

DICHIARAZIONI DELL'INDIZIATO E DIVIETI DI TESTIMONIANZA

di Manfredi Bontempelli

SOMMARIO: 1. L'indiziato e le sue dichiarazioni. – 2. Le dichiarazioni rese dall'indiziato “nel corso del procedimento”. – 3. La ricostruzione giurisprudenziale dei limiti di operatività del divieto testimoniale ex art. 62 c.p.p. Suoi aspetti problematici. – 4. Tipologia delle dichiarazioni rese dall'indiziato ai soggetti del procedimento. – 5. Condizioni e limiti della testimonianza sulle dichiarazioni dell'indiziato.

1. L'indiziato e le sue dichiarazioni

Si faccia il caso di un agente o ufficiale di polizia giudiziaria che intrattenga un colloquio informale, per le ragioni più varie, con una persona indiziata di reato¹ e si ponga il quesito se, nel processo, siffatto dialogo possa formare oggetto di testimonianza da parte del funzionario². Oppure si consideri l'ipotesi in cui una persona renda dichiarazioni indizianti a un ufficiale o agente di p.g. che operi in un procedimento a carico di altro soggetto ovvero contro ignoti e ci si chieda, anche qui, se vi siano o meno divieti di testimonianza³. Sono situazioni, non ignote alla prassi giudiziaria, in cui rileva, innanzitutto, declinare correttamente la distinzione concettuale fra l'indiziato e l'indagato, dal punto di vista delle garanzie difensive

¹ L'ipotesi è considerata, ad es., da F. CAPRIOLI, *Colloqui riservati e prova penale*, Torino, 2000, p. 274; L. MARAFIOTI, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, Torino, 2000, pp. 395 e ss.; O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. UBERTIS e G.P. VOENA, vol. VII, 1, Milano, 2004, pp. 58-59; L. LUPÀRIA, *La confessione dell'imputato nel sistema processuale penale*, Milano, 2006, p. 161; R. CASIRAGHI, *La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali*, in *Trattato*, cit., vol. XVI, Milano, 2011, pp. 361 e ss.; nonché, nella manualistica, ad es., G.P. VOENA, *Soggetti*, in G. CONSO, V. GREVI e M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, VI ediz., Padova, 2012, p. 102.

² In giurisprudenza, parla espressamente di finalità preclusiva «dell'utilizzo di dichiarazioni dell'indiziato», in relazione all'art. 62 c.p.p., ad es., Cass., Sez. II, 19 dicembre 2005, n. 1863, in *C.E.D. Cass.*, 233362 (corsivo aggiunto). Afferma, implicitamente, la rilevanza della distinzione fra indizio e sospetto, ai fini dell'applicazione delle garanzie difensive, ad es., Cass., Sez. V, 23 marzo 2005, n. 34686, in *C.E.D. Cass.*, 232247. V., *infra*, nt. 9.

³ Per l'inquadramento del «problema rappresentato dalle dichiarazioni autoincriminanti o confessorie rese al di fuori di un interrogatorio o di un qualsiasi altro atto funzionale a realizzare una presa di contatto e a sollecitare il “dialogo” tra inquirente e persona coinvolta nel processo», v. L. MARAFIOTI, *Scelte autodifensive*, cit., pp. 118-119, nonché p. 392 nt. 44.

applicabili⁴. Inoltre, non è risolutivo richiamare il divieto testimoniale previsto dall'art. 195 comma 4 c.p.p., con riguardo al "contenuto delle dichiarazioni acquisite da testimoni con le modalità di cui agli articoli 351 e 357, comma 2, lettere a) e b)" c.p.p.

La regola di esclusione abbraccia, oltre alle informazioni assunte dalla p.g. secondo le norme anzidette, anche le dichiarazioni del non indagato che avrebbero dovuto essere raccolte e verbalizzate secondo le modalità tipiche e che, invece, sono state assunte eludendo le prescrizioni legali⁵. Ciò premesso, appare dubbio che la norma si riferisca anche alle informazioni assunte dall'indagato *ex art. 350 c.p.p.* (o che avrebbero dovuto essere acquisite secondo tale previsione)⁶, nonostante essa rinvii, fra l'altro, alla disposizione dell'art. 357 comma 2, lett. b), c.p.p., appunto riguardante il contributo probatorio della persona sottoposta a indagini preliminari. Ammesso che

⁴ V. le osservazioni di G. TRANCHINA, in D. SIRACUSANO et alii, *Diritto processuale penale*, vol. I, Milano, 2011, pp. 179-180, in ordine alla modifica, intervenuta nel passaggio dal progetto preliminare al testo definitivo del codice, della formula poi confluita nell'art. 61 c.p.p., in precedenza riferita anche alla "persona indiziata" (v. art. 62 prog. prel.): «il concetto stesso di "indiziato" potrebbe far pensare ad una sorta di apprezzamento presuntivo – che prescindendo da qualsiasi forma di valutazione sia pur embrionale, quale può esser quella fatta durante il compimento delle indagini preliminari – circa la possibilità di ricondurre un determinato comportamento ad un determinato soggetto. Eliminando il richiamo all'"indiziato" si è inteso, pertanto, evitare l'attribuzione di una etichetta che potesse assumere significati sfavorevoli». Questa la conclusione tracciata dall'insigne A., con riferimento ai residui richiami del codice all'indiziato: «È da escludere, comunque, che il codice abbia inteso formulare un'autonoma nozione giuridica di "indiziato", differenziabile da quella di "persona sottoposta ad indagini"» (ivi, p. 181). Per i riferimenti alla Relazione al testo definitivo, v. G. CONSO-V. GREVI-G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, vol. V, *Il progetto definitivo e il testo definitivo del codice*, Padova, 1990, pp. 571-572.

⁵ Come è noto, la Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 195 comma 4 c.p.p., «ove interpretato nel senso che gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria non possono essere chiamati a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese dai testimoni soltanto se acquisite con le modalità di cui agli artt. 351 e 357, comma 2, lettere a) e b), c.p.p. e non anche nel caso in cui, pur ricorrendone le condizioni, tali modalità non siano state osservate» (Corte cost., 30 luglio 2008, n. 305, in *Giur. cost.*, 2008, p. 3306, con note di C. GABRIELLI, *Il divieto per la polizia giudiziaria di deporre sulle sommarie informazioni acquisite deve operare a prescindere dalla loro verbalizzazione: quando una soluzione persuasiva si fonda su argomentazioni insoddisfacenti*, e di A. TRIPOLI, *Una decisione «interpretativa di accoglimento» in un caso particolare di dissonanza fra diritto vivente «punto di diritto» nel giudizio di rinvio*). Ha affermato la Consulta, in questo pronunciamento, che «è, infatti, irragionevole e, nel contempo, lesivo del diritto di difesa e dei principi del giusto processo ritenere che la testimonianza *de relato* possa essere utilizzata qualora si riferisca a dichiarazioni rese con modalità non rispettose delle disposizioni degli artt. 351 e 357, comma 2, lettere a) e b), c.p.p., pur sussistendo le condizioni per la loro applicazione, mentre non lo sia qualora la dichiarazione sia stata ritualmente assunta e verbalizzata, in quanto in tal caso si finirebbe per dare rilievo processuale – anche decisivo – ad atti processuali compiuti eludendo obblighi di legge, mentre sarebbero in parte utilizzabili quelli posti in essere rispettandoli».

⁶ V., ad es., F. CAPRIOLI, *Palingenesi di un divieto probatorio. La testimonianza indiretta del funzionario di polizia nel rinnovato assetto processuale*, in *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura di R.E. KOSTORIS, Torino, 2002, p. 76, che avanza l'ipotesi «che si sia trattato di un *lapsus calami*, volendo il legislatore riferirsi in realtà all'art. 357 comma 2 lett. c c.p.p. (con il proposito di ribadire che il divieto di testimonianza opera con esclusivo riferimento alle dichiarazioni acquisite in un contesto procedimentale formalizzato)».

sia condivisibile la lettura “estensiva”⁷, il divieto probatorio non sembra però ricomprendere le conversazioni stragiudiziali dell’indiziato⁸. Dunque, per risolvere entrambi i casi prospettati in apertura, solo apparentemente asimmetrici, occorre capire se ad essi sia o no applicabile l’art. 62 c.p.p.; si vedrà, poi, quali altre tutele codicistiche si affianchino al divieto testimoniale previsto da questa norma, regolando l’un caso e l’altro.

Autorizzata dalla disciplina processuale⁹ e dalla teoria del diritto¹⁰, l’enucleazione della figura dell’indiziato non corrobora graduazioni di sorta in ordine

⁷ V., in questo senso, da ultimo, N. TRIGGIANI, *Testimonianza*, in *La prova penale*, a cura di P. FERRUA-E. MARZADURI-G. SPANGHER, Torino, 2013, p. 165. Nella ricerca di un significato plausibile della formula impiegata dall’art 195 comma 4 c.p.p., che a ben vedere risulta piuttosto controversa, G. ILLUMINATI, *Inammissibile la testimonianza della polizia giudiziaria sul contenuto di dichiarazioni non verbalizzate*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 661, afferma che «l’unico spazio di autonomia della fattispecie richiamata potrebbe riguardare la persona che, avendo reso dichiarazioni su fatto altrui in quella veste, si trasformi successivamente in testimone: ma anche in un caso del genere sarebbe stato difficile dubitare dell’applicabilità della regola di esclusione stabilita in via generale» dall’art. 62 c.p.p. Cfr. i rilievi di F. CAPRIOLI, *Palingenesi di un divieto probatorio*, cit., p. 76, secondo il quale «il richiamo all’art. 357 comma 2 lett. b e c c.p.p. – anziché direttamente all’art. 350 c.p.p. – potrebbe accreditare letture formalistiche della norma volte ad escludere il divieto di testimonianza su tali dichiarazioni».

