

FABIANA FALATO

L'evoluzione della dogmatica processuale nella fisionomia "europea" del diritto al silenzio. Questioni esegetiche da risolvere.

Storia e politica rappresentano i terminali per una ricostruzione in chiave europea del nucleo essenziale della situazione soggettiva del silenzio dell'indagato/imputato nel procedimento, che rompe la continuità filosofica e giuridica con la tradizione moderna resa inattuale dal pluralismo delle fonti e dai diversi livelli dei rapporti tra legislatori e interpreti.

The evolution of procedural dogmatics in the "European" physiognomy of the essential core of the suspect / accused right to silence. Exegetical questions to be resolved.

History and politics represent the terminals for a reconstruction in a European key of the essential core of the subjective situation of the suspect / accused's silence in the proceedings, which breaks the philosophical and legal continuity with the modern tradition rendered out of date by the pluralism of sources and by the different levels of relations between legislators and interpreters.

SOMMARIO: 1. Chiarificazioni sulle fonti e sulla loro influenza rispetto al metodo. 2. Indispensabili esemplificazioni della dimensione europea del silenzio. Come il modello condiziona il diritto. 3. Apatie interpretative dell'art. 64, co. 3, lett. b), *incipit*, c.p.p. 4. (segue) a proposito del rapporto tra cognitismo e silenzio.

1. *Chiarificazioni sulle fonti e sulla loro influenza rispetto al metodo.* Il diritto al silenzio, come «diritto della persona a non contribuire alla propria incolpazione e a non essere costretta a rendere dichiarazioni di natura confessoria»¹ è situazione giuridica soggettiva dell'indagato/imputato; è "forma" di partecipazione concreta al processo offerta alla libera scelta dell'accusato, che svela la evoluzione della dogmatica processuale, il progresso delle linee portanti che fondano e che alimentano l'attualità del processo penale.

Su tale premessa è possibile presentare una ipotesi di lavoro, che pone il

¹ Corte cost., n.117 del 2019.

In dottrina, in generale, le opere monografiche di GREVI, «Nemo tenetur se detegere». *Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972; MARAFIOTTI, *Scelte autodifensive dell'indagato e diritto al silenzio*, Torino, 2000; PATANE, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Torino, 2006, 2 e ss.; STANZIONE, *Autoincriminazione e diritto al silenzio*, Padova, 2017.

Cfr., PALADIN, *Autoincriminazione e diritto di difesa*, in *Giur. cost.*, 1965, 312.

Per la specificità del tema trattato, DINACCI, *La dimensione probatoria e del diritto al silenzio nella disciplina della responsabilità da reato degli enti. Verso letture "osservanti" dei principi*, in questa *Rivista*, n. 1, 2022.

principio del *nemo tenetur se detegere* e la sua dimensione naturale di strumento idoneo a evitare dichiarazioni autoincriminanti in una prospettiva culturale ampia, superato il modello moderno oramai inattuale per il confluire di regole nuove su vecchi schemi, conseguenza delle relazioni multilivello fra ordinamento interno, comprensivo del livello costituzionale, ordinamento sovranazionale e sistema della C.E.D.U.²

Il metodo è adeguato nonostante il tema non sia naturalmente “politico” e gli argomenti siano squisitamente tecnici. Siamo convinti, infatti, che la sua ricostruzione complessiva non possa ignorare i fenomeni giuridici, rappresentandone questi l’iter formativo; e che la sensibilità alla funzione sociale esercitata dalle norme processuali imponga all’interprete, nell’analisi dei concetti (*rectius*: fatti) giuridici, il limite dell’esame della loro struttura formale non avulso dalla ricerca fenomenologica³.

Sicché, osservando l’alternarsi di sistema e tecniche, di regole e di comportamenti soggettivi, si scoprono le espressioni mutevoli e diverse della situazione del silenzio, ma soprattutto la loro appartenenza alla cultura dell’epoca e al naturale progredire della vicenda nel tempo. Analisi, che, a loro volta, consigliano il confronto con la crisi dell’approccio assolutistico di tipo legalistico costruito sul paradigma dello stato di diritto⁴, e con la riformulazione del costituzionalismo in una dimensione informata alle istanze di una società pluralistica⁵, aggiornata ai nuovi diritti, ma interessata pure a rinnovare quelli esistenti, il cui terreno d’elezione è il sistema delle fonti del diritto, da ricostruirsi sfuggendo alla struttura piramidale entro cui l’epoca moderna le aveva inca-

² Sulla necessità di superare la persistente resistenza interna verso la costruzione di uno statuto europeo del processo penale, e, in senso lato, di superare la contraddizione tra la condivisa concezione europea dell’individuo (anche nel suo rapporto con l’altro e con l’autorità) e le (spesso) esasperate manifestazioni di sovranità, GAITO, TRAPPELLA, *Premesse per una discussione su Modello processuale penale e resistenze interne*, in *questa Rivista*, n. 3, 2021.

