere di alcun diritto al silenzio e quindi di dover obbligatoriamente dichiarare secondo verità su tutto quanto egli conosce in ordine ai fatti dei terzi, in un clima di condizionamento psicologico che la disciplina della testimonianza assistita (specie se letta attraverso le citate sentenze costituzionali[18]) incontrovertibilmente rigetta. Fatta eccezione per la situazione in cui l'indagato, non avvisato ex art. 64 comma 3 lett. c), c.p.p., non renda dichiarazione alcuna sul fatto terzo, va sottolineato come *la mancata formulazione di detto avvertimento, nell'atto viziato, non potrebbe certo costituire un'incolpevole omissione dell'autorità investigativa* o, perlomeno, non potrebbe certo costituire un'incolpevole omissione nella circostanza in cui vengano rivolte all'indagato domande attinenti la partecipazione di terze persone o venga chiesto (magari in esito a domande "aperte") di approfondire circostanze vertenti su fatti di terzi.

---

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

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

[18] V. *supra*, nota 13.

Proprio per rimediare a tali situazioni è stato pensato l'art. 64 comma 3-bis c.p.p., norma che tutela il rapporto di lealtà tra organo inquirente e indagato. Proprio questa lealtà che l'organo di pubblica accusa deve mantenere verso l'accusato, "parte debole" per antonomasia del processo penale, costituisce il punto chiave per accedere a una corretta e più garantistica interpretazione improntata a ritenere di carattere assoluto l'incompatibilità a testimoniare di cui all'art. 64 comma 3-bis c.p.p. Detta preclusione assoluta diventa il fusibile del sistema, all'uopo di impedire *ab origine* che eventuali prassi lesive dei diritti individuali possano rimanere sfornite di relativa sanzione processuale. Giova, infatti, ribadire che una preclusione relativa sull'incompatibilità a testimoniare, di fatto, consentirebbe all'organo inquirente di porre in essere infinite condotte *contra legem* che, se denunciate dall'indagato, potranno essere sanate con una corretta ripetizione dell'atto incriminato[19]. Al di là della lettura oggettivamente degradante che ne deriva dei diritti individuali, visti come ostacoli che l'inquirente potrebbe impunemente aggirare avendo, quale unica sanzione, quella di un rinnovo dell'atto compiuto in forme illegali, si deve ritenere un successivo interrogatorio inidoneo al ripristino della situazione di fatto preesistente a quello compiuto senza il rispetto delle garanzie previste dall'art. 64 c.p.p.

L'inquinamento del primo interrogatorio condotto senza garanzie si "trasmette" anche al successivo, creando un pregiudizio alla posizione dell'indagato che – pur libero di non rendere dichiarazioni, o di renderne di diverse – inevitabilmente trasporterà con sé il dato fattuale di aver *già* formulato dichiarazioni etero-accusatorie, in una situazione di generale condizionamento morale che non sembra rispettosa di quei canoni di libertà e volontarietà che dovrebbero fungere da imprescindibili criteri-guida per una corretta perdita del diritto al silenzio. L'indagato sarebbe così naturalmente portato a confermare le dichiarazioni etero-accusatorie precedentemente formulate. Alla luce di questa naturale considerazione si spiega, dunque, come la portata garantistica dell'art. 64 comma 3-bis c.p.p., di fatto, obblighi a interpretare la disposizione privilegiando un percorso ermeneutico all'esito del quale l'indagato non possa *mai* assumere la qualifica di teste sui fatti altrui asseriti nel corso di un interrogatorio svoltosi omettendo l'avviso di cui all'art. 64 comma 3 lett. c) c.p.p.: entrano in gioco irrinunciabili esigenze di tutela della libertà morale dell'imputato[20] che, altrimenti, sarebbero poste seriamente a rischio.

---

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

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

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

In altri termini, *anche aderendo ai sopra citati orientamenti dottrinali, la dichiarazione in assenza di garanzie, da cui discende l'incompatibilità a testimoniare stabilita dall'art. 64 comma 3-bis c.p.p., sarebbe "sanabile" solo attraverso una ripetizione dell'atto istruttorio viziato, non certo di un diverso atto dibattimentale.* Provvedere, al contrario, nel corso di dibattimento alla ripetizione dell'esame *ex* dell'art. 210 c.p.p., preceduto dai rituali avvertimenti, di individui già irritualmente dichiaranti sul fatto altrui è itinerario che pone insuperabili problemi dogmatici, in palese violazione del combinato disposto degli art. 64 comma 3-bis e 210 c.p.p. Dal mancato avvertimento in ambito investigativo discende non solo l'inutilizzabilità delle dichiarazioni sul fatto altrui, ma anche il divieto di trasformare l'imputato connesso (provvisto di diritto al silenzio) in testimone sul fatto altrui (gravato di dovere di verità) e il divieto sottoporlo all'esame ex art. 210 comma 6 c.p.p., che non può di certo fungere da successiva sanatoria per l'atto investigativo dispiegato in violazione delle sue inderogabili garanzie[21].

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

Le Sezioni Unite si dilungano diffusamente in relazione alla garanzia sancita dall'ultimo comma dell'art. 210 c.p.p., rimanendo, però, silenti in ordine alle conseguenze derivanti dalla mancata attivazione delle residue garanzie dettate dalla citata disposizione (l'assistenza obbligatoria del difensore spettante al teste assistito o l'informazione sulla facoltà di astenersi dal deporre con eccezione delle domande

---

processuali in nome di astratte esigenze di ricerca della verità reale, considerato che le dette regole non incorporano soltanto una neutra disciplina della sequenza procedimentale, ma costituiscono una garanzia per i diritti delle parti e per la stessa affidabilità della conoscenza acquisita».

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

attinenti ai già esternati "fatti altrui" ex art. 210, comma 3 e 4, c.p.p.). Il tutto, nonostante la questione devoluta dalle Sezioni Unite riguardasse proprio «la mancata applicazione […] delle disposizioni di cui all'art. 210 c.p.p.»[22] nella sua interezza, e non solo la più circoscritta garanzia dell'ultimo comma della disposizione in commento.

In tale senso risulta inevitabile constatare come la decisione della Cassazione si atteggi alla stregua di un'occasione mancata[23] per meglio chiarire la portata applicativa di *tutte* le garanzie regolanti l'esame ex art. 210 c.p.p. per la posizione degli imputati debolmente connessi. Tale esigenza rispondeva, peraltro, alle particolarità del caso concreto, in quanto la persona offesa, trasmutatasi in imputato di reato connesso, era stata sentita non solo omettendo l'avvertimento ex art. 64, comma 3 lett. c) c.p.p. ma, invero, in assenza di *qualsiasi* garanzia prevista dall'art. 210 c.p.p.

Peraltro, dalla mancanza dell'apposito difensore – espressamente previsto ex art. 210, comma 3, c.p.p. – è ragionevole ritenere che discenda l'inutilizzabilità *erga alios* della deposizione per mancanza di una *forma essentialis* dell'atto[24].

Pari valutazione deve formularsi per quanto concerne l'avviso della facoltà di non rispondere, richiamato al quarto comma dell'art. 210 c.p.p., la cui importanza è di primario rilievo. Se il diritto all'assistenza difensiva è finalizzato a evitare che il dichiarante possa involontariamente incappare in dichiarazioni autoincriminanti, l'avvertimento circa la facoltà di non rispondere offre alla fonte di prova un'adeguata informativa sulla facoltatività della propria deposizione, evitando che lo stesso possa – per il timore reverenziale *ex auctoritate* – confondere il proprio dovere di presentarsi con quello di rispondere[25]. Anche in questo caso, l'inutilizzabilità *erga alios* delle dichiarazioni *aliunde* rese dall'imputato costituisce la più confacente soluzione dogmatica.

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

Dopo aver evidenziato la principale criticità e le indebite omissioni della ricostruzione fornita dalla Cassazione, appare opportuno formulare una riflessione di fondo sulla bontà del regime della c.d. "testimonianza assistita"[26], alla luce di una non

---

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

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

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

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

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

secondaria dichiarazione di principio che la Suprema Corte pone a fondamento del proprio duplice principio di diritto.

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

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

Proprio in queste domande risiede un ulteriore cortocircuito concettuale, attraverso il quale (più o meno inconsapevolmente) si sferra un ulteriore colpo alla tenuta del *nemo tenetur se detegere*. Il paradosso non potrebbe essere più grande: con la pretesa di tutelare la perdita del diritto al silenzio e di non rendere tale perdita completamente "gratuita" quando estranea all'intelaiatura normativa avente ad oggetto la testimonianza assistita, si ritiene possibile conculcare il diritto di difesa. La legittimità del suindicato teorema è asserita con un'esigenza di bilanciamento a diverse finalità aventi ad oggetto il "buon esito" processuale. Una costruzione concettuale che risulta, già di suo, estremamente discutibile[29] e che peraltro – in detto frangente – si concretizza ponendo sull'opposto piatto della bilancia una finalità pubblico-statuale

---

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

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

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

antitetica al diritto di difesa e sfornita di copertura costituzionale: la non-dispersione dei mezzi probatori unilateralmente raccolti[30].

Sarebbe, quindi, davvero angusto limitarsi ad analizzare detta pronuncia con riferimento alla sola bontà della *solutio iuris* elaborata dalle Sezioni Unite senza una più approfondita disamina delle linee orizzontali sottese al "garantismo di facciata" di cui alla presente sentenza. Da dette coordinate emerge tutta la preoccupante posizione che la bizzarra figura della testimonianza assistita ha ormai definitivamente ricoperto incastonandosi nelle falde liquide del nostro ordinamento processuale, e meglio consente di comprendere gli effetti di questa pronuncia che, attraverso la nobile giustificazione della tutela del diritto al silenzio, estromette l'assoluta inviolabilità del *nemo tenetur se detegere*[31], caratteristica fondante di detta garanzia individuale.

La testimonianza assistita, sin dalla sua discussa introduzione legislativa, ha rappresentato una figura ibrida[32], chimerica[33] all'interno del processo penale, frutto di un complesso e vertiginoso gioco ad incastro, dalle disposizioni non sempre di facile lettura[34]. Una complessità – a detta del legislatore e di numerosi Autori[35] – scaturita e

---

[30] Riemerge come un'araba fenice il famigerato principio di non dispersione probatoria la cui prima ideazione risale alla giurisprudenza costituzionale degli anni '90, eversiva del principio del contraddittorio enucleato dal codice di rito entrato in vigore da pochi anni (ci si riferisce alle pronunce C. Cost., sent. 31 gennaio 1992, n. 24, in *Giur. cost*., 1992, pag. 114 e ss C. Cost., sent. 3 giugno 1992, n. 254, in *ivi*., 1992, pag. 1932 e ss.; C. Cost., sent. 3 giugno 1992, n. 255, in *ivi*, 1992, pag. 1967 e ss.; C. Cost., sent. 2 novembre 1998, n. 361, in *ivi*., 1998, pag. 3128 e ss). Sul fatto che detto principio non abbia alcuna cittadinanza costituzionale e che, quindi, vada «abbandonato a ogni livello» si v. le considerazioni di O. DOMINIONI, *Oralità, contraddittorio e principio di non dispersione della prova*, in *Il giusto processo*, Milano, 1998, pag. 95; ID., *Un nuovo idolum theatri: il principio di non dispersione probatoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1997, pag. 736l; P. FERRUA, *Anamorfosi del processo accusatorio*, in ID., *Studi sul processo penale*, II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino, 1992, pag. 164.

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

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

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

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

[35] V., fra i tanti e senza pretese di completezza, E. AMODIO, *Giusto processo, diritto al silenzio e obblighi di verità dell'imputato sul fatto altrui*, in *Cass. pen*., 2001, pag. 3589; V. GREVI, *Spunti problematici sul nuovo modello costituzionale di "giusto processo" penale (tra "ragionevole durata", diritti dell'imputato e garanzia del contraddittorio)*, in ID., *Alla ricerca di un processo penale "giusto". Itinerari e prospettive*, Milano, 2000, pag. 335 e ss.; P. TONINI, *L'alchimia del nuovo sistema probatorio: una attuazione del giusto processo?*, in *Giusto processo, nuove norme sulla formazione e valutazione delle prove (l. 1 Marzo 2001, n. 63)*, a cura di ID., Padova, 2001, pag.

dovuta dalla tutela di due esigenze tra loro contrapposte, ma comunque entrambe generate dal comune ceppo del diritto di difesa: il *nemo tenetur se detegere* dell'imputato di reato connesso, che non potrà essere costretto a rendere dichiarazioni dalle quali possa evincersi la sua colpevolezza in ordine all'ipotesi delittuosa addebitatagli, e il *right of confrontation* dell'imputato attinto da tali dichiarazioni etero-accusatorie, il quale dovrà avere diritto a controesaminare in contraddittorio l'accusatore[36].

Uno scontro di irriducibili valori da cui ne deriverebbe, non potendo gli stessi annullarsi a vicenda, un obbligatorio bilanciamento[37].