⁸ Secondo un’interpretazione fatta propria anche dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione, gli “altri casi” previsti dall’art. 195 comma 4, secondo periodo, c.p.p., in cui non opera il divieto di testimonianza, casi «per i quali la prova è ammessa secondo le regole generali sulla testimonianza indiretta, si identificano con le ipotesi in cui le dichiarazioni siano state rese da testi e percepite al di fuori di uno specifico contesto procedimentale di acquisizione, in una situazione operativa eccezionale o di straordinaria urgenza e, quindi, al di fuori di un dialogo tra teste e ufficiale o agente di polizia giudiziaria, ciascuno nella propria qualità». Così, Cass., Sez. Un., 28 maggio 2003, n. 36747, in *Cass. pen.*, 2004, p. 21. Fa riferimento ai criteri alternativi della «eccezionalità della situazione operativa» e della «straordinaria urgenza dell’intervento», sussistendo i quali vi sarebbe la possibilità per la p.g. di deporre sulle dichiarazioni acquisite «dalla fonte primaria omettendo di documentarle nella forma del verbale», in seguito, ad es., Cass., Sez. I, 30 gennaio 2008, n. 16215, in *C.E.D. Cass.*, 239498, con riguardo alla deposizione di un agente di p.g. il quale, nell’ambito di un procedimento penale a carico di un soggetto accusato di inosservanza delle prescrizioni attinenti alla sorveglianza speciale, aveva riferito di aver appreso, in occasione del controllo che aveva dato luogo alla denuncia del sorvegliato, dalla di lui convivente, che il medesimo era assente dall’abitazione». Cfr. anche il caso recentemente affrontato da Cass., Sez. I, 4 luglio 2012, n. 41090, in *Cass. pen.*, 2013, p. 3608, in cui la Corte ha ritenuto legittima la testimonianza di un agente di polizia su quanto riferitogli, nella quasi immediatezza del fatto, da un soggetto ferito in un agguato, prima di essere trasportato in ospedale. È chiaro, però, che va analizzata separatamente la situazione in cui, in contesti simili, l’ufficiale o agente di p.g. abbia assunto dichiarazioni provenienti dall’indiziato.

⁹ Rinviano espressamente alla categoria dell’“indizio”, ad es., le seguenti disposizioni del codice: artt. 63 comma 1 (v. anche la rubrica), 192 comma 2, 207 comma 2, 267 commi 1 e 1-bis, 273 comma 1, 275 comma 3, 312, 384 commi 1 e 3 (v. anche la rubrica), 391-bis comma 9, 403 comma 1-bis, 455 comma 1-bis. Cfr. poi l’art. 405 comma 1-bis c.p.p., dichiarato costituzionalmente illegittimo da Corte cost., 24 aprile 2009, n. 121, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 2036, con nota di S. LONATI, *Una norma tre volte irragionevole: il comma 1-bis dell’art. 405 c.p.p.* V., infine, gli artt. 116 comma 2 norme att. c.p.p. e 220 norme coord. c.p.p. Di tutte le disposizioni richiamate, solo gli artt. 63 comma 1 c.p.p. e 220 norme coord. c.p.p. assumono rilievo diretto ai presenti fini. Per il riferimento alla categoria del “sospetto”, v. la rubrica dell’art. 207 c.p.p. e dell’art. 116 norme att. c.p.p., nonché il comma 1 di questo art. Per la rilevanza della distinzione fra indizio e sospetto, nel contesto della valutazione della prova critica v., ad es., E.M. CATALANO, *Prove, presunzioni ed*

ai congegni protettivi del diritto di difesa operanti a favore di chi è raggiunto da elementi di reità di qualsiasi segno e spessore persuasivo. Nel senso che non è dato distinguere fra indagato e indiziato in base allo svolgimento formale di attività processuale penale a carico.

Va tenuto in considerazione, poi, che di “indizio” non si parla qui avendo di mira l’operazione inferenziale caratterizzante la prova critica, ma il grado logico di un giudizio dislocato, con una posizione sistematica ben definita, lungo gli sviluppi del procedimento¹¹, quale è quello necessario a stabilire se applicare o meno le garanzie codicistiche a una certa persona durante le indagini. È il giudizio sulla commissione del reato da parte di questa persona: risente della tendenziale inesauritività del materiale probatorio raccolto in una fase dell’*iter* procedimentale poco avanzata, quale è quella in cui emerge l’indiziato, ed è equiparabile al giudizio da cui scaturisce il provvedimento d’iscrizione della notizia di reato nel registro dell’art. 335 c.p.p.¹², il cui grado logico rinvia a una valutazione prognostica di mera possibilità della commissione di un illecito penale¹³.

Così, può definirsi indiziato colui che un qualunque dato conoscitivo indichi come autore di reato in base a un giudizio di possibilità. Cioè individua l’indiziato l’esistenza di dati storici che forniscono «un principio di conoscenza circa la responsabilità di un soggetto: conoscenza che mai basterebbe per condannare e nemmeno per disporre il dibattimento, ma che cionondimeno orienta le indagini su una determinata persona»¹⁴.

Inoltre, questi dati conoscitivi sono di per sè costitutivi della qualifica d’indagato. È noto come l’indiziato sia titolare delle situazioni giuridiche tipiche della

indizi, in *La prova penale. Trattato*, diretto da A. GAITO, vol. I, *Il sistema della prova*, Torino, 2008, p. 400. Per la irrilevanza della distinzione medesima nel diverso contesto dell’art. 220 norme coord. c.p.p., sia consentito rinviare, anche per ulteriori riferimenti, a M. BONTEMPELLI, *L’accertamento amministrativo nel sistema processuale penale*, Milano, 2009, pp. 171 e ss.

¹⁰ V., da ultimo, F.M. GRIFANTINI, *La nozione di indizio nel codice di procedura penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, pp. 12 e ss.

¹¹ Sugli sviluppi del procedimento richiamati nel testo e sul grado logico che deve qualificare le risultanze a carico per l’adozione di certi provvedimenti, v. O. DOMINIONI, *Misure cautelari personali*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, diretto da E. AMODIO e O. DOMINIONI, vol. II, p. II, Milano, 1990, p. 5.

¹² In materia v., nella recente letteratura, ad es., A. MARANDOLA, *I registri del pubblico ministero tra notizia di reato ed effetti procedurali*, Padova, 2001, pp. 28 e 47-48; R. APRATI, *Notizia di reato*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. SPANGHER, vol. III, *Indagini preliminari ed udienza preliminare*, a cura di G. GARUTI, Torino, 2009, pp. 7, 13 e ss.; EAD., *La notizia di reato nella dinamica del procedimento penale*, Napoli, 2010, spec. pp. 15-20; A. ZAPPULLA, *La formazione della notizia di reato. Condizioni, poteri ed effetti*, Torino, 2012, pp. 115 e ss.

¹³ Per il riferimento alla categoria logica della «mera possibilità» v., con riferimento al giudizio storico sotteso al provvedimento di esercizio dell’azione nel contesto del c.p.p. 1930, O. DOMINIONI, (voce) *Azione penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. I, Torino, 1987, p. 403.

¹⁴ Così, O. DOMINIONI, *Sub art. 61*, in *Commentario*, cit., vol. I, 1989, p. 391. In giurisprudenza, impiega il criterio logico della «mera possibilità», Cass., Sez. Un., 28 novembre 2001, n. 37, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1304, secondo cui gli indizi *ex art. 220 norme coord. c.p.p.* ricorrono quando sussiste la «mera possibilità di attribuire comunque rilevanza penale al fatto».

persona sottoposta a indagini¹⁵. Significa che non c'è spazio per sottili «distinguo»¹⁶ fra il vero e proprio indagato, cioè colui nei confronti del quale siano compiute indagini preliminari¹⁷, e l'indiziato, cioè colui nei confronti del quale sussistano elementi di reità del tipo predetto, ma non siano compiute indagini preliminari, per una ragione o per l'altra. Fermo restando, dunque, che l'essere indiziato è quanto basta per godere dei diritti e delle garanzie proprie dell'indagato, ciò non è sufficiente per far scattare il divieto *ex art. 62 c.p.p.*, richiedendo la norma che l'indagato abbia reso le dichiarazioni “nel corso del procedimento”¹⁸.

2. Le dichiarazioni rese dall'indiziato “nel corso del procedimento”

Il riferimento dell'art. 62 c.p.p. al “corso del procedimento” significa, in primo luogo, che sono estranee alla sfera applicativa della regola di esclusione le fattispecie in cui il teste *de auditu* ha percepito le dichiarazioni quando, ancora, non si possa dire che vi sia attività processuale penale in corso di svolgimento¹⁹. La giurisprudenza esprime questo concetto, da un lato, dicendo che l'art. 62 c.p.p. è applicabile «ancor prima che sia stata eseguita l'iscrizione nel registro di cui all'art. 335 c.p.p.»²⁰; tesi condivisibile dal momento che costituisce «una pura formalità ricognitiva il nome iscritto nel

¹⁵ Sulla riconducibilità alla situazione d'indagato della figura dell'indiziato v., ad es., O. DOMINIONI, *Sub art. 61*, cit., p. 391; G. TRANCHINA, *I soggetti*, cit., pp. 180-181; L. MARAFIOTI, *Scelte autodifensive*, cit., pp. 388 e 414.

¹⁶ Così, in merito alla distinzione fra «vero e proprio “indiziato” e semplice “sospettato”», R.E. KOSTORIS, *Sub art. 61*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. da M. CHIAVARIO, vol. I, Torino, 1989, p. 315.

¹⁷ Definisce indagato «l'indiziato nei confronti del quale la polizia giudiziaria o il pubblico ministero svolgono indagini preliminari», M. SCAPARONE, *Procedura penale*, vol. I, II ediz., Torino, 2010, p. 178.

¹⁸ Al riguardo cfr., per un inquadramento del problema, ad es., N. TRIGGIANI, *Divieto di testimonianza sulle dichiarazioni dell'imputato (o dell'indagato): il significato dell'espressione “nel corso del procedimento”*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 666.

¹⁹ In ordine al problema della eventuale ammissibilità della testimonianza avente ad oggetto le dichiarazioni rese alle autorità pubbliche durante attività di natura amministrativa v., ad es., con diverse impostazioni, R. ORLANDI, *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, Milano, 1992, spec. pp. 211-212; C. CESARI, *Atti del procedimento amministrativo e processo penale tra limiti del codice ed urgenze della prassi*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 214; N. FURIN, *Il principio della libertà dalle autodeterminazioni e la sua rilevanza in materia di denuncia di infortunio sul lavoro o di malattia professionale*, in *Cass. pen.*, 1998, pp. 1008 e ss.; E. OLCESE, *Divieti testimoniali non applicabili alle dichiarazioni raccolte dagli ispettori del lavoro*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 1515; L. MARAFIOTI, *Scelte autodifensive*, cit., pp. 120-121; M. BONTEMPELLI, *L'accertamento amministrativo nel sistema processuale penale*, cit., pp. 299 e ss. Per la rilevanza del principio *nemo tenetur se detegere* durante l'attività amministrativa v., di recente, ad es., E.M. CATALANO, *Diritto al silenzio, right not to be questioned e tutela dalla autoincriminazione. Note storico-comparative*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 4030.

