

Unid. IV – Prova testimonhal
Obrigatória:
TONINI, Paolo. 4 ed. *La prova penale*. Padova: Cedam, 2000, p. 96-109.

PAOLO TONINI

LA PROVA PENALE

Quarta edizione



CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI
2000

2. LA TESTIMONIANZA

a) Considerazioni generali

Il codice pone una distinzione netta tra due mezzi di prova: "la testimonianza" e "l'esame delle parti". La distinzione riguarda aspetti sia di diritto processuale, sia di diritto penale sostanziale. Il testimone ha l'obbligo, penalmente sanzionato, di presentarsi per deporre e di dire la verità (art. 198). Viceversa le parti private (in quel mezzo di prova denominato esame delle parti) non hanno l'obbligo né di presentarsi per deporre (art. 208), né di rispondere alle domande (art. 209, comma 2), né di dire la verità, nel caso in cui scelgano di rispondere⁽⁷⁾.

Nonostante questa marcata distinzione, testimone e parti sono in grado di dare un rilevante contributo conoscitivo al processo penale. Esse sono esaminate sui fatti che costituiscono oggetto di prova, e cioè sulla responsabilità dell'imputato e sui fatti che servono a valutare la credibilità delle fonti e l'attendibilità degli elementi di prova (art. 187). La loro deposizione avviene nella forma dell'esame incrociato, e cioè con lo strumento che è ritenuto il più efficace per l'accertamento dei fatti. Eppure, le parti private non hanno l'obbligo penalmente sanzionato di dire la verità, quando scelgono di rispondere alle domande. Questa situazione vale non soltanto per l'imputato, ma anche per il responsabile civile, il civilmente obbligato per la pena pecuniaria e l'imputato del procedimento connesso o collegato; è esclusa soltanto la parte civile che debba essere sentita come testimone; essa deve rispondere secondo verità⁽¹⁰⁾.

⁽⁷⁾ Tuttavia la Corte costituzionale, in conseguenza della dichiarazione di illegittimità dell'art. 210 c.p.p., ha imposto al comitato l'obbligo di presentarsi in dibattimento quando egli è stato citato per rendere l'esame su fatti concernenti la responsabilità di altri, già oggetto delle sue precedenti dichiarazioni rese all'autorità giudiziaria o alla polizia giudiziaria su delega del pubblico ministero. Si veda la sentenza 26 ottobre 1998, n. 361, in *Guida dir.*, 1998, 44, 20.

⁽¹⁰⁾ La Corte cost., con ordinanza 19 marzo 1992, n. 115, in *Cass. pen.*, 1992, 2294, ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 197, lett. c c.p.p., sollevata in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost. nella parte in

Il codice, una volta operata questa scelta fondamentale, è costretto a trarne le logiche conseguenze; ed infatti pone una netta distinzione tra testimoni e parti private. In base all'art. 197 la qualità di testimone è di regola incompatibile con la qualità di parte privata; unica eccezione è la parte civile, che può essere sentita come testimone con gli obblighi penali conseguenti⁽¹¹⁾. Le altre parti private non possono essere chiamate a deporre come testimoni, né possono offrirsi spontaneamente in tale ruolo.

Dalle considerazioni svolte deriva che è possibile dare una definizione soltanto in via di prima approssimazione, salvo meglio precisare in seguito i dettagli. La qualità di testimone può essere assunta dalla persona che ha conoscenza dei fatti oggetto di prova ma che, al tempo stesso, non riveste la qualifica di imputato, o di imputato di un procedimento connesso o collegato, o di responsabile civile, o di soggetto civilmente obbligato per la pena pecuniaria. La persona così delineta diventa "testimone" soltanto quando su richiesta di parte (o d'ufficio nei casi previsti) è chiamata a deporre davanti ad un "giudice" nel procedimento penale.

Il testimone ha i seguenti obblighi. In primo luogo ha l'obbligo di presentarsi al giudice (art. 198); se non si presenta senza un legittimo impedimento, il giudice può ordinare l'accompagnamento coattivo a

cui non include tra i soggetti, per i quali vi è incompatibilità con l'ufficio di testimone, la parte civile.

⁽¹¹⁾ « La deposizione della parte lesa può essere assunta, anche da sola, come prova, purché venga sottoposta ad indagine positiva circa la sua attendibilità. Ed invero alle dichiarazioni indizianti della persona offesa non si applicano le regole di cui ai commi terzo e quarto dell'art. 192 c.p.p., che postulano la presenza di riscontri esterni, e tuttavia, atteso l'interesse di cui essa è portatrice, più rigorosa deve essere la valutazione ai fini del controllo di attendibilità rispetto al generico vaglio cui vanno sottoposte le dichiarazioni di ogni testimone ed opportuno appare il riscontro in altri elementi probatori ». *Cass.*, sez. I, 24 settembre 1997, n. 8606 (ud. 11 luglio 1997). *Bello*, in *Arch. proc. pen.*, 1998, 298. « La statuizione di condanna si può fondare anche sulla deposizione di un unico teste e pure sulla deposizione della sola persona offesa, salvo, in quest'ultimo caso, il controllo sulla sua attendibilità ». *Cass.*, sez. VI, 20 gennaio 1994, *Mazzaglia*, in *Cass. pen.*, 1995, 275. In caso di dichiarazioni testimoniali della persona offesa « maggiore deve essere lo scrupolo nella rigorosa valutazione delle dichiarazioni del teste, della costanza ed uniformità dell'accusa, della circostanza e modalità dell'accaduto e di tutto quanto possa concorrere ad assicurare il controllo della attendibilità della testimonianza ». *Cass.*, sez. I, 11 aprile 1991, *Riontone*, in *Cass. pen.*, 1993, 2073.

mezzo della polizia giudiziaria e può condannarlo al pagamento di una somma da lire centomila ad un milione nonché alle spese alle quali la mancata comparizione ha dato causa (art. 133).