Una prima giustificazione a detto bilanciamento è fornita ritenendo che il diritto al silenzio dell'imputato collegato o connesso non subisca, a causa dell'applicazione della testimonianza assista, un significativo detrimento, posto che la perdita di detta prerogativa si verificherebbe non con riferimento alla responsabilità per propri fatti criminosi, ma con solo riguardo ai fatti altrui[38]. La costruzione appare, però, criticabile, anche solo considerando che le dichiarazioni eteroaccusatorie rivestono sempre una potenziale rilevanza pure per la posizione dell'imputato dichiarante "debolmente connesso": l'imposizione di obblighi testimoniali, pur formalmente riferita fatti altrui, è in realtà idonea a produrre la restrizione di un diritto fondamentale con ricadute negative in ordine alla verifica della propria penale responsabilità[39].

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

---

3 e ss.; P. TONINI-C.CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., pag. 265-268 e 310-312; D. VIGONI, Ius tacendi *e diritto al confronto dopo la l. n. 63 del 2001: ipotesi ricostruttive e spunti critici*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, pag. 88-89.

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

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

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

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

riduzione delle facoltà difensive del dichiarante *erga alios*»40. A ben vedere [41], questa teorizzazione appare tutt'altro che obbligata, ben potendo la regola di esclusione probatoria dettata dall'art. 526, c. 1-bis, c.p.p. assicurare il medesimo risultato senza imporre, in capo all'imputato di reato connesso, adempimenti di natura testimoniale, quali l'obbligo di presentarsi per la deposizione e l'obbligo di rendere testimonianza sui fatti altrui già dichiarati, imposizioni che risultano lesive dell'intangibilità del diritto al silenzio.

La testimonianza assistita non è tanto l'espressione di due anime conflittuali del diritto di difesa, quanto, più semplicemente, un inaccettabile "gioco al ribasso" attuato dal legislatore, il quale ha inteso operare una scelta di mediazione dell'appena costituzionalizzato principio del contraddittorio con esigenze pratiche di "non dispersione probatoria"[42]. Inutile ribadire come tale conflitto non possa godere di alcuna cittadinanza giuridica nell'attuale ordinamento processuale[43] sicché ne deriverebbe la sua espunzione, discendendo seri dubbi in ordine alla costituzionalità di permanenti restrizioni al diritto al silenzio come, appunto, avviene attraverso con il regime della testimonianza assistita[44].

Le Sezioni Unite, però, non solo non rispondono ai rilievi "storici" e "dogmatici" sulla bontà della testimonianza assistita, ma addirittura sanciscono la piena legittimità del contorto gioco di incastri elaborato dal legislatore con la l. 63/2001, *checks and balances* rivolti non a contemperare il principio del contraddittorio (per essere più specifici: il diritto al controesame dell'imputato raggiunto dalle dichiarazioni accusatorie del testimone assistito) con il diritto al silenzio dell'imputato propalante[45], ma, invero, al raggiungimento di un punto d'incontro tra due intense forze in inevitabile e insanabile contrasto: il diritto di difesa e il principio di conservazione (*rectius*: non dispersione) della prova unilateralmente raccolta. Si svela così, forse in un impeto involontario, lo strappo di quel fragile alibi legislativo

---

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

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

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

[43] Così P. FERRUA, *Anamorfosi del processo accusatorio*, cit., pag. 164.

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

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

inizialmente apparso necessario per rendere, da un lato, costituzionalmente accettabile la testimonianza assistita e, dall'altro, annacquare l'opzione costituzionale in favore del contraddittorio forte per l'elemento di prova. Questa conclusione non deve sorprendere: l'impulso irresistibile alla bulimia inquisitoria *ad eruendam veritatem* «ha radici fuori dal tempo […] nello spazio psichico profondo»[46].

4. Crisi strutturale della testimonianza assistita.

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

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

Due sono le conseguenze logiche di questa scansione: *a)* l'imputato di reato debolmente connesso saprà, reso edotto della propria citazione quale testimone assistito, su quali fatti altrui avrà un preciso obbligo di verità (e cioè su quelli già dichiarati e verbalizzati in sede di interrogatorio); *b)* l'imputato debolmente connesso non assumerà la qualifica di testimone assistito nel momento stesso in cui si determinerà a riferire sul fatto altrui, ma *posteriormente* alla chiusura dell'interrogatorio[47].

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

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

---

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

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

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

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

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

Da questo istante la costruzione normativa entra in stallo.

Dal dato letterale dell'intero art. 210 c.p.p. pare che *l'obbligo testimoniale de aliis*, gravante sugli imputati debolmente connessi, *sorga non in relazione alla precisa propalazione su fatti concernenti la responsabilità di altri, ma, a ben vedere, dalla semplice decisione di rispondere, a prescindere da quanto essi andranno concretamente a riferire in corso d'esame*[49]. Quest'interpretazione, risulta, invero, difficilmente confutabile, atteso che la disposizione richiama espressamente l'operatività dell'art. 497 c.p.p. che, al proprio

---

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

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

secondo comma, prevede in capo al testimone l'obbligo di giurare in ordine alla veridicità e completezza di *tutto* quanto avrà a dover dichiarare sul fatto del terzo. Anche a causa della cattiva tecnica legislativa, si dipinge un quadro in cui l'esaminando ex art. 210, comma 6, c.p.p. acquisirebbe in automatico tutte le caratteristiche del testimone nel momento in cui decida di non avvalersi della facoltà di non rispondere, così che la corretta scansione processuale sarebbe ricostruibile secondo la seguente concatenazione: i) presentazione dell'imputato di reato connesso in forma debole innanzi al Giudice; ii) avviso della facoltà di non rispondere; iii) ove decida di rispondere, lettura della formula di impegno ex art. 497 comma 2 c.p.p.; iv) inizio dell'esame con obbligo, per il teste, di dover rispondere secondo verità a *tutte* le domande sul fatto altrui.

Una diversa interpretazione ritiene che, ai fini dell'assunzione da parte dell'imputato di reato connesso e/o collegato della qualifica testimoniale, sia necessaria «[non] la semplice scelta di rispondere, ma [...] che le dichiarazioni rese abbiano una concreta portata *erga alios*»[50]. Potrà così accadere che, nel corso del medesimo esame, l'imputato di reato connesso sia sentito ora come teste, ora come imputato a cui sono riconosciuti tutti i relativi diritti processuali[51]. Secondo questa impostazione, l'imputato debolmente connesso può avvalersi della *facoltà di non rispondere pure con riferimento alle singole domande*[52] e, nel momento in cui si esprimerà su un fatto del terzo, *immediatamente dopo essersi espresso*, assumerà la qualifica di testimone limitatamente a detto fatto con consequenziale obbligo di verità. Questo mosaico di difficile composizione, può così essere sintetizzato: i) presentazione obbligatoria dell'imputato di reato connesso in forma debole al giudice; ii) avviso della facoltà di non rispondere, anche con riferimento alle singole domande e non solo con riguardo all'esame nella sua interezza; iii) se l'imputato debolmente connesso non si avvale della facoltà di non rispondere e rende dichiarazioni su altri, assunzione della qualifica di testimone

---

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

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

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

assistito relativamente a tali fatti; iv) lettura dell'impegnativa ex art. 497, comma 2, c.p.p.; v) nuova domanda sul fatto altrui per ottenere una risposta secondo verità, a seguito dell'appena assunto impegno a dire il vero ai sensi dell'art. 497, comma 2, c.p.p.

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

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

Una possibile soluzione potrebbe essere quella di "spezzare" diacronicamente l'esame sulla falsariga dell'interrogatorio[53]. La ripetizione dell'esame ex art. 210 c.p.p. diverrebbe, in quest'ottica, un imprescindibile passaggio affinché l'esaminando acquisisca effettivamente l'obbligo di rispondere secondo verità, in ottemperanza a quel modello di "diacronico" di attivazione delle garanzie che si è previamente descritto.

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

Deve rilevarsi come non sia affatto stravagante la circostanza che *l'attivarsi simultaneo di tutte le garanzie previste dall'art. 210 c.p.p. provochi un'entrata in crisi di quegli assiomi teorici alla base dell'istituto della testimonianza assistita* e di come questo stallo renda davvero impervio l'accesso a una soluzione chiarificatrice di fondo. È paradossale, ma inevitabile, quando una cattiva costruzione delle garanzie processuali si combina con una discutibile finalità conservativa della prova, *raison d'etré* sottesa all'istituto della testimonianza assistita.

5. La mancata considerazione delle dichiarazioni autoincriminanti

Non si può, da ultimo, prescindere dalla considerazione del caso concreto preso in esame dalle Sezioni Unite[54]. Il dichiarante era, infatti, un soggetto che, pur non

---

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

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

formalmente indagato, avrebbe dovuto assumere la qualifica sostanziale di indiziato[55], essendo emersi a suo carico indizi di "coinvolgimento" con i soggetti denunciati. Su questi presupposti, sarebbe stato doveroso ritenere *ab origine* affette da inutilizzabilità assoluta, ex art. 63 comma 2 c.p.p., le dichiarazioni etero-accusatorie rese in sede di indagini preliminari.

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

Se risulta indubbio che il giudice di legittimità non avrebbe potuto avventurarsi in una autonoma valutazione di merito sul grado di consapevolezza degli operanti circa il reale *status* della persona offesa, sarebbe stato comunque doveroso prendere atto delle valutazioni già operate dalla Corte d'Appello che, sostanzialmente, aveva riconosciuto come la polizia giudiziaria fosse già previamente a conoscenza di "contatti" tra il dichiarante e un "terzo interessato", contatti sufficienti per ritenere la sussistenza di indizi non equivoci di reità[57] e, conseguentemente, l'inutilizzabilità delle dichiarazioni *ex* art. 63 comma 2 c.p.p.

---

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

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

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

33583/15

REPUBBLICA ITALIANA

In nome del Popolo Italiano

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE PENALI

Composta da

Giorgio Santacroce	- Presidente -	Sent. n. sez. 8
Gennaro Marasca		UP – 26/03/2015
Claudia Squassoni		R.G.N. 25778/2014
Giovanni Conti		
Giacomo Paoloni		
Luisa Bianchi	- Relatore -	
Paolo Antonio Bruno		
Alberto Macchia		
Margherita Cassano		

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sui ricorsi proposti da

1. Lo Presti Tommaso, nato a Palermo il 22/10/1975
2. Marino Giovan Battista, nato a Palermo il 08/04/1973
3. Francofonti Francesco, nato a Palermo il 19/07/1955

avverso la sentenza del 25/10/2013 della Corte di appello Palermo

visti gli atti, il provvedimento impugnato e i ricorsi;
udita la relazione svolta dal componente Luisa Bianchi;
udito il Pubblico Ministero in persona dell'Avvocato generale Carlo Destro, che ha concluso chiedendo il rigetto dei ricorsi;
udito per le parti civili l'avv. Ettore Barcellona, che ha concluso chiedendo il rigetto dei ricorsi;

uditi i difensori degli imputati, avv. Raffaele Bonsignore per Lo Presti e Marino, avv. Antonio Turrisi per Lo Presti, avv. Angelo Barone per Francofonti, che hanno concluso chiedendo l'accoglimento dei rispettivi ricorsi.

RITENUTO IN FATTO

1. Con la sentenza in epigrafe, la Corte di appello di Palermo confermava l'affermazione di responsabilità penale a carico di Tommaso Lo Presti, Giovan Battista Marino e Francesco Francofonti pronunciata, all'esito di giudizio abbreviato, con sentenza in data 18 luglio 2012, dal Giudice della udienza preliminare del Tribunale di Palermo, in relazione a diversi episodi di estorsione, consumati avvalendosi della forza di intimidazione di "cosa nostra", e segnatamente della famiglia mafiosa di Palermo-centro, ai danni di Sanfratello Francesco classe '54, amministratore unico della Sanfratello Costruzioni s.r.l.. Si era contestato a Lo Presti e Marino di aver concorso, insieme a Domenico Lo Iacono, separatamente giudicato con rito ordinario (nonché con Gaetano Lo Presti Gaetano e Francesco Civello, deceduti), in una estorsione continuata, pluriaggravata commessa dal 2000 al dicembre 2008 in danno di Francesco Sanfratello cl. 54, costringendolo a versare in più rate la somma di 45 milioni di lire e poi di ulteriori 45.000 euro per i diversi cantieri che la Sanfratello Costruzioni s.r.l. aveva attivi nel centro storico di Palermo; agendo Lo Presti come esecutore delle pretese estorsive e Marino come esattore. Si era poi contestato a Francesco Francofonti la tentata estorsione aggravata in danno dei soci della impresa Sanfratello Costruzioni s.r.l. commessa in epoca prossima al 2009, per aver invitato i medesimi "a mantenere gli impegni assunti" cioè a consegnare le somme pattuite in virtù della estorsione di cui sopra, presentandosi come persona autorizzata a riscuotere il denaro quando il Lo Presti era in carcere.