³ HART, *Il concetto di diritto*, trad. it. a cura di Cattaneo, Torino, 2002.

⁴ In generale sul tema, da ultimo, CALLEJÓN, *Controllo di costituzionalità e relazioni tra ordinamenti*, in *Il costituzionalismo multilivello nel terzo millennio. Scritti in onore di Paola Bilancia*, in *Federalismi.it*, n. 4, 2022, spec. 45 ss.

⁵ «Costituzionalismo cosmopolitico» nella definizione di ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 257, e 409, ovvero, come un costituzionalismo che mira a un «ordinamento degli ordinamenti», alla «formazione di un patrimonio comune di principi costituzionali materiali, prodotti nel concorso delle molteplici sedi dove si elabora diritto costituzionale», e che obbliga gli organi che interpretano le Costituzioni e i Trattati a cercare una «convergenza», pur nella «difesa del pluralismo culturale, in cui rientrano le diverse esperienze costituzionali».

sellate, e aprendo al contenuto valoriale delle Carte dei diritti, in armonia con l'art. 2 Cost., ovvero, con la originaria prospettiva predittiva di rinvio a tutte quelle Carte che evocano i diritti dell'uomo, nonché riconoscendo la funzione creativa delle giurisprudenze e la tutela giurisdizionale *multilevel*.

In questi indirizzi, si accantona ogni riserva culturale rispetto alla necessità di difendere la democrazia e lo Stato di diritto preservando l'intero sistema della giurisdizione sovranazionale costruito intorno alle Corti europee e alle Corti nazionali chiamate ad agire come giudici europei. Si esemplifica la costruzione di un paradigma, che reagendo alle derive totalitarie, ha prodotto un cambio di rotta rispetto agli Stati a sovranità illimitata, che non ammettono alcun giudice al di fuori del proprio né un sistema che possa limitare il primato assoluto della legge a favore della supremazia dei diritti (come nel caso del controllo di costituzionalità⁶).

Dunque. Fermenti ed eventi, che consentono di smussare il radicalismo dei canoni della Scuola critica e della filosofia analitica, che pur consapevoli della certezza contingente del diritto, perché continua (e innegabile) ne è la evoluzione, avvertono che il perenne mutamento, nel quale si inserisce come suo connotato naturale l'operazione giudiziale/interpretativa, dev'essere governato dalla cultura giuridica per ricostruire gli argini della legalità e della certezza. Fermenti ed eventi, che liberando il principio di legalità da un'attività giudiziale meccanica e formalistica, feriscono la continuità ricostruttiva della storia delle dinamiche del diritto e della giurisdizione, ammettendo margini di discrezionalità nell'opera del giudice alla quale riconoscono la legittimità a creare diritto; e propongono una innovata gestione dei rapporti tra legge ed er-

⁶ Il principio del primato del diritto dell'Unione europea - di cui la stessa Corte costituzionale ha costantemente valorizzato la efficacia propulsiva nei confronti dell'ordinamento interno - e l'art. 2, §§ 2 e 3. T.U.E. costituiscono l'architettura su cui poggia la comunità di Corti nazionali, sovranazionali e internazionali tenute insieme da convergenti diritti e obblighi. In tale sistema, il sindacato accentrato di costituzionalità configurato dall'art. 134 Cost. non è alternativo a un meccanismo diffuso di attuazione del diritto europeo, confluentovi nella costruzione di tutele sempre più integrate. Corte cost., 14 dicembre 2017, n. 269; Id., 10 maggio 2019, n. 117; Id., 11 marzo 2022, n. 67.

Con queste premesse, l'identità costituzionale nei termini del diritto U.E. si svela come identità nazionale degli Stati membri rappresentata dai valori di cui all'art. 2 T.U.E. Dunque, non semplicemente l'affermazione di linee guida politiche o di intenzioni, ma valori che costituiscono parte integrante della stessa identità dell'Unione europea quale ordinamento giuridico comune, ai quali si dà espressione concreta nei principi che dettano obblighi giuridicamente vincolanti per gli Stati membri. Corte giust. U.E., 16 febbraio 2022, C-156/21 e C-157/21.

meneutica conferendo, nella sintesi, libertà intellettuale al giudice per far fronte alla inerzia del legislatore soprattutto quando la richiesta attiene alla tutela dei diritti⁷. Fermenti ed eventi, infine, che indirizzano legislatori e giudici su nuove sponde garantiste, capaci di coniugare efficienza del sistema (da misurare in relazione alla funzione di accertamento del processo) ed efficacia dei diritti, e, di conseguenza, di costruire un equilibrato bilanciamento tra tutela delle situazioni giuridiche soggettive protette e stabilità sociale⁸.