²⁰ V., ad es., Cass., Sez. II, 19 novembre 2009, n. 46607, in *C.E.D. Cass.*, 246563, che però si occupa di un caso concernente dichiarazioni rese dopo la comunicazione della notizia di reato, escludendo l'applicazione dell'art. 62 c.p.p. (riguardo a questa pronuncia v., *infra*, nt. 35); Cass., Sez. VI, 16 dicembre 2010, n. 2231, cit.

registro delle notitiae criminis»²¹. Il pubblico ministero potrebbe indagare, appunto, su altri individui o contro ignoti e, nel corso di tale indagine, aver reperito indizi a carico del dichiarante, quale che sia la fonte²².

Dall'altro lato, secondo la giurisprudenza l'art. 62 c.p.p. non opera «laddove si tratti di dichiarazioni rese fuori del procedimento ovvero prima dell'inizio delle indagini»²³. Affermazione da precisare, poiché non tutte le dichiarazioni acquisite prima dell'inizio delle indagini si sottraggono al divieto in esame²⁴ che, per giunta, può riguardare anche dichiarazioni rese da chi, non ancora raggiunto da indizi di reato²⁵, non possa considerarsi indagato. Del resto, pare ragionevole includere nella portata applicativa della norma le dichiarazioni della persona non imputata né indagata, esaminata nei contesti tutelati dall'art. 63 comma 1 c.p.p., e le dichiarazioni del soggetto che fin dall'inizio dell'esame avrebbe dovuto essere sentito in qualità di

²¹ Così, ad es., F. CORDERO, *Procedura penale*, IX ediz., Milano, 2012, p. 233. Per l'affermazione che l'indagato è tale «per l'emergere di indizi a carico e/o per l'esistenza di un procedimento», v. L. MARAFIOTI, *Scelte autodifensive*, cit., p. 388 (corsivo aggiunto).

²² F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 233. Fa riferimento alla possibile «esistenza, *ex se*, di indizi deliberatamente trascurati dagli inquirenti», Cass., Sez. V, 26 gennaio 1999, n. 474, in *Cass. pen.*, 2000, p. 489, con nota di L. DIPOLA, *Sull'applicabilità dell'art. 192 commi 2 e 3 c.p.p. alla testimonianza*.

²³ Così, ad es., di recente, Cass., Sez. VI, 9 ottobre 2012, n. 1764, in *C.E.D. Cass.*, 254180; Cass., Sez. VI, 16 dicembre 2010, n. 2231, in *C.E.D. Cass.*, 249198, che afferma quanto segue: «non può ritenersi vietata la testimonianza sulle dichiarazioni, aventi anche contenuto confessorio, rese al di fuori del procedimento, ovvero prima del formale inizio delle indagini, in quanto in tal caso la testimonianza assume valore di fatto storico percepito dal teste, liberamente valutabile dal giudice di merito». Nello stesso senso, Cass., Sez. VI, 19 giugno 2007, n. 35809, in *C.E.D. Cass.*, 237423; Cass., Sez. I, 2 dicembre 1998, n. 1495, in *C.E.D. Cass.*, 212273, secondo la quale il divieto *ex art.* 62 c.p.p. «non è operante nel caso in cui dette dichiarazioni siano state rese anteriormente o al di fuori del procedimento, poiché in quest'ultima ipotesi la testimonianza nel suo contenuto specifico assume valore di fatto storico percepito dal teste e, come tale, valutabile dal giudice alla stregua degli ordinari criteri applicabili a detto mezzo di prova». V., in questo senso, anche Cass., Sez. II, 27 novembre 1998, n. 2108, in *C.E.D. Cass.*, 212788; Cass., Sez. V, 5 novembre 1998, n. 2245, in *C.E.D. Cass.*, 213074; Cass., Sez. VI, 3 novembre 1998, n. 12904, in *C.E.D. Cass.*, 212683.

²⁴ V., invece, Cass., Sez. V, 23 marzo 2005, n. 34686, cit., secondo cui, «mancando un imputato o un indiziato è ovviamente incongruo il richiamo al mancato rispetto di una serie di garanzie poste a tutela degli indiziato e/o degli indagati». Questa pronuncia è stata assunta in un caso di utilizzazione nel giudizio abbreviato di «una relazione di servizio di un agente di polizia giudiziaria che illustri esclusivamente l'accadimento di un fatto in astratto penalmente rilevante (l'avvenuta sottrazione di una tessera bancomat e la successiva ricezione in busta chiusa da parte del derubato di una somma equivalente a quella risultata essere prelevata dal conto corrente medesimo) e descriva comportamenti rilevanti dal punto di vista disciplinare da parte di un altro appartenente alla polizia giudiziaria, consistenti anche in spontanee dichiarazioni di parziale ammissione di sottrazione della tessera, in assenza di qualsiasi atto d'indagine nei confronti di quest'ultimo».

²⁵ V., *infra*, par. 4. Cfr. il condivisibile principio di diritto enunciato da Cass., Sez. II, 19 dicembre 2005, n. 1863, in *C.E.D. Cass.*, 233362: «Il divieto di assunzione di testimonianza avente ad oggetto le dichiarazioni comunque rese nel corso del procedimento dall'imputato o dalla persona sottoposta alle indagini ha carattere assoluto e generale, e non fa distinzione fra dichiarazioni sollecitate e dichiarazioni spontanee, tra dichiarazioni dell'imputato o indagato in reato connesso, tra dichiarazioni di chi abbia già la veste formale di imputato o indagato e dichiarazioni di chi, pur trovandosi sostanzialmente nella condizione di imputato o indagato, non ne abbia ancora assunto la qualità formale».

imputato o di indagato (art. 63 comma 2 c.p.p.)²⁶. L'art. 62 c.p.p. si riferisce alle dichiarazioni fatte dall'indagato nel corso del procedimento, senza limitazioni temporali²⁷: quindi sono incluse anche quelle rese dalla persona divenuta indagata, prima di assumere tale veste.

Nella sua «portata panprocessuale»²⁸, «il diritto di non rendere dichiarazioni incriminanti va garantito ancor prima dell'insorgere di un indizio»²⁹: questa protezione risulterebbe inutile se si consentisse all'agente o ufficiale di p.g. di testimoniare su quanto appreso dall'imputato, prima dell'insorgenza degli indizi di reato a suo carico³⁰. Si profila linearmente il coordinamento dell'art. 62 c.p.p. «alle garanzie sul modus procedendi»³¹.

Inoltre, non tutte le dichiarazioni dell'indiziato di reità sono coperte dal divieto di testimonianza; vi sfuggono – se si adotta l'impostazione che appare preferibile alla luce dell'impianto codicistico, a prescindere da valutazioni etico-politiche – quelle rese in un'occasione che non presenta un contatto *qualificato* con il procedimento. Come si vede, il problema è individuare i criteri con i quali accertare se, nelle singole vicende, vi sia o meno un contatto di tipo simile ed è qui che si profila la problematicità del modello elaborato dalla giurisprudenza dominante.

3. La ricostruzione giurisprudenziale dei limiti di operatività del divieto testimoniale ex art. 62 c.p.p. Suoi aspetti problematici

Secondo la tesi fatta propria dalla Corte di cassazione, anche in recenti pronunce in materia, l'art. 62 c.p.p. include «i soli casi in cui le dichiarazioni dell'indagato o dell'imputato vengano assunte in occasione del compimento di uno specifico atto del procedimento, sia esso un interrogatorio o un esame o un altro atto, e vengano ricevute da uno dei soggetti investiti di una qualifica processuale – ivi inclusa

²⁶ V. R.E. KOSTORIS, Sub art. 62, in *Commento*, cit., p. 319; N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992, pp. 317-318; G.P. VOENA, *Soggetti*, cit., p. 101; nonché, ad es., C. CONTI, *Osservazioni in ordine al divieto di testimonianza sulle dichiarazioni dell'imputato*, in *Giur. mer.*, 1999, p. 1029. Cfr., altresì, F. FALATO, *Sulla natura degli atti precedenti alla iscrizione della notizia criminis e sull'estensibilità del divieto previsto dall'art. 62 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2005, pp. 1626 e ss.

²⁷ Cfr. l'impostazione di F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 248: «l'art. 62 non pone coordinate temporali ma designa dei contesti procedurali».

²⁸ Di «portata panprocessuale» del diritto al silenzio parla P. CORSO, *Diritto al silenzio: garanzia da difendere o ingombro processuale da rimuovere?*, in AA.VV., *Studi in ricordo di Gian Domenico Pisapia*, vol. II, *Procedura penale*, Milano, 2000, p. 172.

²⁹ È il ben noto insegnamento di M. SCAPARONE, *Elementi di procedura penale*, vol. I, *I principi costituzionali*, Milano, 1999, p. 125, che afferma quanto segue: «La tutela apprestata dall'art. 24 comma 2 Cost. sarebbe infatti vanificata da una disposizione di legge che prescrivesse a taluno di rendere, prima dell'inizio del processo penale, una confessione di reato poi utilizzabile come prova a suo carico nel processo, nel quale gli fosse riconosciuto, siccome indiziato o imputato, il diritto al silenzio».

³⁰ Cfr., fra i molti, R.E. KOSTORIS, Sub art. 62, cit., p. 317.

³¹ Così, con riferimento agli artt. 63-65, 350 commi 1-3, 364 e 375 comma 3, F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 248.

quella di ufficiale o agente di p.g., per una ragione connessa al procedimento. *Il divieto in esame opera infatti “nel corso del procedimento” e non in pendenza del procedimento»*³².

Secondo questa lettura, autorevolmente avallata dalla Corte costituzionale³³, il riferimento della norma sarebbe, pertanto, «alle dichiarazioni rese nel corso del procedimento e non a quelle rese al di fuori di esso»³⁴. Il divieto opererebbe solo in presenza di una condizione oggettiva (dichiarazioni rese durante un atto del procedimento) e, in aggiunta, di una condizione, per così dire, soggettiva (dichiarazioni rese a un soggetto del procedimento); non, quindi, laddove le dichiarazioni siano percepite da un soggetto qualificato al di fuori di un atto del procedimento, anche qualora vi sia attività processuale in corso di svolgimento a carico del dichiarante³⁵.