Il procedimento aveva tratto l'avvio dalle dichiarazioni accusatorie rese da Francesco Sanfratello cl. 54, che il 13 aprile 2010 si era recato spontaneamente alla polizia per denunciare di aver subito, fin dall'inizio della sua attività imprenditoriale (2000), imposizioni mafiose volte ad ottenere il "pizzo" indicando come responsabili di tali intimidazioni, oltre ad altri soggetti deceduti, appunto i predetti Domenico Lo Iacono, Tommaso Lo Presti (c.d. "il pacchione"), Giovan Battista Marino e Francesco Francofonti.

Francesco Sanfratello cl. 54 rendeva dichiarazioni accusatorie alla polizia in data 13 e 15 aprile 2010, tra l'altro negando che tale Andrea Gioè avesse avuto un qualche ruolo nella vicenda estorsiva. Sentito come teste nel parallelo

procedimento a carico del Lo Iacono (celebrato con rito ordinario) ribadiva le accuse formulate e solo in occasione della terza audizione, interrogato quale parte civile dal proprio difensore, ammetteva il ruolo avuto dal Gioè nella vicenda.

Sulla base delle dichiarazioni accusatorie rese durante le indagini preliminari dalla persona offesa, riscontrate da quelle degli altri soci, Francesco Sanfratello cl. 65 e Pietro Nobile, dal contenuto di due "pizzini" rinvenuti nel covo dei Lo Piccolo e dalle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia Maurizio Spataro e Antonino Nuccio , il G.u.p. affermava la responsabilità degli imputati.

Previa rinnovazione dibattimentale volta ad acquisire i verbali di tutte le deposizioni testimoniali assunte nel parallelo procedimento a carico di Domenico Lo Iacono, prodotti dalla difesa degli imputati, la Corte di appello confermava il giudizio di responsabilità, la sussistenza dell'aggravante *ex* art. 7 d.l. 152 del 1991 e la negazione delle attenuanti generiche. Quanto alla determinazione della pena, condannava Lo Presti, ritenuta la continuazione dei fatti per cui si procede con fatti pregressi indicati nell'ordinanza dell'8 aprile 2013, alla pena complessiva di anni 11 di reclusione ed euro 4600 di multa. In relazione al Marino, ritenuto sussistente il vincolo della continuazione con il fatto di cui alla sentenza della Corte di appello di Palermo del 18 novembre 1999, ridotta la pena inflitta dal primo giudice ed applicato l'aumento per la continuazione con la condanna inflitta con la sentenza citata, rideterminava la pena complessiva in anni sette di reclusione ed euro 2500 di multa. Per quanto riguarda Francofonti, ritenuto sussistente il vincolo della continuazione con i reati di cui alla sentenza emessa dalla Corte di appello di Palermo in data 5 dicembre 2011, aumentava la pena inflitta con tale condanna di un anno di reclusione e rideterminava la pena complessiva in anni nove, mesi otto di reclusione. Condannava gli imputati in solido al risarcimento del danno in favore delle parti civili quantificato in euro 37.000 ciascuno in favore di Francesco Sanfratello classe '54 e Francesco Sanfratello classe '75 e in euro 20.000 in favore di Piero Nobile, nonché alla rifusione delle spese processuali sostenute dalle parti civili.

La Corte riteneva utilizzabili sia le dichiarazioni rese dal Sanfratello in sede di denuncia, alla luce dell'indirizzo giurisprudenziale secondo cui le dichiarazioni indizianti indicate dall'art. 63, comma 1, cod. proc. pen. sono quelle rese da soggetto sentito come teste o come persona informata sui fatti, che riveli circostanze da cui emerga una sua responsabilità penale per fatti pregressi, e non quelle attraverso cui egli – come avvenuto nella specie – realizzi il fatto tipico di una determinata fattispecie di reato, quali il favoreggiamento personale, la falsa testimonianza o la calunnia; sia le dichiarazioni dibattimentali rese nel

processo a carico del coimputato Lo Iacono, al riguardo osservando che, in effetti, l'aver reso una dichiarazione idonea a configurare il delitto di favoreggiamento aveva comportato, in capo al Sanfratello «l'assunzione oggettiva» della qualità di soggetto indagato o indagabile, «secondo l'approccio in termini sostanziali» al problema indicato dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 15208 del 25/02/2010, Mills, Rv. 246584: e ciò a prescindere dal fatto che tale circostanza fosse nota al Tribunale procedente e sussistendo tra l'estorsione ed il favoreggiamento un duplice collegamento probatorio ai sensi dell'art. 371, comma 2, lett. *b*), cod proc. pen.. Nonostante tale collegamento fosse esistente già al momento della deposizione dibattimentale, per la Corte territoriale risultava tuttavia decisivo il fatto che il Sanfratello aveva già reso dichiarazioni in precedenza: ciò escludeva la possibilità di applicare «le disposizioni di cui all'art. 210 cod. proc. pen. (che prevedono il diritto al silenzio, cioè l'avviso della facoltà di non rispondere), per l'espressa deroga ad esse prevista dal comma 6 del medesimo art. 210 cod. proc. pen., proprio nel caso in cui l'imputato di reato collegato abbia già reso in precedenza dichiarazioni contro l'imputato». Pertanto la persona offesa doveva essere sentita come testimone assistito ai sensi dell'art. 197-*bis* cod. proc. pen., con le garanzie ivi contemplate «tutte rivolte a tutelare la sua posizione, fra le quali, però, non è previsto il "diritto al silenzio". Ma della violazione delle regole che sovraintendono, *ex* art. 210 o 197-*bis* cod. proc. pen., all'audizione del testimone assistito o dell'imputato di reato connesso o collegato (prima fra tutte l'assistenza del difensore), si ritiene che possa dolersi il solo Sanfratello e non gli odierni imputati, che non hanno alcun interesse all'osservanza della disposizione violata, poiché essa tende a tutelare l'imputato o l'indagato nel procedimento connesso o collegato dal rischio inconsapevole di auto incriminarsi con le sue dichiarazioni rese sotto". In tale prospettiva, le dichiarazioni del Sanfratello rese nel dibattimento a carico del coimputato Lo Iacono dovevano ritenersi utilizzabili, sia pure con il regime valutativo previsto dall'art. 192, comma 3, cod. proc. pen., espressamente richiamato per i testi assistiti dall'art. 197-*bis*, comma 6, dello stesso codice.

2. Hanno presentato ricorso per cassazione i difensori di tutti gli imputati.

2.1. Nell'interesse di Tommaso Lo Presti l'avv. Antonio Turrisi, deduce:

2.1.1. Violazione di legge in relazione alla illegittima applicazione degli articoli 63, commi 1 e 2, 64, 197, 197-*bis*, 210 cod. proc. pen. Ci si duole del mancato inquadramento de Francesco Sanfratello classe '54 come indagato in procedimento connesso. Tale qualifica, nella prospettazione difensiva, avrebbe dovuto essere riconosciuta al dichiarante sin dalle indagini preliminari, atteso che

fin dalla denuncia del 13 aprile 2010 e dalle informazioni rese alla polizia giudiziaria il 15 aprile 2010 l'offeso aveva reiteratamente omesso di riferire che Andrea Gioè aveva mediato tra lui ed i vertici della famiglia mafiosa di Porta Nuova per il pagamento del "pizzo" in relazione all'attività dei cantieri edili della Sanfratello Costruzioni s.r.l.. Si rimarca che all'atto della denuncia alla polizia giudiziaria gli inquirenti avevano a disposizione tutti gli elementi per indagare il Sanfratello classe '54: in atti vi erano le dichiarazioni dei collaboratori Nuccio e Spataro che dettagliavano i profili dell'estorsione per cui si procede e la partecipazione ad essa del Gioè, invece sempre negata dal Sanfratello. Il coinvolgimento del Gioè risultava inoltre dai "pizzini" ZD3 e G9 rinvenuti nel covo dei Lo Piccolo al momento del loro arresto avvenuto il 5 novembre 2007. Si richiama la giurisprudenza secondo cui l'accertamento della qualità del dichiarante è rimessa alla valutazione del giudice che a tale verifica deve procedere in termini sostanziali.

Quanto alle dichiarazioni rese dal medesimo Sanfratello in dibattimento, era un dato pacifico che costui, prima di tale escussione, pur in assenza di formale iscrizione nel registro degli indagati, doveva considerarsi soggetto indiziato di aver reso false dichiarazioni al pubblico ministero e di favoreggiamento aggravato *ex* art. 7 d.l. n. 152 del 1991 per aver negato che il Gioè aveva partecipato alla denunciata estorsione. La sua posizione andava pertanto valutata *ex* art. 63, comma 2, cod. proc. pen. ed egli avrebbe dovuto essere esaminato con le forme dell'art. 210 nella qualità di imputato di reato connesso; non invece, come erroneamente sostenuto dalla Corte di appello, come teste assistito. In ogni caso mai Sanfratello, né prima degli interrogatori da parte della polizia giudiziaria né prima delle escussioni dibattimentali, aveva ricevuto gli avvertimenti di cui all'art. 64.

A sostegno della correttezza dell'inquadramento, il difensore evidenzia che il Tribunale di Palermo aveva assolto, all'esito del dibattimento, Domenico Lo Iacono, accusato del medesimo reato contestato all'attuale ricorrente, avendo ritenuto che Sanfratello classe '54 doveva essere sentito fin dall'inizio come teste assistito, ed aveva ordinato la trasmissione di copia degli atti all'ufficio del Pubblico Ministero per procedere nei confronti del medesimo in relazione al reato di favoreggiamento personale aggravato dall'art. 7 d.l. 152 del 1991.

2.1.2. Violazione di legge e vizio di motivazione in relazione agli articoli 63, 197-*bis*, 210, 192, comma 3, cod. proc. pen sotto il profilo del giudizio di attendibilità intrinseca delle dichiarazioni del medesimo Sanfratello. Si contesta, segnatamente, la violazione dell'art. 192, comma 3, cod. proc. pen. e a sostegno della censura si evidenzia: a) l'assenza di spontaneità delle dichiarazioni

accusatorie del Sanfratello: la denuncia iniziale non poteva ritenersi spontanea in quanto egli si era presentato alla p.g. dopo che i quotidiani locali avevano diffuso il contenuto dei c.d. "pizzini" sequestrati nel covo dei Lo Piccolo; la estorsione per cui si procede aveva avuto termine nel dicembre del 2008, ovvero un anno e quattro mesi prima della presentazione della denuncia che avveniva solo nell'aprile 2010, denuncia che evidentemente non poteva avere la finalità di porre fine all'estorsione, come contraddittoriamente affermato dai giudici di secondo grado; b) la reticenza sull'intervento del Gioè nell'estorsione, intervento che Sanfratello aveva negato tanto nel corso delle indagini preliminari, quanto nel corso del dibattimento celebrato nei confronti dell'imputato Lo Iacono per ammetterlo solo nel corso della terza escussione dibattimentale e dopo aver ascoltato le deposizioni rese in tale procedimento dai collaboranti Nuccio e Spataro che avevano riferito del coinvolgimento di Gioè nell'estorsione in danno della Sanfratello Costruzioni; si rimarcava che l'esame dibattimentale del Sanfratello reso nel corso dell'udienza del 24 settembre 2012 nel processo a carico del Lo Iacono era stato interrotto perché lo stesso era indagabile per falsa testimonianza e, inoltre, aveva narrato di un suo coinvolgimento nella estorsione in danno di altro commerciante, tale Iacopelli; c) la carente valutazione del fatto, allegato dalla difesa, che Lo Presti e Sanfratello, si conoscevano perché avevano avviato una trattativa per la compravendita di una villa di Sanfratello a Mondello, circostanza che giustificava il riconoscimento fotografico effettuato dal Sanfratello nei confronti del Lo Presti. Tale trattativa era avvenuta negli anni 2002-2003, cioè quando l'attività estorsiva sarebbe già stata in atto e già vi era intervenuto il Lo Presti, con la singolarità ed inverosimiglianza di credere, ove fosse vera la ricostruzione degli inquirenti, che potesse aver aderito a tale trattativa un soggetto nei cui confronti era già in atto attività estorsiva da parte dell'altro contraente; d) l'impossibilità che Sanfratello avesse pagato le rate del "pizzo" presso il bar Venezia dato che l'esercizio in questione dal giugno del 2004 era stato posto sotto sequestro.

