

## QUESTIONI APERTE

---

### Riparazione per ingiusta detenzione

#### La decisione

**Riparazione per ingiusta detenzione - diritto di difesa - diritto al silenzio - interrogatorio - condotta ostativa** (Dichiarazione dei diritti umani art. 11 par. 1; Patto dei diritti civili e politici art. 9 par. 5, art. 14 par. 2; C.E.D.U. art. 6 par. 2; D. (UE) 2016/343; Cost. artt. 2, 13, 24 c. 4; 27; C.p.p. 64, 65, 284, 286, 314, 315, 643; C. c. art. 2059; D. lgs. 188/2021).

*Il giudice nella valutazione sulla riparazione per ingiusta detenzione, per stabilire se chi l'ha subita abbia dato o concorso a darvi causa con dolo o colpa grave, deve considerare tutti gli elementi probatori disponibili, al fine di stabilire ex ante se la condotta tenuta sia stata il presupposto o se abbia generato la falsa apparenza di un coinvolgimento nel reato. Tra questi elementi non può trovare spazio un comportamento corrispondente a una delle facoltà di legge che vengono attribuite all'indagato, in particolare l'esercizio della facoltà di non rispondere.*

CASSAZIONE, SEZIONE QUARTA, 15 marzo 2022 (ud. 8.02.2022), n. 8616, DOVERE, *Presidente* - ROMANO Sostituto P.G. - Radu, *Ricorrente*

#### Il diritto di esercitare il diritto

La Suprema Corte si è pronunciata annullando con rinvio la sentenza della Corte territoriale che aveva escluso il diritto alla riparazione per ingiusta detenzione senza aver effettuato una compiuta verifica e un adeguato comparazione degli elementi valorizzati in sede cautelare e in sede di merito. La Corte, in particolare, aveva omesso di indicare quali comportamenti, oltre al silenzio dell'istante in sede di interrogatorio, fossero idonei e causalmente collegati all'applicazione della misura cautelare e al successivo mantenimento.

*The right to exercise the law*

*The Supreme Court nullified the decision of the local Court, which had excluded the right to compensation for unjust imprisonment without having carried out a thorough verification and an adequate comparison of the elements of the precautionary measures and related to the trial. In particular, the Court had failed to indicate which conduct, apart from the applicant's silence during questioning, was suitable and causally linked to the application of the precautionary measure and to the subsequent maintenance.*

**SOMMARIO:** 1. La sentenza. - 2. La Direttiva UE 2016/343 e il d.lgs. 188/2021. - 3. Brevi note sul diritto al silenzio. - 4. Il diritto di esercitare il diritto. - 5. Conclusioni.

1. *La sentenza.* La Corte di Cassazione ha annullato con rinvio la sentenza della Corte d'Appello di L'Aquila che aveva rigettato la richiesta di riparazione ex art. 314 c.p.p. del sig. R. presentata in ragione della detenzione da quest'ultimo subita. La Corte territoriale aveva escluso il diritto alla riparazione sulla base del silenzio tenuto dal richiedente in due interrogatori cui era stato sottoposto;

il sig. R non aveva fornito, dato il silenzio, elementi utili a contrastare la ricostruzione effettuata dall'accusa e non aveva in alcun modo spiegato le circostanze che lo legavano ai fatti contestati e agli autori del reato anche a lui attribuito. La Corte d'Appello per pronunciarsi aveva considerato gli elementi richiamati nell'ordinanza cautelare (riprese video, riconoscimento dei soggetti imputati a titolo di concorso del reato, la circostanza per cui questi soggetti convivevano con il richiedente, il possesso del sig. R delle chiavi dell'auto utilizzata per commettere il reato, il silenzio serbato nei due interrogatori effettuati). Secondo la Corte, in ragione degli elementi sopra descritti, sosteneva che il sig. R avrebbe potuto, in sede di interrogatorio, spiegare quantomeno il rapporto esistente tra lui e gli altri soggetti imputati, cercando di coadiuvare l'organo procedente, contribuendo a evitare che lo stesso incorresse nell'errore poi commesso, di considerare responsabile il sig. R.

La Corte di Cassazione ha ritenuto fondato il motivo prospettato dal difensore del sig. R, volto a criticare la ricostruzione effettuata dalla Corte di Appello.

La Suprema Corte ha, inizialmente, richiamato la normativa di riferimento, sottolineando quali sono gli elementi da valutare per comprendere se chi ha patito la detenzione vi abbia dato causa o abbia concorso a darvi causa con dolo o colpa grave. La Corte ha sottolineato che per stabilirlo occorre «valutare tutti gli elementi probatori disponibili, al fine 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»<sup>1</sup>. In sostanza, ciò che deve essere valutato per scegliere se attribuire la riparazione di cui all'art. 314 c.p.p. non sono gli elementi probatori utili ad accertare la responsabilità penale, ma i soli idonei a verificare l'esistenza e l'entità di comportamenti che abbiano contribuito (anche se nella già errata azione dell'autorità procedente) a rafforzare il quadro indiziario. Gli elementi probatori disponibili devono essere apprezzati al solo scopo di verificare la sussistenza di condotte tali da generare un convincimento ancor più forte nell'autorità.

Nel caso di specie, la Corte territoriale avrebbe ommesso di comparare gli elementi fondanti l'ordinanza cautelare con quelli accertati nel merito e ha

---

<sup>1</sup> Cass., sez. IV, 15 marzo 2022, Radu, in questa *Rivista*.

motivato il rigetto della richiesta di riparazione esclusivamente in relazione al comportamento del sig. R. che, rispetto ai soli elementi emersi in sede cautelare, ben avrebbe potuto attivarsi evitando che l'accusa incorresse nell'errore di considerarlo in quel momento responsabile. La Corte territoriale, quindi, secondo quanto sostenuto dalla Suprema Corte avrebbe ommesso di individuare comportamenti, diversi dal silenzio, che seppur penalmente neutri, avrebbero contribuito all'applicazione della misura e al mantenimento.

*2. La Direttiva UE 2016/343 e il d.lgs. 188/2021.* La sentenza in commento è figlia del d.lgs. 188/2021<sup>2</sup> che ha, quale funzione principale, l'adeguamento dell'ordinamento alla Direttiva UE 2016/343<sup>3</sup> sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali. La Direttiva in questione segue e implementa, concretizzandolo, sia quanto già stabilito nell'art. 82 par. 2 lett. b) TFUE<sup>4</sup> volto a facilitare il riconoscimento e le decisioni giudiziarie degli altri Stati membri per garantire norme minime di tutela, (tra le altre) anche dei diritti della persona, sia le misure già auspiccate dalla Commissione europea nel 2013<sup>5</sup> volte a

---

<sup>2</sup> D. lgs. 8 novembre 2021 n. 188, entrato in vigore il 14 dicembre 2021.

<sup>3</sup> D. UE del Parlamento europeo e del Consiglio, 9 marzo 2016 n. 343.

<sup>4</sup> Art. 82 par.1-2 TFUE: «1. La cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione è fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e include il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri nei settori di cui al paragrafo 2 e all'articolo 83.

Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano le misure intese a: a) definire norme e procedure per assicurare il riconoscimento in tutta l'Unione di qualsiasi tipo di sentenza e di decisione giudiziaria; b) prevenire e risolvere i conflitti di giurisdizione tra gli Stati membri; c) sostenere la formazione dei magistrati e degli operatori giudiziari; d) facilitare la cooperazione tra le autorità giudiziarie o autorità omologhe degli Stati membri in relazione all'azione penale e all'esecuzione delle decisioni.