In secondo luogo il testimone ha l'obbligo di attenersi alle prescrizioni date dal giudice per le esigenze processuali (art. 198).

Infine, il testimone ha l'obbligo di «rispondere secondo verità alle domande che gli sono rivolte». Se tace ciò che sa, afferma il falso o nega il vero, commette il delitto di falsa testimonianza (art. 372 c.p.).

b) Oggetto e forma della deposizione

La deposizione è resa in dibattimento con le forme dell'esame incrociato. Delle relative regole il codice tratta negli artt. 498 e 499.

Il testimone è esaminato sui «fatti che costituiscono oggetto di prova» (art. 194, comma 1). Le domande devono essere *perinenti*, e cioè devono riguardare sia i fatti che si riferiscono all'imputazione, sia i fatti dai quali dipende l'applicazione di norme processuali (art. 187), come l'accertamento dell'attendibilità di una dichiarazione.

L'art. 194 pone un secondo limite alle domande: esse devono avere ad oggetto «fatti determinati» (comma 3). Di conseguenza, il testimone di regola non può esprimere valutazioni né apprezzamenti personali, «salvo che sia impossibile scinderli dalla deposizione sui fatti»⁽¹²⁾. Infine, non può deporre su «voci correnti nel pubblico»⁽¹³⁾.

L'esame del testimone può estendersi ai rapporti di parentela o di

⁽¹²⁾ È stata rilevata la difficoltà di distinguere tra fatto e apprezzamento, perché anche quando il testimone descrive i fatti è sempre condizionato da fattori soggettivi e, in definitiva, da apprezzamenti: così *MAURIVERI, Vero e falso nella testimonianza, in La testimonianza nel processo penale*, Atti dell'VIII Convegno E. De Nicola, Milano, 1974, 180. Analogamente, *FRIGO, sub art. 499 c.p.p.*, in *Commento*, V, 260.

La giurisprudenza ha precisato che il divieto non ricorre quando una persona con particolari conoscenze tecnico-professionali sia interrogata su fatti attinenti alla sua specializzazione. Così Cass., 24 ottobre 1984, *Maglioli*, in *Cass. pen.*, 1986, 796, a proposito di un ispettore dell'ENP1; Cass., 9 maggio 1985, *Giampoti*, *Iv*, 2005, a proposito di un ispettore del centro marchi; App. L'Aquila, 8 aprile 1992, *Tancredi*, *Iv*, 1993, 1249 a proposito di un medico.

⁽¹³⁾ Cass., sez. un., 22 febbraio 1993, *Merlino*, in *Cass. pen.*, 1993, 1939. Quanto

interesse che lo legano ad altre parti o ad altri testimoni; inoltre può avere ad oggetto le circostanze che servono ad accertare la credibilità sia delle parti, sia dei testimoni (art. 194, comma 2).

Altri limiti valgono per le deposizioni sulla moralità dell'imputato, che sono ammesse ai soli fini di qualificare la personalità dello stesso in relazione al reato ed alla pericolosità e sempre che si tratti di fatti specifici (art. 194, comma 1).

Le domande che riguardano la persona offesa dal reato vanno incontro a due limiti, ai quali sono poste precise eccezioni. La regola, mentazione nel suo complesso ha lo scopo di contemperare due esigenze contrapposte: da un lato essa tende a tutelare la *dignità* della persona offesa dal reato; da un altro lato, essa vuole consentire l'esercizio del *diritto alla prova* spettante a tutte le parti del processo penale e, quindi, anche e soprattutto all'imputato.

Il primo limite è posto dal codice nell'art. 194, comma 2: la deposizione su fatti che servono a definire «la personalità della persona offesa» è ammessa soltanto quando «il fatto dell'imputato deve essere valutato in relazione al comportamento di quella persona».

Orbene, i processi che concernono i delitti di violenza sessuale hanno l'oggetto appena delineato e pertanto consentirebbero domande sulla personalità (ad esempio, sul modo di vita, sulle tendenze sessuali ecc.). Tuttavia proprio in tali processi si sente in modo ancora più imperioso la necessità di tutelare le due esigenze contrapposte: da un lato, evitare che il difensore dell'imputato getti fango sulla persona

all'area di operatività del divieto, si veda Cass., sez. I, 28 novembre 1994, *Capriati*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1995, 519, secondo cui «il divieto di testimonianza (e la conseguente inutilizzabilità di essa) sulle voci correnti nel pubblico, prevista dall'art. 194, comma 3 c.p.p., non è applicabile alle notizie circoscritte ad una cerchia ben determinata ed individuabile di persone, come gli appartenenti ad una associazione per delinquere ed i parenti dell'imputato».