2.2. II profilo della attendibilità intrinseca viene ribadito anche dal co-difensore del Lo Presti, avv. Raffaele Bonsignore, che sottolinea la necessità di una rigorosa e penetrante verifica di attendibilità intrinseca ed estrinseca delle dichiarazioni rese dalla persona offesa, specie ove, come nella specie, costituitasi parte civile e la necessità di opportuni riscontri; evidenzia, oltre ai profili già richiamati, la pesante interferenza sulla valutazione di attendibilità del Sanfratello, della reticenza dal medesimo serbata sul coinvolgimento del Gioè nell'estorsione per cui si procede: dopo aver sempre negato il coinvolgimento del Gioè, il Sanfratello, nell'udienza del 24 settembre 2012, aveva chiesto di essere

nuovamente sentito nel parallelo procedimento e aveva ammesso che nella primavera del 2006 o 2007, avendo ricevuto degli avvertimenti nel cantiere della Vucciria, si era ricolto al Gioè, il quale dopo qualche giorno lo aveva fatto incontrare al bar Caflish di Mondello con Tommaso Lo Presti (il lungo) che gli aveva risolto tali problemi; si trattava di un elemento di tale rilevanza che non poteva essere giustificato nei termini di una valutazione frazionata delle sue dichiarazioni, come sostenuto dalla Corte territoriale. Inoltre si evidenzia che con i motivi di appello si era contestata la coerenza e costanza del racconto del Sanfratello circa le modalità dell'estorsione, sostenendosi che dalla lettura del "pizzino" catalogato ZD3 si evinceva non già che Sandro Lo Piccolo aveva impartito l'ordine di far pagare il pizzo al Sanfratello o di operare una riduzione a titolo di sconto, ma aveva ordinato a Tommaso Lo Presti,"il lungo", di farlo lavorare indisturbato. Questa circostanza non era stata valorizzata dai giudici territoriali che invece sostenevano che l'intermediazione del Gioè era finalizzata ad ottenere uno sconto sulle estorsione. Ci si doleva altresì dell'attendibilità dello Spataro che avrebbe reso dichiarazioni *de relato* non riscontrate da altri elementi. All'udienza del 18 giugno 2012, nel corso del dibattimento a carico del Lo Iacono, lo Spataro aveva infatti dichiarato di avere fissato un appuntamento tra il Lo Presti da un lato e il Gioè e l'Ambrogio dall'altro, ma di non avere partecipato agli stessi, sicché gli esiti dell'incontro gli erano stati riferiti dal Gioè.

2.2.1. Si censura la omessa valutazione della sentenza emessa dal Tribunale di Palermo in data 15 ottobre 2012 con la quale Domenico Lo Iacono, coimputato dello stesso reato come colui che nel 2000 ebbe a mettere in contatto Sanfratello con Tommaso Lo Presti, è stato assolto dalla stessa imputazione qui contestata al Lo Presti proprio per la assoluta inattendibilità del Sanfratello.

2.2.2. Si lamenta la violazione dell'art. 192, comma 3, cod. proc. pen. anche in riferimento alle dichiarazioni delle altre parti civili Francesco Sanfratello classe '65 e Pietro Nobile, portatori al pari di Sanfratello classe '54 di rilevanti interessi economici, parenti e soci del predetto, che avevano reso dichiarazioni in epoca successiva la denuncia di quest'ultimo e in larga parte *de relato*.

2.3. Gli avv.ti Tommaso De Lisi e Angelo Barone, nell'interesse di Francofonti, deducono:

2.3.1. Violazione di legge in ordine all'utilizzabilità delle dichiarazioni rese da Sanfratello classe '54.

a) Si ribadiscono i motivi già proposti dalla difesa Lo Presti circa l'illegittimo inquadramento del Sanfratello come dichiarante semplice. Nella prospettazione difensiva le prime dichiarazioni del Sanfratello, quelle rese nelle indagini, erano inutilizzabili per violazione dell'art. 63, comma 2, cod. proc. pen in quanto il

dichiarante era indiziato o indiziabile del reato di favoreggiamento aggravato in favore del Gioè. Lo stesso Sanfratello, presentandosi negli uffici di polizia, aveva ammesso la volontà di "chiarire" la sua posizione, con ciò mettendo in essere una e*xcusatio non petita* che rendeva chiaro come lo stesso – dopo che nel 2009 la stampa locale aveva pubblicato alcuni "pizzini" sequestrati a Salvatore Lo Piccolo il 5 novembre 2007, attestanti che l'impresa edile Sanfratello era stata sottoposta ad estorsione anni prima e che in tale circostanza, nota anche ai pentiti , la trattativa si era conclusa con la mediazione di personaggi mafiosi intervenuti a favore dell'estorto – avesse percepito l'esigenza di disinnescare eventuali sospetti di connivenza; peraltro era del tutto contraddittorio ritenere che egli volesse far cessare le richieste estorsive dal momento che l'attività dell'impresa di costruzioni era cessata dal 2008, sicché nel 2010 non vi erano richieste estorsive da far cessare.

b) Con specifico riguardo alla attendibilità, si evidenzia come il criterio della scindibilità e valutazione frazionata, nato per la chiamata in correità, non poteva applicarsi in generale alla testimonianza semplice (quale era stata considerata quella resa in fase di indagine dal Sanfratello classe '54) ed, in particolare, a quella di chi (come Sanfratello) rivestiva la qualità di danneggiato, in quanto tale portatore di rilevanti interessi processuali ed extraprocessuali che impongono un rigorosissimo vaglio della attendibilità. Sempre con riferimento alla attendibilità, si rileva che il Sanfratello classe '54 non aveva effettuato dichiarazioni spontanee, ma era stato sottoposto ad un pressante interrogatorio mirante a far emergere le sue responsabilità.

c) Si evidenzia l'illogicità della motivazione nella parte in cui, da un lato, si valutava il Sanfratello credibile sotto il profilo intrinseco e, dall'altro, si ammetteva che lo stesso potesse avere negato il vero nel corso del parallelo dibattimento a carico del Lo Iacono, sottolineandosi che in esso Sanfratello aveva ritrattato la dichiarazione falsa con ciò ammettendo di aver mentito.

2.3.2. Mancanza contraddittorietà e manifesta illogicità della motivazione.

a) Si rileva come i due Sanfratello non potessero essere considerati fonti di prova autonoma in relazione alla condotta contestata al Francofonti. Il Sanfratello classe '65 era infatti teste diretto, mentre il Sanfratello classe '54 era un teste *de relato* sicché le loro dichiarazioni non potevano essere reciprocamente confermative costituendo una «unica entità».

b) Si contesta come l'accusa nei confronti del Francofonti fosse espressa in motivazione con modalità congetturali in quanto non era mai stato spiegato dai testimoni in che modo lo stesso avesse posto in essere concretamente la condotta contestata. Il Sanfratello classe '65, richiamato dal Sanfratello classe

'54, sosteneva infatti solo di avere "compreso" che il Francofonti fosse persona che aveva contatti con "cosa nostra", senza indicazioni di fatti determinati cui ancorare tale connessione.

2.3.3. Violazione di legge in relazione all'aggravante di cui all'articolo 628, terzo comma, n. 3, cod. pen.

Si evidenzia come nel capo di imputazione contestato al Francofonti si facesse riferimento, al singolare, alla «aggravante» e non alle «aggravanti», sicché era da ritenere che l'aggravante della minaccia posta in essere da parte dell'associazione mafiosa non fosse stata mai contestata al l'imputato. Si instava, conseguentemente, per l'annullamento senza rinvio della decisione impugnata, previa eliminazione dell'aumento di pena applicato per l'aggravante in parola.

2.3.4. Manifesta illogicità della motivazione in relazione all'omessa valutazione della prova documentale acquisita a discolpa.

Si contesta l'emarginazione valutativa di dati probatori rilevanti: la documentazione prodotta aveva evidenziato come i rapporti tra l'impresa Sanfratello e quella del Francofonti erano regolarmente proseguiti fino all'estate del 2009: il che dimostrerebbe la inverosimiglianze di quanto affermato dalle parti offese circa l'asserita presa di distanza dal Francofonti in coincidenza con il fatto di estorsione contestato.

2.3.5. Violazione di legge e vizio di motivazione in relazione alla qualificazione giuridica del fatto.

Si evidenzia come Francofonti non avesse mai preso parte alla estorsione di cui al capo a) e che era ipotizzabile nei suoi confronti, al più, il reato di favoreggiamento reale:il Francofonti avrebbe posto in essere una condotta finalizzata esclusivamente a consentire agli autori della estorsione già consumata di conseguire in concreto il profitto.

2.3.6. Violazione della legge penale e vizio di motivazione in ordine alla ritenuta esclusione della desistenza volontaria.

Si evidenzia come la condotta criminosa attribuita al ricorrente si sarebbe esaurita nel primo atto: nella prospettazione difensiva, non appena constatata la volontà della vittima di non mantenere gli impegni il Francofonti avrebbe desistito; non era stato l'arresto del Francofonti nel maggio 2009 ad impedire l'ulteriore sviluppo della condotta criminosa, ma un atto volontario; dagli atti emergeva che l'incontro tra il Francofonti e la vittima risaliva a gennaio 2009: in considerazione del fatto che l'arresto interveniva solo a maggio dello stesso anno si rimarca come la dilatazione dei tempi sia compatibile con la ipotizzata scelta di desistenza.

2.4. L'avv. Raffaele Bonsignore, difensore del Marino, contesta la valutazione dell'attendibilità intrinseca del Sanfratello classe '54 in coerenza alle doglianze espresse nei confronti della posizione del coimputato Lo Presti.

2.4.1. Con specifico riferimento alla posizione del Marino si evidenzia che il Sanfratello aveva reso tre versioni differenti in quanto: a) in sede di denuncia aveva affermato di avere personalmente consegnato al Marino in un paio di occasioni denaro in una busta presso il suo ufficio; b) nella deposizione del 15 aprile 2010 aveva affermato che più preciso avrebbe potuto essere Francesco Sanfratello classe '65; c) il 28 maggio 2012, nel dibattimento a carico di Lo Iacono, aveva affermato di avere visto forse Marino al bar insieme a Lo Presti e che, in un'occasione, avrebbe visto attraverso le telecamere del suo ufficio che un cugino avrebbe consegnato una busta al ricorrente .

2.4.2. Si contesta l'efficacia dimostrativa delle dichiarazioni di Francesco Sanfratello classe '65, che aveva reso dichiarazioni generiche e *de relato,* avendo riferito di aver appreso dai cugini che durante la detenzione di Tommaso Lo Presti classe '75, "il Pacchione", un cugino di costui, che non aveva mai visto, avrebbe riscosso le rate del pizzo.

2.4.3. Con riguardo alle dichiarazioni rese da Pietro Nobile, si evidenzia che lo stesso aveva reso due versioni differenti: a) nella prima aveva riconosciuto fotograficamente in termini di probabilità il ricorrente; b) mentre nel dibattimento a carico di Lo Iacono non aveva riconosciuto il Marino.

2.4.4. Sempre con riguardo alle dichiarazioni di Francesco Sanfratello classe '54, si evidenzia la carenza di riscontri, non essendo idonei allo scopo le dichiarazioni del Nuccio, le dichiarazioni del Sanfratello classe '65, ed il riconoscimento fotografico operato dal dichiarante. Nessuna delle dichiarazioni invocate a riscontro si presentava individualizzante: non quelle dei Nuccio in quanto generiche, non quelle del Sanfratello classe '65 in quanto de *relato;* non varrebbe allo scopo neanche il riconoscimento fotografico effettuato dal Sanfratello classe '54, dato che lo stesso aveva dichiarato di conoscere il Lo Presti a prescindere dall'episodio in contestazione.

3. La Seconda Sezione penale, cui era stata assegnato il procedimento, con ordinanza in data 2 dicembre 2014, ha rimesso il ricorso alle Sezioni Unite ai sensi dell'art. 618 cod. proc. pen., per la constatata esistenza di un contrasto giurisprudenziale sull'utilizzo delle dichiarazioni irritualmente assunte da chi riveste la qualifica di testimone assistito: qualifica che, si osservava, in linea con gli insegnamenti della sentenza Mills delle Sezioni Unite, spetta al giudice verificare in termini sostanziali, al di là quindi del riscontro di indici formali quali

l'iscrizione nel registro delle notizie di reato, in relazione al momento in cui le dichiarazioni stesse vengono rese.

La concreta incidenza del problema sulla fattispecie in esame è stata limitata alle dichiarazioni rese in dibattimento dal Sanfratello classe 1954, dal momento che, per quelle assunte in sede di indagini, è stato pienamente condiviso l'assunto della sentenza impugnata, fondato su un consolidato indirizzo della giurisprudenza di legittimità, secondo cui la disciplina sulle dichiarazioni indizianti non trova applicazione laddove siano proprio queste ultime a concretare un fatto criminoso.

La questione dell'utilizzabilità della deposizione dibattimentale del Sanfratello nel processo a carico del Lo Iacono, avvenuta senza l'assistenza del difensore e senza alcun previo avviso circa la possibilità di avvalersi del diritto al silenzio, è stata invece ritenuta «preliminare ed assorbente» rispetto agli altri motivi, dato che tali dichiarazioni hanno arricchito il quadro a suo tempo valutato in primo grado dal G.u.p., e che la natura contratta del giudizio abbreviato impone, per le necessarie verifiche di attendibilità, una valutazione contestuale di tutte le dichiarazioni rese dalla persona offesa e principale teste di accusa.