2. Laddove necessario per facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione transnazionale, il Parlamento europeo e il Consiglio possono stabilire norme minime deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria. Queste tengono conto delle differenze tra le tradizioni giuridiche e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri.

Esse riguardano: a) l'ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati membri; b) i diritti della persona nella procedura penale; c) i diritti delle vittime della criminalità; d) altri elementi specifici della procedura penale, individuati dal Consiglio in via preliminare mediante una decisione; per adottare tale decisione il Consiglio delibera all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo.

L'adozione delle norme minime di cui al presente paragrafo non impedisce agli Stati membri di mantenere o introdurre un livello più elevato di tutela delle persone [...]».

<sup>5</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e

incrementare le garanzie dei soggetti indagati o imputati nei procedimenti penali dell'ambito dello "spazio europeo di giustizia"<sup>6</sup>.

La Direttiva ha l'obiettivo di ribadire e rafforzare il principio, già espresso, sia nel TFUE sia nella Carta di Nizza<sup>7</sup>, della presunzione di non colpevolezza. Nell'art. 3 della Direttiva si legge, infatti, che «gli Stati membri assicurano che agli indagati e imputati sia riconosciuta la presunzione di innocenza fino a quando non sia stata legalmente provata la loro colpevolezza». In merito al contenuto della Direttiva ci sono stati diversi dibattiti, ma dal testo divenuto definitivo emerge la volontà di dare un ampio respiro alla presunzione di non colpevolezza. Infatti, nel testo convergono considerazioni specifiche sia temporali, volte cioè a precisare che la Direttiva riguarda ogni procedimento penale, dal momento in cui il soggetto è indagato o imputato al momento della definitività della pronuncia di condanna<sup>8</sup>, sia pratiche, ossia relative ai riferimenti che possono esser fatti in pubblico circa la colpevolezza di un soggetto, la possibilità di divulgare informazioni su procedimenti penali<sup>9</sup> e sulla presentazione degli indagati e degli imputati in tribunale e in pubblico<sup>10</sup>. Nella Direttiva<sup>11</sup> viene anche specificato che è l'accusa a dover provare la colpevolezza del soggetto, oltre ad avere l'obbligo (congiuntamente al Tribunale) di acquisire elementi anche a discarico del soggetto.

Tra i corollari della presunzione di innocenza sono individuati, nella Direttiva, all'art. 7, il diritto di rimanere in silenzio e il diritto di non autoincriminazione. L'articolo sopra citato puntualizza non solo che è necessario che tutti gli Stati assicurino ai soggetti indagati o imputati il diritto di restare in silenzio in relazione a quanto contestato, ma anche che godano, appunto, del diritto di non autoincriminarsi.

Strettamente correlati ai due diritti fondamentali appena richiamati (nei primi

---

sociale europeo e al Comitato delle regioni. Progredire nell'attuazione dell'agenda dell'unione europea sulle garanzie procedurali per indagati e imputati – rafforzare le basi dello spazio europeo di giustizia penale.

<sup>6</sup> FANCIULLO, *La direttiva (UE) 2016/343 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*, in *www.rivista.eurojus.it*, 2016, 1-2.

<sup>7</sup> Art. 48 Carta di Nizza: «1. Ogni imputato è considerato innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente provata. 2. Il rispetto dei diritti della difesa è garantito a ogni imputato».

<sup>8</sup> Art. 2, direttiva 9 marzo 2016, n. 343.

<sup>9</sup> Art. 4, direttiva 9 marzo 2016, n. 343.

<sup>10</sup> Art. 5, direttiva 9 marzo 2016, n. 343.

<sup>11</sup> Art. 6, direttiva 9 marzo 2016, n. 343.

due paragrafi dell'art. 7) vi sono tre precipitati altrettanto importanti, di cui non era possibile evitare l'attuazione nel d.lgs. che ha recepito la Direttiva. Il primo concerne il diritto di non autoincriminarsi: viene sottolineato che l'esercizio del predetto diritto non impedisce all'organo procedente di raccogliere prove in merito all'imputazione, prove che esisterebbero a prescindere dalla volontà dell'indagato o dell'imputato. Il secondo precisa che le autorità giudiziarie possono tenere conto del comportamento collaborativo degli indagati o imputati. Infine, il terzo chiarisce che l'esercizio, da parte degli indagati o imputati, dei diritti fondamentali del silenzio e della non autoincriminazione «non può essere utilizzato contro di loro e non è considerato quale prova che essi abbiano commesso il reato ascritto loro»<sup>12</sup>.

La Direttiva si è mossa, dunque, sulla scia di quella concretizzazione delle tutele da approntare a indagati e imputati che già, quantomeno in astratto, godono dei diritti sopra individuati.

Seppur con un *excursus* piuttosto rapido, la presunzione di innocenza, quale diritto fondamentale, si rinviene nell'art. 11 par. 1 della Dichiarazione universale dei diritti umani<sup>13</sup> e nell'art. 14 par. 2 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici<sup>14</sup>. Ancora, nell'art. 6 CEDU nel par. 2 che disciplina in maniera chiara e precisa la presunzione di innocenza: «ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata». L'art. 48 della Carta di Nizza afferma che «ogni imputato è considerato innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente provata». Nel nostro ordinamento, l'art. 27 della Costituzione nel secondo comma norma che l'imputato non debba esser considerato colpevole fino alla pronuncia di condanna definitiva<sup>15</sup>.

Ma qual è la portata di questi articoli, o meglio di questo principio<sup>16</sup>?

Il principio di non colpevolezza può essere definito, come ha fatto parte della dottrina, «il cardine dell'ordinamento processuale moderno poiché ad esso sono evidentemente collegate le più importanti garanzie che tutelano,

<sup>12</sup> Art. 7, direttiva 9 marzo 2016, n. 343.

<sup>13</sup> Dichiarazione universale dei diritti umani, Parigi, 10 dicembre 1948.

<sup>14</sup> Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, New York, 16 dicembre 1966.

<sup>15</sup> Corte cost., 22 giugno 1972, n. 124, ha interpretato la disposizione nel senso di dover considerare l'imputato solo come tale, né colpevole, né innocente; MAZZA, *La presunzione d'innocenza messa alla prova*, in *Dir. pen. cont.*, 9 aprile 2019, 1s.

<sup>16</sup> Sul principio di non colpevolezza, PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2009, *passim*.

direttamente, l'imputato e, mediamente, la correttezza dell'accertamento»<sup>17</sup>. La presunzione di innocenza può essere considerata come una regola di trattamento e come una regola di giudizio<sup>18</sup>. Per quanto concerne la prima, evita che la limitazione della libertà personale disposta prima della condanna definitiva, possa avere una funzione di anticipazione dell'irrogazione della pena<sup>19</sup>. La significatività della tutela approntata dipende e assume un'importanza centrale ancor più evidente se si pensa all'eccessiva durata dei processi che ritardando il momento della sentenza definitiva (e conseguentemente anche dell'esecuzione della pena) così da lasciare spazio a prassi contrarie a quanto sopra detto, volte ad anticipare il trattamento sanzionatorio<sup>20</sup>. Per quanto riguarda la seconda, individua un metodo di ricerca, raccolta e valutazione del materiale probatorio, sottolineando che è l'accusa a dover provare la colpevolezza dell'imputato, che deve farlo nel completo contraddittorio tra le parti e che deve indicare gli addebiti contestati all'accusato così che egli possa prepararsi per la relativa difesa<sup>21</sup>. La presunzione di innocenza esige, dunque, che il giudice nell'atto dello svolgimento delle proprie funzioni, dal momento in cui entra in aula la prima volta al momento in cui esprime il proprio giudizio, non sia prevenuto circa la colpevolezza dell'imputato. Il giudice deve consapevolmente essere libero da ogni idea preconcepita sull'imputato e deve essere in grado, nell'arco di tutto il processo, di gestire la sua imparzialità in modo da evitare che possa divenire parziale o, appunto, prevenuto, precludendosi la considerazione di ogni possibilità e circostanza utile alla corretta ricostruzione dei fatti, lasciando, quindi, che sia il contraddittorio tra le parti a convincerlo verso una specifica decisione. La stessa libertà decisionale deve essere applicata anche nel giudizio di secondo grado, dove, seppur a seguito di una sentenza di condanna,

<sup>17</sup> GAROFOLI, *Diritto processuale penale*, Milano, 2008, 39.