L'innesto delle premesse sul modello processuale mostra i notevoli segni del "progresso" dogmatico delle questioni essenziali della tutela della garanzia del *nemo tenetur se ipsum accusare*, che si esprimono, sul fronte dei principi, nella linea normativa degli artt. 24, co 2° (111), Cost.; 27, co. 2°⁹ (111), Cost., 6 C.E.D.U. (117, co. 1°, Cost.); 14, § 3, lett. g), Patto int. dir. civ. (117, co. 1°, Cost.); 47, § 2, 48 C.D.F.U.E. (11 e 117, co 1°, Cost.); e su quello delle regole essenziali, nell'art. 64, co. 3, lett. b), c.p.p. quando a praticare il silenzio sia l'indagato/imputato in occasione degli interrogatori, e nel binomio degli artt. 209, co. 1 e 198, co. 2, c.p.p., che lo organizza nell'ambito dell'esame.

Il primo fronte.

La pluralità dei profili costituzionali denota la fisionomia diffusa dei valori sottesi alla situazione del silenzio e la coesistenzialità dei momenti tratteggiati al suo interno; esprime la "nuova" dimensione europea del diritto stesso, superati i problemi di gerarchia e/o di compenetrazione delle fonti, giacché attraverso le clausole europee esplicite¹⁰ contenute negli artt. 11 e 117, co. 1°, Cost. le Carte dei diritti costituiscono un *unicum* d'immediata percezione nell'assetto costituzionale di tutela dei diritti procedurali dell'individuo.

⁷ Sui rapporti tra garantismo e legalità, RICCIO, *Garantismo e dintorni. A proposito della crisi della Giustizia*, Napoli, 2015, spec. 28 e 41-42.

⁸ Le relazioni tra filosofia del garantismo, tutela della persona e giurisdizione sono illustrate da RICCIO, *Garantismo e dintorni*, cit., 26.

Con diversa modulazione, da ultimi, DELLA TORRE, M. GIALUZ, *Premesse concettuali e reminiscenze storiche*, in *Giustizia per nessuno. L'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Torino, 2022, 1 ss.

Cfr., TUZET, *Effettività, efficacia, efficienza*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 2016, 207-224.

⁹ Cfr., l'art. 14, § 1, del Patto int. dir. civ. e l'art. 11 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo.

¹⁰ L'espressione è di LUPO, *Clausole "europee" implicite ed esplicite nella Costituzione italiana*, in *Il costituzionalismo multilivello nel terzo millennio*, cit., 484 ss.

Nello specifico. L'art. 24, co. 2°, Cost. ricostruisce il silenzio superando i limiti di una lettura rigidamente ancorata alla difesa tecnica. In particolare, la disposizione lo collega al diritto di difesa, il cui contenuto riguarda le scelte sul "tipo" e sul "modo" della condotta soggettiva, pur senza abdicare alla sua funzione di garanzia, che, al contrario, trascende l'aspetto personale dell'interesse soggettivo, assumendo la dimensione di strumento per l'attuazione della giurisdizione¹¹. Con questo significato, il silenzio è corollario essenziale della inviolabilità del diritto di difesa¹², che garantisce all'imputato la possibilità di rifiutarsi di sottoporsi all'esame e, più in generale, di avvalersi della facoltà - riconosciuta pure alla persona indagata - di non rispondere alle domande del giudice o dell'autorità competente per le indagini. L'art. 27, co. 2°, Cost., a sua volta, lo trasferisce sul terreno europeo. Invero, il suo valore garantista di situazione soggettiva protetta nel processo, qui si arricchisce della relazione con la presunzione di innocenza dettata dai Considerando n. 24 e n. 25 della direttiva 2016/343/UE¹³, della quale rappresenta un tratto significativo, un «aspetto importante». Dal punto di vista metodologico, poi, l'innesto tra le fonti comunica un significato dell'innocenza coniugato all'esigenza di difesa (*rectius*: autodifesa), rappresentando il silenzio uno dei modi di esplicazione. Ugualmente, l'art. 6 C.E.D.U. è funzionale alla individuazione di prerogative rafforzate. Averlo citato, infatti, non soltanto è operazione ermeneutica coerente alla vocazione giurisprudenziale (euro-convenzionale) del nostro ordinamento, che dichiarata la natura di fonte di rango subordinato alla Costituzione ma intermedio tra questa e la legge ordinaria della Convenzione euro-

¹¹ RICCIO, *La "parità" come regola per lo svolgimento del giudizio*, in RICCIO, DE CARO, MAROTTA, *Principi costituzionali e riforma della procedura penale*, Napoli, 1991, 121.

¹² L'orientamento sul punto è consolidato. Tra le molte, Corte cost., n. 78 del 1978; Id., n. 485 del 2002; Id., n. 291 del 2002; Id., n. 202 del 2004; Id., n. 196 del 2010; Id., n. 104 del 2014; Id., n. 276 del 2016; Id., n. 68 del 2017; Id., n. 121 del 2018; Id., n. 213 del 2018; Id., n. 63 del 2019; Id., n. 253 del 2019; Id., n. 84 del 2021; Id., n. 28 del 2021.