La Seconda Sezione ha osservato che lo statuto del dichiarante «coinvolto nel fatto» non si presenta unitario, potendosi distinguere una ipotesi di connessione c.d. "forte" (art. 12, comma 1, lett. *a*, cod. proc. pen.) e casi , tra cui rientra quello in esame, di connessione c.d. "debole" (artt. 12, comma 1, lett. *c*, e 371, comma 2, lett. *b*, cod. proc. pen.), casi questi ultimi caratterizzati da un collegamento meno intenso tra il fatto di cui il dichiarante è (o può essere) accusato e il fatto giudicando, con conseguente attenuazione delle garanzie riservate all'indagato-imputato di reato connesso; in questo caso infatti il diritto al silenzio non è assoluto, ma patisce una compressione ogni volta che, come stabilisce l'art. 210, comma 6, cod. proc. pen., il dichiarante abbia reso in precedenza dichiarazioni concernenti la responsabilità dell'imputato ed altresì, sempre sulla base della stessa norma, per scelta del dichiarante, ogni volta che questi scelga di rispondere in seguito all'avvertimento di cui all'art. 64, comma 1, lett *c*), cod. proc. pen.. In ogni caso, i dichiaranti indagati per fatti collegati assumono lo statuto processuale del testimone assistito indicato dall'art. 197-*bis* cod. proc. pen.

Ad avviso della Sezione rimettente, nonostante il comma 2 dell'art. 197-*bis* cod. proc. pen. faccia riferimento ai soli soggetti che scelgano di rilasciare dichiarazioni in seguito all'avviso, potrebbe «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, cod. proc. pen. (come nel caso che ci occupa, relativo alle dichiarazioni del Sanfratello classe '54)»: un regime che prevede l'assistenza del difensore e – attraverso l'inutilizzabilità relativa prevista dall'art. 197-*bis*, comma 5, cod. proc. pen. – il divieto di utilizzo *contra se* delle dichiarazioni, comunque soggette alla regola di valutazione di cui all'art. 192, comma 3, cod. proc. pen.

Tanto premesso, l'ordinanza di rimessione ha evidenziato che, nella giurisprudenza della Corte di cassazione, si registrano tre diversi orientamenti, tutti sostenuti da una serie di pronunce depositate anche in epoca recente, quanto alla possibilità di utilizzo delle dichiarazioni rese dal 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, cod. proc. pen..

Il primo indirizzo ritiene senz'altro inutilizzabili le dichiarazioni in questione, interpretando il rinvio all'art. 64 cod. proc. pen., contenuto nell'art. 197-*bis* dello stesso codice, come comprensivo della sanzione di inutilizzabilità prevista dal comma 3-*bis* del predetto art. 64. Il secondo orientamento esclude la sussistenza di invalidità delle dichiarazioni, pur se assunte in modo irregolare, per la mancanza dell'avviso *ex* art. 64, comma 3, lett. *c*), cod. proc. pen., valorizzando il fatto che mentre l'art. 64 si riferisce al solo interrogatorio, ovvero ad un atto destinato per natura a svolgersi fuori dal contraddittorio, con una conseguente più rigorosa tutela dei diritti dei terzi eventualmente coinvolti nelle dichiarazioni rese dall'interrogato, gli artt. 197-*bis* e 210 si riferiscono ad esami destinati a svolgersi nel contraddittorio delle parti. In tale ottica, si è precisato che, anche a voler ritenere che il rinvio all'art. 64, contenuto nell'art. 197-*bis*, comporti l'obbligo dell'avviso, l'eventuale omissione non potrebbe comunque determinare l'inutilizzabilità delle dichiarazioni, non essendo stata richiamata anche la sanzione prevista dal comma 3-*bis* dell'art. 64. Secondo il terzo indirizzo interpretativo, la conseguenza della mancata applicazione dell'art. 210 cod. proc. pen. non è l'inutilizzabilità delle dichiarazioni testimoniali rese, ma la nullità a regime intermedio della deposizione, dal momento che la legge non vieta l'esame dell'imputato connesso o collegato, bensì prescrive che esso avvenga secondo determinate formalità: nullità peraltro deducibile non dall'imputato del processo principale, ma solo dal dichiarante che vede violato il suo diritto alla difesa. Anche tale prospettiva, volta soprattutto a tutelare il dichiarante dalle dichiarazioni rese *contra se*, sottolinea il mancato richiamo della sanzione di inutilizzabilità di cui all'art. 64, comma 3-*bis*, cod. proc. pen.

La Seconda Sezione ha ricordato che la sentenza impugnata aveva conferito al Sanfratello la qualifica "sostanziale" di teste assistito ai sensi dell'art. 210, comma 6, cod. proc. pen., avendo egli perso il diritto al silenzio per via delle

dichiarazioni precedentemente rese; ed aveva aderito all'indirizzo secondo cui gli imputati non avevano diritto a dolersi della mancata applicazione delle norme di garanzia, previste ad esclusiva tutela del dichiarante. Tale percorso interpretativo, peraltro, era stato censurato dalle difese, secondo cui le dichiarazioni rese dal Sanfratello nel dibattimento a carico del Lo Iacono erano da considerare radicalmente inutilizzabili.

In tale contesto, ed in presenza del contrasto giurisprudenziale rilevato, la Seconda Sezione ha rimesso alle Sezioni Unite la questione "*se la mancata applicazione – in sede di esame dibattimentale di un imputato di reato connesso o collegato a quello per cui si procede – delle disposizioni di cui all'art. 210 cod. proc. pen. 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 inutilizzabilità, nullità a regime intermedio o altra patologia della deposizione testimoniale*".

4. Il Primo Presidente, con decreto in data 23 dicembre 2014, ha assegnato il ricorso alle Sezioni Unite, fissando per la trattazione l'odierna pubblica udienza.

5. Con memoria recante la data del 18 marzo 2015, depositata il 19, il difensore di Francofonti osserva che il contrasto segnalato dalla Sezione rimettente ha in realtà limitata incidenza sulla decisione del caso concreto dal momento che la produzione in giudizio degli atti del dibattimento parallelo a cura della stessa difesa degli imputati non era «destinata a provare il fatto in essa accertato (l'nnocenza del Lo Iacono) ma la circostanza che vi è stata una valutazione sulla attendibilità delle fonti di accusa, che l'esito di tale valutazione ha determinato l'incriminazione di una di esse e che le dichiarazioni rese alla p.g. sono sfate ritenute inutilizzabili *erga omnes*»; era stato ben evidenziato l'interesse di Francofonti, al pari degli altri imputati, a che fosse documentata l'inattendibilità di chi lo accusa *e* ciò avuto riguardo al significativo comportamento processuale tenuto in aula dal Sanfratello il quale, "incriminato" per favoreggiamento, si era dapprima avvalso della facoltà di non rispondere e poi aveva ritrattato le precedenti dichiarazioni; ribadisce che la sentenza di appello risulta compromessa dal'immotivato giudizio di attendibilità a favore del Sanfratello il cui mendacio e la cui reticenza sono storicamente certi anche se non punibili per la intervenuta ritrattazione e dalla omessa individuazione di riscontri specifici e individualizzanti relativi al Francofonti.

6. Anche nell'interesse di Lo Presti e Marino è stata presentata una memoria, recante la data del 20 marzo 2014 e depositata lo stesso giorno, con la quale si ribadisce l'interesse a contestare l'utilizzabilità delle dichiarazioni del Sanfratello *in malam partem* cioè quale conferma della tesi accusatoria. Sullo specifico quesito rimesso alle Sezioni Unite, la difesa aderisce alla tesi della sentenza impugnata secondo cui Sanfratello, avendo già reso in precedenza dichiarazioni etero-accusatorie, avrebbe dovuto essere sentito come teste assistito senza però aver diritto all'avviso del diritto di avvalersi della facoltà di non rispondere, e ritiene pertanto utilizzabili le sue dichiarazioni; in ogni caso si sostiene che anche ove le Sezioni Unite aderissero al primo indirizzo richiamato dall'ordinanza di rimessione, quello che vuole trattarsi di una prova inutilizzabile, si dovrebbe comunque tenere conto delle dichiarazioni stesse dal momento che l'istituto della inutilizzabilità di cui all'art. 191 cod. proc. pen. è posto a garanzia delle posizioni difensive e colpisce le prove illegittimamente acquisite contro divieti di legge, quindi in danno del giudicabile vale a dire come prove a carico. Tale istituto, pertanto, in tutte le sue articolazioni (una delle quali è rappresentata dall'ipotesi prevista dall'art. 195, comma 1, cod. proc. pen.) non può essere applicato per ignorare un elemento di giudizio favorevole alla difesa che, invece, deve essere considerato e discusso secondo i canoni logico razionali propri alla funzione giurisdizionale.

Ove poi si escludesse l'utilizzabilità di tali dichiarazioni anche *in bonam partem* (cioè ai fini della verifica della attendibilità del Sanfratello classe 1954, la sentenza impugnata dovrebbe comunque essere annullata per illogicità e mancanza di motivazione sulla attendibilità di Sanfratello, affidata a mere congetture, frutto di non consentita valutazione frazionata e prive di riscontri sia con riferimento all'imputato Lo Presti che all'imputato Marino.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. La complessa vicenda processuale che si è sviluppata nel presente procedimento offre alla Corte l'occasione di affrontare il tema della utilizzazione della prova dichiarativa laddove la stessa sia condizionata dalla possibile interferenza tra la qualità di imputato e teste in relazione al contenuto di quanto riferito dallo stesso dichiarante. Ma, ancora prima, impone di verificare quale sia la corretta veste giuridica del dichiarante che, proprio in virtù delle dichiarazioni rese, determini la insorgenza nei suoi confronti di elementi indizianti dei reati di false dichiarazioni al pubblico ministero, falsa testimonianza, favoreggiamento e calunnia. Dovendosi fin da ora precisare che secondo la costante giurisprudenza

di questa Corte il reato di favoreggiamento comprende anche l'ipotesi di mendaci dichiarazioni rese alla polizia giudiziaria (Sez.6, n. 13086 del 28/11/2013, Zuber, Rv. 259497; Sez. 6, n. 28526 del 13/06/2013, Rv. 256064) e che la Corte costituzionale, con sentenza n. 75 del 2009, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del secondo comma dell'art.384 cod. pen. nella parte in cui non esclude la punibilità anche in relazione a tale fattispecie criminosa.

1.1. Sanfratello classe '54, si era presentato alla Squadra Mobile di Palermo per denunciare le vessazioni subite ad opera di ambienti mafiosi dall'impresa di cui era amministratore nel corso di quasi un decennio; sentito dalla polizia giudiziaria come persona informata sui fatti (art. 351, comma 1, cod. proc. pen.) aveva omesso di riferire che anche tale Gioè Andrea aveva avuto un ruolo nella vicenda estorsiva che egli si accingeva a denunciare e che lo riguardava. Sulla base di tali dichiarazioni si esercitava l'azione penale nei confronti di numerosi imputati i cui procedimenti assumevano forme ed esiti diversi: quella del giudizio ordinario nei confronti di Domenico Lo Iacono e di giudizio abbreviato nei confronti di Tommaso Lo Presti e altri, cui si riferisce il presente ricorso.

1.2. Nel procedimento a carico di Lo Iacono, la prova è stata assunta al dibattimento dove Sanfratello classe '54, citato come teste comune, ha reiterato le precedenti dichiarazioni rese alla p.g., anche in relazione al ruolo del Gioè. Solo alla terza udienza ha chiesto di essere nuovamente sentito ed ha ammesso la falsità di quanto in precedenza dichiarato in relazione a costui giustificandosi con l'affermazione che riteneva che non si trattasse di circostanze rilevanti e invocando l'affetto che nutriva per il fratello del Gioè che era stato per anni istruttore di equitazione di suo figlio. Avvisato di potersi astenere dal rispondere in ragione delle dichiarazioni autoindizianti rese, dichiarava di volersi avvalere della facoltà di non rispondere. Con la sentenza di assoluzione, il Tribunale ordinava la trasmissione degli atti all'ufficio del pubblico ministero per procedere contro di lui in relazione al reato di favoreggiamento. Alla pronuncia assolutoria il Tribunale perveniva ritenendo che le dichiarazioni rese a dibattimento da Sanfratello, ancora prima che inattendibili per le evidenti e gravi omissioni in cui il teste era incorso, erano inutilizzabili *ex* art. 63, comma 2, cod. proc. pen. in quanto rese da persona che fin dall'inizio avrebbe dovuto essere sentita nella qualità di indagato: l'istruttoria dibattimentale aveva dimostrato che già da quando il Sanfratello aveva denunciato i fatti alla p.g. sussistevano ed erano nella disponibilità della p.g. prima e del p.m. poi, elementi per riscontrare il mendacio nelle sue dichiarazioni; secondo la giurisprudenza della Corte di cassazione (Sez. U, n. 15208 del 21/04/2010, Mills) spettava al giudice verificare in termini sostanziali la veste del dichiarante e pertanto il Tribunale riteneva che

sebbene non di fatto indagato ed iscritto nel relativo registro, Sanfratello avrebbe dovuto essere sentito con le garanzie previste per l'indagato di reato connesso, proprio in ragione delle gravi e consapevoli omissioni in merito al coinvolgimento di Andrea Gioè nella propria vicenda estorsiva, idonee a integrare il reato di cui all'art. 378 cod. pen.