<sup>18</sup> Sul tema, DALIA, FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 2001, IV, 235-239.

<sup>19</sup> Corte cost., 4 maggio 1970, n. 64, nella quale si legge proprio che deve escludersi che la detenzione in carcere avvenuta prima della condanna definitiva possa fungere la anticipazione dell'irrogazione della pena; solo a seguito del passaggio in giudicato della sentenza definitiva di condanna, infatti, la misura restrittiva può assumere quel significato; Id., 21 luglio 2010, n. 265; Id., 22 luglio 2011, n. 231; FARES, *Diritto al silenzio, soluzioni interpretative e controlimiti: La Corte Costituzionale chiama in causa la Corte di Giustizia*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), 11 gennaio 2020, 1, 62.

<sup>20</sup> Tra gli altri, PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 120.

<sup>21</sup> FARES, *Diritto al silenzio, soluzioni interpretative e controlimiti: La Corte Costituzionale chiama in causa la Corte di Giustizia*, cit., 63; DALIA, FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 2016, IX, 239-243; CHIAVARIO, *Diritto processuale penale, Profilo istituzionale*, Torino, 2009, IV, 195; SIRACUSANO, TRANCHINA, ZAPPALÀ, *Elementi di diritto processuale penale*, Milano, 2003, 49 s.; sulla non considerazione di colpevolezza GAROFOLI, *Diritto processuale penale*, cit., 39-44.

il giudice deve procedere scevro da qualunque pregiudizio circa la colpevolezza dell'imputato, terzo e imparziale, come fosse un foglio bianco su cui le parti decideranno cosa scrivere e come farlo per ottenere la pronuncia sperata<sup>22</sup>. Da ciò discende che la presunzione di non colpevolezza oltre a "cristallizzare" l'onere della prova in capo al P.M. garantisce che in caso di incertezza processuale venga utilizzato il canone del *in dubbio pro reo*<sup>23</sup>.

Di non minore importanza sono i precipitati della presunzione di innocenza, già accennati, che vengono individuati più dettagliatamente dalla Direttiva 2016/343, ma che erano già fondamentali nell'ordinamento interno, oltre che in quello internazionale. Dal principio deriva, infatti, l'onere dell'accusa di dover provare la colpevolezza di un soggetto che, appunto, fino a prova contraria deve essere considerato innocente. A ciò si deve aggiungere, però, che nel dubbio, qualora la prova della colpevolezza non sia certa, qualora non sia evidente la colpevolezza dell'imputato, la pronuncia deve essere sempre *pro reo*, perché solo se viene superato ogni ragionevole dubbio circa la colpevolezza del soggetto è possibile condannarlo. L'applicazione dei principi espressi dalla Direttiva ha determinato alcuni cambiamenti strettamente processualistici, come l'introduzione dell'art. 115 *bis* c.p.p. rubricato "garanzia della presunzione di innocenza", nel quale si sottolinea che l'indagato o imputato non può essere indicato come colpevole fino a quando la sentenza di colpevolezza non sia divenuta irrevocabile. Altre modifiche sono state apportate agli artt. 329 e 474 c.p.p., ma quella più rilevante ai fini della sentenza in commento è quella dell'art. 314 c.p.p. Il decreto, infatti, nell'art. 4 rubricato "Modifiche al codice di procedura penale" nel c. 1 lett. b) dispone l'aggiunta dell'inciso «l'esercizio da parte dell'imputato della facoltà di cui all'art. 64 c. 3 lett. b), non può incidere sul diritto alla riparazione di cui al primo periodo».

Il legislatore, anche se con qualche anno di ritardo<sup>24</sup>, ha proseguito la sua opera di adeguamento all'orientamento, ormai chiaro, dell'Unione Europea, oltre che della Corte EDU, volto a una tutela più concreta e sistematica dell'indagato o imputato.

Proprio nell'ottica di una tutela complessa ed effettiva dell'imputato viene in

---

<sup>22</sup> Il giudice deve, quindi, evitare qualunque esternazione che possa denotare non solo un convincimento preventivo, ma anche un atteggiamento parziale, idoneo a sottolineare che lo stesso abbia già preso posizione, sul punto CHIAVARIO, *Diritto processuale penale, Profilo istituzionale*, cit., 195; Corte EDU, 6 dicembre 1988, Barberà, Messegué e Jabardo c. Spagna.

<sup>23</sup> PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 10-11.

<sup>24</sup> La Direttiva aveva quale termine ultimo per il recepimento il 1 aprile 2018.

rilievo la modifica di cui si è appena dato atto alla quale bisogna riconoscere la capacità di variare, in maniera non poco innovativa, come è già avvenuto con la sentenza in commento, la linea giurisprudenziale fin ora tenuta.

3. *Brevi note sul diritto al silenzio.* Alla luce di quanto brevemente richiamato, si deve focalizzare l'attenzione, per ciò che qui interessa, sul diritto al silenzio. Quest'ultimo è un diritto - o una garanzia - che qualifica il sistema processuale accusatorio, distinguendolo dall'inquisitorio. Nel primo, infatti, all'indagato (o imputato) non può essere chiesto di autoaccusarsi e non possono essere estorte con la forza informazioni che lo stesso non vorrebbe fornire. Il sistema che seppur è costantemente teso alla ricerca della verità processuale, deve retrocedere e lasciare spazio all'indagato qualora non voglia rendere dichiarazioni, a volte, quindi, anche sacrificando l'accertamento del fatto per non ledere i diritti allo stesso riconosciuti<sup>25</sup>. Ciò diversamente da quanto accade nei modelli inquisitori, in cui l'indagato è certamente una fonte di prova dalla quale dover capire ogni informazione utile, anche con l'utilizzo di metodi discutibili<sup>26</sup>.

Il diritto al silenzio è una delle modalità di attuazione ed esplicazione del diritto inviolabile di difesa. Quest'ultimo può essere definito come il «complesso di attività mediante le quali l'imputato è posto in grado di influire sullo sviluppo dialettico del processo e di contribuire, cos', attivamente, ad una più sicura ricerca della verità»<sup>27</sup>.