Secondo Cass., sez. VI, 4 agosto 1999, *Gabrielli*, in *Giuris. dir.*, 1999, 42, 98, «quando nel corso di una deposizione testimoniale risulta violato il disposto dell'articolo 194, comma 3, c.p.p., che vieta al testimone di deporre su voci correnti nel pubblico e di esprimere apprezzamenti personali, non ne deriva la nullità o l'inutilizzabilità dell'intera deposizione, quanto, piuttosto, ove mai essa sussistesse, soltanto di quelle parti di essa nelle quali il testimone abbia violato il suddetto divieto e non si sia invece attenuto all'obbligo di riferire su fatti determinati».

offesa, abusando dei suoi poteri; da un altro lato, assicurare l'esercizio del diritto alla prova spettante all'imputato il quale, ricordiamo, è presunto innocente.

Di tali esigenze si sono fatte carico le leggi n. 66 del 1996 e n. 269 del 1998, che hanno introdotto ulteriori limiti che riguardano i procedimenti per i delitti di violenza sessuale e di prostituzione minorile indicati nell'art. 472, comma 3-bis. Le domande aventi ad oggetto la «vita privata» o la «sessualità» della persona offesa dal reato sono di regola vietate; sono consentite se sono «necessarie alla ricostruzione del fatto».

Nessun dubbio vi è sulla liceità delle domande che hanno ad oggetto il fatto storico di reato. Inoltre riteniamo che siano consentite anche le domande che tendono ad accertare la credibilità e l'attendibilità di dichiarazioni che ricostruiscono i fatti; infatti la credibilità e l'attendibilità costituiscono «oggetto di prova» ai sensi dell'art. 187, comma 2, in quanto concernono la prova di «fatti dai quali dipende l'applicazione di norme processuali» quali sono gli articoli 194, comma 2, e 546, comma 1, lettera e. Tuttavia, le domande sulla vita privata o sulla sessualità sono ammesse soltanto se sono «necessarie»; pertanto devono essere funzionali a valutare la credibilità e l'attendibilità di una dichiarazione già resa ed attinente a fatti oggetto di prova.

c) La testimonianza indiretta

Dei fatti da provare il testimone può avere una conoscenza diretta o indiretta. Ha una conoscenza diretta quando ha percepito personalmente il fatto da provare con uno dei cinque sensi. Ha una conoscenza indiretta (detta anche *de relato* o *de auditu*) quando ha appreso il fatto da una rappresentazione che altri ne ha fatto a voce, per scritto o con altro mezzo (es. con immagini). Pertanto si ha una testimonianza indiretta quando il fatto da provare non è stato percepito personalmente dal soggetto che lo sta narrando; egli ha percepito personalmente la rappresentazione del fatto operata da altri (v. tavola sinottica n. 6).

Con una terminologia di origine anglosassone, si afferma che nella testimonianza indiretta il fatto da provare è stato conosciuto dai testi-

mone "per sentito dire" (*hearsay*). Nel nostro codice la situazione è descritta nel seguente modo: "Il testimone si riferisce, per la conoscenza dei fatti, ad altre persone" (art. 195, comma 1).

Il problema della testimonianza indiretta sta nel seguente punto. Nel processo penale attraverso l'esame incrociato è possibile (anche se con qualche difficoltà) accertare la credibilità e l'attendibilità del testimone che ha avuto una conoscenza personale del fatto da provare; a tal fine, il codice permette che siano fatte le contestazioni (art. 500) e le domande-suggerimento nel controesame (art. 499, comma 3). Quando il fatto è conosciuto dal testimone "per sentito dire" occorre che sia possibile accertare l'attendibilità sia del testimone indiretto, sia del testimone diretto. Ecco perché il codice pone alcune condizioni all'utilizzabilità della deposizione indiretta; esse permettono di effettuare il controllo sulla credibilità della persona da cui si è "sentito dire" e sull'attendibilità di quanto è stato riferito⁽¹⁴⁾.

La persona da cui si è "sentito dire" è comunemente indicata dagli studiosi italiani con l'espressione "teste di riferimento"; egli può avere percepito personalmente il fatto (ed allora è denominato "teste diretto"); oppure può averlo "sentito dire" da un'altra persona (ed allora è anch'egli un "teste indiretto"). Il codice non esclude espressamente questa seconda possibilità, anche se è ovvio che in concreto sarà ancora più difficile trarre un sicuro valore probatorio da un sentito dire "di seconda mano". Per esigenze di migliore comprensione della materia in oggetto, preferiamo considerare l'ipotesi che si verifica più di frequente nella pratica, e cioè il caso in cui il teste di riferimento (quello da cui si è sentito dire) sia un individuo che ha avuto una percezione personale del fatto; pertanto ci riferiremo a lui con l'espressione "teste diretto".

La prima condizione, posta dall'art. 195, comma 7, è che il testimone indiretto *indichi* la persona o la fonte «da cui ha appreso la notizia dei fatti oggetto dell'esame». Si deve ritenere che la legge imponga a pena di inutilizzabilità di *individuare* la persona o la fonte; si tratta di una condizione di cui non si può fare a meno in quanto

(14) La ratio dell'art. 195 non è quella di impedire l'utilizzabilità di quanto non è stato percepito personalmente dal dichiarante, bensì quella di consentire il controllo della conoscenza riferita e della fonte da cui si è appresa.

la mancata individuazione della fonte impedisce di valutare la credibilità e l'attendibilità di quanto è stato riferito⁽¹⁵⁾. Una conferma si trova in un'altra norma del codice che vieta al testimone di deporre su «voci correnti nel pubblico» (art. 194, comma 3). Quando non è individuato il teste diretto o, comunque, la fonte (ad esempio, il documento) da cui si è appreso il fatto riferito, la testimonianza non è utilizzabile.

