

QUESTIONI APERTE

Diritto al silenzio - Ingiusta detenzione

La decisione

Diritto al silenzio - Ingiusta detenzione - (Cost., art. 24 co. 2, 27 co. 2; C.p.p., art. 314 c.p.p.).

Il giudice della riparazione per l'ingiusta detenzione, per stabilire se chi l'ha patita vi abbia dato o abbia concorso a darvi causa con dolo o colpa grave, deve valutare tutti gli elementi probatori disponibili, ai fini di stabilire, con valutazione ex ante - e secondo un iter logico-motivazionale del tutto autonomo rispetto a quello seguito nel processo di merito - non se tale condotta integri gli estremi di reato, ma solo se sia stata il presupposto che abbia ingenerato, ancorchè in presenza di errore dell'autorità procedente, la falsa apparenza della sua configurabilità come illecito penale.

CASSAZIONE, SEZIONE IV, 15 MARZO 2022 - *OMISSIS*.

La riparazione per l'ingiusta detenzione fra diritto al silenzio e onere di difendersi collaborando

La Corte di cassazione ha finalmente riconosciuto al diritto al silenzio il suo giusto peso anche nei procedimenti per la riparazione dell'ingiusta detenzione. L'esercizio del diritto di difesa, sebbene soltanto in maniera passiva, non può essere ritenuto una causa ostativa al riconoscimento dell'equa riparazione per l'illegittima detenzione cautelare subita.

Reparation for wrongful custody between the right to silence and the burden of defending by cooperating

The Court of Cassation finally gives the right to silence its due weight even in proceedings for the reparation of wrongful detention. The exercise of the right of defense, although only in a passive manner, cannot be held to be a bar to the awarding of equitable reparation for the unlawful pre-trial detention suffered.

SOMMARIO: 1. Il caso. - 2. La tutela rafforzata del diritto al silenzio. - 3. La causa ostativa alla riparazione e l'onere di difendersi collaborando.

1. *Il caso.* La Corte di appello di L'Aquila aveva negato il diritto alla riparazione per l'ingiusta detenzione sul presupposto che l'indagato si era avvalso, nel corso di due interrogatori, del diritto al silenzio, pur essendo in condizioni di spiegare le ragioni della sua estraneità al reato contestato. Pur legittima, la mancata collaborazione in sede cautelare era stata quindi considerata «improvvida, siccome atta a contribuire all'applicazione e al mantenimento del titolo cautelare».

La Cassazione ha accolto il ricorso presentato contro tale decisione, enunciando due principi di diritto fondati sulla disciplina dell'art. 314 c.p.p.: uno già

consolidato, l'altro, invece, più innovativo nell'attribuire rilievo al diritto al silenzio¹.

Il principio consolidato riguarda la necessità di una valutazione del dolo o della colpa grave ostativi alla riparazione, da compiersi alla luce di tutti gli elementi probatori disponibili e con logica *ex ante*, finalizzata a stabilire se la condotta

¹ Il diritto al silenzio, nella tradizione dottrinale, rappresenta certamente una pietra angolare su cui ben si può misurare la cifra di un sistema processuale. Senza nessuna pretesa di esaustività, per un'analisi della rilevanza sistematica dell'argomento, si rinvia a AMODIO, *Diritto al silenzio o dovere di collaborazione? A proposito dell'interrogatorio dell'imputato in un libro recente*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 411; BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 296; CALAMANDREI, *Processo e giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, I, 289; CARULLI, *La difesa dell'imputato*, Napoli, 1974, 72; CATALANO, *Diritto al silenzio, right not to be questioned e tutela dalla autoincriminazione. Note storico-comparative*, in *Cass. pen.*, 2011, 4018 ss.; CHIAVARIO, *Processo penale e garanzie della persona, II, Le singole garanzie*, Milano, 1982, 169; FERRUA, *Difesa (diritto di)*, in *Dig. disc. pen.*, III, Torino, 1989, 471; ID., *La difesa dell'imputato*, Torino, 1988, 13; GREVI, *Diritto al silenzio dell'imputato sul fatto proprio e sul fatto altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 1136 ss.; ID., «Nemo tenetur se detegere». *Interrogatorio e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972, 118; ILLUMINATI, *I principi generali del processo penale italiano*, in *Pol. dir.*, 1999, p. 305; G. GIOSTRA, *Valori ideali e prospettive metodologiche del contraddittorio in sede penale*, in *Pol. dir.*, 1986, p. 21; G. ILLUMINATI, *In difesa del diritto al silenzio*, in *Ind. pen.*, 1993, 549; ID., *Nemo tenetur se detegere: il pilastro dell'autodifesa nel pensiero di Vittorio Grevi*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1263; MARAFIOTI, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, Torino, 2000, 29; MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Milano, 2004, 42 ss.; MOSCARINI, *Silenzio dell'imputato (diritto al)*, in *Enc. dir.*, Annali, III, Milano, 2010, 1083; PATANE, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Torino, 2006, *passim*; SCAPARONE, *Il II comma dell'art. 24. Il diritto di difesa nel processo penale*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *I rapporti civili*, Bologna-Roma, 1981, 87 ss.; VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale*, in *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, II, Torino, 1960, 1674 ss.; VOENA, *Difesa III) Difesa penale*, in *Enc. giur. Treccani*, X, Roma, 1988, 16.