Il diritto al silenzio trova spazio sia nelle fonti internazionali sia in quelle nazionali. In particolare, tra le fonti internazionali vi sono l'art. 14 n. 3 lett. g) del Patto internazionale sui diritti civili e politici, l'art. 6 CEDU, gli artt. 47 e 48 della Carta di Nizza, la Direttiva 2016/343<sup>28</sup> e tra quelle nazionali si possono individuare gli artt. 2 e 13 della Costituzione relativamente al rispetto della libertà morale con la quale deve essere fornito il contributo dichiarativo e gli artt. 24 c. 2, 27 e 111 della Costituzione e, infine, l'art. 64 del codice di rito. Il diritto al silenzio, quale precipitato della presunzione di innocenza<sup>29</sup>, infatti, pur se non

<sup>25</sup> CHIAVARIO, *Diritto processuale penale, Profilo istituzionale*, cit., 196, il principio è: *nemo tenetur se detegere*, ossia nessuno è tenuto a scoprirsi.

<sup>26</sup> FARES, *Diritto al silenzio, soluzioni interpretative e controlimiti: La Corte Costituzionale chiama in causa la Corte di Giustizia*, cit., 58 s.; CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2000, V, 242 s.

<sup>27</sup> Corte cost., 29 aprile 1975, n. 99; PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Torino, 2006, 85 s.

<sup>28</sup> PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, cit., 134-141, in cui l'autrice tratta del diritto al silenzio nella Convenzione Europea e nel Patto internazionale.

<sup>29</sup> Corte EDU, 21 dicembre 2000, Heaney e Mc Guinness c. Irlanda, nella quale si afferma che il principio

richiamato in maniera esplicita dalle norme sovranazionali<sup>30</sup> e costituzionali<sup>31</sup> deve ritenersi da esse tutelato in maniera implicita, proprio in ragione del legame inscindibile con la predetta presunzione.

Certamente, come diritto, è tutelato nella sua applicazione pratica dall'art. 64 c. 3 lett. b) c.p.p. nel quale si legge che durante l'interrogatorio l'indagato si può avvalere della facoltà di non rispondere ad alcuna delle domande che gli vengono poste<sup>32</sup>. Tralasciando il rilievo, comunque opportuno perché inerente al diritto di difesa, per cui non sembra possibile per l'indagato, stando alla lettera della norma, difendersi - oltre che in maniera passiva, semplicemente rimanendo in silenzio - in maniera attiva, cioè mentendo<sup>33</sup>; il diritto al silenzio è garantito fattivamente dalla previsione del c. 3 *bis* dello stesso articolo, nella parte in cui prevede, quale sanzione all'omesso avvertimento della facoltà in discussione, l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese dalla persona sottoposta all'interrogatorio<sup>34</sup>.

La questione controversa - d'interesse per l'analisi della sentenza in commento - non è tanto il riconoscimento del diritto al silenzio che, anche se con alcuni

---

di presunzione di innocenza è intimamente connesso con il diritto di non autoincriminarsi.

<sup>30</sup> Corte EDU, 25 febbraio 1993, Funke c. Francia; Id., 17 dicembre 1996, Saunders c. R. Unito; Id., 8 febbraio 1996 John Murray c. R. Unito; Id., Gr. Cam., 29 giugno 2007, O'Halloran e Francis c. R. Unito; Corte giust. UE, 2 febbraio 2021, n. 481, C. 481/2019 nelle quali si legge che il diritto dell'indagato di rimanere in silenzio, pur se non espressamente previsto dall'art. 6 CEDU, viene considerato in quest'ultimo implicito in ragione della sua rilevanza nell'ottica dell'attuazione del giusto processo.

<sup>31</sup> Corte cost., 30 aprile 2021, n. 84, nella quale si legge che il diritto al silenzio, anche non avendo un'espressa copertura costituzionale, è un «corollario essenziale dell'inviolabilità del diritto di difesa», tutelato nell'art. 24 Cost, tale da permettere all'indagato o imputato di rifiutare di sottoporsi all'interrogatorio o all'esame testimoniale.

<sup>32</sup> L'indagato non può tacere, qualora venga richiesto dall'autorità giudiziaria, ex art. 66 c. 1 c.p.p. e art. 21 disp. att., sulle proprie generalità e su quant'altro utile a generalizzarlo; CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2003, VII, 817 s.; TONINI, *Lineamenti di diritto processuale penale*, Milano, 2007, V, 63-65.

<sup>33</sup> TONINI, *Lineamenti di diritto processuale penale*, cit., 64-65; TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2020, XXI, 123-126; PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, cit., 91-101, in particolare sulla facoltà di mentire e sui relativi limiti.

<sup>34</sup> Si deve sottolineare che pur se il diritto al silenzio è espressamente riconosciuto in riferimento all'interrogatorio, non si deve escludere la possibilità di esercitare lo stesso anche in tutti gli altri momenti, nell'arco del procedimento, che possono essere tali, in ragione della presentazione di domande all'incolpato, da essere assimilati all'interrogatorio, in questo senso LARONGA, *Sul valore probatorio del contegno non collaborativo dell'imputato nell'accertamento del fatto proprio*, in *Quest. giust.*, 17 aprile 2014; DALLIA, FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., 500; LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2009, VII, 124 s.; PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, cit., 182-187; GAITO, *Procedura penale e garanzia europee*, Torino, 2006, 100 ss.; NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, Milano, 2004, IX, 281 s.

limiti, è tutelato sia nell'ordinamento interno sia in quello internazionale, piuttosto è: si deve valutare il silenzio? E se si ritenesse di rispondere in maniera affermativa, come si deve valutare?

Per rispondere alla domanda, si deve rilevare che l'indagato (o imputato) può assumere, rispetto alla formazione della prova, due posizioni: attiva, divenendo un organo di prova o passiva divenendo un oggetto di prova. Assumendo la prima posizione l'indagato (o imputato) concretizza una difesa attiva, fornendo il proprio contributo conoscitivo, rendendo dichiarazioni o sottoponendosi all'interrogatorio, prodigandosi, quindi, per l'accertamento del fatto. Assumendo la seconda posizione, invece, l'indagato sceglie di non fornire la propria collaborazione e, dunque, sceglie di non collaborare attivamente, divenendo oggetto di prova quando l'accusa disponga accertamenti o attività che richiedono il contributo dell'indagato a prescindere dalla sua volontà (ad esempio, prelievi di saliva o capelli, ispezioni personali).

La scelta tra le due strategie difensive dipende, ovviamente, dal caso concreto, ciò che è certo, però, è che, alla luce di quanto fin ora detto, l'organo procedente non può pretendere dall'indagato una collaborazione. Non può esservi una pretesa in questo senso, proprio nel rispetto del principio della presunzione di non colpevolezza, in primo luogo, perché non può essere chiesto all'indagato un contributo conoscitivo inerente circostanze che, in attuazione del predetto principio, devono ritenersi sconosciute allo stesso - visto che dovrebbe essere considerato la persona meno informata sui fatti oggetto dell'imputazione - e in secondo luogo, perché è l'accusa a dover provare la colpevolezza del soggetto, non potendo confidare sul contributo (a volte facilitatore) di quest'ultimo<sup>35</sup>.

Da ciò discende che l'indagato (o imputato) può scegliere di assumere indistintamente una delle due posizioni, entrambe lecite ed entrambe previste dal codice, anche alla luce della libertà di autodeterminazione, interpretata nel senso di garantire al soggetto la possibilità di agire seguendo la propria coscienza, libertà e volontà, nel più ampio contesto della libertà morale<sup>36</sup>. Se è così

<sup>35</sup> LARONGA, *Il valore probatorio del contegno non collaborativo dell'imputato nell'accertamento del fatto proprio*, in *Quest. giust.*, 17 aprile 2014, 2-5; CARBONI, *La valutazione probatoria del silenzio: critiche e prospettive*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, 5, 922 ss.; PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, cit., 91-101; Corte EDU, 26 settembre 2006, Göçmen c. Turchia; Id., 20 ottobre 1997, Serves c. Francia.