Secondo la giurisprudenza di legittimità, alla conclusione anzidetta dovrebbe pervenirsi considerando la *ratio* dell'art. 62 c.p.p., vale a dire lo scopo di inibire l'«ingresso, nel materiale cognitivo a disposizione del giudice, di fonti surrogatorie o sostitutive dell'eventuale carenza di documentazione formale»³⁶. Da questo assunto la stessa giurisprudenza ricava la conseguenza che, dal lato dell'attività investigativa di p.g.³⁷, il divieto di testimonianza opera per le sole dichiarazioni assunte nelle evenienze in cui ricorrono i «presupposti per la verbalizzazione o l'annotazione ai sensi degli artt. 351 e 357 comma 2, lett. a) e b), c.p.p.»³⁸, sulla linea di quanto previsto dall'art. 195 comma 4 c.p.p.

³² Cass., Sez. VI, 9 ottobre 2012, n. 1764, cit. (corsivo aggiunto); Cass., Sez. VI, 16 dicembre 2010, n. 2231, cit., che afferma quanto segue: «è necessario che, a prescindere dall'avvenuta iscrizione nel registro di cui all'art. 335 c.p.p., le dichiarazioni su cui verte la testimonianza “*de auditu*” siano state rese, anche spontaneamente, in occasione del compimento di un atto del procedimento».

³³ Corte cost., 13 maggio 1993, n. 237, in *Corr. giur.*, 1993, n. 11, p. 290, con nota critica di A. GIARDA, *Art. 62 c.p.p. Di passo in passo, come i gamberi*. In senso adesivo nella dottrina v., ad es., di recente, N. TRIGGIANI, *Testimonianza*, cit., p. 163.

³⁴ Cass., Sez. VI, 16 dicembre 2010, n. 2231, cit.; Cass., Sez. I, 22 gennaio 2008, n. 5636, in *C.E.D. Cass.*, 238932.

³⁵ V., in questo senso, ad es., Cass., Sez. II, 19 novembre 2009, n. 46607, cit., in un caso di dichiarazioni rese – nel corso di una telefonata e, quindi, «al di fuori di uno specifico contesto procedimentale di acquisizione» – a un ufficiale di p.g. che, in precedenza, aveva trasmesso una notizia di reato agli organi competenti.

³⁶ Cass., Sez. VI, 9 ottobre 2012, n. 1764, cit., secondo cui «vengono in considerazione, nell'ottica delineata dall'art. 62 c.p.p., le sole dichiarazioni rese dall'imputato o dall'indagato nella sede processuale ed ai soggetti deputati istituzionalmente alla loro raccolta, con conseguente inibizione» dell'impiego processuale delle fonti indicate nel testo (corsivo aggiunto).

³⁷ Va puntualizzato che l'art. 62 c.p.p. si riferisce anche alle dichiarazioni rese dall'indagato o dall'imputato al pubblico ministero e al giudice. Al riguardo cfr., ad es., O. DOMINIONI, *Sub art. 62*, cit., p. 395; R.E. KOSTORIS, *Sub art. 62*, cit., p. 319.

³⁸ V., nel senso che l'art. 62 c.p.p. non opera quando non ricorrono i presupposti indicati nel testo, Cass., Sez. II, 2 dicembre 2008, n. 4439, in *C.E.D. Cass.*, 243274, che afferma quanto segue: «la *ratio* di tale divieto è ravvisabile nell'esigenza di evitare l'introduzione nel dibattimento di dichiarazioni acquisite in un contesto procedimentale non correttamente formalizzato, mentre nel caso di specie le dichiarazioni suddette risultano acquisite al di fuori del procedimento, in un contesto che non prevedeva alcun obbligo di formalizzazione di talchè tali dichiarazioni acquistano il contenuto ed il significato di un fatto storico riferito dal teste». Trattasi, in particolare, di dichiarazioni – con cui l'indagato «ebbe a vantarsi di avere la

Al riguardo, è bensì vero che la regola probatoria bandisce l'uso processuale di fonti spurie di rappresentazione del contributo dichiarativo dell'indagato, imponendo l'uso di strumenti di documentazione «il più possibile “attendibili”»³⁹: anche le dichiarazioni dell'indagato o dell'imputato «esistono nella misura in cui constano dai verbali, essendo richiesta ad substantiam la forma»⁴⁰. Si tratta, infatti, di tutelare il valore della genuinità delle risultanze investigative, sia nel profilo della coincidenza fra quanto dichiarato e quanto documentato nel verbale dell'atto processuale, sia nel profilo della coincidenza fra quanto dichiarato e quanto percepito (dal dichiarante) nella realtà extraprocessuale. Inoltre, rileva l'ulteriore aspetto della tutela della libertà di autodeterminazione del dichiarante⁴¹.

In considerazione di ciò, l'art. 62 c.p.p. garantisce che della dichiarazione dell'indagato o dell'imputato «faccia fede la sola documentazione scritta, da redigersi e da utilizzarsi con le forme ed entro i limiti previsti per le varie fasi del procedimento»⁴² e, parallelamente, preclude che tale dichiarazione sia guadagnata al procedimento a mezzo della testimonianza⁴³, in vista della tutela del diritto di difesa⁴⁴ e del principio del contraddittorio nella formazione della prova⁴⁵. Quindi, la norma esclude che, a fronte di dichiarazioni dell'indagato debitamente assunte a norma dell'art. 350 c.p.p. e verbalizzate a norma dell'art. 357 lett. b) c.p.p., tramite la testimonianza indiretta siano superate le regole probatorie previste dallo stesso art. 350 e dall'art. 503 c.p.p. Ed esclude, altresì, che costituiscano oggetto di testimonianza le dichiarazioni dell'indagato che avrebbero dovuto essere assunte e verbalizzate nelle forme previste per gli atti tipici a ciò finalizzati, cioè, appunto, a norma dell'art. 350 c.p.p.⁴⁶. Su un fronte parallelo il divieto riguarda le dichiarazioni rilasciate durante il compimento di

disponibilità di diverse armi da fuoco, aggiungendo che era in grado di far giungere [...] camion di armi» – «rese solo accidentalmente nei locali della stazione dei carabinieri per essersi [l'indagato] ivi recato al fine di contestare il contenuto di una contravvenzione relativa a violazioni del codice della strada». Tuttavia, non sembra condivisibile il richiamo all'art. 351, invece che all'art. 350 c.p.p.

³⁹ R.E. KOSTORIS, *Sub art. 62*, cit., p. 317.

⁴⁰ F. CORDERO, *Sub art. 62*, in *Codice di procedura penale commentato*, II ediz., Torino, 1992, p. 76.

⁴¹ V., *infra*, par. 4. V. O. DOMINIONI, *Sub art. 62*, in *Commentario*, cit., pp. 395-396, che così ricostruisce i diversi profili di tutela del valore della «genuinità delle risultanze delle indagini» da parte dell'art. 62 c.p.p.: «si tratta di assicurare che il racconto del dichiarante corrisponda realmente a una sua esperienza percettiva, che sia stato fatto volontariamente, che infine sia riferito in modo fedele. Di tutto ciò sono garanzia le condizioni di libertà morale della persona [...], le modalità di assunzione [...] e la documentazione [...]». Cfr. N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, cit., p. 317, nonché, in linea generale, ad es., P. CORSO, *Diritto al silenzio*, cit., p. 184.

⁴² *Rel. Prog. prel.*, in G. CONSO-V. GREVI-G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale*, cit., vol. IV, *Il progetto preliminare del 1988*, 1990, p. 345. In dottrina cfr., ad es., F. CAPRIOLI, *Colloqui riservati e prova penale*, cit., p. 273; G. DI PAOLO, *La testimonianza de relato nel processo penale. Un'indagine comparata*, Trento, 2002, pp. 301-302.

⁴³ V. O. DOMINIONI, *Sub art. 62*, cit., p. 396; R.E. KOSTORIS, *Sub art. 62*, cit., p. 317.

⁴⁴ V., per l'esplicita affermazione giurisprudenziale che la *ratio* dell'art. 62 c.p.p. “è ispirata alla garanzia del diritto di difesa”, ad es., Cass., Sez. II, 10 dicembre 2007, n. 46023, in *C.E.D. Cass.*, 239266.

⁴⁵ V., in giurisprudenza, ad es., Cass., Sez. II, 19 novembre 2009, n. 46607, cit.; Cass., Sez. II, 2 dicembre 2008, n. 4439, cit.

⁴⁶ Cfr. riassuntivamente, ad es., G. DI PAOLO, *La testimonianza de relato*, cit., pp. 304-306.

atti davanti al p.m. (interrogatorio) cui abbiano assistito funzionari di polizia o altri soggetti.

Tutto ciò, peraltro, non comporta che fuoriescano dal raggio d'azione del divieto le dichiarazioni non soggette al dovere di verbalizzazione, in quanto acquisite in un'occasione di natura non processuale⁴⁷. Insomma, altro è dire che l'art. 62 c.p.p. precluda la testimonianza sulle dichiarazioni da assumere e verbalizzare nei modi previsti dalla legge processuale, altro è sostenere che la norma precluda solo la testimonianza su tali dichiarazioni.

Diversamente dall'art. 195 comma 4 c.p.p.⁴⁸, l'art. 62 c.p.p. delinea un generale divieto di testimonianza indiretta sulle informazioni assunte dall'indagato «a prescindere da una posizione funzionale vera e propria»⁴⁹. Trattasi di una sorta di «*hearsay rule* all'italiana»⁵⁰ che, da un lato, non sembra poter comprendere tutte le dichiarazioni che l'indagato abbia reso in pendenza del procedimento, ivi incluse quelle che non presentano una derivazione processuale, in quanto fatte ai privati o, più in generale, ai soggetti non investiti di qualifiche processuali ovvero ai soggetti del procedimento per ragioni extraprocessuali⁵¹; dall'altro, lo schema legale in questione non può neanche essere circoscritto alle sole dichiarazioni rese in occasione di un atto del procedimento. Al contrario, la ragion d'essere dell'art. 62 c.p.p. si apprezza proprio al di fuori di questi casi, con particolare riferimento a «quelle ipotesi in cui il dialogo tra autorità e indagato non si svolge in modo trasparente, “alla luce del sole”, poiché l'indagato non sa nemmeno di essere in presenza dell'autorità procedente e quindi non può liberamente decidere come agire»⁵²; oppure a quelle ipotesi in cui il dichiarante non sa di essere indiziato (ipotesi nella prassi non così infrequente come si potrebbe immaginare).