Di recente, anche Corte cost., n. 117 del 2019, in *Cass. pen.*, 2019, 3228, ha confermato non soltanto che lo *ius tacendi*, pur non espressamente riconosciuto nella Carta fondamentale, costituisce un valore costituzionale in quanto corollario essenziale dell'inviolabilità del diritto di difesa, ma anche che tale diritto deve ritenersi operante in tutti i procedimenti cui possa fare seguito l'applicazione di una sanzione sostanzialmente "punitiva". Cfr. BONZANO, *Nemo tenetur se detegere e procedimento amministrativo: per la Consulta, la sanzione "punitiva" impone il due process of law*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, n. 6, 1448 ss.; CANESCHI, *Nemo tenetur se detegere anche nei procedimenti amministrativi sanzionatori? La parola alla Corte di giustizia*, in *Cass. pen.*, 2020, 579 ss.; CONFALONIERI, *Il nemo tenetur se detegere nel labirinto delle fonti. Riflessioni a margine di Corte cost., ord. n. 117 del 2019*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2020, n. 1, 108 ss.; FALATO, *L'evoluzione della dogmatica processuale nella fisionomia "europea" del diritto al silenzio. Questioni esegetiche da risolvere*, in *questa Rivista*, 2022, n. 1, 1 ss.; LASAGNI, *Prendendo sul serio il diritto al silenzio. Commento a Corte cost. ord. n. 117 del 10 maggio 2019*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2020, n. 2, 135 ss.; SCACCIA, *Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sindacato accentrato di legittimità costituzionale. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2019*, in *Giur. cost.*, 2019, 1428 ss.

processuale dell'accusato sia stata causalmente efficiente nella determinazione dell'errore dell'autorità procedente².

Il secondo, invece, rappresenta una netta cesura rispetto ai precedenti orientamenti³ determinata dall'entrata in vigore del d.lgs. 8 novembre 2021, n. 188⁴ e da una complessiva rivalutazione delle prerogative difensive alla luce della presunzione d'innocenza.

2. La tutela rafforzata del diritto al silenzio. L'art. 4 comma 4 lett. b) del d.lgs. n. 188/2021 ha aggiunto all'art. 314 comma 1 c.p.p.⁵ il seguente periodo:

² Tale assunto è da tempo invalso nelle pronunce di legittimità, quali Cass., sez. IV, 23 gennaio 2017, La Fornara, Rv. n. 268952; ID., sez. IV, 13 novembre 2013, Maltese *ivi* 259082; ID., sez. IV, sent. n. 4194 del 28 gennaio 2008, Gualano e altro, *ivi* 238678; ID., sez. 4, 15 marzo 2007, Marchesi e altro, *ivi* 236508; ID., sez. 4, 25 gennaio 2006, Mazzei e altro, *ivi* 232884; ID., Sez. Un., 15 ottobre 2002, Min. del Tesoro in proc. De Benedictis, *ivi* 222263.

³ Precedentemente, negli orientamenti giurisprudenziali prevaleva l'opposta soluzione in base alla quale «la condotta dell'indagato che, in sede di interrogatorio, si avvalga della facoltà di non rispondere, pur costituendo esercizio del diritto di difesa, può assumere rilievo ai fini dell'accertamento della sussistenza della condizione ostativa del dolo o della colpa grave poiché è onere dell'interessato apportare immediati contributi o riferire circostanze che avrebbero indotto l'Autorità Giudiziaria ad attribuire un diverso significato agli elementi posti a fondamento del provvedimento cautelare» (Cass., sez. 4, sent. n. 24439 del 30 maggio 2018, Stamatopoulou, Rv. n. 273744). Nello stesso senso, anche Cass., sez. 3, sent. n. 44090, del 29 novembre 2011, Messina e altro, *ivi* n. 251325; Cass., sez. 4, sent. n. 47047 del 18 dicembre 2008, Marzola e altro, *ivi* n. 242759.