<sup>36</sup> PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, cit., 101-102 l'autore richiama, per una completa definizione di libertà morale a Vassalli, *Il diritto alla libertà morale (Contributo alla teoria dei diritti alla personalità)*, in A.A.V.V., *Studi in memoria di Filippo Vassalli*, Torino, 1960, II, 1674.

entrambe le condotte devono essere considerate neutre rispetto alle valutazioni circa la commissione del fatto di reato; al massimo, alla collaborazione può essere attribuito un significato positivo; certamente non può assumere un significato negativo la scelta di rimanere in silenzio, di non collaborare e, dunque, di esercitare il diritto al silenzio.

La Corte EDU riconoscendo il diritto di non rispondere e di non autoincriminarsi<sup>37</sup> come corollari dell'equo processo, oltre che la presunzione di non colpevolezza e l'onere dell'accusa di provare la colpevolezza dell'imputato<sup>38</sup>, riconosce nella giurisprudenza anche che nessun soggetto accusato può essere condannato solo perché rimasto in silenzio durante le diverse fasi in cui avrebbe potuto contestare gli addebiti<sup>39</sup>. Il silenzio, però, non è un diritto assoluto neanche per la Corte EDU, secondo cui se è vero che la prova della colpevolezza non può essere desunta dal silenzio (né principalmente né esclusivamente) è anche vero che il silenzio può essere considerato come un elemento di riscontro<sup>40</sup>. A confermare questo orientamento vi è stato il considerando n. 28 alla Direttiva 2016/343/UE nel quale è stata ridimensionata la portata dei corollari al principio di non colpevolezza, dato che le precisazioni sono state inserite per lasciare che gli Stati mantenessero la propria normativa in tema di valutazione della prova, senza dover, quindi, innalzare lo *standard* di tutela dell'indagato.

In sostanza da solo il silenzio non può costituire prova del fatto o ammissione dell'addebito, ma di fronte a un insieme di elementi probatori solidi, tali da far propendere per la colpevolezza, il silenzio può essere considerato confermativo di quanto già dall'accusa sostenuto<sup>41</sup>.

La Suprema Corte negli anni, al contrario, non è stata sempre uniforme. Un primo orientamento ha affermato che anche qualora l'imputato scegliesse di esercitare il proprio diritto al silenzio, non potrebbe, questa scelta, influenzare il giudizio sulla sua responsabilità penale o esimere l'accusa dal provare la colpevolezza. Dal mero esercizio del diritto, quindi, nessun elemento a carico

---

<sup>37</sup> CHIAVARIO, *Diritto processuale penale, Profilo istituzionale*, cit., 200, il diritto al silenzio, dunque, si può scindere in diritto a tacere durante un interrogatorio e diritto a non contribuire alla propria incriminazione.

<sup>38</sup> Corte EDU, 21 dicembre 2000, Heaney e Mc Guinnes c. Irlanda.

<sup>39</sup> Corte EDU, 8 ottobre 2002, Beckles c. R. Unito; Id., 4 ottobre 2005, Shannon c. R. Unito; Id., 17 dicembre 1996, Saunders c. R. Unito; LARONGA, *Il valore probatorio del contegno non collaborativo dell'imputato nell'accertamento del fatto proprio*, cit., 7.

<sup>40</sup> Corte EDU, 8 febbraio 1996 John Murray c. R. Unito, cit.

<sup>41</sup> CARBONI, *La valutazione probatoria del silenzio: critiche e prospettive*, cit.

dell'indagato può essere ricavato e, dunque, il giudice non può trarre alcuna conclusione o valorizzare il silenzio nel momento della decisione<sup>42</sup>. Un secondo orientamento maggioritario e in linea con quello della Corte EDU, invece, riconosce la facoltà al giudice di valutare la condotta processuale dell'imputato, potendola, quindi, utilizzare congiuntamente e alla stregua degli altri elementi e delle circostanze che denotino la colpevolezza dell'imputato<sup>43</sup>. Il silenzio, secondo questo orientamento, acquisirebbe, dunque, un carattere dimostrativo, un riscontro obiettivo<sup>44</sup> o un elemento di prova<sup>45</sup>, idoneo ad avvalorare le tesi dell'accusa che certamente, però, continua a mantenere a proprio carico l'onere della prova<sup>46</sup>.

Pur se non considerabile da sé, ma in concorso con altri elementi probatori, la valutazione del silenzio tenuto dall'indagato o imputato potrebbe condizionare la scelta difensiva. Non dovrebbe essere possibile che l'esercizio legittimo di un diritto possa comportare una valutazione della scelta in termini probatori. Alla scelta, infatti, non dovrebbe poter essere attribuito alcun significato, né positivo né negativo; l'atteggiamento processuale dovrebbe semplicemente ritenersi elemento neutro nella successiva opera di convincimento e decisione del giudice<sup>47</sup>. Tra l'altro, attribuire all'esercizio del diritto un significato processualmente rilevante, contrasterebbe con l'avvertimento espresso di cui all'art. 64 c.p.p.<sup>48</sup>. L'indagato o imputato non potrebbe validamente e tranquillamente esercitare un proprio diritto perché influenzato dal significato che il giudice potrebbe dare allo stesso all'esito del processo. In sostanza, valutare il silenzio significherebbe attribuire l'onere della prova negativa all'indagato che, appunto, dovrebbe

<sup>42</sup> Cass., sez. III, 19 gennaio 2020, n. 9239, in *Mass. Uff.*, n. 246233; Id., sez. V, 22 dicembre 1998, Sica, *ivi*, n. 212618.

<sup>43</sup> Cass., sez. II, 1 marzo 2017, Cazanave, in *Mass. Uff.*, n. 269507; Id., sez. II, 28 gennaio 2015, Drago, *ivi*, n. 262617; Id., sez. I, 26 ottobre 2011, M., *ivi*, n. 251828; Id., sez. II, 21 aprile 2010, Di Perna, *ivi*, n. 247426; Id., sez. IV, 9 febbraio 1996, Federici, *ivi*, n. 204546.

<sup>44</sup> Cass., sez. IV, 9 febbraio 1996, Federici, cit.

<sup>45</sup> Cass., sez. II, 28 gennaio 2015, Drago, cit.; Id., sez. I, 26 ottobre 2011, M., cit.

<sup>46</sup> A conferma dell'orientamento giurisprudenziale maggioritario Cass., sez. II, 18 novembre 2019, Rapi-cavoli, non massimata; Id., Sez. un., 21 ottobre 1992, Marino, in *Mass. Uff.*, n. 192469; CARBONI, *La valutazione probatoria del silenzio: critiche e prospettive*, cit.

<sup>47</sup> Come già ricordato, al più la collaborazione del soggetto (indagato o imputato) può essere considerata positivamente, senza, però, che questa valutazione possa incidere né sul significato formale né sul significato sostanziale dello *ius tacendi*. Allo stesso modo, non dovrebbe poter avere alcuna rilevanza il contegno parziale dell'indagato, qualora lo stesso, quindi, scegliesse di rispondere solo ad alcune domande.

<sup>48</sup> PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, cit., 214-216, 218.

dimostrare di essere innocente anche se rimasto in silenzio<sup>49</sup>.

In conclusione, si può dire che riconoscere un diritto per poi trarne delle conseguenze negative per chi lo esercita, equivarrebbe a negarlo<sup>50</sup>.