A ben vedere, l'art. 62 c.p.p. concerne le dichiarazioni “*comunque* rese nel corso del procedimento”⁵³, cioè quale che sia il tipo (dichiarazioni spontanee o provocate⁵⁴;

⁴⁷ V., invece, ad es., Cass., Sez. VI, 9 ottobre 2012, n. 1764, cit., che ricava dalla premessa secondo cui l'art. 62 c.p.p. opera per le sole dichiarazioni rese dall'indagato o dall'imputato nella sede processuale e ai soggetti deputati istituzionalmente alla loro raccolta, la conclusione che la norma inibisce l'«ingresso, nel materiale cognitivo a disposizione del giudice, di fonti surrogatorie o sostitutive dell'eventuale carenza di documentazione formale».

⁴⁸ V., per la tesi secondo cui l'art. 62 c.p.p. non costituisce una regola simmetrica all'art. 195 comma 4 c.p.p., L. MARAFIOTI, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, cit., p. 387.

⁴⁹ A. GIARDA, *Art. 62 c.p.p. Di passo in passo, come i gamberi*, in *Corr. giur.*, 1993, p. 1294.

⁵⁰ L. MARAFIOTI, *Scelte autodifensive*, cit., p. 386.

⁵¹ V., invece, L. MARAFIOTI, *Scelte autodifensive*, cit., p. 394, che afferma quanto segue: «l'art. 62 c.p.p. vieta ogni *relata refero* delle dichiarazioni *comunque* rese dall'indagato in pendenza di procedimento e non solo nel corso di un atto tipizzato». Su questa posizione interpretativa cfr. i rilievi critici di F. CAPRIOLI, *Palingenesi di un divieto probatorio*, cit., pp. 80-81 e nt. 79.

⁵² Così, ad es., G. DI PAOLO, *La testimonianza de relato*, cit., p. 306.

⁵³ Per la sottolineatura dell'espressione “*comunque*” v., ad es., da diverse prospettive, O. DOMINIONI, *Sub art. 62*, cit., p. 396; R.E. KOSTORIS, *Sub art. 62*, cit., p. 319; N. TRIGGIANI, *Divieto di testimonianza sulle dichiarazioni dell'imputato (o dell'«indagato»)*, cit., p. 670; L. MARAFIOTI, *Scelte autodifensive*, cit., p. 386; F. CAPRIOLI, *Palingenesi di un divieto probatorio*, cit., p. 81; G. DI PAOLO, *La testimonianza de relato*, cit., p. 301. In giurisprudenza v., ad es., Cass., Sez. II, 19 dicembre 2005, n. 1863, cit.

scritte o orali⁵⁵) e il contesto genetico, fermo restando il collegamento con il procedimento. Inoltre, la norma ha una portata applicativa più estesa di quella dell'art. 63 c.p.p., dal momento che il divieto di testimonianza vale anche per i dialoghi che non sono tenuti "davanti" agli organi inquirenti o al giudice. Appare una svalutazione dei dati normativi l'equiparazione, proposta dalla giurisprudenza consolidata, fra art. 62 e art. 63 c.p.p., sotto il profilo dei presupposti applicativi delle garanzie previste dalle due norme⁵⁶.

La formula impiegata dall'art. 62 c.p.p. comprende tutte le situazioni in cui l'indagato o l'imputato abbia reso dichiarazioni che siano «in un qualche rapporto» con il procedimento⁵⁷, senza necessità d'individuare un rapporto qualificato con uno specifico atto processuale⁵⁸: deve trattarsi di dichiarazioni rese a un soggetto del procedimento, non necessariamente in occasione di un atto processuale. Va inoltre considerato il diverso modo di formulazione dell'art. 62 c.p.p., rispetto all'art. 195 comma 4 c.p.p., sotto due profili distinti.

In primo luogo, quest'ultima disposizione ha ad oggetto il "contenuto delle dichiarazioni *acquisite* da testimoni", il che sta a sottolineare lo scenario in cui è necessario che il funzionario di p.g. abbia percepito le informazioni affinché operi il divieto probatorio in oggetto. Con una suggestiva espressione dalle ascendenze carneluttiane⁵⁹, si è parlato in dottrina⁶⁰ di «rappresentazione processuale di una rappresentazione processuale», per escludere che la disciplina sulla testimonianza indiretta della p.g. riguardi i casi in cui, invece, avviene la «rappresentazione processuale di una rappresentazione extraprocessuale».

Nello specifico, la testimonianza *ex* art. 195 comma 4 c.p.p. è esclusa fintantoché si tratti di dichiarazioni assunte «nel procedimento, e non in un contesto

⁵⁴ Cfr., ad es., O. DOMINIONI, *Sub art. 62*, cit., p. 396; R.E. KOSTORIS, *Sub art. 62*, cit., 319; G.P. VOENA, *Soggetti*, cit., p. 101.

⁵⁵ Cfr., ad es., O. DOMINIONI, *Sub art. 62*, cit., p. 396.

⁵⁶ V., per la tesi secondo la quale i divieti di cui agli artt. 62, 63 e 195 c.p.p. sono applicabili alle dichiarazioni rese ai sensi degli artt. 350 o 351 c.p.p., di recente, Cass., Sez. VI, 16 dicembre 2010, n. 2231, cit., a detta della quale il divieto di cui all'art. 62 c.p.p. «si applica solo con riferimento alle dichiarazioni rese dall'imputato o dall'indagato all'interno del procedimento e, dunque, alla autorità giudiziaria, alla polizia giudiziaria o al difensore nell'ambito della attività investigativa difensiva». V., nello stesso senso, in precedenza, ad es., Cass., Sez. II, 19 novembre 2009, n. 46607, cit.; Cass., Sez. VI, 19 giugno 2007, n. 35809, in *C.E.D. Cass.*, 237423.

⁵⁷ O. DOMINIONI, *Sub art. 62*, cit., p. 397.

⁵⁸ V., invece, nel senso che l'art. 62 c.p.p. «opera solo in relazione alle dichiarazioni rese nel corso del procedimento, per esse intendendosi dichiarazioni munite di un *collegamento funzionale con un atto del procedimento*», Cass., Sez. II, 19 novembre 2009, n. 46607, cit. (corsivo aggiunto). Negli stessi termini v., ad es., fra le pronunce più recenti, Cass., Sez. II, 2 dicembre 2008, n. 4439, in *C.E.D. Cass.*, 243274; Cass., Sez. VI, 19 giugno 2007, n. 35809, in *C.E.D. Cass.*, 237423; Cass., Sez. VI, 9 dicembre 2003, n. 6085, in *C.E.D. Cass.*, 227599. V., in senso critico, ad es., L. MARAFIOTI, *Scelte autodifensive*, cit., pp. 387-388.

⁵⁹ V. F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, vol. I, Roma, 1946, p. 218, che, come è noto, parlava di «testimonianza della testimonianza», a proposito della testimonianza indiretta.

⁶⁰ G. GIOSTRA, *Equivoci sulla testimonianza indiretta della polizia giudiziaria e sacrificio del principio di oralità*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, p. 1131, con considerazioni sempre attuali.

extraprocessuale»⁶¹, vale a dire a condizione che le dichiarazioni siano acquisite «in un dialogo tra teste e ufficiale o agente di polizia giudiziaria, ciascuno nella propria qualità»⁶² o, almeno, laddove il funzionario di p.g. avrebbe dovuto formalizzare il colloquio con il testimone, compiendo gli atti investigativi previsti dalla legge a tal fine e verbalizzando le dichiarazioni⁶³. Dunque, un contesto applicativo più ristretto di quello sotteso all'art. 62 c.p.p.

In secondo luogo, non opera in questa disposizione alcuna clausola, per così dire, “di salvaguardia” sul tipo di quella riferita agli “altri casi” ex art. 195 comma 4, secondo periodo, c.p.p. Ciò significa che non vi è la possibilità di deporre sulle dichiarazioni assunte dall'indiziato nei contesti processuali in cui parte della dottrina ritiene ammissibile la testimonianza del funzionario di polizia sulle informazioni acquisite dal testimone, con particolare riferimento agli atti investigativi non tipicamente preordinati ad assumere dichiarazioni, come accade, ad esempio, per le perquisizioni e i sequestri⁶⁴. E nemmeno nei contesti extraprocessuali che presentano un collegamento con il corso del procedimento, come accade, ad esempio, per le operazioni sotto copertura compiute a norma dell'art. 9 l. n. 146/2006⁶⁵.

L'art. 62 c.p.p. riguarda le dichiarazioni extraprocessuali che si collocano solo formalmente, *non sostanzialmente*, «al di fuori di un contesto di ricerca investigativa preordinato alla [loro] acquisizione»⁶⁶; ma riguarda anche le dichiarazioni che, pur collocandosi in ambiti *formalmente e sostanzialmente* non allestiti con l'obiettivo anzidetto, sono collegati al procedimento penale. Il caso tipico è quello delle operazioni sotto copertura compiute legittimamente⁶⁷. Ciò sta a dire che sono *incluse* dall'ambito del divieto previsto da questa norma tutte le dichiarazioni che non sarebbero state pronunciate, per una ragione o per l'altra, se non ci fosse stato il “corso

⁶¹ Così, G. GIOSTRA, *Equivoci sulla testimonianza indiretta*, cit., p. 1132 nt. 5. V. anche, ad es., in seguito, F. CAPRIOLI, *Palingenesi di un divieto probatorio*, cit., pp. 63-64.

⁶² P. FERRUA, *Anamorfosi del processo accusatorio*, in *Studi sul processo penale*, vol. II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino, 1992, p. 159. In senso adesivo v., ad es., più di recente, M. MENNA, *Prove dichiarative*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. SPANGHER, vol. II, tomo I, *Le prove*, a cura di A. SCALFATI, Torino, 2009, p. 142.

⁶³ V., *supra*, par. 1.

⁶⁴ V., ad es., G. ILLUMINATI, *Inammissibile la testimonianza della polizia giudiziaria sul contenuto di dichiarazioni non verbalizzate*, cit., p. 602, che richiama anche il caso particolare dei pedinamenti. V., *infra*, par. 4.

⁶⁵ Cfr., ad es., G. ILLUMINATI, *Inammissibile la testimonianza della polizia giudiziaria*, cit., p. 602; nonché, in precedenza, F. CAPRIOLI, *Palingenesi di un divieto probatorio*, cit., p. 79, il quale ricorda come «in entrambe le fattispecie occorre, peraltro, che la deformalizzazione del contesto nel quale le dichiarazioni dell'imputato o del testimone vengono percepite dal funzionario di polizia non costituisca un mero espediente investigativo per assicurare al processo – attraverso la testimonianza dell'ascoltatore – contributi informativi che non sarebbe stato possibile ottenere ricorrendo alle forme ortodosse di sondaggio della conoscenza del dichiarante» (*ivi*, p. 80).