Tuttavia, anche prima del d.lgs. 188/2021, non sono mancate pronunce di segno diverso in cui è stato riconosciuto che «la scelta difensiva di avvalersi della facoltà di non rispondere non può valere da sola per fondare un giudizio positivo di sussistenza della colpa, [...] soprattutto perché l'imputato e il difensore che hanno esercitato tali strategie hanno esplicito un loro legittimo diritto riconosciuto dalle regole del procedimento penale, e cioè il 'diritto a non rispondere' (art. 64, comma 3, lett. b)» (Cass., sez. 4, 17 ottobre 2006, Ascione, Rv. n. 235390).

In dottrina, quest'ultimo punto di vista è stato condiviso, fra gli altri, anche da TURCO, *L'equa riparazione tra errore giudiziario e ingiusta detenzione*, Milano, 2007, 242.

⁴ Il d.lgs. 8 novembre 2021, n. 188, recante *Disposizioni per il compiuto adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni della direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*, è stato pubblicato in *Gazz. Uff., Serie generale 284*, suppl. ord. n. 40/L, 29 novembre 2021 ed è entrato in vigore il 14 dicembre 2021.

⁵ In dottrina, l'istituto della riparazione per l'ingiusta detenzione è stato analizzato, fra gli altri, da COPPETTA, *La riparazione per l'ingiusta detenzione*, Milano, 1993, *passim*, ID., *La riparazione per l'ingiusta detenzione: punti fermi e disorientamenti giurisprudenziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, n. 4, 1315; CORDERO, *Errore giudiziario e riparazione pecuniaria*, in *Ius*, 1963, 294; DEI CAS, *Sulla riparazione per ingiusta detenzione subita in vista dell'extradizione passiva*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, n. 3, 647; DINACCI, *In tema di legittimazione alla richiesta di riparazione per ingiusta detenzione*, in *Giur. it.*, 1995, II, 488; ID., *La riparazione per l'ingiusta detenzione: ancora troppi silenzi normativi e soluzioni giurisprudenziali inappaganti*, in *Crit. dir.*, 2001, 138; ID., *La riparazione per ingiusta detenzione profili sistematici e spunti*

«l'esercizio da parte dell'imputato della facoltà di cui all'articolo 64, comma 3, lettera b), non incide sul diritto alla riparazione di cui al primo periodo»⁶. Si tratta di una precisazione resa necessaria dall'adeguamento della normativa interna alla Direttiva 2016/343/UE in materia di presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali⁷,

interpretativi, in *Giur. mer.*, 1992, II, 423; FELICIONI, *Condizioni ostative al diritto alla riparazione per ingiusta detenzione ed esercizio del diritto di difesa*, in *Cass. pen.*, 1996, 2146; IASEVOLI, *Aspetti problematici della riparazione per ingiusta detenzione e l'illusorio intervento legislativo*, in *Cass. pen.*, 2001, 1066; MAZZA, *La libertà personale nella Costituzione europea*, in *Profili del processo penale nella Costituzione europea*, a cura di Coppetta, Torino, 2005, 71; MOLINARI, *Considerazioni in tema di riparazioni per l'ingiusta detenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 974; MONTALDI, *Sub art. 314-315, in Commentario al codice di procedura penale*, a cura di M. Chiavario, Torino, 1990, III, 309; ORLANDI, *Sulle condizioni ostative alla riparazione per l'ingiusta detenzione*, in *Giur. it.*, 1997, II, 71; RIVIELLO, *Riparazione per l'ingiusta detenzione*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1997, XII, 327; SANTANGELO, *L'elemento costitutivo della riparazione per ingiusta detenzione e gli effetti della l. n. 479 del 1999*, in *Giur. mer.*, 2001, II, 155; ID., *La riparazione per l'ingiusta detenzione*, in *Giur. mer.*, 2001, IV, 1499; SANTORIELLO, *Un'opportuna precisazione in tema di ingiusta detenzione*, in *Giur. cost.*, 1999, 961; SCOMPARIN, *La riparazione per ingiusta detenzione*, in *Libertà e cautele nel processo penale*, a cura di M. Chiavario, Torino, 1996, 398; SODANI, *Riparazione per l'ingiusta detenzione*, Torino, 1992, *passim*; SPAGNOLO, *La riparazione per ingiusta detenzione: verso una tutela sostanziale del diritto alla libertà personale*, in *Leg. pen.*, rivista on-line del 8.11.2017, 1; SPANGHER, *La vittima del processo per ingiusta e illegale detenzione*, in *La vittima del processo. I danni da attività processuale penale*, a cura di G. Spangher, Torino, 2017, 197; TURCO, *L'equa riparazione tra errore giudiziario e ingiusta detenzione*, cit., *passim*; ZANETTI, *La riparazione dell'ingiusta custodia cautelare*, Padova, 2002, *passim*.