*4. Il diritto di esercitare il diritto.* Quanto appena detto, è proprio ciò che accadeva nell'ambito della riparazione per ingiusta detenzione.

La suddetta riparazione, ex art. 314 c.p.p., riconosce un'indennità al soggetto che sia stato destinatario di una misura cautelare - e poi dichiarato innocente - o lo sia stato per un tempo maggiore rispetto a quello risultante dalla condanna; la predetta misura deve essere, comunque, particolarmente gravosa, ossia la custodia in carcere, la detenzione in luogo di cura o gli arresti domiciliari (artt. 286, 285, 284 c.p.p.)<sup>51</sup>. Dunque, l'ordinamento attribuisce il diritto di un'equa riparazione a colui che ha subito illegittimamente una misura restrittiva della libertà personale. In sostanza, la scelta dell'autorità di applicare una misura cautelare particolarmente gravosa - o prolungata nel tempo - inizialmente legittima, diviene *ex post*, alla conclusione del processo penale, illegittima producendo un danno in capo al soggetto che la subisce e, quindi, fa sorgere l'obbligo indennitario a carico dello Stato. Quest'ultimo, dunque, con un indennizzo, tenta di riparare all'errore e di alleviare le conseguenze - di diversa natura, patrimoniali, morali, fisiche e psichiche - scaturite dall'ingiusta limitazione della libertà personale<sup>52</sup>.

Tra le condizioni ostative<sup>53</sup> per l'ottenimento della riparazione nel c. 1 dell'art. 314 c.p.p. vi è l'atteggiamento del soggetto che abbia dato o concorso a dare causa per dolo o colpa grave all'ingiusta detenzione. Questo inciso specifica che il destinatario della misura - per ottenere la riparazione - non deve aver contribuito volontariamente e coscientemente - o con colpa grave - alla

<sup>49</sup> CORDERO, *Procedura penale*, cit., 250.

<sup>50</sup> CARBONI, *La valutazione probatoria del silenzio: critiche e prospettive*, cit.; PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, cit., 108.

<sup>51</sup> In tema di ingiusta detenzione, BELLUCCI, *Ingiusta detenzione (riparazione per la)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 2010; FONZOLI, *La riparazione per ingiusta detenzione: linee evolutive ed aspetti problematici*, in *Arch. nuova proc. pen.* ([www.foroplus.it](http://www.foroplus.it)), 2006, 123 ss.

<sup>52</sup> Cass., sez. IV, 31 gennaio 1994 Petriccione, in *Mass. Uff.*, n. 196974; Id., sez. IV, 22 novembre 1994, Vaghime Eldoroy, *ivi*, n. 200002; Id., sez. IV, 4 novembre 2015, Ministero dell'Economia e finanze e altro, in *Giust. pen.*, 2016, 6, 328-339.

<sup>53</sup> Per le altre condizioni ostative, tra gli altri, BELLUCCI, *Ingiusta detenzione (riparazione per la)*, cit., 480-483; SPAGNOLO, *Riparazione per ingiusta detenzione: verso una tutela sostanziale del diritto alla libertà personale*, in *Leg. pen.*, 8 novembre 2017.

determinazione dell'organo procedente, cioè, non deve aver concorso, con i suoi atteggiamenti, a sviare o l'autorità nella scelta di applicazione della misura, incidendo, quindi, sulla capacità della stessa di cogliere e riconoscere, oltre al fatto di reato, anche il suo coinvolgimento<sup>54</sup>. A una prima lettura dell'espressione, in primo luogo, appare evidente che ci sia un contrasto con la normativa europea: né l'art. 5 CEDU<sup>55</sup> né l'art. 14 del Patto dei diritti civili e politici inseriscono, tra le condizioni ostative la riparazione, il comportamento del soggetto destinatario della misura. In secondo luogo, si deve sottolineare che l'arco temporale nel quale può essere rilevata la condotta tenuta si è ampliata notevolmente, includendovi tutti gli atteggiamenti, anche antecedenti alla sottoposizione alla misura<sup>56</sup>. La *ratio* della considerazione del comportamento del destinatario della misura – e, quindi, anche il prolungamento del tempo – si rinviene, secondo parte della dottrina, nella funzione solidaristica che assume l'istituto della riparazione<sup>57</sup>. I concetti di dolo e colpa grave, evidentemente – per ragioni sia testuali sia sistematiche – non possono essere quelli del codice penale perché nel procedimento di riparazione sono necessari a escludere il diritto, sono elementi negativi e non strutturali dell'istituto<sup>58</sup>. Dunque, i due elementi soggettivi sono «espressioni della misura della responsabilità quando siano causalmente sufficienti all'emissione di una misura cautelare coercitiva»<sup>59</sup>. Il dolo consiste nel comportamento volontario di un soggetto intenzionato a sviare il regolare esercizio del potere cautelare, inducendo o confermato l'errore già commesso dall'autorità procedente. Dunque, si tratta dell'esternazione della volontà del soggetto di creare un'apparenza, ad esempio evitando di prospettare o allegare fatti favorevoli, come un alibi, per la quale l'organo

<sup>54</sup> FONZOLI, *La riparazione per ingiusta detenzione: linee evolutive ed aspetti problematici*, cit.

<sup>55</sup> Sulla riparazione prevista dall'art. 5 CEDU, BELLUCCI, *Ingiusta detenzione (riparazione per la)*, cit., 484 s.

<sup>56</sup> Cass., Sez. un., 27 maggio 2010, D'Ambrosio, in *Mass. Uff.*, n. 247663.

<sup>57</sup> Cass., Sez. un., 28 novembre 2013, Nicosia, in *Mass. Uff.*, n. 257606 nella quale è stato ritenuto ostativo alla riparazione l'atteggiamento del soggetto che aveva reso in interrogatorio di garanzia dichiarazioni ambigue, omettendo volontariamente di fornire spiegazioni diverse da quelle addotte dall'accusa circa il motivo e il contenuto di alcune conversazioni telefoniche avute con persone coinvolte con un traffico illecito di sostanze stupefacenti; SPAGNOLO, *Riparazione per ingiusta detenzione: verso una tutela sostanziale del diritto alla libertà personale*, cit.

<sup>58</sup> FONZOLI, *La riparazione per ingiusta detenzione: linee evolutive ed aspetti problematici*, cit., l'autore si sofferma sui concetti di dolo e colpa grave facendo una distinzione sia con il significato che viene ad essi conferito dalla dottrina penalistica, sia da quello che in termini civilistici viene dato alla colpa.

<sup>59</sup> FONZOLI, *La riparazione per ingiusta detenzione: linee evolutive ed aspetti problematici*, cit.

precedente prosegua l'erronea strada già imboccata<sup>60</sup>. La colpa grave, invece, consiste nell'imprudenza o negligenza di un soggetto di aver trascurato l'osservanza di leggi, regolamenti o norme disciplinari, tali da ingenerare nell'autorità il convincimento dell'adozione di misure cautelari<sup>61</sup>. La giurisprudenza nel corso degli anni, in mancanza di parametri normativi di riferimento in grado di individuare le condotte sottese al dolo o alla colpa grave, ha agito trovando delle condotte tipiche che fossero in grado di incidere, da sole o in concorso, all'emissione o al mantenimento della misura coercitiva, che avessero, quindi, quel legame causale<sup>62</sup>.

Da ciò deriva necessariamente che il giudice della riparazione sia in grado arbitrariamente - o seguendo precedenti a lui conosciuti - di definire se una condotta tenuta dall'indagato (con le relative particolarità, circostanze fattuali e temporali, oltre che di difesa tecnica) sia o meno idonea a influire nella decisione dell'organo precedente. Indubbiamente è difficile considerare questo meccanismo aderente al principio di uguaglianza, proprio in ragione della mancata individuazione del valore da conferire a singole condotte.