Il concetto di «individuazione» è distinto da quello di «identificazione». Ai fini dell'individuazione è sufficiente, ad esempio, aver indicato la persona che abitualmente frequenta un determinato luogo⁽¹⁶⁾.

Vi è una seconda condizione alla quale il nostro codice subordina l'utilizzabilità della testimonianza indiretta. Quando una delle parti chiede che venga sentita nel processo la persona che ha avuto conoscenza diretta del fatto, il giudice è obbligato a disporre la citazione (art. 195, comma 1)⁽¹⁷⁾. Se questa norma non è osservata, la testimonianza indiretta di regola non è utilizzabile⁽¹⁸⁾. In via eccezionale è

⁽¹⁵⁾ Cass., sez. VI, 23 febbraio 1991, *El Annon*, in *Cass. pen.*, 1991, 640; Cass., sez. VI, 17 maggio 1993, *Rizzo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, I, 289.

⁽¹⁶⁾ Cass., 3 maggio 1996, *Nocchiero*, in *Giuda dir.*, 1996, 48, 78. «In sulla assolta l'onere del testimone *de relato* di indicare la persona da cui ha ricevuto le dichiarazioni di cui riferisce, nel caso in cui il teste fornisca elementi idonei all'identificazione e al rintraccio dello stesso, pur non essendo in grado, per relatività di conoscenza, di fornire le generalità». Nella specie la S.C. ha ritenuto utilizzabile la testimonianza con la quale si narra vano circostanze riferite da un soggetto indicato quale posteggiatore abusivo di una determinata via di una città.

⁽¹⁷⁾ Si tratta di una di quelle prove la cui rilevanza emerge nel corso dell'istruzione dibattimentale; si veda il tema delle contestazioni "non probatorie".

⁽¹⁸⁾ Cass., sez. VI, 25 maggio 1993, *Loddo*, in *Mass. Cass. pen.*, 1994, 6, 11. La dottrina prevalentemente divide l'interpretazione giurisprudenziale: si vedano *GRAVY, Prove*, 252; *NAVPI, Guida*, 329; *STRASCIVANO, Le prove*, in *Diritto processuale penale*, I, 386. Un diverso indirizzo dottrinale, orientato in senso più rigoroso, ritiene che il legislatore abbia posto un vero e proprio divieto di utilizzazione della testimonianza *de relato* qualora — al di fuori delle eccezioni testualmente previste (morte, infermità, irreperibilità) — non venga esaminata la persona che ha direttamente avuto percezione dei fatti; si vedano in proposito *CORDERO, Procedura penale*, 617; *PERCHINUNNO, Le prove*, in *Manuale*, 243; *TORRINA, Diritto processuale penale*, 494, quest'ultimo A. aggiunge che, una volta che il teste diretto sia stato esaminato, la prova dei fatti potrebbe desumersi comunque soltanto dalle sue dichiarazioni e non da quelle riferite dal teste indiretto, potendo queste

utilizzabile quando l'esame del testimone diretto "risulti impossibile per morte, infermità o irreperibilità" (art. 195, comma 3)⁽¹⁹⁾. In particolare, l'irreperibilità del testimone è una situazione che presuppone che lo stesso sia già stato non soltanto *individuato* (ad esempio, l'avventore di un bar che si comporta in un modo caratteristico), ma anche *identificato* con nome, cognome o eventuale soprannome: questo è il compito rientrante tra le funzioni tipiche della polizia giudiziaria ai sensi dell'art. 349. L'*irreperibilità* presuppone che sia stato impossibile notificare la citazione a comparire ai sensi dell'art. 167 al testimone già *identificato* (dai privati o dalla polizia)⁽²⁰⁾. Ove costui

ultimo, in caso di contrasto tra le deposizioni, servire soltanto a screditare quella del teste di riferimento; nello stesso senso, *CALAMANDREI, sub art. 195 c.p.p.*, in *Commento*, II, 433.

⁽¹⁹⁾ La giurisprudenza ha peraltro ritenuto che l'elencazione delle cause di impossibilità contenuta nel terzo comma dell'art. 195 non abbia carattere esaustivo e che possano essere individuati, nella prassi, altri casi di impossibilità oggettive di consistenza analoga a quelli individuati dal legislatore; cfr. Cass., sez. I, 22 agosto 1997, n. 7947, *Mandala*, in *Mass. Cass. pen.*, 1998, I, 299 (nella fattispecie, è stato considerato impossibile l'esame di una bambina di tre anni che aveva fornito ad alcune persone, sentite nel corso del dibattimento, indicazioni utili per l'identificazione dell'autore dell'omicidio del padre cui la piccola aveva assistito). Sia in giurisprudenza sia in dottrina si è posto il quesito se la testimonianza indiretta possa essere ammessa e utilizzata anche qualora l'impossibilità di esaminare il teste di riferimento per morte, infermità o irreperibilità sia prevedibile *ex ante*. Ad un orientamento che risponde al problema in senso positivo (Trib. Roma, 23 luglio 1996, *Nubaj*, in *Foro it.*, 1997, II, 61 e *GIULIANI, Utilizzabilità*, 291), si contrappone un indirizzo più rigoroso, che ritiene invece contrastante con la lettera e la ratio dell'art. 195 introdurre nel processo testimonianze non suscettibili in nessun caso di verifica, fin dal momento in cui siano state rese; in tal senso, Trib. Sanremo, 12 luglio 1990, *Giametta*, in *Dif. pen.*, 1990, 28, 92.