⁶ Per un'analisi del d.lgs. n. 188/2021 v. BACCARI, *Le nuove norme sul rafforzamento della presunzione di innocenza dell'imputato*, in www.diritto penale contemporaneo.it, 2022, 167-168; FILIPPI, *Quale presunzione di innocenza?*, in www.penaledp.it, 11 novembre 2021; GALLUCCIO, *Presunzione di innocenza: tra giustizia e informazione*, in www.dirittifondamentali.it, 20 dicembre 2021; PORCU, *L'adeguamento della normativa nazionale alla direttiva sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza*, in www.ilpenalista.it, 9 dicembre 2021; RESTA, *Il "compiuto" adeguamento alla direttiva 2016/343/UE sulla presunzione d'innocenza*, in www.giustiziainsieme.it, 14 dicembre 2021; ROMBI, *Riflessioni a prima lettura sul d.lgs. 8 novembre 2021, n. 188 un timido restyling della disciplina a tutela della presunzione di innocenza*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, n. 2, 589; SPATARO, *Commento al Decreto Legislativo 8 novembre 2021, n. 188*, in www.giustiziainsieme.it, 14 dicembre 2021.

⁷ Tra i primi commenti alla Direttiva (UE) 2016/343 in G.U.U.E., 11 marzo 2016 L 65, cfr. CAMALDO, *Presunzione di innocenza e diritto di partecipare al giudizio: due garanzie fondamentali del giusto processo in un'unica Direttiva dell'Unione europea*, in www.diritto penale contemporaneo.it, 23 marzo 2016; DE CARO, *La recente direttiva europea sulla presunzione di innocenza e sul diritto alla partecipazione al processo*, in www.quotidianogiuridico.it, 23 febbraio 2016; DELLA TORRE, *Il paradosso della direttiva sul rafforzamento della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo: un passo indietro rispetto alle garanzie convenzionali?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1835 ss.; FANCIULLO, *Il principio della presunzione di innocenza e i suoi corollari alla luce della direttiva (UE) 2016/343: un'occasione mancata?*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2016, 557; VALENTINI, *La presunzione d'innocenza nella Direttiva n. 2016/343/UE: per aspera ad astra*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, fasc. 6, 193.

Sulla proposta di direttiva si era già soffermato, con toni critici, MAZZA, *Una deludente proposta in tema*

Il diritto al silenzio, pur costituendo un connotato fondamentale dell'equo processo⁸, ha trovato il suo espresso riconoscimento in ambito europeo soltanto nell'art. 7 par. 1 della Direttiva 2016/343/UE, in base al quale «gli Stati membri assicurano che agli indagati o imputati sia riconosciuto il diritto di restare in silenzio in merito al reato che viene loro contestato».

Nell'ordinamento interno, allo *ius tacendi* viene da sempre riconosciuta sicura rilevanza costituzionale⁹, sottolineando come l'esercizio di tale facoltà «non dovrebbe in alcun modo arrecare pregiudizio al suo titolare»¹⁰.

Sebbene la facoltà di non rispondere rappresenti una diretta estrinsecazione del diritto di difesa (art. 24 comma 2 Cost.)¹¹ e una ineliminabile proiezione

di presunzione d'innocenza, in *questa Rivista*, 2014, fasc. 3, 6, denunciando come, anche in merito al diritto di autodifesa passiva, il legislatore europeo peccasse di «eccesso di 'timidezza' e di un appiattimento su alcune decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo che non possono certo essere considerate esempi di garantismo».

⁸ Si deve, infatti, alla Corte di Strasburgo l'affermazione che il diritto al silenzio si colloca al cuore dall'art. 6 comma 1 Cedu: cfr. Corte Edu, 25 febbraio 1993, Funke c. Francia, § 44; Corte Edu, Grande Camera, 11 giugno 2006, Jalloh c. Germania, § 100.

Nell'art. 14 comma 3 lett.g) Patto inter. dir. civ. pol., invece, si rinviene l'esplicita affermazione che ogni individuo accusato di un reato ha diritto «a non essere costretto a deporre contro se stesso od a confessarsi colpevole».

In dottrina, sull'argomento, CHOO, *The Privilege Against Self-Incrimination and Criminal Justice*, Oxford-Portland, 2013, 61; LUPARIA, *La confessione dell'imputato nel sistema processuale penale*, Milano, 2006, p. 19.

⁹ C. cost., sent. 26 giugno 2002, n. 291, in *Cass. pen.*, 2002, 3434: «il principio del *nemo tenetur se detegere* è un corollario essenziale dell'inviolabilità del diritto di difesa, destinato a prevalere anche ove dovesse in concreto comportare l'impossibilità di acquisire una prova nella peculiare situazione di reati commessi da più persone in danno reciproco le une delle altre». V. anche C. cost., sent. 2 novembre 1998, n. 361, in *Cass. pen.*, 1999, 43.