1.3. Nel procedimento a carico di Lo Presti ed altri, celebrato come si è detto con rito abbreviato, il Tribunale perveniva alla affermazione di responsabilità degli imputati sulla base delle dichiarazioni rese alla polizia giudiziaria dal Sanfratello, pienamente utilizzabili dovendo egli essere qualificato quale semplice denunciante, riscontrate da numerosi altri elementi.

Con gli appelli le difese degli imputati contestavano la attendibilità del Sanfratello e la stessa utilizzabilità delle sue dichiarazioni e chiedevano di acquisire i verbali di tutte le deposizioni testimoniali assunte nel procedimento contro Lo Iacono, richiesta che veniva accolta.

Nel confermare la sentenza di condanna, la Corte di appello prendeva separatamente in esame i due gruppi di dichiarazioni del Sanfratello. Con riferimento al primo gruppo, quelle rese durante le indagini, la Corte ha rilevato che la posizione del Sanfratello, per quanto poteva risultare agli inquirenti dall'insieme del materiale a loro disposizione nell'aprile del 2010, era chiaramente interpretabile come quella di un imprenditore estorto da "cosa nostra", che aveva cercato qualcuno nell'ambiente "per mettersi a posto", secondo una regola comunemente nota agli addetti ai lavori; doveva perciò escludersi l'applicabilità dell'articolo 63, comma 2, cod. proc. pen., e cioè che il medesimo dovesse essere sentito fin dall'inizio della denuncia come imputato o indagato in reato connesso. Doveva escludersi altresì l'applicabilità dell'articolo 63, comma 1; infatti anche ammesso che nel corso della deposizione davanti alla p.g. si fosse evidenziata una situazione di possibile contrasto tra quanto riferiva Sanfratello e quanto già a conoscenza degli investigatori riguardo alla posizione di Gioè, rendendo così ipotizzabile un'ipotesi di favoreggiamento da parte di Sanfratello nei confronti del Gioè, era applicabile il consolidato principio fissato dalla Corte di cassazione secondo cui la disciplina relativa alle dichiarazioni indizianti rese da persona non imputata né sottoposta ad indagini non trova applicazione quando quelle dichiarazioni concretizzino esse stesse un fatto criminoso. Valutazione che – è opportuno subito precisare – è da questo Collegio condivisa, in quanto correttamente motivata dal giudice di merito sulla base delle risultanze probatorie e conforme a un consolidato principio di cui appresso si dirà.

Con riferimento al secondo gruppo di dichiarazioni, quelle rese al dibattimento, la Corte palermitana, pur riconducendole alla operatività degli articoli 64, 210 e 197-*bis* cod. proc. pen., riguardanti le dichiarazioni rese da soggetto che avrebbe dovuto essere sentito come teste assistito, le ha ritenute utilizzabili nonostante l'assenza delle garanzie stabilite dall'art. 210; si è considerato non necessario l' avvertimento di cui all'art. 64, comma 3, lett. *c*), dal momento che Sanfratello aveva già reso in precedenza dichiarazioni concernenti l'imputato; e si è rilevato che della mancanza di un difensore poteva dolersi il solo Sanfratello, mentre a ciò non erano legittimati gli imputati in quanto privi di interesse all'osservanza della norma che stabilisce l'assistenza difensiva in quanto volta a tutelare unicamente l'indagato o imputato in procedimento connesso o collegato dal rischio di autoincriminarsi con le dichiarazioni rese sotto giuramento.

2. E' in relazione a tale valutazione, condivisa dalla Sezione rimettente, che il ricorso è stato rimesso alle Sezioni Unite, per risolvere il quesito "*se la mancata applicazione – in sede di esame dibattimentale di un imputato di reato connesso o collegato a quello per cui si procede – delle disposizioni di cui all'art. 210 cod. proc. pen. 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 inutilizzabilità, nullità a regime intermedio o altra patologia della deposizione testimoniale*", avendo la stessa Seconda Sezione avuto cura di precisare che la questione riguarda le ipotesi di c.d. connessione debole, cioè quelle *ex* art. 12, comma 1, lett. *c*), o 371, comma 2, lett. *b*), cod. proc. pen.

2.1. Esaminando la questione in via generale, e cioè a prescindere dalle precisazioni di cui in appresso sulla specifica situazione in esame, deve darsi atto della sussistenza nella giurisprudenza di legittimità di tre distinti orientamenti, tutti sostenuti da numerose pronunce spesso espressamente consapevoli delle opposte tesi, sulle conseguenze derivanti dalla mancata attribuzione della corretta qualifica soggettiva al "dichiarante coinvolto nel fatto".

Secondo un primo orientamento, di cui fanno parte decisioni intervenute sia prima che dopo la sentenza Sez. U, De Simone, del 17/12/2009, la sanzione del mancato avviso *ex* art. 64, comma 1, lett. *c*), cod. proc. pen. è l'inutilizzabilità della prova così assunta, salva la possibilità di rinnovare l'escussione con le forme corrette (*ex aliis*, Sez. 5, n. 39050 del 25/09/2007, Costanza, Rv. 238188; Sez. 6, n. 34171 del 04/07/2008, Mannina, Rv. 241464; Sez. 1, n. 29770 del 24/03/2009, Vernengo, Rv. 244462; Sez. 5, n. 3524 del 10/10/2013,

dep. 2014, Guadalaxara; Sez. 5, n. 29227 del 27/05/2014, Cavallero, Rv. 260320; Sez. 1, n. 52047 del 10/06/2014, Simone).

Il secondo orientamento (*ex aliis*, Sez. 3, n. 38748 del 11/06/2004, Mainiero, Rv. 229614; Sez. 1, n. 43187 del 16/10/2012, Di Noio, Rv. 253748; Sez. 6, n. 10282 del 22/01/2014, Romeo, Rv. 259267; Sez. 4, n. 36259 del 08/07/2014, Barisone; Sez. 5, n. 1200 del 18/09/2014, dep. 2015, Mancieri; Sez. 2, n. 5364 del 22/01/2015, Favella) ritiene invece che si verifichi una nullità a regime intermedio, come tale eccepibile solo dal diretto interessato e non dal'imputato; da un lato, si è posto in evidenza che la tesi della inutilizzabilità finisce per stravolgere la natura dell'istituto, il quale «tende 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 ad auto-incriminarsi per il reato connesso o collegato e, comunque, a deporre contro se stesso»; d'altro lato, si è sottolineato che la legge non vieta l'esame dell'imputato in procedimento connesso o collegato, ma semplicemente prescrive che esso sia assunto secondo determinate formalità, per derivarne che il mancato rispetto di queste ultime non dà luogo ad un'ipotesi – sanzionata con l'inutilizzabilità dall'art. 191, comma 1, cod. proc. pen. – 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; nullità che non può essere sollevata per la prima volta in sede di legittimità, né può essere eccepita dall'imputato, privo di interesse (art. 182 cod. proc. pen.); si è aggiunto che la tesi dell'inutilizzabilità non può essere condivisa anche perché l'art. 197-*bis*, comma 2, cod. proc. pen., si limita a richiamare, quale ipotesi di testimonianza assistita, l'art. 64, comma 3, lett. *c*), ma non anche il successivo comma 3-*bis* del predetto articolo, che prevede la sanzione di inutilizzabilità delle dichiarazioni rese in mancanza dell'avvertimento di cui al comma 3.

Secondo il terzo orientamento (tra le altre, Sez. 2, n. 41052 del 25/10/2005, Piscopo, Rv. 232595; Sez. 5, n. 12976 del 31/01/2012, Monselles, Rv. 252317; Sez. 5, n. 41886 del 24/09/2013, Perri, Rv. 257839; Sez. 5, n. 46457 del 18/03/2014, Magliano; Sez. 1, n. 41745 del 23/09/2014, Ubaldini; Sez. 5, n. 51241 del 30/09/2014, Romano, Rv. 261733) le dichiarazioni assunte in modo irregolare al dibattimento da un soggetto indagato o indagabile per reato connesso o collegato non sono affatto viziate, ma pienamente utilizzabili; l'art. 210, comma 6, ad esse applicabili, richiama l'art. 197-*bis*, che nel richiamare a sua volta l'art. 64, comma 3, lett. *c*), può essere inteso come funzionale a limitare esclusivamente la possibilità di assumere come teste l'imputato solo su fatti altrui, senza che il richiamo debba essere

necessariamente interpretato come comprensivo dell'avvertimento che assumerà l'ufficio di testimone salve le incompatibilità e le garanzie previste; avvertimento che, mentre ha un senso per l'interrogatorio, atto assunto fuori del contraddittorio che razionalmente legittima una maggiore attenzione del legislatore volta a tutelare i diritti dei terzi coinvolti nelle dichiarazioni rese dall'interrogato, non ha invece senso allorché l'imputato debba dichiarare, nella veste già dichiarata di testimone, su fatti esclusivamente altrui nella sede dibattimentale, dove la garanzia del contraddittorio è piena; tanto è vero che l'art. 210, comma 6, espressamente richiede che l'avviso sia fatto agli imputati che non abbiano reso in precedenza dichiarazioni *erga alios*.

3. Il Collegio ritiene di dovere senz'altro aderire al primo orientamento, potendosi al riguardo formulare le seguenti osservazioni.

La legge 1° marzo 2001, n. 63, attuativa della riforma costituzionale sul "giusto processo" ha, come è noto, rappresentato il punto di convergenza ed il tentativo di mediazione tra una serie di contrapposte visioni che avevano, da un lato, alimentato la nota giurisprudenza costituzionale degli anni '90, attenta a rimarcare il valore essenziale delle acquisizioni processuali ed a circoscrivere il pericolo della dispersione dei mezzi di prova, e, dall'altro, indotto reazioni uguali e contrarie, scaturite nella altrettanto nota riforma dell'art. 111 Cost., ove i valori della oralità e del contraddittorio avevano ricevuto le "stimmate" di rango costituzionale.

In tale cornice, permeata, come è altrettanto noto, di significativi richiami ai principi dettati al riguardo dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, secondo la interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo, il legislatore si è inserito dettando una complessa disciplina, attenta a ricomporre – o a cercare di ricomporre – le linee attraverso le quali pervenire ad una adeguata ponderazione di valori antagonisti, ridisciplinando, *ab imis*, i contorni delle varie figure soggettive dei dichiaranti.

L'attenzione ha finito così per concentrarsi su due, importanti versanti. Per un verso, infatti, si è inteso 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*: principio di antica e consolidata tradizione che rinviene nello stesso diritto di difesa il proprio naturale fondamento. Sotto altro e contrapposto versante, si sono invece circoscritte le ipotesi di incompatibilità a testimoniare, allargando notevolmente la platea dei dichiaranti, variamente assistiti sul piano defensionale e dei diritti.

Imputato e testimone non figurano dunque più come soggetti concettualmente alternativi sul piano processuale, essendosi coniate – in un ordito davvero complesso – figure "intermedie", fino a pervenire alla "confusione" soggettiva, nei casi in cui l'imputato, previamente avvisato a norma dell'art. 64, comma 3, lett. *c*), cod. proc. pen., è chiamato ad assumere la figura ed il ruolo del testimone su fatti che concernono la responsabilità di altri.

Pur non giungendosi alla possibilità, prevista in altri ordinamenti, di assumere la posizione del teste *in causa propria* con gli obblighi e le facoltà connesse, la distanza concettuale fra le posizioni dei dichiaranti si è venuta tuttavia non poco ad offuscare, creandosi la inedita figura del teste assistito, cioè del teste che è anche imputato (o imputabile) di reato connesso o collegato, la cui dichiarazione, per assumere la forma (art. 497 cod. proc. pen.) e il valore giuridico della testimonianza (sia pure con i limiti *ex* art. 192, comma 3, cod. proc. pen., richiamato dagli artt. 197-*bis*, comma 6, e 210, comma 6) non può che essere ancorata al presupposto della scelta dello stesso dichiarante di riferire circostanze relative alla responsabilità altrui, resa consapevole ed efficace dal sistema di avvisi previsti dall'art. 64, comma 3, cod. proc. pen., e in particolare da quello *ex* lettera *c*), con le conseguenze stabilite dal comma 3 *bis*.

E' dunque del tutto condivisibile quella giurisprudenza, confortata peraltro da autorevole e concorde Dottrina, che si è richiamata alla funzione centrale svolta nell'intero sistema dal previo avvertimento *ex* art. 64, comma 3, lett. *c*), per sottolineare la necessità che quest'ultimo preceda l'esame *ex* art. 210 in tutti i casi di "legame debole" in cui il soggetto non è stato previamente avvisato: non solo quindi se egli non ha «reso in precedenza dichiarazioni concernenti la responsabilità dell'imputato» (come testualmente prevede il comma 6 dell'art. 210), ma anche se abbia deposto *erga alios* ma in modo non "garantito", ovvero non preceduto dal richiamato avvertimento.

