

Nota a sentenza 25.06.11

L'indagato "archiviato" può essere escusso come testimone comune

Nota a Corte Cassazione - Sezioni Unite Penali, Sentenza 29 marzo 2010, n.12067

-----

Con la sentenza in commento le Sezioni Unite della Cassazione sono intervenute simultaneamente su due punti problematici oggetto di annose querelles interpretative[1].

La prima questione riguardava lo status da attribuire al dichiarante che cumulasse in sé le qualità di persona offesa dal reato e di indagato o imputato in un procedimento connesso o collegato a quello per cui si procede.

La seconda questione involgeva invece la veste che deve assumere, nel rendere dichiarazioni, il destinatario di un provvedimento di archiviazione o di una sentenza di non luogo a procedere[2].

La Suprema Corte di Cassazione con la pronuncia che qui si annota, mettendo fine ai precedenti contrasti giurisprudenziali in materia, ha affermato il principio per cui il soggetto che riveste la qualità di imputato in procedimento connesso ai sensi dell'art. 12, comma 1 lett. c), c.p.p. o collegato probatoriamente, anche se persona offesa dal reato deve essere assunto nel procedimento relativo al reato connesso o collegato con le forme previste per la testimonianza cosiddetta assistita.

Con tale pronuncia è stato dunque definitivamente accantonato quel consolidato indirizzo giurisprudenziale, anche della Corte di Cassazione[3], per il quale la veste di persona offesa era destinata a prevalere per la sua maggiore "pregnanza"; tale orientamento trovava fondamento nel principio della ricerca della verità, che sarebbe risultato compromesso ove non fosse stato possibile acquisire la testimonianza della persona offesa dal reato.

Tuttavia, sottolinea la suprema Corte, se il dato della maggiore pregnanza era supportato dalla lettera della norma anteriormente alla Legge n. 63/2001, poiché i reati reciproci non rientravano nell'alveo del collegamento probatorio ma rilevavano solo ai fini della riunione dei processi ai sensi dell'art. 17 c.p.p., tale dato non trova più alcun riscontro nell'attuale assetto normativo alla luce dell'inserimento della categoria dei reati reciproci nell'alveo dell'art. 371, comma 2, c.p.p., e dunque della loro rilevanza ai fini della disciplina dei "dichiaranti"[4].

Se la prima massima pronunciata dalle Sezioni Unite appare pienamente condivisibile, perplessità desta la soluzione relativa all'archiviato.

Il silenzio del Legislatore per ciò che attiene lo status da attribuire all'indagato connesso o collegato nei cui confronti sia intervenuto un decreto di archiviazione, ha dato luogo a diversi orientamenti dottrinari e a contrastanti pronunce giurisprudenziali: secondo un primo orientamento i soggetti imputati in reato connesso o collegato nei cui confronti sia stato emesso un provvedimento di archiviazione o di non luogo a procedere dovevano essere equiparati agli imputati ed indagati attuali (orientamento garantistico) in forza del principio del nemo tenetur se detegere; per altri dovevano essere escussi come testimoni comuni in quanto le ipotesi di incompatibilità sono eccezionali e derogatorie e pertanto non suscettibili di interpretazione analogica (orientamento non garantistico); infine, in un terzo senso, la gran parte dei commentatori si è orientata nel ritenere che il destinatario di archiviazione e di sentenza di non luogo a procedere debba essere ricompreso nell'ambito delle figure di imputato di reato connesso di cui all'art. 210 c.p.p., con conseguente incompatibilità a

testimoniare tout court nel caso di connessione per concorso nello stesso reato ai sensi dell' art.12 lett. a) c.p.p., e di incompatibilità condizionata all'assenza di dichiarazioni in ordine alla responsabilità di terzi nel caso di connessione teleologica o di collegamento (art.12 lett. c) e 371 co. 2 lett. b)[5].