Tra le condotte che fino a oggi sono state considerate idonee a influire sull'errore dell'organo precedente<sup>63</sup> vi è la connivenza non punibile, cioè la presenza passiva sul luogo o tra le persone che commettono il reato, in quanto attuativa di un comportamento altamente negligente in ragione dell'erronea valutazione circa la condotta dei responsabili e i relativi effetti, qualora la connivenza abbia violato i doveri di solidarietà sociale di impedimento dell'evento<sup>64</sup>. Ciò che colpisce è che la mera connivenza nel processo ordinario, per l'accertamento del fatto, non è considerata rilevante proprio perché la valutazione del contributo

---

<sup>60</sup> La valutazione circa la causalità di detti comportamenti per verificare se siano stati o meno idonei a contribuire alla decisione sulla privazione della libertà, deve essere effettuata ponendosi *ex ante* rispetto a quanto successivamente accaduto.

<sup>61</sup> BELLUCCI, *Ingiusta detenzione (riparazione per la)*, cit., 481 s.

<sup>62</sup> Tra le varie condotte, oltre quelle meglio indagate, il linguaggio criptico utilizzato per coprire un'attività illecita, diversa da quella perseguita nel procedimento, lo stato di tossicodipendenza, la violazione di obblighi relativi alla posizione di genitore, l'intestazione fittizia di beni.

<sup>63</sup> Cass., sez. IV, 18 dicembre 2014, Dieni, in *Mass. Uff.*, n. 262436; Id., sez. III, 1 luglio 2014, Pistorio, *ivi*, n. 260397, inerenti alle frequentazioni ambigue con soggetti gravati da precedenti penali o coinvolti in traffici illeciti; Cass., sez. IV, 26 novembre 2013, Calò, in *Mass. Uff.*, n. 258610; Id., sez. III, 30 novembre 2007, Pandullo, *ivi*, n. 238782, concernenti frequentazioni che siano facilmente interpretabili come indizi di complicità; Cass., sez. IV, 20 dicembre 2016, Farina, in *Mass. Uff.*, n. 269034; Id., sez. IV, 15 novembre 2016, Tavelli, *ivi*, n. 268685 circa comportamenti deontologicamente scorretti.

<sup>64</sup> Cass., sez. IV, 15 febbraio 2003, Lushay, in *Mass. Uff.*, n. 223688; FONZOLI, *La riparazione per ingiusta detenzione: linee evolutive ed aspetti problematici*, cit.

di un soggetto all'azione criminosa di altri si fonda sull'apporto materiale o morale. Dunque, la connivenza, pur essendo lo stesso comportamento – sia in termini di luogo sia di tempo – viene valutata in maniera differente, a seconda che si tratti di procedimento ordinario o di procedimento per riparazione dell'ingiusta detenzione<sup>65</sup>.

Ancora, un'altra delle condotte ostative è il silenzio serbato dall'indagato<sup>66</sup> concernente fatti che avrebbero potuto immediatamente escludere il coinvolgimento del soggetto nelle indagini, oltre l'eventuale mancata allegazione di prove che il difensore, con le proprie indagini, avrebbe potuto acquisire e mettere tempestivamente a disposizione dell'organo procedente. Dunque, la condotta si esterebbe nella mancata immediata comunicazione di una differente interpretazione dei fatti, con relativa ed eventuale allegazione di prove a sostegno, atte a escludere o limitare la portata della misura cautelare<sup>67</sup>.

Come ricordato, il silenzio – che ricomprende anche la scelta di tacere su elementi di prova che si acquisiscono, ma che si ritengono di dover utilizzare durante il processo e non durante il procedimento – è un diritto dell'indagato che deve poter essere esercitato nel più ampio e complesso esercizio del diritto alla difesa e la difesa in giudizio, tecnica e obbligatoria nel procedimento penale nel nostro ordinamento, non può essere limitata. Analoga considerazione, seppur con i limiti già delineati in tema di difesa attiva, deve essere eseguita per il mendacio che, ovviamente, ricade nella sfera del dolo, essendo volontario l'atteggiamento mendace. Nuovamente, in maniera analoga alla connivenza, il

---

<sup>65</sup> Sulla connivenza, Cass., sez. IV, 08 novembre 2006, Cambareri, in *Mass. Uff.*, n. 235397; Id., sez. IV, 3 dicembre 2008 Vottari, *ivi*, n. 242538; Id., sez. IV, 17 novembre 2011, Cantarella, *ivi*, n. 252725.

<sup>66</sup> Il silenzio è, ovviamente, anche quello serbato durante l'interrogatorio, Cass., sez. III, 2 aprile 2014, Bertuccini, in *Mass. Uff.*, n. 259941; Id., sez. III, 9 novembre 2011, Messina e altro, *ivi*, n. 251325; Id., sez. IV, 23 settembre 2008, Locci e altro, *ivi*, n. 242756.

<sup>67</sup> Cass., sez. VI, 24 gennaio 1992, n. 4189, in *Mass. Uff.*, n. 189183, nella quale si legge che «l'omessa dimostrazione o allegazione dell'imputato di una ragione plausibile o di una finalità convincente, in ordine ai singoli elementi ascritti nel provvedimento restrittivo della libertà personale, così da neutralizzare i gravi indizi di colpevolezza rilevati a suo carico e da ricondurre la sua complessiva attività, attribuitagli come illecito penale, nell'orbita del lecito, vale ad integrare gli elementi (quanto meno) della colpa grave, quale condizione ostativa della legittimazione all'esercizio dell'azione volta a conseguire un'equa riparazione a seguito della detenzione che si assume ingiustamente sofferta»; Id., sez. I, 17 gennaio 1992, n. 4927, in *Mass. Uff.*, n. 188907, nella quale si legge che la colpa grave non si possa individuare e valutare relativamente a comportamenti dai quali fin dall'inizio l'organo procedente ha tratto elementi indiziari. I predetti comportamenti possono essere ritenuti rilevanti solo in termini di dolo qualora il soggetto che li ha posti in essere lo abbia fatto con dolo, volendo, quindi, indurre l'autorità in errore, rappresentando una realtà diversa da quella a lui conosciuta.

medesimo comportamento mendace viene considerato diversamente: mentre nel procedimento è legittimo, in quanto esplicazione del diritto di difesa, e non idoneo a ostacolare l'accertamento del fatto, nel procedimento di riparazione per ingiusta detenzione non può trovare spazio. Ciò in ragione del rango costituzionale del diritto di difesa che troverebbe un più ampio raggio di azione rispetto a quello alla riparazione che, in questi termini, può essere bilanciato e, dunque, recedere<sup>68</sup>.

Dunque, per poter ottenere la riparazione si crea in capo all'indagato un onere probatorio in negativo, egli deve rappresentare tutte le circostanze e i fatti che - sconosciuti agli inquirenti - forniscano una spiegazione idonea a escludere l'applicazione della misura. Queste allegazioni devono incastonarsi nel quadro indiziario costruito dall'organo procedente in maniera tale da evitare l'applicazione della misura cautelare, escludendo e fugando ogni altro dubbio, perché in quel momento processuale solo l'indagato sarebbe in grado di apportare elementi utili e giustificativi della propria posizione<sup>69</sup>.