Si tratta di un orientamento che ha ricevuto l'avallo della Corte costituzionale già all'indomani dell'entrata in vigore della riforma (ord. n. 451 del 2002). Era stato sollevato il dubbio di costituzionalità, in riferimento agli artt. 3, 11 e 112 Cost, in relazione alla necessità di formulare l'avvertimento previsto dall'art. 210, comma 6, cod. proc. pen. circa la facoltà di non rispondere, anche alla persona imputata in un procedimento connesso ai sensi dell'art. 12, comma 1, lettera *c*), ovvero di un reato collegato a norma dell'art. 371, comma 2, lettera *b*), cod. proc. pen., che abbia in precedenza reso dichiarazioni sulla responsabilità di altri nella diversa qualità di persona informata sui fatti; situazione in tutto corrispondente a quella in cui, secondo la prospettazione dell'ordinanza di rimessione, si è venuto a trovare Sanfratello al momento della

deposizione testimoniale. La Consulta ha escluso ogni dubbio di incostituzionalità osservando, tra l'altro, che le dichiarazioni *erga alios* assunte da una persona informata sui fatti non sono assimilabili a quelle rese in qualità di imputato di reato collegato, dal momento che solo in tale ultima ipotesi la persona, avendo ricevuto l'avviso *ex* art. 64, comma 3, lett. *c*), può determinarsi liberamente a rilasciare o meno dichiarazioni accusatorie, mentre la persona informata sui fatti ha l'obbligo di rispondere, secondo verità, alle domande rivoltele dal pubblico ministero, e, se rifiuta di rispondere o dichiara il falso, commette il reato di false informazioni, previsto e sanzionato dall'art. 371-*bis* cod. pen.

Successivamente (sent. n. 76 del 2003) il Giudice delle leggi ha osservato che con la riforma del 2001 il legislatore ha escluso l'incompatibilità con l'ufficio di testimone per gli imputati in procedimento connesso o di reato collegato a condizione che siano stati definitivamente giudicati (e sia perciò operante il divieto di *bis in idem*), ovvero a condizione che abbiano volontariamente assunto la veste di testimone (a seguito dell'avviso a norma dell'art. 64, comma 3, lettera *c*, cod. proc. pen.). Assunzione volontaria che non può che essere garantita dal'avviso *ex* art. 64, comma 3, lett. *c*.

Ed è ancora il caso di ricordare che la stessa Corte cost. (sent. n. 191 del 2003) ha ribadito la esigenza che anche in dibattimento siano dati gli avvertimenti previsti dall'art. 64.

Gli argomenti letterali e logici con i quali si sostengono le contrarie tesi, tra loro strettamente collegate e spesso indicate in via alternativa o subordinata, della nullità a regime intermedio o della piena utilizzabilità, non paiono convincenti.

La prima tesi si basa essenzialmente sulla valorizzazione del mancato richiamo negli artt. 210, comma 6, e 197-*bis*, comma 2, cod. proc. pen., all'art. 64, comma 3, lett. *c*); la seconda sul rilievo che l'art. 64, comma 3, lett. *c*), si riferisce all' interrogatorio, cioè ad un atto che per sua natura si svolge fuori del contraddittorio, per tale ragione trovando giustificazione il maggior rigore adoperato dal legislatore a tutela dei diritti dei terzi eventualmente coinvolti dalle dichiarazioni rese, laddove invece gli artt. 197-*bis* e 210, comma 6, riguardano esami, atti cioè che si svolgono in ambito già sufficientemente garantito dal contraddittorio.

Nel privilegiare una lettura atomistica delle norme, che prescinde dalla valutazione del sistema voluto dal legislatore, confermato dalle richiamate sentenze della Corte costituzionale, tali orientamenti trascurano di considerare che l'art. 64, comma 3-*bis*, stabilisce, tra l'altro, che la persona interrogata che non ha ricevuto l'avvertimento di cui al comma 3, lett. *c*), non potrà assumere,

in ordine a fatti che concernono la responsabilità di altri, l'ufficio di testimone, in tal modo assumendo chiaramente una portata generale sulla estensione della incompatibilità a testimoniare, a prescindere dalla mancanza di esplicito rinvio da parte degli artt. 210, comma 6, e 197-*bis*, comma 2.

Si ritiene inoltre sussistente una nullità a regime intermedio che non è però specificatamente prevista dall'ordinamento, dal momento che l'art. 178, comma 3, lett. *c*), tutela il diritto di difesa dell' imputato e delle altre parti, non già quello del teste assistito; teste peraltro che essendo ampiamente protetto dalla garanzia della inutilizzabilità delle eventuali dichiarazioni rese contro di sé, non si vede quale interesse possa avere a dedurre tale nullità; laddove invece un tale evidente interesse è senza giustificazione negato all'imputato: al riguardo è opportuno richiamare il carattere relativo dell'inutilizzabilità patologica prevista dall'art. 64, comma 3-*bis*, lett. *c*), essendo le dichiarazioni utilizzabili nei confronti di chi le ha rese, ma non delle persone coinvolte; ciò che dimostra che la sanzione non è posta a tutela dell'interrogato, ma delle persone coinvolte dalle dichiarazioni, protette nel loro diritto «a non essere accusati da una persona che non è stata avvertita della responsabilità che scaturirà dalle sue dichiarazioni».

Ma soprattutto si dimentica il tenore testuale dell'art. 197, comma 1, lett. *a*) e *b*), a norma del quale sono previsti precisi e generali divieti probatori, la cui violazione comporta necessariamente, anche nel caso del mancato avviso di cui si discute, l'inutilizzabilità *ex* art. 191 cod. proc. pen. delle dichiarazioni in tal modo acquisite.

Quanto poi alla tesi secondo cui l'avviso in questione non sarebbe neppure necessario essendo sufficiente la garanzia rappresentata dalla assunzione della prova in dibattimento, e cioè nel contradditorio delle parti, non è ben chiaro quale ne sia lo spazio applicativo in presenza dell'esplicita previsione contenuta nel comma 6 dell'art. 210 circa la necessità che coloro che non hanno in precedenza reso dichiarazioni concernenti la responsabilità dell'imputato, ricevano l'avvertimento in questione, potendo assumere l'ufficio di testimone solo se non si avvalgono della facoltà di non rispondere.

In conclusione, non può sussistere dubbio alcuno che, ove la eventuale violazione delle regole di assunzione probatoria incida sul terreno della stessa capacità a testimoniare, se ne deve dedurre la piena inutilizzabilità delle dichiarazioni rese, giacché non si tratterebbe di affermazioni da "corroborare" perché promananti da soggetto "non terzo" rispetto all'oggetto ed al tema della deposizione, ma da persona per la quale sussiste un divieto *ex lege* di assumere la posizione e gli obblighi del testimone.

Devono pertanto enunciarsi i seguenti principi di diritto:

– *"In sede di esame dibattimentale ai sensi dell'art. 210, comma 6, cod. proc. pen., di imputato di reato connesso* ex *art. 12, comma 1, lett.* c), *cod. proc. pen., o collegato* ex *art. 371, comma 2, lett.* b), *cod. proc. pen., l'avvertimento di cui all'art. 64, comma 3, lett.* c), *deve essere dato non solo se il soggetto non ha «reso in precedenza dichiarazioni concernenti la responsabilità dell'imputato» (come testualmente prevede il comma 6 dell'art. 210), ma anche se egli abbia già deposto* erga alios *senza aver ricevuto tale avvertimento".*

– *"In sede di esame dibattimentale ai sensi dell' art. 210, comma 6, cod. proc. pen., di un imputato di reato connesso* ex *art. 12, comma 1, lett.* c), *o collegato* ex *art. 371, comma 2, lett.* b), *cod. proc. pen., a quello per cui si procede, il mancato avvertimento di cui all'art. 64, comma 3, lett.* c), *cod. proc. pen., determina la inutilizzabilità della deposizione testimoniale".*

4. La specifica situazione all'esame della Corte, impone alcune ulteriori riflessioni dovendosi affrontare il problema, cui si accennava all'inizio, di cosa debba intendersi per imputato di reato connesso o collegato a quello per il quale si procede, in riferimento alla posizione del testimone che, proprio in virtù delle dichiarazioni rese, abbia determinato la insorgenza, nei suoi confronti, di elementi indizianti del reato di false informazioni al pubblico ministero, o di favoreggiamento o di calunnia: vale a dire, di reati che trovano fondamento proprio nel tessuto dichiarativo della persona che deve assumere la veste di testimone nel procedimento cui quelle dichiarazioni pertengono sul piano probatorio, o al quale, comunque, appaiono probatoriamente collegate. Il quesito cui occorre dare risposta è, in altri termini, se il reato che consiste in dichiarazioni versate nel processo possa determinare, in capo al dichiarante, l'insorgenza di una posizione di incompatibilità rispetto al *munus* di testimone.

Ebbene, la giurisprudenza di legittimità, qui condivisa, si è più volte espressa in senso negativo, con particolare riferimento alla portata da annettere alle dichiarazioni "indizianti" di cui all'art. 63 cod. proc. pen.. Si è infatti osservato che le dichiarazioni "indizianti" evocate dal comma 1 di tale articolo sono quelle rese da un soggetto sentito come testimone o persona informata sui fatti che riveli fatti da cui emerga una sua responsabilità penale, e non quelle attraverso le quali il medesimo soggetto realizzi il fatto tipico di una determinata figura di reato (ad es. calunnia, falsa testimonianza o favoreggiamento personale). Detta norma di garanzia, infatti, è ispirata al principio *nemo tenetur se detegere*, che salvaguarda la persona che abbia commesso un reato, e non quella che debba ancora commettere il reato (in questi termini, Sez. 6, n. 21116 del 31/03/2004, Turturici, Rv. 229024; nello stesso senso, *ex plurimis*, Sez .6, n.

33836 del 13/05/2008, Pandico, Rv. 240790; Sez.2, n. 36284 del 09/07/2009, Pietrosanto, Rv. 245597; Sez. 3, n. 8634 del 18/09/2014, M., Rv. 262511).

Inoltre, come è stato puntualizzato dalla giurisprudenza, in base al principio di conservazione degli atti e della regola ad esso connessa del *tempus regit actum*, le dichiarazioni del soggetto che rivestiva ancora e soltanto lo *status* di persona informata sui fatti sono legittimamente utilizzabili, nulla rilevando in contrario la circostanza che il dichiarante abbia successivamente assunto condizione di indagato/imputato (Sez. 2, n. 38621 del 09/10/2007, Di Fazio, Rv. 238222).

L'assunto si caratterizza per due aspetti. Un primo rilievo è che, già da un punto di vista concettuale, l'incompatibilità a svolgere una determinata funzione è caratteristica o qualità normativamente predefinita, che deve necessariamente precedere gli atti che caratterizzano quella funzione: non si può "divenire" incompatibili proprio a causa della funzione che si è legittimati a svolgere in quanto con essa compatibili. Affermare il contrario suonerebbe come una vera e propria petizione di principio. Il soggetto che ha assunto la veste formale e sostanziale della persona informata sui fatti o del testimone, può, infatti, sicuramente andare incontro a cause di incompatibilità a svolgere quest'ultimo ruolo processuale, ove l'esercizio della relativa funzione perduri: ma ciò, sempre in dipendenza di cause esterne ai fatti o alle condotte che integrano i momenti in cui l'esercizio della funzione si esprime. Se il testimone diviene indagato quale concorrente nel reato cui la testimonianza si riferisce, o per altro reato ad esso connesso o collegato e ciò non sia una diretta conseguenza della sua testimonianza, è ovvio che si "incrini" la relativa investitura soggettiva e che debba conseguentemente mutare lo *status* di dichiarante. Ma ove il testimone non sia chiamato a rispondere di fatti diversi da quelli che integrano il tessuto delle sue stesse dichiarazioni, allora scompare il profilo di una ipotetica incompatibilità, per venire ad emersione soltanto il ben diverso aspetto della attendibilità: resta ferma, infatti, la capacità a testimoniare, con tutti i doveri corrispondenti, mentre si apre la valutazione giurisdizionale del narrato, senza alcuna limitazione legale dei relativi criteri di apprezzamento, posto che la regola della *corroboration*, evocata come necessaria per le varie figure indicate dall'art. 192, commi 3 e 4, e dall'art. 197-*bis* cod. proc. pen., non ha ragion d'essere nei confronti del testimone "terzo" rispetto al fatto su cui è chiamato a rispondere secondo verità, a prescindere da qualsiasi fattore che ne possa affievolire la credibilità.

Un secondo profilo che può desumersi dall'orientamento giurisprudenziale di cui si è detto è che l'accertamento relativo alla veridicità di una fonte di prova –

ad esempio, per stare alla vicenda oggetto dell'odierno scrutinio, la verifica se un teste abbia o meno mentito o sottaciuto una determinata circostanza – non differisce dalla valutazione della relativa congruenza probatoria, nel senso che la dichiarazione ritenuta falsa non diverge, concettualmente, dalla prova ritenuta inconferente agli effetti dimostrativi del *factum probandum*: e ciò, dunque, anche nelle ipotesi in cui possa essere addirittura ipotizzabile uno specifico reato di "falso" dedotto da quelle dichiarazioni.