Cfr., Cass., Sez., VI, 14 febbraio 2019, n. 7123.

¹³ Direttiva 2016/343/UE 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, in *G.U.U.E.*, 11 marzo 2016, L 65/1.

Cfr., decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 188, Disposizioni per il compiuto adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni della direttiva 2016/343/UE 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, in *G.U.* n. 284 del 29 novembre 2021 - *Suppl. Ordinario* n. 40.

pea dei diritti dell'uomo¹⁴, vincola l'interprete al diritto consolidato della Corte di Strasburgo; ma rappresenta pure argomento espressamente menzionato dal legislatore sovranazionale per riempire di contenuto le prescrizioni della direttiva 2016/343/UE, che perimetrano le condotte violative della garanzia. Si considerino in proposito l'ultima parte del Considerando n. 27 e il Considerando n. 45 della direttiva 2016/343/UE, attraverso i quali la legislazione europea modella le norme minime di tutela del diritto al silenzio su quello della C.E.D.U., vale a dire, sulla premessa logica che il diritto al silenzio costituisce una norma internazionale generalmente riconosciuta, essenziale alla nozione di giusto processo, in quanto, ponendo l'imputato al riparo da una coercizione abusiva da parte delle autorità, contribuisce a evitare errori giudiziari e a garantire il risultato a cui mira l'art. 6 C.E.D.U.¹⁵.

Ancora. L'art. 14, § 3, lett. g), Patto internazionale sui diritti civili e politici riconosce in modo esplicito (a differenza di quanto accade nelle altre Carte dei diritti) il diritto di ogni individuo accusato di un reato a «non essere costretto a deporre contro se stesso o a confessarsi colpevole».

Infine. Gli artt. 47, § 2 e 48, C.D.F.U.E. lo garantiscono nell'ambito dello Spazio giuridico europeo, così come si deduce dalle Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali, le quali stabilendo una corrispondenza tra l'art.47, § 2, della Carta con l'art. 6, § 1, C.E.D.U. e dell'art. 48 C.D.F.U.E. con i §§ 2 e 3 dell'art. 6 della Convenzione, e precisando un contenuto inespresso delle disposizioni unionali, allineano la tutela interna a quella conven-

¹⁴ A partire da Corte cost., n. 348 e n. 349 del 2007.

¹⁵ Il diritto al silenzio dell'imputato è violato se, di fronte al rifiuto di rispondere alle domande delle autorità, queste ultime fanno ricorso a sotterfugi per ottenere confessioni o dichiarazioni autoincriminanti (Corte E.D.U., 5 novembre 2002, Allan c. Regno Unito). Analogamente, è impedito l'utilizzo delle dichiarazioni estorte attraverso l'impiego di torture o trattamenti inumani o degradanti contrari all'art. 3 C.E.D.U.; tuttavia, da ciò non consegue l'automatica iniquità del procedimento, poiché la Corte si riserva di verificare se la confessione abbia avuto un peso unico e determinante nella decisione (Corte E.D.U., 26 gennaio 2021, Zličić c. Serbia; *contra*, Id., 19 febbraio 2015, Zhyzitskyy c. Ucraina). Dunque - riportando la sintesi offerta in dottrina - non ogni forma di coercizione costituisce una violazione del diritto a non autoincriminarsi, dovendosi valutare la natura e il grado della coercizione subita, rilevando, all'interno delle possibili condotte abusive delle autorità, solo quelle riconducibili alla categoria delle *improper compulsions*, riscontrabili in tre casi: quando l'accusato sia obbligato a rendere dichiarazioni sotto la minaccia di sanzioni, o venga sanzionato per il rifiuto di testimoniare; il caso di pressioni fisiche o psicologiche; quando le autorità utilizzino sotterfugi o inganni per carpire informazioni che non sarebbero state altrimenti in grado di ottenere. LONATI, *Diritto a un processo equo*, in CERESA-GASTALDO, LONATI (a cura di), *Profili di Procedura penale europea*, Milano, 2022, 166.

zionale e, di riflesso, alla Costituzione (nella specie corrispondente allo standard elevato dalla Corte europea), in quanto soglie minime di protezione¹⁶.

Il secondo fronte: le regole di comportamento.

Il regime interno degli interrogatori dell'indagato/imputato e dell'esame dell'imputato, quindi, l'assetto delle "dichiarazioni sollecitate" è completato dalle direttive 2012/13/UE relativa all'informazione nei procedimenti penali¹⁷ e 2016/343/UE relativa ad alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali¹⁸, le quali, quando non trovano compiuta codificazione nei decreti legislativi di adeguamento, in qualità di norme di armonizzazione delle legislazioni impongono comunque la interpretazione della normativa nazionale in termini conformativi.