¹⁰ MAZZA, *Interrogatorio dell'imputato*, in *Enc. dir., Annali*, III, Milano, 2010, 751. Della stessa opinione, pur se con diversi accenti, sono CHIAVARIO, *Diritti fondamentali e processo penale italiano: appunti per una sintesi* (1992), in *ID.*, *Garanzie ed efficienza della giustizia penale. Temi e problemi*, Torino, 1998, 22; CORSO, *Diritto al silenzio*, in *Ind. pen.*, 1999, 1083; GREVI, «Nemo tenetur se detegere», cit., 126; NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974, 345 ss.

¹¹ Come unanimemente riconosciuto da AMODIO, *Diritto al silenzio o dovere di collaborazione? A proposito dell'interrogatorio dell'imputato in un libro recente*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 411; BEVERE, *L'onus probandi dell'imputato nel nuovo processo in rapporto al suo diritto al silenzio e alla presunzione di non colpevolezza*, in *Crit. dir.*, 1989, n. 50-52, 18; CANESCHI, *L'imputato*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Ubertis e Voena, Milano, 2021, 101; CARULLI, *La difesa dell'imputato*, cit., 72; CORDERO, *Procedura penale*, 1987, Milano, 226; P.M. CORSO, *Diritto al silenzio*, cit., 1080; DI CHIARA, *L'imputato e il diritto di difesa: il telaio dell'art. 24 Cost. e il "nuovo" catalogo dei diritti dell'accusato*, in *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, a cura di Fiandaca-Di Chiara, Napoli, 2003, 292; DINACCI, *Involuzioni giudiziarie: l'annullamento del diritto al silenzio*, in *Giust. pen.*, 1984, III, 397; DI RONZA, *Partecipazione e difesa dell'imputato nel processo penale*, Napoli,

della presunzione di non colpevolezza (art. 27 comma 2 Cost.)¹², il mancato contributo conoscitivo dell'accusato continua ad essere oggetto di valutazioni giudiziali negative, non solo nel senso di precludere il diritto alla riparazione per l'ingiusta detenzione, ma anche sul piano della mancata concessione di tutti quei benefici premiali che sono invece riconosciuti a chi decide di collaborare alla propria condanna¹³.

Si è così determinato un evidente scollamento fra il piano dei principi, sul quale il diritto al silenzio è involabile, è quello della prassi giudiziaria, in cui l'imputato continua a essere "punito" per l'esercizio dello *ius tacendi*: «la volizione dell'interrogato risulta infatti condizionata in positivo dalla blandizie del trattamento di favore, dell'impunità o delle riduzioni di pena, e in negativo dall'idea che il silenzio venga sanzionato da un'eventuale condanna 'senza sconti' o dalla piena e immediata esecuzione delle misure cautelari»¹⁴.

1978, 41 ss.; FERRUA, *Difesa (diritto di)*, in *Dig. disc. pen.*, cit., 471; GIARDA, *Gli effetti indotti nel processo penale dalle norme sulla rilevanza del pentimento del reo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 1344; GREVI, *Il diritto al silenzio dell'imputato sul fatto proprio e sul fatto altrui* (1998), in ID., *Alla ricerca di un processo penale «giusto». Itinerari e prospettive*, Milano, 2000, 205 ss.; ILLUMINATI, *I principi generali del sistema processuale penale italiano*, in *Pol. dir.*, 1999, 305 ss.; MARAFIOTTI, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, cit., 29; MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., 46; PALADIN, *Autoincriminazioni e diritto di difesa*, in *Giur. cost.*, 1965, 312; PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, cit., 81 ss.; PRESUTTI, *Autodifesa giudiziaria*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, I, 234 ss.; RICCIO, *Autodifesa dell'imputato e Costituzione* (1977), in ID., *Processo penale e modelli di partecipazione*, Napoli, 1977, 176 ss.; SCAPARONE, *Evoluzione ed involuzione del diritto di difesa*, cit., 25 ss.; UBERTIS, "Nemo tenetur se detegere" e *dialettica probatoria* (1994), in ID., *Verso un "giusto processo" penale*, Torino, 1997, 68; VOENA, *Difesa: III Difesa penale*, in *Enc. giur.*, cit., 16 ss.

Nella giurisprudenza costituzionale, v., ad esempio, C. cost., n. 202 del 2004, in *Giur. cost.*, 2004, p. 2063; C. cost., n. 485 del 2002, *ivi*, 2002, p. 4028; C. cost., n. 291 del 2002, *ivi*, 2002, p. 2106; C. cost., n. 361 del 1998, *ivi*, 1998, p. 3122; C. cost., n. 267 del 1994, *ivi*, 1994, 2180.