Le procedure incidentali di falso, infatti, non trovano ingresso nel processo penale, così come sono venute meno le pregiudiziali penali, secondo una linea tesa a riaffermare l'autonomia di ogni singola giurisdizione, privilegiando gli accertamenti *incidenter tantum* (art. 2 cod. proc. pen.) piuttosto che fare ricorso – salvo che per le questioni di stato (art. 3 cod. proc. pen.) – a paralizzanti arresti, con devoluzione degli incidenti al giudice competente per la causa "pregiudicante".

Tutto ciò, d'altra parte, trova significativa eco nelle profonde differenze che è possibile cogliere tra il codice vigente e quello abrogato, proprio in tema di dichiarazioni testimoniali sospettate di falsità. A prescindere, infatti, dalla già segnalata soppressione delle pregiudiziali penali che determinavano, a norma dell'art. 18 del codice del 1930, la sospensione del procedimento pregiudicato sino alla pronuncia della sentenza irrevocabile di quello pregiudicante, l'art. 458 del medesimo codice sanciva una serie di regole che determinavano la immediata azionabilità del reato di falsa testimonianza, perizia o interpretazione, con l'arresto "del colpevole" e la instaurazione, ove possibile, del giudizio immediato. Il giudizio principale, poi, proseguiva soltanto nella ipotesi in cui il giudice avesse ritenuto non necessario attendere il giudizio sulla falsa testimonianza, giacché, ove fosse risultato impossibile procedere al giudizio immediato e fosse risultato necessario attendere il giudizio sulla falsità, il dibattimento doveva essere rinviato. L'ampio concetto di connessione tracciato dal codice abrogato, rendeva poi scontata la incompatibilità dell'imputato di falsa testimonianza a continuare a rivestire, a norma dell'art. 348, ultimo comma, la qualità di testimone nel processo principale.

Ben diverso, invece, lo scenario tracciato dal codice vigente. Non soltanto, infatti, è stata testualmente esclusa la possibilità di procedere all'arresto del testimone in udienza per reati concernenti il contenuto della deposizione (art. 476, comma 2), ma è previsto che, ove nel corso dell'esame testimoniale la persona renda dichiarazioni «contraddittorie, incomplete o contrastanti con le prove già acquisite» (i connotati, dunque, di inattendibilità, e non di falsità in sé), il giudice proceda ai necessari avvertimenti; solo nel caso di rifiuto indebito

di testimonianza si provvede alla immediata trasmissione degli atti al pubblico ministero perché proceda a norma di legge. E', poi, soltanto alla conclusione della fase processuale in cui il testimone ha prestato il suo ufficio che il giudice, «ove ravvisi indizi del reato previsto dall'art. 372 del codice penale» (quando, dunque, la funzione è esaurita ed è possibile lo scrutinio circa la sussistenza di "indizi" di falsa testimonianza), informa il pubblico ministero trasmettendogli i relativi atti (art. 207 cod. proc. pen.).

Una sequenza, quindi, che avvalora la fondatezza della tesi che esclude dalla portata applicativa delle dichiarazioni indizianti di cui all'art. 63 cod. proc. pen. (con tutto quel che ne consegue agli effetti che qui interessano) proprio quelle che si riferiscono alle ipotesi di falsità "processuali" che traggono origine dalle dichiarazioni stesse. Va pertanto qui ribadito che in tema di valutazione della testimonianza, il sistema introdotto dal codice di rito separa nettamente la valutazione della testimonianza ai fini della decisione del processo in cui è stata resa e la persecuzione penale del testimone che abbia eventualmente deposto il falso, attribuendo al giudice il solo compito di informare il p.m. della notizia di reato, quando ne ravvisi gli estremi in sede di valutazione complessiva del materiale probatorio raccolto. Ne consegue che la deposizione dibattimentale del teste, pur se falsa, rimane parte integrante del processo in cui è stata resa e costituisce prova ivi utilizzabile e valutabile in relazione all'altro materiale probatorio legittimamente acquisito, anche sulla base del meccanismo disciplinato ai sensi dell'art. 500, comma 4, cod. proc. pen. (Sez. 6, n. 18065 del 23/11/2011, Accetta, Rv. 252531; nel medesimo senso, Sez. 5, n. 19313 del 28/01/2013, Marino, Rv. 255635).

5. A conferma di tale soluzione possono altresì formularsi le seguenti osservazioni.

Deve tenersi presente la necessità, ai fini di un corretto funzionamento del sistema processuale, di una delimitazione certa e stabile delle posizioni rivestite dai principali soggetti che vi partecipano. Specie dopo che si è riconosciuto al giudice il potere di verificare in termini sostanziali l'attribuibilità al dichiarante della qualità di indagato nel momento in cui le dichiarazioni vengono rese, secondo un percorso interpretativo che ha condotto alla più volte citata sentenza delle Sez. U, n. 15208 del 21/04/2014, Mills, è necessaria una solida definizione dei parametri di riferimento onde evitare una opinabilità di apprezzamenti diversi, che essendo collegata alla inutilizzabilità della prova può emergere in qualunque stato e grado del procedimento o anche in procedimenti diversi, come in effetti avvenuto nel presente caso, che rischia di compromettere il corretto

funzionamento del processo. Da un primo punto di vista, può essere utile ricordare che proprio la sentenza Mills ha ritenuto di dover collegare la possibilità del giudice di apprezzare autonomamente, ora per allora e sempre che siano disponibili elementi di fatto idonei a consentire un tale giudizio, 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, cod. pen., per il reato di falsa testimonianza; 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. Il tema delle scriminanti risulta dunque centrale nell'ambito dei delitti dichiarativi contro l'attività giudiziaria, costituendo, da un lato, attuazione del principio *nemo tenetur se detegere,* e rappresentando, dall'altro, un evidente elemento di incertezza sulla valutazione del comportamento tenuto dal dichiarante. Come noto, per tutte le ipotesi di falsa testimonianza e di favoreggiamento l'art. 384, secondo comma, cod. pen., stabilisce la non punibilità di chi non avrebbe dovuto essere assunto come teste, trovandosi in situazione di incompatibilità; inoltre il primo comma dello stesso articolo prevede una speciale causa di non punibilità per chi ha commesso il fatto per essere stato costretto dalla necessità di salvare sé stesso o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocumento alla libertà personale o all'onore, e la giurisprudenza di questa Corte ha interpretato estensivamente tale previsione nel senso che non integra il reato di falsa testimonianza la dichiarazione non veritiera resa da persona che non possa essere sentita come testimone o abbia facoltà di astenersi dal testimoniare, ma non ne sia stata avvertita, nulla rilevando le finalità e i motivi che l'abbiano indotta a dichiarare il falso che possono anche consistere nel fine di evitare un'accusa penale ovvero un procedimento disciplinare a proprio carico (Sez. U, n. 7208 del 29/11/2007, Genovese, Rv. 238384; Sez. 3, n. 45444 del 25/06/2014, Maccioni, Rv. 260744). Una ulteriore causa di non punibilità è poi prevista dall'art. 376 con la ritrattazione.

D'altro lato con la medesima sentenza n. 15208 del 2014, le Sezioni Unite hanno ancorato a precisi e stringenti requisiti la possibilità di sindacato successivo; è stato infatti ribadita, come già in precedenza affermato da Sez. U, Fruci e Morea, la necessità che il giudice che procede all'assunzione della prova sia a conoscenza già prima dell'esame o dell'escussione di elementi già sussistenti in quel momento qualificabili quali indizi non equivoci di reità; ed è stato altresì espressamente rilevato che il giudice «per potere applicare la norma di cui all'art. 210 cod. proc. pen., deve essere messo in condizione di conoscere

la situazione di incapacità a testimoniare o di incompatibilità, le quali, quindi, se non risultano dagli atti inseriti nel fascicolo del dibattimento, devono essere dedotte dalla parte esaminata o comunque da colui che chiede l'audizione della persona imputata o indagata in un procedimento connesso o collegato».

Anche sulla base di tali indicazioni è difficile condividere la tesi per cui il giudice del dibattimento, davanti al quale Sanfratello classe '54 era stato chiamato a deporre come teste ordinario, potesse essere in condizione di valutarne, a priori, una diversa posizione processuale derivante da atti delle indagini preliminari.

6. Venendo al procedimento in esame, da quanto sopra detto deriva che il materiale probatorio utilizzato dalla Corte di Palermo si sottrae a censure di inutilizzabilità, ferma restando tuttavia la necessità di un rinnovato rigoroso esame delle dichiarazioni rese da Sanfratello prima alla p.g. e poi al Tribunale, tenuto conto della seria ipoteca che è stata posta sulla sua attendibilità nel momento in cui nel procedimento Lo Iacono gli atti sono stati rimessi alla Procura della Repubblica per le valutazioni di competenza.

Ciò che fa difetto nella valutazione operata dalla Corte territoriale, è la disamina dei peculiari profili che hanno caratterizzato il "fatto processuale" relativo al contenuto delle diverse dichiarazioni rese dal Sanfratello a proposito delle condotte criminose che si sono realizzate in suo danno e che lo hanno visto inizialmente reticente sulla posizione del Gioè. Le ordinarie cautele con le quali deve essere riguardata la posizione della vittima del reato costituitasi parte civile – posizione, questa, che aveva assunto il Sanfratello nel procedimento a carico del Lo Iacono – e che sono state poste a fulcro di numerose pronunce di questa Corte, devono essere infatti, ulteriormente specificate proprio nelle ipotesi in cui la vittima del reato abbia – per le più varie ragioni – non sinceramente descritto il ruolo svolto dai singoli partecipi, o ne abbia volutamente pretermesso alcuno, secondo una scelta favoreggiatrice, poi ritrattata nel corso dello stesso giudizio. In tale ipotesi, infatti, occorre verificare se tale temporanea insincerità esaurisca i propri effetti, sul piano della attendibilità della complessiva narrazione della vicenda, all'interno dei rapporti soggettivi tra dichiarante e soggetto favorito o se, al contrario, proietti conseguenze dirette anche sulla posizione degli altri soggetti indicati come autori dei fatti o sulla stessa natura e portata della vicenda narrata. È infatti legittima una valutazione frazionata delle dichiarazioni della parte offesa, purché il giudizio di inattendibilità, riferito soltanto ad alcune circostanze, non comprometta per intero la stessa credibilità del dichiarante

ovvero non infici la plausibilità delle altre parti del racconto (Sez. 6, n. 20037 del 19/03/2014, L., Rv. 260160).

I giudici del merito, in altri termini, si sarebbero dovuti particolarmente impegnare nel verificare se la omessa indicazione del Gioè potesse considerarsi profilo probatoriamente "scindibile" rispetto alla restante parte del narrato, vuoi sotto il profilo soggettivo – concernente la posizione ed il ruolo dei restanti soggetti chiamati in causa – vuoi sul versante oggettivo, concernente la natura, le modalità e la concatenazione storica dei fatti descritti.

Questa Corte, infatti, ha in più occasioni avuto modo di puntualizzare che le dichiarazioni della persona offesa, costituita parte civile, possono da sole, senza la necessità di riscontri estrinseci, essere poste a fondamento dell'affermazione di responsabilità penale dell'imputato, previa verifica, corredata da idonea motivazione, della credibilità soggettiva del dichiarante e dell'attendibilità intrinseca del suo racconto, che peraltro deve essere più penetrante e rigorosa rispetto a quella cui vengono sottoposte le dichiarazioni di qualsiasi testimone. A tal fine – si è sottolineato – è necessario che il giudice indichi le emergenze processuali determinanti per la formazione del suo convincimento, consentendo così l'individuazione dell'*iter* logico-giuridico che ha condotto alla soluzione adottata; mentre non ha rilievo, al riguardo, il silenzio su una specifica deduzione prospettata con il gravame qualora si tratti di deduzione disattesa dalla motivazione complessivamente considerata, non essendo necessaria l'esplicita confutazione delle specifiche tesi difensive disattese ed essendo, invece, sufficiente una ricostruzione dei fatti che conduca alla reiezione implicita di tale deduzione senza lasciare spazio ad una valida alternativa (Sez. U, n. 41461 del 19/07/2012, Bell'Arte, Rv. 253214; Sez. 5, n. 1666 del 08/07/2014, Pirajno, Rv. 261730).

Tanto più, dunque, simili cautele e la possibilità di effettuare una valutazione frazionata del narrato si impongono ove sia la stessa persona offesa, costituita parte civile, ad aver introdotto nel contesto delle proprie dichiarazioni profili di reticenza o di mendacio, poi ritrattati.

7. Si impone, in conclusione, l'annullamento con rinvio della sentenza impugnata per nuova valutazione della attendibilità del Sanfratello classe '54 alla luce dei principi innanzi indicati, rimanendo assorbiti i restanti motivi di ricorso.

P.Q.M.

Annulla la sentenza impugnata e rinvia per nuovo giudizio ad altra sezione della Corte di appello di Palermo.

Così deciso il 27/03/2014

Il Componente estensore
Luisa Bianchi

Il Presidente
Giorgio Santacroce

SEZIONI UNITE PENALI
Depositato in Cancelleria
il 29 LUG 2015
Il Funzionario Giudiziario
Il Funzionario Giudiziario
Rosa COZZOLINO
Rosa Cozzolino