La limitazione è evidente: il difensore (insieme all'indagato) dovrebbe valutare le diverse ipotesi difensive non con il precipuo fine di adottare quella migliore per il proprio cliente, ma in funzione dell'eventuale e successiva richiesta di riparazione per ingiusta detenzione.

In conclusione, fino a oggi si è - almeno in parte - negato all'indagato di esercitare il diritto al silenzio e al mendace in ragione delle conseguenze negative scaturenti dallo stesso esercizio. Escludendo il diritto alla riparazione per ingiusta detenzione in caso di esercizio del diritto di difesa (nelle forme del silenzio e della menzogna), si è implicitamente (e neanche tanto) lasciato intendere che lo stesso fosse da bilanciare con il diritto alla riparazione e che l'indagato dovesse fare una scelta: costruire una strategia difensiva o accedere alla riparazione.

Come si è già avuto modo di sottolineare, condizionare un diritto a conseguenze negative, equivale a negarlo.

Solo sul finire del 2021, con l'introduzione della modifica dell'art. 314 c.p.p. si

---

<sup>68</sup> Cass., sez. IV, 23 ottobre 2015, Sperti, in *Mass. Uff.*, n. 265287; Id., sez. IV, 16 ottobre 2014, Randazzo, *ivi*, n. 261068; Id., sez. IV, 4 dicembre 2003, Tizzi, *ivi*, n. 226729 nella quale si legge che la dichiarazione mendace resa dall'imputato, anche se formalmente lecita, perché ricompresa nel diritto di difesa - non garantisce l'ottenimento della riparazione per ingiusta detenzione, quando venga accertato che dal predetto atteggiamento sia derivata l'applicazione o la prosecuzione della misura cautelare già applicata.

<sup>69</sup> Cass., sez. IV, 23 ottobre 2015, Sperti, in *Mass. Uff.*, n. 265287; Id., sez. IV, 17 novembre 2011, Berdicchia, *ivi*, n. 251928; Id., sez. IV, 10 giugno 2008, Maggi e altro, *ivi*, n. 242755.

è - finalmente - conferito all'indagato (o imputato) di esercitare compiutamente il diritto al silenzio: si è, dunque, garantito il diritto di esercitare il diritto. Con l'introduzione dell'inciso al c. 1 del predetto articolo si prevede espressamente che l'esercizio del diritto di cui all'art. 64 c. 3 lett. b) c.p.p. non incide sul diritto alla riparazione.

Si riconosce, perciò, che il corretto esercizio del diritto di difesa, nello specifico del diritto al silenzio, non possa limitare il riconoscimento di un altro diritto volto a limitare - per quanto possibile - le conseguenze di un errore commesso dall'autorità procedente.

La sentenza in commento<sup>70</sup> è la prima a decidere sulla riparazione per ingiusta detenzione dopo la modifica normativa. La Corte di Appello aveva rigettato la richiesta di riparazione per comportamento ostativo dell'imputato che, in sede di interrogatorio, aveva evitato di operarsi per contribuire a chiarire la propria posizione per due volte, non dichiarando quali fossero i rapporti e di che natura fossero con i correi, il motivo per cui avesse la disponibilità della macchina utilizzata per commettere la rapina - reato da cui era stato assolto - e perché avesse nella propria disponibilità le chiavi della predetta auto. È stata, quindi, negata la riparazione proprio perché il destinatario della misura non aveva fornito una spiegazione alternativa a quella costruita dagli inquirenti circa la ricostruzione del fatto, perché è stato a egli attribuito un onere della prova in negativo.

La Corte Suprema proprio rilevando la modifica normativa ha ritenuto superato l'orientamento che escludeva la riparazione in caso di condotta negligente o imprudente tale da limitare l'accertamento del fatto in ragione del silenzio serbato su fatti o circostanze in grado di neutralizzare il grado indiziario<sup>71</sup>.

*5. Conclusioni.* Alla luce di quanto fin ora sottolineato, si può sostenere che la

---

<sup>70</sup> Cass., sez. IV, 15 marzo 2022, R., cit. La sentenza è stata commentata anche, REDAZIONE SCIENTIFICA, *Il silenzio durante l'interrogatorio non incide sul diritto alla riparazione per ingiusta detenzione*, in [www.ilpenalista.it](http://www.ilpenalista.it), 16 marzo 2022; GRIFEO, *"Presunzione d'innocenza", il silenzio dell'indagato non è più ostativo alla "riparazione per ingiusta detenzione"*, in [www.ntplusdiritto.ilsole24h.it](http://www.ntplusdiritto.ilsole24h.it), 17 marzo 2022; REDAZIONE SCIENTIFICA, *Riparazione per ingiusta detenzione: sulla rilevanza del silenzio serbato dall'indagato in sede di interrogatorio dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. 8 novembre 2021, n. 188 (presunzione di innocenza)*, in [www.giurisprudenzapenale.it](http://www.giurisprudenzapenale.it), 16 marzo 2022; SAGNA, *Il silenzio dell'imputato nell'interrogatorio non è ostativo alla riparazione per ingiusta detenzione*, in [www.filodiritto.com](http://www.filodiritto.com), 7 aprile 2022.

<sup>71</sup> A integrazione delle sentenze già richiamate sul diritto al silenzio e sulla relativa rilevanza in tema di riparazione per ingiusta detenzione, Cass., sez. IV, 18 novembre 2008, Marzola e altro, in *Mass. Uff.*, n. 242759; Id., sez. IV, 9 dicembre 2008, Lafranceschina, *ivi*, n. 242760.

giurisprudenza, anche se con qualche anno di ritardo, si è cominciata ad adeguare a quell'orientamento dottrinale, seguito dal legislatore con la modifica del D.lgs. del 2021, che escludeva fin dal principio la possibilità che l'esercizio di un diritto costituzionalmente garantito fosse ostativo all'esercizio di un altro diritto. Perché il fulcro della questione è proprio questo: può l'esercizio del diritto al silenzio essere ostativo all'esercizio del diritto di riparazione per ingiusta detenzione? Si può davvero escludere una riparazione per ingiusta detenzione, necessaria per colui che ingiustamente ha subito una restrizione della libertà personale, per il sol fatto che egli abbia esercitato il diritto di difesa? Si può chiedere all'indagato (o imputato) di scegliere se esercitare l'uno o all'altro diritto?

Fino a oggi, sì. Occorreva scegliere se costruire una strategia difensiva per il processo o ottenere la riparazione per ingiusta detenzione.

Con la modifica normativa e la sentenza in commento sembra cambiare l'orientamento giurisprudenziale che necessariamente deve adeguarsi alla scelta del legislatore che ha coscientemente deciso di garantire una maggiore tutela dell'indagato (o imputato) rispetto a quella individuata in sede internazionale.

L'auspicio, dunque, è che questa sia la prima sentenza di un nuovo orientamento giurisprudenziale diverso e più idoneo a tutelare i diritti dell'indagato sia nella fase procedimentale (e poi processuale) sia in quella successiva, lasciando all'indagato la possibilità di esercitare tutti i diritti a lui conferiti dall'ordinamento interno e internazionale senza dover imporre allo stesso una scelta e, quindi, implicitamente negandogli alcuni dei propri diritti.

Come già sottolineato, conferire un diritto per poi attribuirgli conseguenze negative, equivale a negarlo<sup>72</sup>; speriamo, dunque, con questo *revirement* giurisprudenziale si possa esercitare ogni diritto.

GIULIA FIORUCCI

---

<sup>72</sup> CARBONI, *La valutazione probatoria del silenzio: critiche e prospettive*, cit.