⁽²⁰⁾ In senso contrario, v. Cass., sez. II, 13 febbraio 1993, *Mei*, in *Giur. it.*, 1994, II, 81, secondo cui il concetto di *irreperibilità* riferito al testimone (nell'art. 195, comma 3) va interpretato in senso diverso da quello che è riferito all'imputato nell'art. 159 e che presuppone la *non rintracciabilità* di un soggetto *identificato*. Secondo la S.C. il concetto di irreperibilità riferito al testimone va inteso nel suo significato lessicale di «condizione inerte alla impossibilità "del soggetto" di essere individuato». Tale era la situazione del caso di specie, nel quale le persone offese avevano appreso da soggetti rimasi sconosciuti il numero di targa della moto adoperata dal reo. Nel medesimo senso, v. Cass., sez. V, 27 maggio 1997, *Nedda*, in *Giuda dir.*, 1997, 34, 96. Un tale ampliamento del concetto di irreperibilità è stato criticato in dottrina; si veda *GIULIANI, Utilizzabilità*, 291.

La giurisprudenza pare "forzare" oltre il consentito l'interpretazione della norma

fosse stato citato, ma non fosse comparso in aula, deve disporsi l'accompagnamento coattivo.

Nei casi di impossibilità di rendere l'esame sopra menzionati (art. 95, comma 3), se anche la testimonianza indiretta è utilizzabile, tuttavia dovrà essere valutata con particolare cura, ad esempio, mediante incontri con altri elementi di prova⁽²¹⁾. Infatti, la mancata deposizione di colui, che aveva conoscenza diretta del fatto, rende più difficile il controllo sulla attendibilità di quanto si è appreso per sentito dire⁽²²⁾.

Inoltre, il codice permette al giudice di disporre d'ufficio la citazione del testimone diretto se essa non è stata richiesta da alcuna

parte, purché fosse ha avvertito la difficoltà di pretendere l'impossibile nel caso concreto, in una situazione assimilabile alla flagranza. Purtroppo il legislatore italiano ha omesso di considerare una importante eccezione al divieto del "sentito dire", che da tempo è stata accolta nell'ordinamento anglosassone. Si tratta delle *res gestae*, e cioè della situazione in cui un testimone prende conoscenza di un comportamento altrui nel momento in cui è in atto il reato o immediatamente dopo, ma pur sempre nella concitata-ssimi essere così lucido da provvedere ad identificare la persona da cui ha "sentito dire" e, se necessario, sta tentando l'inseguimento: nella giurisprudenza anglosassone questa affermazione è utilizzabile in quanto si ritiene che sia la situazione stessa a far considerare affidabile e genuina la dichiarazione. Il sentito dire è ammissibile a condizione che la dichiarazione sia riferita dall'autore dell'azione, dalla vittima o da coloro che abbiano assistito direttamente al fatto.

⁽²¹⁾ In tal senso, CORDEIRO, *Procedura penale*, 617; FORTUNA, DRAGONE, *Le procedure penali*, in *Manuale pratico*, 354. Secondo la giurisprudenza sia di legittimità che di merito in casi ipotici la testimonianza *de relato* non sarebbe idonea a costituire prova, ma solo in caso che, a norma dell'art. 192 comma 2, può concorrere con altri elementi a fornire la prova della colpevolezza; così Cass., sez. I, 2 aprile 1991, Bruno, in *CED 18771*; Trib. s. n. l., 23 luglio 1996, Nubaj, in *Foro it.*, 1997, II, 61.

⁽²²⁾ « Esita dalla previsione dell'art. 195, terzo comma, il caso un cui il teste diretto, una volta citato, si rifiuta (legittimamente o meno) di rispondere. La circostanza che il teste diretto non risponda e si sottragga all'esame non inficia però di per sé la testimonianza indiretta, che resta utilizzabile, anche se dall'atteggiamento del teste diretto il giudice dovrà trarre elementi di valutazione»; così, Cass., sez. V, 4 febbraio 1993, Bevilacqua, in *Riv. pen.*, 1994, 694; nonché Trib. Terni, ord. 28 giugno 1991, Neri, in *Arch. proc. pen.*, 1991, 766. Analogamente Corte d'assise di Cagliari, ord. 24 febbraio 1992, Agosti e altri, in *Riv. giur. sarda*, 1993, 715, seconda cui « è utilizzabile la testimonianza diretta dell'ufficiale di polizia giudiziaria circa le dichiarazioni a lui rese dai prossimi congiunti dell'imputato che nel dibattimento si avvalgono della facoltà di astensione ». dottrina si veda GIULIANI, *Utilizzabilità*, 294.

delle parti (art. 195, comma 2). Il giudice non è obbligato comunque a citare d'ufficio il testimone diretto; e cioè, se anche questi non è citato, il "sentito dire" può essere valutato.