Si aggiunga il dialogo tra le Corti abbrivato dalla Corte di cassazione¹⁹, alimentato dalla Corte costituzionale²⁰, argomentato dalla Corte di giustizia²¹ e definito dalla Corte costituzionale²², il cui precedente si rinviene nella giurisprudenza

¹⁶ Corte giust. U.E., 21 maggio 2019, C-235/17; Id., 6 ottobre 2020, C-511/18, C-512/18 e C-520/18; Id., 17 dicembre 2020, C-336/19 (richiamate da Corte giust. U.E., G.S., 2 febbraio 2021, C-481/19, cit.).

¹⁷ Direttiva 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 maggio 2012 sul diritto all'informazione nei procedimenti penali, in *G.U.U.E.*, 1 giugno 2012, L 142/1.

Cfr., decreto legislativo 1° luglio 2014, n. 101, Attuazione della direttiva 2012/13/UE sul diritto all'informazione nei procedimenti penali, in *G.U. Serie Generale*, n. 164 del 17 luglio 2014.

¹⁸ Direttiva 2016/343/UE 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, cit.

¹⁹ Cass., Sez. II civ., 16 febbraio 2018, n. 3831.

²⁰ Corte cost., n. 117 del 2019.

²¹ Corte giust. U.E., G.S., 2 febbraio 2021, C-481/19, cit.

Cfr., Corte giust. UE, 18 ottobre 1989, C-274/87.

In dottrina, in generale, per tutti, CODUTI, *Il diritto al silenzio nell'intreccio tra diritto nazionale, sovranazionale e internazionale: il caso D.B. c. CONSOB*, in *federalismi.it*, n. 22, 2021, 121 ss.

Cfr., CANESCHI, *Nemo tenetur se detegere anche nei procedimenti amministrativi sanzionatori? La parola alla Corte di giustizia*, in *Cass. pen.*, 2020, 579 ss.

²² Corte cost., n. 84 del 2021, cit.

Cfr., Cass., Sez. V, 7 settembre 2021, n. 3555.

In dottrina, per tutti, GIUNCHEDI, *Ius tacendi e procedimenti para-penali. La Consulta garantisce il maximum standard nei procedimenti avanti a Consob e Banca d'Italia*, in *Pen. Dir. e Proc.*, 6, 2021 e, da ultima SFORZA, *Il nemo tenetur se detegere nelle audizioni CONSOB e Banca d'Italia: uno statuto ancora da costruire*, in *Sist. Pen.*, 2, 2022, 83 ss.

Vale la pena riportare che la competenza esclusiva della Corte di giustizia nella interpretazione e nell'applicazione dei Trattati, riconosciuta dalla stessa Corte costituzionale in sede di rinvio pregiudiziale (ordinanze nn. 216 e 217 del 18 novembre 2021, e n. 182 del 30 luglio 2020), comporta, in virtù del principio di effettività delle tutele, che le decisioni adottate a Lussemburgo siano vincolanti, innanzitutto, nei confronti del giudice che ha disposto il rinvio.

za consolidata della Corte di Strasburgo, secondo la quale il *nemo tenet se detegere*, nonostante non si configuri come una immunità piena per i comportamenti dell'incolpato mossi dall'interesse di evitare indagini a proprio carico, è incompatibile con la previsione di minacce di sanzioni per il caso di mancata deposizione²³.

L'ultimo profilo svela la spinta al rinnovato riconoscimento delle garanzie minime dell'individuo rispetto al processo e dei rimedi per la loro effettività, alimentata dagli indirizzi ermeneutici della Corte europea dei diritti dell'uomo, che, a monte, dettano una nozione autonoma di sanzione penale e, ai fini dell'applicazione delle garanzie previste dalla Convenzione, riconducono alla materia penale tutte quelle misure sanzionatorie, che pur non espressamente qualificate come penali dagli ordinamenti nazionali, presentano una connotazione afflittiva e non meramente risarcitoria, sono rivolte alla generalità dei consociati e perseguono uno scopo repressivo e deterrente²⁴. E a valle, stabiliscono che il diritto al silenzio, punto focale della nozione di "equo processo", impedisce che una persona fisica accusata sia obbligata a rendere dichiarazioni sotto la minaccia di sanzioni, sia sanzionato per essersi rifiutato di testimoniare, oppure sia assoggettato a pressioni fisiche o psicologiche²⁵.

Così, Corte cost., n. 67 del 2022.

Cfr., da Corte giust. U.E., 9 marzo 1978, C-107/77, fino alle recenti, Id., 20 dicembre 2017, C-322/16; Id., 24 ottobre 2018, C-234/17; Id., 19 dicembre 2019, C-752/18; Id., 16 luglio 2020, C-686/18; Id., G.S., 6 ottobre 2021, C-561/19. Id., 22 febbraio 2022, C-430/21.