¹² Così, ad esempio, CHIAVARIO, *La presunzione d'innocenza nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. it.*, 2000, 1089; GREVI, «Nemo tenetur se detegere», cit., 46; ID., *Garanzie individuali ed esigenze di difesa sociale nel processo penale*, in *Alla ricerca di un processo penale «giusto»*, Milano, 2000, 7; ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1975, 191 ss.; ID., *I principi generali del sistema processuale penale italiano*, in *Pol. dir.*, 1999, 305 ss.; MAZZA, *Interrogatorio dell'imputato*, cit., 724; NOBILI, *Spunti per un dibattito sull'art. 27 comma 2 della Costituzione*, in *Il Tommaso Natale*, 1978, 883; PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2008, 68 ss. e 119 ss.

¹³ FERRAJOLI, *Ravvedimento processuale e inquisizione penale*, in *Quest. giust.*, 1982, 219, sostiene che «i premi e le promesse sono strumenti di persuasione meno violenti e brutali della tortura con cui nell'antico processo inquisitorio veniva estorta la confessione dell'imputato. È indubbio, però, che essi hanno in comune la tortura il fatto di esercitare una pressione sulla coscienza e sulla volontà dell'imputato, soprattutto se detenuto».

¹⁴ MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., 359.

Altrettanto discutibile risulta l'attribuzione di un valore probatorio al rifiuto di rispondere alle domande¹⁵, soluzione peraltro avallata anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Il giudice di Strasburgo, in più occasioni, ha affermato che l'esercizio del diritto al silenzio è valutabile insieme ad altri elementi di prova a carico, qualora questi ultimi siano talmente gravi da richiedere una spiegazione difensiva¹⁶.

Nonostante le deviazioni applicative, il silenzio serbato dall'imputato dovrebbe rimanere «un dato neutro»¹⁷ sul quale ogni massima d'esperienza protesa a inferire che «chi è accusato essendo innocente ha interesse a dare la più ampie dimostrazioni della propria innocenza» non coglie nel segno. Queste generalizzazioni del senso comune sono largamente opinabili e dunque non possono condurre a sostenere logicamente che la reticenza dell'imputato fornisca un elemento a sostegno dell'ipotesi di colpevolezza, essendo del tutto insondabili le ragioni per le quali un accusato possa voler rimanere in silenzio¹⁸.

In tal senso, anche PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di «ravedimento»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 541, ha ritenuto che nel caso della concessione dei benefici premiali in cambio della collaborazione processuale dell'inquisito, rispetto alla tortura, alle violenze e all'uso distorto della carcerazione preventiva, «il contenuto è certo di segno diametralmente opposto: non la minaccia, ma la speranza, non la violenza, ma la mitezza costituiscono il veicolo di penetrazione. L'inquisizione si è fatta soave, ma la logica è la stessa, ispirata all'intervento diretto sull'imputato che viene sollecitato a trasformarsi in mezzo di prova, a rendersi cooperatore attivo della ricerca processuale sotto la pressione di stimoli 'adeguati».

¹⁵ Anche di recente, Cass., sez. VI, 26 giugno 2019, Arena, Rv. n. 276381, ha ricordato come «in tema di libero convincimento, al giudice non sia precluso di valutare la condotta processuale dell'imputato coniugandola con ogni altra circostanza sintomatica, con la conseguenza che egli ben possa considerare, in concorso di altri elementi, la portata significativa del silenzio serbato su circostanze potenzialmente idonee a scagionarlo». Alla stessa stregua, anche Cass., sez. 3, 22 ottobre 2019, C., Rv. n. 277259, ha evidenziato che «in tema di valutazione delle prove, il silenzio serbato dall'imputato in sede di interrogatorio non può essere utilizzato come elemento di prova a suo carico, ma da tale comportamento processuale il giudice può comunque trarre argomenti utili per la valutazione di circostanze "aliunde" acquisite, senza che ciò possa determinare alcun sovvertimento del riparto dell'onere probatorio».

¹⁶ Il riferimento è a Corte EDU, 8 febbraio 1996, John Murray c. Regno Unito, § 47, e a Corte EDU, Sez. IV, 7 luglio 2015, O' Donnell v. Regno Unito § 48.

¹⁷ DOMINIONI, Sub art. 64-65, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, diretto da Amodio e Dominioni, I, Milano, 1990, 404-405, il quale, però, ritiene che «la mancata risposta a una domanda può confluire, quando assuma uno specifico significato, nella valutazione della credibilità di altre dichiarazioni».