Una volta che siano state osservate le condizioni poste dal codice, il giudice può utilizzare ai fini della decisione sia la deposizione indiretta, sia, ove assunta, la deposizione diretta⁽²³⁾. In concreto, il giudice deve valutare la credibilità e l'attendibilità di ciascuna delle due dichiarazioni⁽²⁴⁾ in base agli esiti dell'esame incrociato del singolo dichiarante e del riscontro operabile con gli altri risultati probatori già acquisiti⁽²⁵⁾. Non sarebbe ragionevole una eventuale massima che tendesse a ritenere comunque più attendibile la narrazione del testimone diretto⁽²⁶⁾; anche se è evidente che di questi si può valutare più facilmente la credibilità. Poiché egli ha avuto conoscenza personale del fatto da provare, potrà essere più

⁽²³⁾ Le decisioni più ricorrenti sono volte a sostenere che quanto riferito dal teste diretto debba essere « liberamente valutato dal giudice », così Cass., sez. V, 11 febbraio 1991, Caruso, in *Cass. pen.*, 1992, 1295; Cass., sez. V, 4 febbraio 1993, Bevilacqua, cit.; Cass., sez. I, 1 ottobre 1990, Di Biasi, in *Arch. n. proc. pen.*, 1991, 454; Cass., sez. II, 19 aprile 1990, Fontana, in *Cass. pen.*, 1992, 1572; Cass., sez. I, 17 febbraio 1994, n. 5672, Brusca, in *Riv. pen.*, 1994, 1308; Cass., sez. I, 1 ottobre 1996, n. 10162, De Tommasi. In dottrina, GIULIANI, *Utilizzabilità*, 297; NAPPI, *Guida*, 330.

⁽²⁴⁾ Cass., sez. I, 26 marzo 1996, Emmanello, in *Guida dir.*, 1996, 18, 67.

⁽²⁵⁾ All'esito della valutazione delle due deposizioni il giudice potrebbe anche ritenere attendibile la testimonianza *de relato* anziché quella del teste diretto; così Cass., sez. VI, 17 maggio 1993, Rizzo, cit.; nonché Cass., sez. I, 28 dicembre 1993, Brusca, in *Mass. Carr. pen.*, 1994, 4, 121.

⁽²⁶⁾ Cass., sez. I, 30 agosto 1996, n. 8151, Scarriglia, in *Mass. Carr. pen.*, 1996, 6, 662. Secondo Cass., sez. I, 17 novembre 1995, Grimaldi ed altri, in *Riv. pen.*, 1996, 660, « il legislatore con la disposizione di cui all'art. 195 del nuovo codice di procedura penale, si è limitato ad imporre l'acquisizione diretta della fonte originaria di conoscenza al fine di verificare l'assunto riferito dal testimone *de relato*, ma non per questo ha posto una sorta di gerarchia, privilegiando imprudenzialmente la prima, cosicché occorre riguardando il principio generale del libero convincimento del giudice che non può considerarsi vincolato alla fonte primaria medesima ». Contra, Cass., sez. V, 11 febbraio 1991, Caruso, in *Cass. pen.*, 1992, 1295, secondo cui « l'articolo 195 del nuovo c.p.p., nel prevedere che il giudice, a richiesta di parte, è tenuto a chiamare a deporre la persona alla quale ha fatto riferimento il testimone, esclude certamente che, una volta chiamata a deporre detta persona e che questa eventualmente abbia escluso la veridicità di quanto riferito dal teste *de relato*, il giudice possa valutare le due deposizioni, dando attendibilità a quella *de relato* e non a quella della persona alla quale è stato fatto riferimento ».

ciamente sottoposto ad un'attenta verifica con lo strumento dell'elemento incrociato.

Occorre tenere presente che il codice obbliga il giudice a dare conto nella motivazione dei «risultati acquisiti e dei criteri adottati» (art. 192, comma 1); in particolare, egli deve indicare le ragioni per le quali ritiene attendibili le prove poste a base della decisione ed inattendibili le prove contrarie (art. 546, comma 1, lettera e). In base a queste considerazioni appare condivisibile quella opinione giurisprudenziale che impone al giudice di verificare le dichiarazioni indirette attraverso riscontri con altri elementi di prova⁽²⁷⁾ (sulla nozione di riscontro, si veda *infra*).

Merita ricordare che è fatto divieto di assumere deposizioni su fatti appresi da persone vincolate da segreto professionale o d'ufficio, fatto che queste li abbiano comunque divulgati (art. 195, comma (28)). Ad esempio, se un avvocato confida ad un suo collaboratore la notizia che ha appreso riservatamente dal cliente, il collaboratore non deve essere esaminato su questo punto.

(27) Cass., sez. I, 1° ottobre 1990, Di Biasi, in *Cass. pen.*, 1991, II, 640, secondo la quale la testimonianza indiretta deve essere valutata dal giudice «con il concorso di altri elementi di prova, che non debbono necessariamente consistere nella conferma, da parte della fonte indicata, delle dichiarazioni riferite».

Si è ripetutamente sostenuto, con riferimento a fatti non percepiti direttamente ed in presenza del giudice, che il giudice deve procedere alle necessarie verifiche di attendibilità non solo della fonte indicata, ma anche di quella di riferimento; in tal senso v. Cass., sez. I, 27 febbraio 1993, Cusi, in *Cass. pen.*, 1993, 2317; Cass., sez. I, 22 ottobre 1993, Sabatelli, in *Cass. pen.*, 1994, 2609; Cass., sez. I, 18 gennaio 1994, Carelli, in *Giur. pen.*, 1994, III, 395; Cass., sez. I, 17 febbraio 1994, Brusca, cit.; Cass., 18 aprile 1995, Corvata, in *Giur. pen.*, 1996, 227.