²³ A partire da Corte E.D.U., 17 dicembre 1996, Saunders c. Regno Unito, a Id., 27 aprile 2004, Kensal c. Regno Unito; Id., 13 settembre 2016, Ibrahim c. Regno Unito

²⁴ Esemplicative, Corte E.D.U., 8 giugno 1976, Engel e altri c. Paesi Bassi; Id., 21 febbraio 1986, Öztürk c. Germania; Id., 9 febbraio 1995, Welch c. Regno Unito; Id., 10 febbraio 2009, Zolotukhin c. Russia; Id., 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri c. Italia; Id., 31 gennaio 2017, Boljević c. Croazia; Id., 16 aprile 2019, Bjarni Armannsson c. Islanda; Id., 6 giugno 2019, Nodet c. Francia.

Indirizzo ermeneutico seguito da: Corte giust. U.E., 20 marzo 2018, C-596/16 e 597/16; C-537/16; C-524/15; Corte cost., 12 maggio 2016, n. 102; Id., 2 marzo 2018, n. 43; Id., 5 dicembre 2018, n. 223; Id., 21 marzo 2019, n. 63; Id., 10 maggio 2019, n. 112; Id., 10 maggio 2019, n. 117; per tutte, Cass., V, 16 luglio 2018, n. 45829; Id., V, 9 novembre 2018, n. 5679.

Sul tema, in generale, MANES, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 988 ss.

²⁵ *Ex multis*, Corte E.D.U., 25 febbraio 1993, Funke c. Francia; Id., G.C., 11 luglio 2006, Jalloh c. Germania; Id., 8 febbraio 1996, John Murray c. Regno Unito; Id., 21 dicembre 2000, Heaney e McGuinness c. Irlanda; Id., 5 aprile 2012, Chambaz c. Svizzera; Id., 12 luglio 2013, Allen c. Regno Unito; Id., G.C., 23 marzo 2016, Blokhin c. Russia; Id., 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia.

Il naturale corollario del “discorso” giurisprudenziale è l’applicazione del diritto al silenzio nell’ambito dei procedimenti amministrativi sanzionatori, da cui consegue la previsione di sanzioni per la mancata collaborazione con la CONSOB e la Banca d’Italia circoscritte al dovere di presentarsi e di non adottare comportamenti ingiustificatamente dilatori dell’audizione, ma che non si estendono fino a configurare un obbligo di collaborazione potenzialmente idoneo ad alimentare dichiarazioni autoincriminanti²⁶.

La scelta garantista è stata condivisa recentemente dalla Corte di cassazione, che ha ritenuto applicabile il canone del *nemo tenetur se detegere* – sia pure per adesso soltanto in via di principio – ai procedimenti tributari, che prevedono la irrogazione di sanzioni sostanzialmente penali²⁷.

In tali indirizzi si coglie il progressivo stadio di maturazione della cultura giuridica sui temi della procedura penale; non appare più convincimento elitario l’idea che il dialogo tra le Carte dei diritti possa essere validamente utilizzato come fonte primaria e immediata dei comportamenti processuali.

La complessa ricostruzione, infatti, rivela le tappe di una funzione suppletiva, prerogativa della giurisdizione, che tenta di vincere la inerzia del potere politico e le carenze normative. E se di questi nuovi rapporti tra le Corti, il caso Taricco fu il significativo prologo, il cammino della Corte nostrana si snocciola con parametri nuovi per decifrare, confermare e/o risolvere il conflitto tra “eventi” e situazioni soggettive.

Di qui, la convinzione che l’attuale statuto del diritto al silenzio sia una espressione del fenomeno, oggi sempre più avvertito, della “giuristocrazia”²⁸ – addirittura, parrebbe che esso sia l’approccio prevalente – da non intendersi (non potrebbe, per via dell’art. 101, co. 2°, Cost.) come suprematismo della giurisdizione sulla legislazione, ma come metodo per attuare il “programma aperto” della Costituzione, ispirato al pluralismo della democrazia costituzio-

²⁶ La sintesi è di LONATI, *Diritto a un equo processo*, cit., 167.

²⁷ Cass., Sez. V civ., 1° marzo 2022, n. 6786.

Cfr., Corte E.D.U., 17 dicembre 1996, Saunders c. Regno Unito, cit.; Id., 3 maggio 2001, J. B. c. Svizzera; Id., 5 aprile 2012, Chambaz c. Svizzera.

²⁸ Il riferimento è al concetto di *juristocracy* così come inteso da HIRSCHL, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard Univ Pr, 2007.

nale delle teorie kelseniane²⁹, incentrato sulla varietà di interessi e di valori fondamentali volutamente elastico e suscettibile, per questo, delle più svariate letture e applicazioni, e sulla tensione tra valori proclamati e realtà del diritto vigente, a sua volta, valorizzata dall'art. 3 Cost., che riporta a razionalità sistematica l'opera di legislatori e interpreti, chiamati, nel perimetro delle loro competenze, a vagliare le linee di politica del diritto e le ricadute negli assetti disciplinari del processo.