Con la Sentenza che si annota le Sezioni Unite hanno affermato il principio per il quale la disciplina limitativa della capacità testimoniale di cui all'art. 197, comma 1, lettere a) e b), all'art. 197 bis ed all'art. 210 c.p.p., non è applicabile alle persone sottoposte a indagini in un procedimento connesso o relativo a reato collegato nei cui confronti sia stato emesso provvedimento di archiviazione.

Discostandosi dalla produzione giurisprudenziale precedente dunque, ha affermato il principio per il quale l'imputato o indagato per reato connesso o collegato, nei cui confronti sia stato emesso un provvedimento di archiviazione, può essere sentito come testimone comune, mentre continuerà ad applicarsi la disciplina limitativa della capacità testimoniale di cui agli art. 197, comma 1, lett. a) e b), 197 bis e 210 c.p.p., ai soggetti nei cui confronti sia stata pronunciata una sentenza di non luogo a procedere.

Le Sezioni Unite hanno argomentato che il diritto di difesa presuppone un'accusa cristallizzata nell'imputazione a seguito dell'esercizio dell'azione penale; il provvedimento di archiviazione consegue invece ad una iniziativa esattamente antitetica all'esercizio dell'azione penale che fa cessare ogni immanenza procedimentale nei confronti della persona interessata. Inoltre, se è vero che il provvedimento di archiviazione è sempre revocabile ai sensi dell'art. 414 c.p.p., è pur vero che tale eventualità è sostanzialmente assimilabile e, anzi, probabilisticamente inferiore all'apertura di indagini nei confronti di qualsiasi soggetto.

Nonostante l'apprezzabile sforzo esegetico la soluzione prospettata dalla Suprema Corte non può andare esente da alcune critiche.

Con tale pronuncia, per la prima volta, si distingue tra la posizione del soggetto destinatario di un provvedimento di archiviazione e quella del prosciolto in udienza preliminare ai sensi dell'art. 425 c.p.p.

Tale ricostruzione ermeneutica non persuade in termini di ragionevolezza se si considera che il provvedimento di archiviazione si contraddistingue per la massima instabilità dell'esito terminativo, instabilità sicuramente superiore rispetto all'epilogo decisorio rappresentato dalla sentenza di non luogo a procedere; in termini di logica pertanto sarebbe più coerente al sistema ammettere la possibilità di limitare il diritto al silenzio per il soggetto nei cui confronti sia stata emessa sentenza di non luogo a procedere poichè tale provvedimento, rispetto al provvedimento di archiviazione, determina una maggiore stabilità della sua posizione processuale. Inoltre suscita perplessità il fatto che una regola generale e centrale nel nostro sistema processuale, quale è quella contenuta nell'art. 61 c.p.p., che prevede l'estensione dei diritti e delle garanzie dell'imputato alla persona sottoposta alle indagini preliminari, possa essere superata da considerazioni statistiche o da quelle che sembrano mere forzature della lettera della norma. Pertanto la soluzione prospettata dalla Suprema Corte pare da un lato capovolgere i risultati ricavabili dal "principio di graduazione" degli esiti terminativi del processo penale e dall'altro ignorare il fatto che le disposizioni di cui all'art. 197 c.p.p., essendo prescrizioni sulla prova, costituiscono disposizioni di garanzia per l'imputato, e dunque costituiscono il portato del principio del nemo tenetur se ipsum accusare.

A favore dell'orientamento dottrinale che si pone in aperto contrasto con quanto affermato dalla sentenza annotata, si pone un'altra argomentazione: si paventa che il p.m. possa diventare l'unico sovrano del diritto al silenzio: potrebbe infatti il Pubblico Ministero richiedere l'archiviazione dell'indagato in reato connesso o collegato al solo fine di poterlo assumere come testimone comune.