(28) Benché l'art. 195, comma 6 richiami espressamente soltanto gli artt. 200 e 201 c.p.p., secondo la dottrina prevalente deve ritenersi che i testimoni non possano essere esaminati neppure su notizie apprese da altri in materia di segreto di Stato ex art. 202 c.p.p.; in tal senso, CALAMANDREI, *sub* art. 195 c.p.p., 435; GREVI, *Prove*, 253. Nessun dubbio che la testimonianza indiretta in tale ipotesi è ravvisata invece da un altro orientamento, all'assunto dell'omesso richiamo all'art. 202 e dell'irrelevanza del fatto che la testimonianza non sia stata voluta dal legislatore; in tali casi, tuttavia, si ritiene che la testimonianza *de relato* sia valutabile solo ove deponga il soggetto, obbligato per segreto di Stato, le cui dichiarazioni siano state riferite; in tal senso, CORDEIRO, *Prova penale*, 618.

Nel testo originario del codice del 1988 era posto agli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria il divieto di «deporre sul contenuto delle dichiarazioni acquisite da testimoni» (art. 195, comma 4). La Corte costituzionale ha ritenuto che il divieto non fosse ragionevole in base all'assunto che gli appartenenti alla polizia giudiziaria hanno capacità di testimoniare alla pari di ogni altra persona e che nei loro confronti non è prevista alcuna incompatibilità nell'art. 197. Pertanto la Corte ha dichiarato la illegittimità dell'art. 195, comma 4, in riferimento all'art. 3 della Costituzione⁽²⁹⁾. Da ciò consegue che attualmente è ammissibile la testimonianza indiretta resa da ufficiali e agenti di polizia giudiziaria⁽³⁰⁾, eccettuata l'ipotesi che veniamo ad esporre.

Il codice pone espressamente un divieto di testimonianza indiretta sulle «dichiarazioni comunque rese nel corso del procedimento dall'imputato o dalla persona sottoposta alle indagini» (art. 62). La finalità della norma è la seguente: la prova delle dichiarazioni rese dall'imputato e dall'indagato deve ricavarsi unicamente dal verbale che deve essere redatto ed utilizzato «con le forme ed entro i limiti previsti per le varie fasi del procedimento»⁽³¹⁾. In tal modo si vuole evitare che il

(29) Corte cost., 31 gennaio 1992, n. 24, in *Cass. pen.*, 1992, 917. La decisione della Corte è stata peraltro fortemente criticata dalla dottrina maggioritaria, la quale ancora una volta la pronuncia tra quelle che in maggior misura hanno inciso sulla fisionomia del rito, snaturandone i connotati essenziali: si è rilevato infatti che il divieto *de quo* era stato posto dal legislatore per evitare che, tramite la testimonianza della polizia giudiziaria, entrassero nel processo come prove arti fornite dalla medesima in funzione accusatoria e, pertanto, finalizzati esclusivamente a sostenere la tesi del pubblico ministero; in tal senso, tra i tanti, CORDEIRO, *Procedura penale*, 618; FERRARO, *Studi sul processo penale*, II, 158.

Sulla portata del riconoscimento della facoltà della polizia giudiziaria di rendere testimonianza, si veda Cass., sez. un., 24 gennaio 1996, Panigoni, in *Cass. pen.*, 1996, 2892.

(30) Secondo Cass., sez. I, 1° luglio 1994, Agostino e altri, in *Giur. pen.*, 1995, II, 180, «la mancata verbalizzazione, da parte della polizia giudiziaria, in violazione delle disposizioni contenute nell'art. 357 c.p.p., di dichiarazioni da essa ricevute, non costituisce, di per sé, causa di nullità o di assoluta inutilizzabilità, sotto qualsiasi forma, di dette dichiarazioni. Nulla impedisce, quindi (salvi i divieti stabiliti nell'art. 350, commi 5 e 6 c.p.p.), che del loro contenuto venga comunque fatta relazione all'autorità giudiziaria e che, all'occorrenza, l'ufficiale o l'agente di polizia giudiziaria renda, su di esso, testimonianza *de relato*, sempre che tale testimonianza non venga utilizzata come prova nei confronti dello stesso soggetto che ha rilasciato le dichiarazioni stesse».

(31) *Relat. prog. prel.*, p. 32.

to al silenzio, spettante all'imputato in un atto del procedimento illecito, venga aggirato mediante il ricorso ad una testimonianza indiretta. Occorre infatti ricordare che in sede di interrogatorio (art. 64, comma 3) e di sommarie informazioni (art. 350, comma 1) all'imputato deve essere dato avviso della facoltà di non rispondere allo scopo di tutelare la sua libertà morale nei confronti dell'autorità inquirente: deve poter essere libero di scegliere se e quando rendere dichiarazioni. Queste ultime assumono rilievo soltanto per mezzo di un rinvio verbale, dal quale è possibile conoscere se è stato dato l'avviso⁽¹²⁾.

L'area operativa del divieto è ricavabile da quanto è precisato nell'art. 62. In primo luogo, il divieto ha natura oggettiva, e cioè pare riferirsi a chiunque sia le dichiarazioni, sia esso un testimone qualsiasi o un appartenente alla giurisdizione; anche se in pratica è quest'ultimo ad avere più occasioni di resistere ad "atti" del procedimento penale nel quale sono rese dichiarazioni dall'imputato⁽¹³⁾.