Una persuasione confortata dalla stessa giurisprudenza della Corte costituzionale, che si mostra aperta al rinnovamento delle categorie giuridiche attraverso la logica del precedente, superati (parzialmente) i limiti del formalismo giuridico; che affida all'interprete la tutela delle situazioni giuridiche soggettive protette, frutto della traduzione in regole dei diritti della persona garantiti a livello interno, internazionale e sovranazionale³⁰; che promuove una definizione convergente del contenuto dei diritti fondamentali tramite il raffronto delle garanzie apprestate dai cataloghi dei diritti disponibili.

Una visione, infine, che pone la dogmatica della procedura penale in una prospettiva culturale liberata dai limiti della sovranità nazionale; che svela come categorie tradizionali e indiscutibili dogmi siano cambiati a metà del secolo scorso, conquistando una più pregnante qualità democratica di respiro sovranazionale, che sfrutta rapporti e conflitti tra leggi e Corti con l'obiettivo di dare consistenza e pregio alla tutela dei diritti procedurali³¹.

2. *Indispensabili esemplificazioni della dimensione europea del silenzio. Come il modello condiziona il diritto.* La normativa interna del nucleo essen-

²⁹ Il riferimento è al saggio del 1911 (KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssätze*, 1923), trad. it. parziale, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, I, Napoli, 1991), in cui l'A. offre un nuovo modello nello studio della genesi della Costituzione democratica, oramai del tutto svincolata dalla figura rivoluzionaria del potere costituente, descritta con un approccio realistico, come un vero e proprio processo storico-sociale, entro cui una straordinaria quantità di soggetti, di forze sociali, di gruppi di interesse ricercano regole comuni e adeguati punti di equilibrio. FIORAVANTI, *Costituzione*, Bologna, 1999, 103.

³⁰ Da Corte cost., n. 388 del 1999 fino a Id., n. 187 del 2019 (richiamate da Corte cost., n. 84 del 2021, cit.), la Corte costituzionale ha chiarito che le norme nazionali, sovranazionali e internazionali si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione, al fine di definire, rafforzandolo, lo standard di tutela dei diritti fondamentali.

Cfr., Corte giust. U.E., G.S., 26 febbraio 2013, C-617/10, cit.

³¹ RICCIO, *I. Fonti*, in Id., *Metodi e Prospettive de la Procedura Penale*, Napoli, 2017, 21.

ziale del diritto a non autoincriminarsi è intelligibile circa l'ambito degli oneri imposti all'autorità giudiziaria e dei poteri conferiti all'indagato/imputato.

Alla disposizione di cui all'art. 64, co. 3, lett. *b*) c.p.p., inserita nel contesto ampio delle regole generali per l'interrogatorio, segue il combinato disposto degli artt. 209, co. 1 e 198, co. 2, c.p.p., che recupera, nell'ambito delle regole per l'esame delle parti, la riserva di salvaguardia dettata per il testimone. Entrambi sono clausole condizionali, formule rivolte all'autorità procedente rispetto a certi tipi di comportamento. Ambedue sono norme in cui è persistente la generale richiesta di uniformità, presidiata dalla sanzione della inutilizzabilità in caso d'inosservanza. L'uno e l'altra, sia pure con diversa modulazione e con differente logica, assicurano garanzie contro l'autoincriminazione, che vanno dal diritto a non rispondere a singole domande, al divieto di obbligare l'imputato a deporre su fatti dai quali potrebbe emergere una propria responsabilità penale.

L'adattamento alle scelte sovranazionali del processo penale e il non dilazionabile processo di adeguamento alle norme minime comuni europee - coerenti all'innovato sistema delle fonti del quale solo di scorcio abbiamo sottolineato i pregi - comportano un necessario ammodernamento dell'articolazione e della gestione innanzitutto del profilo soggettivo del silenzio, alla luce della previsione, (anche) in sede europea, della funzione garantista del principio del *nemo tenetur se detegere*. Previsione, che ha chiamato il legislatore a un nuovo impegno.

Il riferimento è ai §§ 1 e 2 dell'art. 7 dir. 2016/343/UE, che onerano gli Stati membri ad assicurare «che agli indagati e imputati sia riconosciuto il diritto di restare in silenzio in merito al reato che viene loro contestato (...) che gli indagati e imputati godano del diritto di non autoincriminarsi».

L'analogia dei contesti normativi (interno: art. 64, co. 3, lett. *b*), c.p.p. e artt. 209, co. 1 e 198, co. 2, c.p.p. e sovranazionale), la condivisione di valutazioni riferite ai medesimi parametri e, in concreto, dell'ambito di operatività della situazione soggettiva sono segnali di un'armonia sistemica con effetti inevitabilmente positivi sulla effettività del diritto al silenzio, comportando, se violato³², un controllo diffuso della Corte costituzionale e della Corte di giustizia³³,

³² Ovvero: la normativa interna che entri in potenziale conflitto con la Carta dei diritti UE; oppure il

giustificato alla luce della lettura sincronica della Carta costituzionale con la Carta dei diritti U.E. e organizzato nei termini dettati a partire dalla sentenza n. 269 del 2017³⁴, quando non addirittura la possibilità riconosciuta al giudice comune di presentare in parallelo una questione di validità contestualmente interna ed europea (come è avvenuto nel caso C.O.N.S.O.B.).