⁶⁶ Così, con riferimento all'art. 195 comma 4 c.p.p., F. CAPRIOLI, *Palingenesi di un divieto probatorio*, cit., p. 80.

⁶⁷ V., però, *infra*, nt. 80.

del procedimento”⁶⁸ e, specularmente, che vi sono *escluse* solo quelle che sarebbero state pronunciate anche in assenza del procedimento.

Ne discende che il divieto di testimonianza opera se vi sia la condizione oggettiva della dichiarazione avvenuta in occasione di uno specifico atto del procedimento, anche se non tipicamente finalizzato ad assumere dichiarazioni dell’indagato e dell’imputato⁶⁹, *oppure* vi sia la condizione soggettiva della dichiarazione resa a un soggetto qualificato al di fuori di un atto del procedimento, ma in ragione del procedimento⁷⁰: non è necessario che entrambe le condizioni sussistano *congiuntamente*. Basta l’esistenza di una di esse per ravvisare un rapporto di causalità fra le dichiarazioni e il procedimento. Si tenga presente che l’indagato potrebbe aver reso dichiarazioni su un tema rilevante a un soggetto non qualificato, senza sapere dell’instaurazione di un procedimento (e senza poterne essere condizionato); d’altra parte, le dichiarazioni di cui trattasi potrebbero essere state fatte a un soggetto qualificato casualmente, cioè a prescindere dal compimento di attività processuale da parte del medesimo soggetto. Come si vede, per applicare il divieto *ex art. 62 c.p.p.* non è sufficiente che le dichiarazioni dell’indiziato siano rese a un soggetto investito di una qualifica processuale.

4. Tipologia delle dichiarazioni rese dall’indiziato ai soggetti del procedimento

Conviene distinguere fra diversi tipi di dichiarazioni dell’indiziato, a seconda dell’occasione in cui siano rese ai soggetti del procedimento. Una prima situazione d’interesse ai presenti fini si ha quando l’indiziato renda dichiarazioni in occasione di un atto finalizzato a assumere dichiarazioni da chi non è indagato, compiuto durante un procedimento a carico di altro individuo ovvero *in incertam personam*. Si noti come a questa situazione sia riconducibile non solo l’ipotesi dell’indiziato che non costituisca ancora il bersaglio di un’indagine⁷¹, ma anche quella in cui il dichiarante non sia raggiunto da indizi di reato e, tuttavia, costituisca il bersaglio di fatto di uno specifico atto d’indagine.

⁶⁸ Sia consentito richiamare, sul punto, uno scritto in corso di pubblicazione in *Foro ambr.*, 2012, dal titolo *Testimonianza dell’agente provocatore e dichiarazioni dell’indagato*, par. 6.

⁶⁹ V., *infra*, par. 4.

⁷⁰ O. DOMINIONI, *Sub art. 62*, cit., p. 397. V. l’impostazione più restrittiva di L. MARAFIOTI, *Scelte autodifensive*, cit., p. 392, secondo il quale «la riduzione dell’ambito applicativo della previsione contenuta nell’art. 62 c.p.p. ai soli destinatari istituzionali delle dichiarazioni rappresenta il primo decisivo passo di ulteriore svuotamento del diritto al silenzio».

⁷¹ V., per l’inquadramento di questa situazione, F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 236: «Supponiamo che il pubblico ministero stia indagando su N: affiorati indizi a suo carico, P acquisisce “i diritti e le garanzie dell’imputato”, sebbene non sia ancora il bersaglio d’una indagine». Detto altrimenti, l’insorgenza di elementi a carico, di qualsivoglia natura, è quanto basta per escludere la possibilità di assumere dichiarazioni senza riconoscere lo *status* di indagato. V., al riguardo, ad es., L. MARAFIOTI, *Scelte autodifensive dell’indagato e alternative al silenzio*, cit., p. 216: «La conservazione della qualità di testimone è, infatti, ammissibile e processualmente corretta solo se ed in quanto non siano ancora emersi, nel momento della presentazione, elementi a carico».

Anche questo secondo caso è da ritenersi tipico con riferimento sia all'art. 62 c.p.p. che all'art. 63 c.p.p., dal momento che la p.g. non può procedere ad assumere informazioni da tale soggetto, da considerarsi già titolare delle garanzie dell'indagato⁷², al di fuori dello schema legale previsto dall'art. 350 c.p.p. La violazione di questa norma determina la comminatoria d'inutilizzabilità *ex art. 63 comma 2 c.p.p.* delle dichiarazioni assunte in altro modo, ferma restando l'applicazione del divieto testimoniale *ex art. 62 c.p.p.* Sotto questo profilo, viene in rilievo la *ratio* di tutela anticipata del diritto al silenzio, comune agli artt. 62 e 63 comma 2 c.p.p.⁷³, nel senso di precludere sia l'utilizzo dei verbali delle dichiarazioni della persona che avrebbe dovuto essere ascoltata come indagato, anziché come persona informata sui fatti, sia la testimonianza sul contenuto di tali dichiarazioni.

Del tutto assimilabile il caso delle dichiarazioni rese dall'indiziato a un soggetto investito di una qualifica processuale, in occasione di un atto del procedimento non tipicamente finalizzato ad acquisire informazioni⁷⁴. Si pensi all'ipotesi in cui, durante una perquisizione locale compiuta in occasione dell'arresto in flagranza di un certo individuo, l'ufficiale di polizia giudiziaria esecutore dell'atto raccolga spontanee dichiarazioni da un altro individuo presente sul posto, il quale sia già raggiunto da indizi di reato *aliunde*. Tali dichiarazioni non sono riconducibili alla previsione dell'art. 350 comma 7 c.p.p.: questa norma riguarda le dichiarazioni spontanee rese dalla persona alla quale la qualifica di indagato sia già attribuita e riconosciuta dagli organi inquirenti⁷⁵ e, quindi, non concerne le dichiarazioni di chi entri in contatto con l'autorità di p.g. senza che gli siano riconosciute la veste d'indagato e le garanzie correlate. Le dichiarazioni sono inutilizzabili *ex art. 63 comma 2 c.p.p.* e non possono costituire oggetto di testimonianza a norma dell'art. 62 c.p.p.⁷⁶.

⁷² Infatti, è da ricondursi alla qualifica di indagato «anche la persona nei cui confronti, pur non sussistendo ancora elementi di reità, è disposto un determinato atto di indagine su un'ipotesi la cui verifica farebbe acquisire circostanze indizianti»: O. DOMINIONI, *Sub art. 61*, cit., pp. 391-392.

⁷³ V., su questa funzione degli artt. 62 e 63 c.p.p., ad es., L. MARAFIOTI, *Scelte autodifensive*, cit., p. 121.V., *supra*, par. 2.

⁷⁴ V., nel senso che l'art. 62 c.p.p. opera, oltretutto per le dichiarazioni rese in un atto finalizzato a assumere dichiarazioni dell'indagato e dell'imputato, anche per le dichiarazioni rese «in occasione di un qualsiasi altro atto del procedimento», ad es., O. DOMINIONI, *Sub art. 62*, cit., p. 397. Nello stesso senso, Corte cost., 13 maggio 1993, n. 237, cit.

⁷⁵ V., sul punto, ad es., O. DOMINIONI, *Sub art. 63*, in *Commentario*, cit., p. 399.

⁷⁶ Dal canto suo, la giurisprudenza ha ritenuto applicabile l'art. 62 c.p.p. «qualora nel corso di una perquisizione, unitamente alla sostanza stupefacente ricercata si rinveniva una somma di denaro, di cui l'interessato giustifica il possesso confessandone la provenienza dalla vendita abusiva di marche da bollo di cui si trovava in possesso per ragioni del proprio pubblico ufficio». V. Cass., Sez. VI, 19 giugno 2007, n. 35809, in *C.E.D. Cass.*, 237423, secondo la quale «tale dichiarazione, acquisita dagli inquirenti quando le indagini preliminari erano già iniziate con la perquisizione e il sequestro della sostanza stupefacente e della somma di denaro predetta, senza le formalità prescritte dall'art. 63 c.p.p. non è suscettibile di utilizzazione nel procedimento di peculato consumato e aggravato conseguentemente iniziato a suo carico. Né secondo la disposizione dell'art. 62 c.p.p. la dichiarazione stessa, resa dalla persona sottoposta alle indagini in quanto assoggettata a perquisizione e sequestro, può formare oggetto di testimonianza. Infatti, l'indispensabile connessione con il procedimento, richiesta dalla norma citata, è costituita dal fatto

Una situazione diversa si ha, invece, quando l'indiziato renda dichiarazioni a un soggetto qualificato non in occasione di un atto del procedimento. Può trattarsi di dichiarazioni rese per ragioni connesse a un procedimento vertente sul fatto reato di cui il dichiarante è indiziato, come accade per le dichiarazioni rese al c.d. agente provocatore⁷⁷. Si pensi al caso delle dichiarazioni del venditore di sostanze stupefacenti percepite dall'agente di polizia giudiziaria che funge da simulato acquirente, dichiarazioni che, come si è giustamente osservato in giurisprudenza, «devono ritenersi collocate all'interno del procedimento, poiché il venditore deve considerarsi di fatto indagato non appena si stabilisce il contatto con l'apparente acquirente»⁷⁸. Tutto vero, anche se altro è prospettare una collocazione endoprocessuale delle dichiarazioni rese dall'indagato, di modo da rendere operante la garanzia dell'art. 62 c.p.p., altro è definire la natura delle operazioni sotto copertura attraverso le quali l'agente provocatore entra in contatto con un soggetto stimolandone le dichiarazioni. Non pare azzardato sostenere che la qualificazione extraprocessuale di tali dichiarazioni non consenta di escludere l'applicazione dell'art. 62 c.p.p.⁷⁹.

Va infatti osservato che tali dichiarazioni recano comunque un rapporto qualificato con il procedimento. In quanto provocate⁸⁰, o comunque ricevute

che la dichiarazione è stata resa necessaria dalla necessità di giustificare il possesso del denaro altrimenti che come provento della vendita o della cessione della sostanza stupefacente sequestrata».