¹⁸ Per ben più ampie riflessioni sul tema si rinvia all'ampia trattazione di GREVI, «Nemo tenetur se detegere», cit., 54 ss.

Sul tema si sono soffermati, fra gli altri, anche MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., 371; MONTALBANO, *La confessione nel diritto vigente*, Napoli, 1958, 69-70.

A maggior ragione, anche prima della recente modifica dell'art. 314 comma 1 c.p.p., l'esercizio del diritto al silenzio non poteva integrare una causa ostativa al riconoscimento del diritto all'equa riparazione, pena la violazione non solo del diritto di difesa, ma anche della presunzione d'innocenza che, quale regola di giudizio imposta dall'art. 27 comma 2 Cost., impedisce «qualunque inferenza tratta dalla scelta di non svolgere l'autodifesa 'attiva' e, quindi, di non rispondere alle domande poste in sede di interrogatorio»¹⁹.

3. La causa ostativa alla riparazione e l'onere di difendersi collaborando. Dopo la riforma dell'art. 314 comma 1 c.p.p. e il conseguente mutamento degli indirizzi giurisprudenziali rappresentato dalla sentenza in commento, occorre interrogarsi sulla residua possibilità che il comportamento processuale dell'imputato possa essere valutato quale causa ostativa al diritto alla riparazione per l'ingiusta detenzione.

Il timore è che non tanto l'esercizio del diritto al silenzio, quanto la mancata produzione di elementi a discarico possa essere ancora valorizzata per limitare un diritto che, al contrario, dovrebbe essere incondizionato a fronte sia della illegittimità della detenzione cautelare stabilita nel relativo procedimento incidentale sia della sua ingiustizia sostanziale attestata dall'esito del processo.

L'obiettivo politico dell'interprete dovrebbe essere quello di impiegare l'istituto della riparazione non solo per fini risarcitori, ma anche quale deterrente rispetto all'uso eccessivo e spesso disinvoltato della detenzione in attesa di giudizio. La giurisprudenza è stata finora orientata proprio in senso opposto, restringendo i casi di riparazione, onerando l'imputato del compito di dimostrare tempestivamente la sua innocenza e finendo per legittimare l'impiego della custodia cautelare su vasta scala.

Soprattutto il tema dell'onere della prova si presta a concettualizzazioni elusive non solo della presunzione d'innocenza, ma anche del diritto di difesa.

Pur senza affermarlo espressamente, nel procedimento incidentale delineato dall'art. 314 c.p.p., il fatto costitutivo sembra essere l'ingiustizia della detenzione e il relativo onere della prova viene surrettiziamente posto a carico del richiedente. In realtà, l'ingiustizia dovrebbe essere semplicemente desunta dall'esito del procedimento cautelare o di quello principale, ma è proprio il

¹⁹ MAZZA, *Interrogatorio dell'imputato*, cit., 751.

Analogamente, GREVI, «Nemo tenetur se detegere», cit., 125; ILLUMINATI, *Presunzione di innocenza dell'imputato*, cit., 191 ss.; ID., *Presunzione di non colpevolezza*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1991, 9.

tema della determinazione dell'errore giudiziario per dolo o colpa grave, ossia di un fatto impeditivo secondo l'inequivoca formulazione dell'art. 314 comma 1 c.p.p., che apre un ulteriore tema di prova sul quale si radica un vero e proprio onere di difesa in capo al richiedente che richiama il criterio di vicinanza della prova²⁰.

Si finisce così per addebitare all'inquisito la responsabilità di non aver allegato quelle evidenze a discarico che avrebbero potuto smentire l'impianto accusatorio e, dunque, risparmiargli la perdita, benché momentanea, della libertà, salvo introdurre un'ulteriore specificazione: il comportamento colposo dell'imputato può essere ritenuto grave soltanto se, come nel rapporto tra il creditore e il debitore regolato dagli artt. 2056 e 1227 c.c.²¹, abbia ingenerato o concorso a ingenerare la falsa apparenza del reato²². Dunque, deve trattarsi di una prova che sarebbe stata in grado di scardinare l'impostazione accusatoria, diversamente si continuerebbe a negare il diritto alla riparazione a chi si è avvalso del diritto di autodifesa passiva.

²⁰ Si tratta di un criterio enucleato dalla giurisprudenza nell'ambito del processo civile utile per stabilire come possano essere distribuiti, fra le parti, i carichi di prova: Cass. civ., sez. VI, 9 gennaio 2020, in *Mass. Uff.* n. 656455-01; ID., sez. III, 11 marzo 2020, *ivi* n. 657157-01; ID., sez. L., 24 giugno 2020, *ivi* n. 658001-01; ID., Sez. Un., 30 ottobre 2001, in *Foro it.*, 2002, n. 3, p. 769. In dottrina, fra i tanti, v. BESSO, *La vicinanza della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1383 ss.