Altro problema si apre in relazione agli indagati connessi in procedimento connesso ai sensi dell'art. 12 comma 1, lett. a) c.p.p. che vengano successivamente archiviati e sui quali non si è espressa la sentenza annotata. A mio parere, fondandosi la possibilità di escutere come testimone comune l'indagato connesso o collegato poi archiviato sul presupposto che il mancato esercizio dell'azione penale elimina ogni collegamento tra le regiudicande, non assumendo importanza dunque in questo senso la distinzione tra connessione debole e forte, ben potrebbe applicarsi il principio affermato dalla De Simone a questi soggetti.

In conclusione non può tuttavia non ravvisarsi che la ratio decidendi di questa pronuncia trova origine in un problema concreto e odioso: nel caso in cui l'unica prova d'accusa sia costituita dalla testimonianza della persona offesa, l'imputato potrebbe incolparla falsamente di un reato connesso o collegato, onde sminuire la portata delle sue dichiarazioni; a seguito dell'iscrizione della notizia di reato, la persona offesa infatti o sarà incompatibile con l'ufficio di testimone o assumerà la veste di teste assistito e, in questo caso, le sue dichiarazioni, soggette al criterio valutativo di cui all'art. 192, comma 3, c.p.p., dovranno essere confermate da riscontri esterni individualizzanti. Il problema esiste e si acuisce in riferimento ad alcune tipologie di reati, come quelle inerenti ai reati sessuali, che si contraddistinguono, a livello probatorio, proprio per la sovente assenza di riferimenti probatori ulteriori rispetto alla testimonianza della persona offesa. Ciò tuttavia non consente il superamento del principio del nemo tenetur se detegere, corollario imprescindibile del diritto di difesa che è destinato a prevalere anche laddove dovesse in concreto comportare l'impossibilità di acquisire una prova decisiva. La soluzione a questo annoso problema, in assenza di un pure auspicabile intervento del Legislatore, potrebbe, a livello interpretativo, ricercarsi altrove; partendo dal presupposto che restringere o dilatare la nozione di collegamento probatorio o il concetto di reciprocità dei reati, significa automaticamente restringere o dilatare l'area dell'incompatibilità a testimoniare, si potrebbe interpretare restrittivamente il concetto di "reciprocità" facendovi rientrare solo i reati commessi sostanzialmente in unità di tempo e di luogo. In tal modo potrebbe evitarsi che il legame della reciprocità sia indotto dal mero comportamento strumentale di uno dei contendenti.

La questione è aperta e comunque rimane auspicabile un intervento del Legislatore il cui silenzio è ancor più deprecabile in una materia informata al principio di tassatività come l'incompatibilità a testimoniare.

[1] Cfr. Carlotta Conti, "Le Sezioni Unite ed il silenzio della sfinge: dopo l'archiviazione l'ex indagato è testimone comune", su Cassazione Penale, n. 07/08 – 2010.

[2] Cfr. Guido Todaro, "Chiaroscuri in tema di incompatibilità con l'ufficio di testimone in caso di archiviazione e di non luogo a procedere", su Cassazione Penale, n. 1 – 2011.

[3] Tra le tante sentenze in tal senso, da ultimo, Sez. III, 8 gennaio 2008, Bulica, in C.E.D. Cass., n. 238996; Sez. III 11 Luglio 2006, Nastasi, ivi n. 234423, Sez. VI, 31 marzo 2003, Alberghini, ivi n. 226435.

[4] P. Silvestri, "Sulla posizione processuale del dichiarante che sia persona offesa e (forse) imputato di reato probatoriamente collegato a quello per cui si procede." in De Jure, nota a Cass. pen. 2010, 2, 640.

[5] In Dottrina cfr. G. Andrezza, "Il nuovo statuto della prova dichiarativa nell'esperienza giurisprudenziale di legittimità e di merito : le figure dei dichiaranti", Terza settimana di studio relativa al tirocinio ordinario in materia penale per gli uditori giudiziari nominati con d.M. 19 ottobre 2004 , Roma, 21 – 25 novembre 2005.