⁷⁷ V., in materia, fra i contributi più recenti, N. VENTURA, *Le investigazioni under cover della polizia giudiziaria*, Bari, 2008, pp. 89 e ss.; R. PUGLISI, *Operazioni sotto copertura tra diritto al silenzio e principio di non dispersione della prova*, in *Cass. pen.*, 2009, pp. 2963 e ss.; A. SCAGLIONE, *Le attività investigative speciali della polizia giudiziaria previste dalla legge 16 marzo 2006, n. 146*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, a cura di P. CORSO e F. PERONI, Piacenza, 2010, pp. 760 e ss.; G. BARROCU, *Le indagini sotto copertura*, Napoli, 2011, pp. 134 e ss.; G. BORRELLI, *Processo penale e criminalità organizzata*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. SPANGHER, vol. VII, *Modelli differenziati di accertamento*, t. I, a cura di G. GARUTI, Torino, 2011, p. 323; G. BELLANTONI, *Attività investigative sotto copertura, omissione o ritardo di atti di indagine e di libertà e operazioni controllate*, cap. V, in corso di pubblicazione; M. BONTEMPELLI, *Testimonianza dell'agente provocatore e dichiarazioni dell'indagato*, cit., anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici cit., *ivi*, nt. 3; L. FADALTI, *La testimonianza penale*, Milano, 2012, pp. 176 e ss.; F. ZACCHÈ, [Operazione antidroga condotta dalla polizia municipale: riflessioni in punto di utilizzabilità della prova](#), in *questa Rivista*, 11 febbraio 2013; ID., *Operazioni antidroga "sotto copertura" condotte dalla polizia municipale*, in *Cass. pen.*, 2013, pp. 3568 e ss. Per ulteriori recenti spunti in chiave penale sostanziale, v. A. VALLINI, [Agente infiltrato, agente provocatore e utilizzabilità delle prove: spunti dalla giurisprudenza della Corte EDU](#), in *questa Rivista*, 31 maggio 2011.

⁷⁸ Così, ad es., di recente, *Cass.*, Sez. IV, 11 giugno 2009, n. 41799, in *C.E.D. Cass.*, 245445.

⁷⁹ Per un tentativo d'inquadramento del problema, piuttosto complesso e non affrontabile in questa sede, si rinvia allo scritto in corso di pubblicazione, già cit., *Testimonianza dell'agente provocatore e dichiarazioni dell'indagato*, par. 5.

⁸⁰ Inquadra «la peculiarità della situazione avuta presente dal legislatore» nell'art. 195 comma 4 c.p.p. richiamando il «fatto che le dichiarazioni medesime sono *provocate* dallo stesso testimone indiretto, nella sua veste di soggetto istituzionalmente preposto a ricercarle e ad assumerle», G. GIOSTRA, *Equivoci sulla testimonianza indiretta della polizia giudiziaria*, cit., p. 1132 (corsivo aggiunto), che così prosegue: «L'agente o ufficiale di polizia giudiziaria che acquisisce dichiarazioni non si trova, come il privato cittadino, ad essere mero destinatario o testimone di espressioni verbali da altri spontaneamente proferite, ma le richiede nell'esercizio di un potere» (*ivi*, pp. 1132-1133). La situazione prefigurata dall'A. è evidentemente diversa da quella dell'agente provocatore, anche se non viene meno, in questa ipotesi, l'aspetto della *provocazione* delle dichiarazioni.

dall'agente, esse non sarebbero state rese, se non vi fosse stato il procedimento (si può però ipotizzare il caso in cui le dichiarazioni stesse siano la causa del procedimento). L'agente provocatore può deporre sui comportamenti dell'indiziato, ma la testimonianza *de auditu* non può avere ad oggetto le dichiarazioni che la p.g. ha percepito tramite le operazioni "sotto copertura" interagendo con l'indiziato⁸¹. Invece, fuoriesce dal divieto il contenuto dei colloqui intrattenuti dall'indagato con un terzo e percepiti dall'agente provocatore più o meno casualmente, non trattandosi di dichiarazioni rese a un soggetto del procedimento e per ragioni connesse al procedimento (ci sarebbero state anche senza il "corso del procedimento"). Il caso presenta punti di contatto con quello dell'agente di p.g. che, impegnato in un pedinamento o di un appostamento, percepisce occultamente un colloquio fra l'indagato e un terzo⁸².

Oppure può trattarsi di dichiarazioni dell'indiziato a soggetti investiti di una qualifica processuale, senza che vi sia una ragione connessa all'esistenza del procedimento. Questa situazione presenta punti di contatto con i casi di colloquio con soggetti terzi e sembra estranea alla *ratio* del divieto testimoniale previsto dall'art. 62 c.p.p.

⁸¹ In senso contrario si esprime la giurisprudenza dominante. V., ad es., Cass., Sez. IV, 11 giugno 2009, n. 41799, cit., che esclude l'applicazione dell'art. 62 c.p.p. sul rilievo che «tale divieto concerne soltanto le dichiarazioni rappresentative di precedenti fatti e non anche le condotte e le dichiarazioni che accompagnano tali condotte, chiarendone il significato, ovvero le dichiarazioni programmatiche di future condotte». Inoltre, secondo la stessa giurisprudenza, in questa situazione «non può trovare neanche applicazione il limite di utilizzabilità previsto dal secondo comma dell'art. 63 c.p.p. poiché non si tratta di dichiarazioni rese nel corso di un esame o di assunzione di informazioni in senso proprio e tali dichiarazioni non costituiscono la rappresentazione di eventi già accaduti o la descrizione di una precedente condotta delittuosa, ma inserendosi invece in un contesto commissivo, realizzando con esse la stessa condotta materiale del reato»: Cass., Sez. IV, 11 giugno 2009, n. 41799, cit. Al riguardo, l'impossibilità di applicare l'art. 63 c.p.p. non esclude che debba applicarsi l'art. 62 c.p.p., avendo le due norme ambiti operativi diversi (sul punto v., *supra*, par. 3). Peraltro, va ricordato come, secondo un'impostazione giurisprudenziale accreditata, «la vendita di sostanze stupefacenti si colloca fuori dalle attività scriminate dalla causa di non punibilità prevista dall'art. 97 d.P.R. n. 309/1990», con la conseguenza che, in questo caso, «non vi è ragione di deroga al divieto di testimonianza sulle dichiarazioni rese da persona sottoposta ad indagini, previsto dall'art. 62 c.p.p.; e che, anzi, il predetto, avendo determinato con il suo comportamento fatti penalmente rilevanti, assume la figura di coimputato in procedimento connesso o collegato, di modo che alle sue dichiarazioni si applica la disciplina di cui agli artt. 192 e 210 c.p.p.». Così, Cass., Sez. VI, 11 febbraio 2009, n. 12142, in *C.E.D. Cass.*, 242935. Quindi, secondo la giurisprudenza, anche ai fini dell'applicazione dell'art. 62 c.p.p. occorrerebbe distinguere fra dichiarazioni rese dall'indagato all'"agente provocatore" che agisce al di fuori dei presupposti di svolgimento delle operazioni sotto copertura e dichiarazioni rese all'"agente infiltrato" che compie atti sotto copertura secondo le previsioni legali (v. ora l'art. 9 l. n. 146/2006). Per una critica di questo indirizzo interpretativo v., anche per ulteriori riferimenti, *Testimonianza dell'agente provocatore e dichiarazioni dell'indagato*, cit.

⁸² Cfr. F. CAPRIOLI, *Colloqui riservati e prova penale*, cit., p. 149, il quale ritiene ammissibile la testimonianza indiretta su quanto percepito dall'indagato. V., però, la diversa impostazione di L. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, Milano, 1997, pp. 6 e ss.

5. Condizioni e limiti della testimonianza sulle dichiarazioni dell'indiziato

Premesso che l'art. 62 c.p.p. non opera per le dichiarazioni rese a soggetti non investiti di una qualifica processuale⁸³, occorre precisare, inoltre, che i soggetti qualificati possono deporre sulle dichiarazioni rese dall'indiziato in situazioni non determinate dal sorgere (o dallo sviluppo) del procedimento: cioè quando le dichiarazioni dell'indiziato sono apprese casualmente. L'ipotesi non va confusa con quella, poco sopra esaminata, in cui i soggetti qualificati, pur operando o avendo operato nel procedimento, non entrano direttamente in contatto con l'indiziato, ma percepiscono quanto da lui dichiarato a un estraneo⁸⁴.

Si consideri, invece, il caso dell'ufficiale o agente di polizia giudiziaria che intrattenga un colloquio con una persona, senza sapere dell'esistenza non solo di indizi a suo carico, ma anche di un procedimento⁸⁵. Al riguardo, bisogna considerare che l'art. 62 c.p.p. ha la funzione di garantire all'indagato e all'imputato il diritto di scegliere in autonomia se e in quale momento rendere dichiarazioni nel corso del procedimento, non in ogni occasione di contatto con i soggetti del procedimento⁸⁶. La norma garantisce la libertà morale dell'indagato, e quindi dell'indiziato, nelle situazioni in cui la ragione del contatto con i suddetti soggetti qualificati sia da ricondurre al sorgere o allo sviluppo del procedimento. Senza possibilità di estendere il divieto agli altri casi in cui l'indagato renda dichiarazioni sull'oggetto del procedimento, casi in cui è ammissibile la testimonianza indiretta, anche della polizia giudiziaria.

Da un'altra prospettiva, l'oggetto del procedimento influisce sulla portata operativa del divieto di testimonianza. Si è affermato, in giurisprudenza, in relazione

⁸³ V., in tal senso, in giurisprudenza, ad es., Cass., Sez. II, 13 marzo 2009, n. 17437, in *C.E.D. Cass.*, 244347; Cass., Sez. V, 31 maggio 2007, n. 32906, in *C.E.D. Cass.*, 237117; Cass., Sez. I, 22 gennaio 2008, n. 5636, cit. (con riferimento alla "confessione stragiudiziale" resa al compagno di cella); v. anche Cass., Sez. I, 26 febbraio 2004, n. 25096, in *C.E.D. Cass.*, 228642; v. anche Cass., Sez. I, 26 febbraio 2004, n. 25096, in *C.E.D. Cass.*, 228642; Cass., Sez. VI, 15 dicembre 2003, n. 14239, in *C.E.D. Cass.*, 231456. In dottrina, F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 246; O. DOMINIONI, *Sub art. 62*, cit., p. 397. In senso diverso, L. MARAFIOTI, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, cit., p. 392.