²¹ Sul punto, TURCO, Sub art. 314, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda e Spangher, Tomo I, Milano, 2017, 3646, ricorda come nel procedimento per l'ingiusta detenzione si traduca «il principio di autoresponsabilità, secondo l'antico brocardo *quis ex cula sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire*». L'Autrice afferma, allora, che «la valutazione del comportamento tenuta dal soggetto che abbia subito la privazione della libertà personale, poi risultata senza titolo, prima o nel corso della detenzione, quando insti per l'attribuzione di una somma a titolo di equa riparazione, deve seguire non i canoni di giudizio propri del processo penale, finalizzato ad accertare se taluno abbia commesso un reato, bensì quelli civilistici».

In generale, sulla natura civilistica del procedimento per la riparazione, cfr. COPPETTA, *La riparazione*, cit., 257; JANNELLI, *Sulla natura civilistica e pubblicistica del procedimento riparatorio: la Corte di cassazione alle soglie di un nuovo cambiamento di rotta?*, in *Cass. pen.*, 1995, 2982 ss.; VANINI, *La detenzione ingiusta. Il procedimento riparatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 657 ss. Riconosce invece al rito una natura ibrida, ZANETTI, *La riparazione dell'ingiusta custodia cautelare*, cit., 196.

²² Di recente Cass., sez. IV, 20 dicembre 2021, M., Rv. n. 282557 - 01, ha specificato che «il giudice, ai fini del riconoscimento della colpa grave ostativa all'indennizzo nella mancata risposta dell'indagato all'interrogatorio di garanzia, deve individuare le circostanze taciute, utili ad attribuire un diverso significato agli elementi posti a fondamento del provvedimento cautelare. (Fattispecie in cui il provvedimento impugnato aveva dato rilievo alla mancata indicazione di un alibi, che la Corte ha rilevato potrebbe anche non esistere)».

Come detto, la riforma dell'art. 314 comma 1 c.p.p. non è sufficiente per escludere che riemerge questa impostazione nella valutazione di altri comportamenti colposi diversi dal puro e semplice esercizio del diritto al silenzio. È fin troppo facile prevedere che il legislatore dovrà nuovamente intervenire nel definire il concetto di colpa grave (e di dolo) se vorrà realmente assicurare anche la finalità politica della riparazione per l'ingiusta detenzione.

Nella prospettiva di una complessiva riscrittura della disciplina dell'istituto orientata al rispetto dei principi fondamentali, tra i quali va ovviamente annoverata anche l'inviolabilità della libertà personale, andrebbe esteso il concetto di illegittimità della custodia cautelare fino a ricomprendervi l'assenza delle relative esigenze. L'art. 314 comma 2 c.p.p. richiama, infatti, solo le condizioni di applicabilità fissate negli artt. 273 e 280 c.p.p.

Sebbene questa previsione abbia segnato «un salto di qualità nella tutela della libertà personale che viene così garantita a prescindere dall'affermazione o meno della colpevolezza del soggetto»²³, non è bastata per garantire un giusto indennizzo anche a chi abbia subito la carcerazione in assenza delle esigenze cautelari di cui all'art. 274 c.p.p. o in violazione dei criteri di proporzionalità e di adeguatezza indicati nell'art. 275 c.p.p.²⁴.

Senza dimenticare l'ingiustizia causata da una detenzione protrattasi oltre i termini massimi di cui agli artt. 292 comma 2 lett. d), 303 e 304 c.p.p., o nonostante l'omesso interrogatorio, come previsto dall'art. 302 c.p.p., o infine, nonostante il sopraggiungere delle vicende estintive, in sede di riesame, disciplinate nell'art. 309 comma 5, 9 e 10 c.p.p.

Solo dando la massima espansione all'istituto si potrà conseguire anche l'obiettivo "politico" di relegare davvero la detenzione *ante iudicium* al ruolo di *extrema ratio*.

Ludovica Tavassi

²³ DI CHIARA, *Attualità del pensiero di Francesco Carrara in tema di riparazione dell'ingiusto carcere preventivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 1422.

²⁴ Tali mancanze sono state rilevate anche da COPPETTA, *Sub art. 314*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di Illuminati e Giuliani, Milano, 2020, 1498; F.R. DINACCI, *La riparazione per ingiusta detenzione: profili sistematici e spunti interpretativi*, cit., 433; MAZZA, *La libertà personale nella Costituzione europea*, cit., 72; MONTALDI, *Sub artt. 314-315*, cit., 316; RIVELLO, *Riparazione per ingiusta detenzione*, cit., 337.