In secondo luogo il divieto ha per oggetto "dichiarazioni" in senso stretto, e espressioni di contenuto narrativo. Risultano quindi riferibili per sentito quelle dichiarazioni che costituiscono espressioni di volontà (ad esempio, il rinvio ad un accertamento diagnostico) o meri comportamenti (ad esempio, i "scappi", la polizia⁽¹⁴⁾).

In terzo luogo le dichiarazioni, nei cui confronti opera il divieto, sono rese «nel corso del procedimento»; l'espressione deve essere intesa in senso di "in occasione di un atto" e non "durante la pendenza del pro-

⁽¹²⁾ I verbali, dunque, costituiscono il supporto necessario delle dichiarazioni rilasciate dall'imputato e dalla persona sottoposta alle indagini, in quanto esse "esistono nella misura in cui sono stati verbalizzati" medesimi; in tali termini, CONDERO, *Codice*, 75.

⁽¹³⁾ Secondo parte della dottrina il divieto in esame opera anche nei confronti di atti estranei al procedimento, che in qualche modo siano stati destinati alle dichiarazioni di "quidam"; si veda in proposito VOENA, *Soggetti*, in *Profili*, 71. Un diverso orientamento, avallato dalla giurisprudenza di legittimità, restringe l'ambito operativo delle dichiarazioni ricevute da soggetti «investiti di una qualifica processuale», anche quando giungano che le dichiarazioni devono essere assunte «per una ragione connessa al procedimento»; così Cass., sez. I, 18 luglio 1994, Bruno, in *Cass. pen.*, 1995, 2651; si veda Cass., sez. I, 1° ottobre 1990, Di Biasi, cit.; Cass., sez. I, 23 novembre 1994, Morante, in *Cass. pen.*, 1994, 666.

⁽¹⁴⁾ Trib. Roma, 4 dicembre 1989, Zumpano, in *Cass. pen.*, 1989, II, 33; Trib. Milano, 8 ottobre 1991, Belloni, in *Giur. merito*, 1993, 162.

cedimento"⁽¹⁵⁾. Pertanto un testimone, che ha assistito ad un colloquio tra un indagato ed un'altra persona, può legittimamente riferire quanto ha sentito dire. Infine, il divieto riguarda le dichiarazioni dell'imputato che abbiano una valenza di "prove", e non quelle che siano rilevanti come "fatti storici di reato", che devono necessariamente essere accertati mediante un processo penale. Di conseguenza è ammissibile quella testimonianza di un appartenente alla polizia che tende a chiarire il contenuto di dichiarazioni che si ritengono costituenti un fatto di reato (ad esempio, di calunnia, di favoreggiamento)⁽¹⁶⁾.

d) L'incompatibilità a testimoniare

Il codice pone, in via generale, la regola secondo cui ogni persona ha la capacità di testimoniare (art. 196, comma 1); prevede poi una serie di eccezioni, che consistono in situazioni di incompatibilità (art. 197).

La regola che riconosce a qualsiasi persona la capacità di testimoniare fa sì che si possano assumere come testimoni sia l'infermo di mente⁽¹⁷⁾, sia il minore (e quindi anche colui che ha un'età inferiore ad anni quattordici). In questi casi il giudice dovrà valutare con particolare attenzione la credibilità del dichiarante e l'attendibilità delle dichiarazioni⁽¹⁸⁾; egli può verificare l'idoneità fisica o mentale del soggetto

⁽¹⁵⁾ Corte cost., 13 maggio 1993, n. 257, in *Cass. pen.*, 1993, 2245. Si veda inoltre Cass., sez. I, 10 ottobre 1995, Cherardi, in *Riv. pen.*, 1996, 660, «il divieto di testimonianza sulle dichiarazioni dell'imputato o dell'indagato, di cui all'art. 62 c.p.p., opera nel corso del procedimento, è solo in relazione a tale categoria di dichiarazioni che si pone l'esigenza di garanzia consistente nel far sì che di esse faccia fede la sola documentazione scritta con conseguente divieto di fonti testimoniali surrogate». Nella fattispecie la Suprema Corte, in applicazione del principio enunciato in massima, ha ritenuto esenti da censura la decisione della corte di merito di ammettere ed utilizzare testimonianza relative a dichiarazioni non rese dall'imputato nel corso del procedimento. Nello stesso senso Cass., sez. VI, 10 maggio 1991, Zumpano, in *Giur. it.*, 1992, II, 225; Cass., sez. I, 12 novembre 1990, Di Biasi, cit.; Trib. Trapani, 18 ottobre 1991, in *Arch. n. proc. pen.*, 1991, 758; Pret. Ferrara, 11 luglio 1991, in *Mass. Foro Ferrarese*, 1991, IV, 33.

⁽¹⁶⁾ Così Trib. Trapani, 18 ottobre 1991, in *Arch. n. proc. pen.*, 1991, 758.

⁽¹⁷⁾ La giurisprudenza è pacifica nell'ammettere la testimonianza di soggetti infermi di mente (v. App. L'Aquila, 8 aprile 1992, Tancredi, in *Cass. pen.*, 1993, 1249).

⁽¹⁸⁾ In tal senso Corte d'Assise Monza, 19 aprile 1994, Ficarra, in *Arch. n. proc. pen.*, 1994, 689; Cass., sez. II, 8 luglio 1992, Mancini, *ivi*, 1993, 94.