⁸⁴ V., con riferimento alla percezione casuale, da parte di un carabiniere, di una conversazione di due imputati in stato di fermo che avevano concordato tra loro una deposizione difensiva dalla quale emergeva l'intento di nascondere fatti criminosi commessi, Cass., Sez. IV, 16 febbraio 2006, n. 12904, in *C.E.D. Cass.*, 233723, che afferma quanto segue: «Il divieto di testimonianza sulle dichiarazioni rese dall'imputato nel corso del procedimento non riguarda il contenuto di dialoghi intervenuti tra persone sottoposte alle indagini e percepiti da agenti di polizia giudiziaria presenti per finalità diverse dall'accertamento dei fatti, in quanto si tratta di dichiarazioni raccolte per ragioni estranee al procedimento e non rappresentative di fatti antecedenti». Il punto non è come le dichiarazioni siano state raccolte, ma come l'indagato le abbia "rese".

⁸⁵ V., in giurisprudenza, il caso non inquadrabile nello schema del testo, affrontato da Cass., Sez. II, 19 novembre 2009, n. 46607, cit., che esclude l'applicabilità dell'art. 62 c.p.p. alla deposizione «sul contenuto di dialoghi tra indagati percepiti da agenti di polizia giudiziaria presenti per finalità diverse dall'accertamento dei fatti, in quanto si tratta di dichiarazioni raccolte per ragioni estranee al procedimento e non rappresentative di fatti antecedenti».

⁸⁶ O. DOMINIONI, *Sub art. 62*, cit., p. 395; G. DI PAOLO, *La testimonianza de relato nel processo penale*, cit., p. 303.

all'art. 63 comma 2 c.p.p., che «l'inutilizzabilità dibattimentale delle dichiarazioni rese dall'indagato alla polizia giudiziaria è correlata alla imputazione per cui il procedimento è sorto. Ne consegue che sono utilizzabili nel procedimento per calunnia – non potendo venire in rilievo il divieto di documentazione di cui ai commi 5 e 6 dell'art. 350 c.p.p. o il divieto di testimonianza di cui all'art. 62 c.p.p. – le dichiarazioni spontanee [...] rese dall'indagato alla polizia giudiziaria *su fatti non inerenti all'oggetto dell'indagine già avviata*»⁸⁷. Queste argomentazioni rinviano a due problemi distinti. In primo luogo, a quello delle dichiarazioni integranti fattispecie di reato⁸⁸. C'è poi il problema di capire se l'oggetto della dichiarazione resa al funzionario di polizia concorra a definire l'oggetto del divieto testimoniale di cui all'art. 62 c.p.p.

Con riguardo al primo aspetto, il divieto testimoniale non opera nei casi in cui, come accade per le dichiarazioni costituenti di per sé reato, non rileva dimostrare l'oggetto della dichiarazione percepita dal testimone indiretto, ma la dichiarazione stessa in quanto fatto giuridico (anziché in quanto rappresentazione di un fatto). Non si applica qui il divieto testimoniale perché la prova della dichiarazione dell'indiziato è acquisita tramite la testimonianza diretta, non già tramite la testimonianza indiretta⁸⁹.

E così si può dire, ad esempio, che la deposizione testimoniale del funzionario di p.g. serve a fornire la prova della esistenza del fatto (dichiarazione) integrante la calunnia, non già la prova della verità di quanto affermato dal calunniatore. In generale, sembra esatto affermare che le dichiarazioni dell'indiziato possono costituire oggetto di testimonianza, a *condizione* che non rilevino per guadagnare al processo la dimostrazione della fondatezza di quanto detto dall'indiziato. In tal caso, sembra altresì esatto sostenere, con la giurisprudenza, che le dichiarazioni dell'indiziato, costituenti oggetto di testimonianza da parte dell'ufficiale o agente di p.g., riguardino

⁸⁷ Cass., Sez. VI, 8 maggio 2009, n. 22456, in *C.E.D. Cass.*, 243846 (corsivi aggiunti). V., nello stesso senso, ad es., Cass., Sez. VI, 15 febbraio 2005, n. 10089, in *C.E.D. Cass.*, 231838, con riferimento alla sfera operativa dell'art. 350 comma 7 c.p.p. Sulla premessa che «il principio di garanzia che sta alla base di questa disciplina non può però trovare applicazione quando le spontanee dichiarazioni rese in assenza del difensore riguardino fatti penalmente rilevanti che non ineriscono all'addebito per il quale sono in corso le indagini», in questa pronuncia la Suprema Corte afferma che «il delitto di simulazione di reato può essere posto in essere “mediante” dichiarazioni spontanee rese da due soggetti che affermano falsamente che è rinvenuto il furto di una autovettura». V. anche Cass., Sez. VI, 18 gennaio 2005, n. 7995, in *C.E.D. Cass.*, 231308, secondo cui il divieto previsto dall'art. 62 c.p.p. «si riferisce evidentemente a soggetti che hanno, o avrebbero dovuto avere, la qualità di imputato e di indagato, cioè di persona su cui siano emersi indizi di reità. Non può riferirsi a dichiarazioni rese da una persona informata sui fatti (testimone o parte offesa), in sede di denuncia o di sommarie informazioni, dichiarazioni costituenti esse stesse delitto di calunnia o simulazione di reato o favoreggiamento personale»; Cass., Sez. VI, 12 febbraio 2004, n. 15483, in *C.E.D. Cass.*, 229342.

⁸⁸ Al riguardo v., ad es., F. CAPRIOLI, *Colloqui riservati e prova penale*, cit., p. 253; R. CASIRAGHI, *La prova dichiarativa*, cit., p. 363; P. TONINI e C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2012, p. 202; N. TRIGGIANI, *Testimonianza*, cit., p. 173. V., con riferimento alle dichiarazioni rese all'agente provocatore, ad es., da diverse prospettive, N. APA, *Note in tema di testimonianza dell'agente provocatore*, in *Giur. it.*, 1999, p. 140; R. PUGLISI, *Operazioni sotto copertura tra diritto al silenzio e principio di non dispersione della prova*, cit., p. 2968; G. BARROCU, *Le indagini sotto copertura*, cit., pp. 142-143.

⁸⁹ Cfr., in linea generale, F. CAPRIOLI, *Colloqui riservati*, cit., p. 256; G. DI PAOLO, *La testimonianza de relato nel processo penale*, cit., p. 29.

«fatti non inerenti all’oggetto dell’indagine già avviata»⁹⁰. Tuttavia, quest’affermazione richiede di essere precisata, da due direzioni convergenti. Innanzitutto, in considerazione della “fluidità” tipica del fatto oggetto di ricostruzione nella fase investigativa.

Tenuto conto che il fatto nelle indagini preliminari è “sostituibile” entro limiti più ampi di quelli operanti nel processo, di modo che gli sviluppi investigativi possono originare anche «un fatto “altro” rispetto a quello originariamente ipotizzato»⁹¹, non sarebbe ragionevole limitare la sfera operativa dell’art. 62 c.p.p. alle dichiarazioni sui fatti non ricompresi nell’iniziale oggetto dell’indagine, ma poi divenuti parte della *res iudicanda*. Altro è capire cosa accada per le dichiarazioni dell’indiziato riguardanti fatti del tutto slegati dal successivo sviluppo dell’*iter* procedimentale, ma rientranti nell’oggetto di un successivo processo instaurato contro lo stesso dichiarante. Si potrebbe qui escludere l’applicazione del divieto testimoniale, sul rilievo che l’espressione “nel corso del procedimento” stia a indicare una necessaria coincidenza fra il procedimento in cui l’indiziato ha reso le dichiarazioni e il procedimento in cui il testimone depone sulle dichiarazioni rese dall’indiziato. Inoltre, si potrebbe sottolineare, in quest’ottica, la provenienza delle dichiarazioni non dall’indiziato del reato oggetto di accertamento.

Senonchè l’art. 62 c.p.p., se, per un verso, non contiene alcun limite temporale e spaziale del divieto⁹², per altro verso, vieta la testimonianza indiretta su quanto dichiarato dall’indiziato, a prescindere dall’oggetto di tali dichiarazioni. Dunque, non sarebbe condivisibile circoscrivere l’oggetto del divieto alle dichiarazioni sui fatti ricostruiti nel procedimento in corso di svolgimento a carico del dichiarante. Insomma, sono “dichiarazioni rese nel corso del procedimento” dall’indiziato anche quelle riguardanti fatti ricostruiti nel corso di un ulteriore procedimento a carico dell’indiziato. Tanto più che anche nei diversi procedimenti ricorre l’esigenza di attestare le dichiarazioni dell’indagato o dell’imputato, solo a mezzo di fonti “pure” quali i verbali, in linea con la disciplina tracciata dall’art. 238 c.p.p.⁹³. Rileva, invece, un secondo aspetto.

Il problema non è tanto quale sia l’oggetto delle dichiarazioni dell’indiziato percepite dall’ufficiale o agente di p.g., in rapporto all’oggetto del procedimento in cui esse sono state fatte, quanto quale sia l’oggetto di accertamento nel procedimento in cui si pone un problema di testimonianza sulle dichiarazioni dell’indagato o dell’imputato. Più precisamente, la questione è se l’oggetto di tali dichiarazioni coincida o meno con il *thema probandum* del procedimento *ad quem*, non del

⁹⁰ V., *supra*, nt. 87.

⁹¹ O. DOMINIONI, Sub art. 60, in *Commentario*, cit., p. 385; *contra v.*, però, T. RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, Milano, 1996, p. 8.

⁹² V., invece, l’art. 71 comma 4 del progetto preliminare, al quale si riferisce, ad es., R.E. KOSTORIS, Sub art. 62, cit., p. 319, che osserva quanto segue: «ciò induce a ritenere che il divieto medesimo sia operativo anche al di là del “procedimento” nel quale la persona che ha reso le dichiarazioni ha assunto la veste di imputato o “indagato”».

⁹³ Cfr. R.E. Kostoris, Sub art. 62, cit., pp. 319-320.

procedimento *a quo*. Dal momento che la disciplina sulla testimonianza indiretta non opera, in generale e con specifico riferimento alle dichiarazioni anzidette, quando esse «servano alla prova di un fatto diverso da quello che ne costituisce l'oggetto»⁹⁴, si può dire che la deposizione del funzionario di polizia sulle dichiarazioni dell'indiziato è ammissibile *nei limiti* in cui non vi sia corrispondenza tra il fatto rappresentato dalle dichiarazioni e il fatto ricostruito nel processo.

⁹⁴ F. CAPRIOLI, *Palingenesi di un divieto probatorio*, cit., p. 77.