Nella più ristretta ottica della razionalità delle scelte legislative, siffatta sovrapposibilità tra il criterio di metodo per il legislatore (art. 7, §§ 1 e 2, dir. 2016/343/UE) e le disposizioni interne (art. art. 64, co. 3, lett. b), c.p.p. e artt. 209, co. 1 e 198, co. 2, c.p.p.), rappresentando la traduzione della necessaria effettualità degli atti adottati nel quadro della cooperazione giudiziaria in materia penale (art. 8 T.F.U.E.), e svelando un livello di armonizzazione piena con il grado di tutela previsto dalla direttiva, giustifica l'incompleto recepimento nel decreto legislativo n. 188 del 2021 delle riferite norme minime. Nella nostra concezione, in particolare, è la preesistenza di tutele convergenti, se non più stringenti, con quelle dettate dal legislatore sovranazionale, che consentendo la conservazione delle misure nazionali, legittima il difetto di codificazione e, in tal modo, scongiura il rischio che un "eccesso di tutela soggettiva" si traduca nella mortificazione delle ragioni del processo. Detto semplicemente, non è indispensabile la trasposizione esplicita delle prescrizioni

caso - che si è presentato all'attenzione della Corte costituzionale nella vicenda Consob - di una normativa interna che entri in potenziale contrasto con la Carta dei diritti e che sia anche, contestualmente, a sua volta attuativa di direttiva europea. In questi casi occorre verificare se sia stato il legislatore statale, nell'attuare la direttiva, ad aver "generato" il problema di compatibilità con la Carta dei diritti ovvero se il germe di quella violazione si insidiasse già nella direttiva europea. Nella seconda eventualità, infatti, il legislatore interno si trova in una situazione dalla quale difficilmente può districarsi, tenuto, com'è, da vincolo di rilievo costituzionale, ad attuare la direttiva, e parimenti vincolato al rispetto della Carta dei diritti. In questi casi, la violazione della Carta, se mediata e determinata dalla direttiva europea, deve essere risolta all'interno dell'ordinamento di riferimento, tramite l'annullamento della disposizione di diritto derivato incompatibile con quella primaria; oppure, tramite un'interpretazione della disposizione gerarchicamente inferiore in maniera conforme a quella gerarchicamente superiore. Ciò perché, in siffatti casi, la violazione statale della Carta dei diritti UE non fa altro che replicare una violazione europea della stessa.

Sul tema, in generale, diffusamente, GUARNIER, *Corte costituzionale, Corti sovranazionali, giudici comuni e legislatore. Lo scenario a seguito della sentenza n. 84 del 2021 della Corte costituzionale*, in *Nomos*, 2, 2021, 8 ss.

³³ Le violazioni dei diritti della persona, infatti, non possono essere adeguatamente affrontate dai giudici comuni, tramite il ricorso alla disapplicazione

³⁴ Corte cost., n. 269 del 2017; Id., n. 20 del 2019; Id., n. 63 del 2019.

Cfr., Corte cost., n. 207 del 2013.

europee poiché l'ordinamento nazionale soddisfa a monte gli obiettivi unionali.

Sullo stesso fronte, ma da altra angolazione. La relazione (codificata dal d. lgs. n. 101 del 2014) tra la direttiva 2012/13/UE e gli artt. 293, co. 1, lett. *d*) e co. 1 *bis* e 386, co. 1, lett. *d*) e co. 1 *bis*, c.p.p. indica la incidenza del diritto sovranazionale sul modello essenziale del diritto a non autoincriminarsi. Specificamente, l'itinerario prescritto agli agenti e agli ufficiali di polizia giudiziaria - ovvero: la pratica della comunicazione scritta contenente la informazione del diritto di avvalersi della facoltà di non rispondere - quando provvedono, rispettivamente, a eseguire la ordinanza applicativa della misura cautelare personale o che procedono all'arresto o al fermo di un soggetto, e il controllo affidato alla giurisdizione sulla osservanza delle regole di comportamento, convincono che il pluralismo delle fonti mette in campo risorse razionali (oramai) irrinunciabili sul piano sistematico e delle situazioni giuridiche soggettive protette.

La conferma significativa di un approdo sistematico, di opportuni indirizzi metodologici e di sistema offerti dalla pluralità di livelli normativi scaturisce pure dagli indirizzi giurisprudenziali autoritari e dalle prassi giudiziarie conformi, che sostengono l'opera di positivizzazione della Corte costituzionale nella specificazione delle modalità di esercizio del diritto al silenzio. Così, la citata sentenza n. 84 del 2021 - al di là del caso specifico di cui s'è, peraltro, detto - assume particolare forza creativa perché autorizza nuove fattispecie processuali soggettive, aumentando, di conseguenza, gli spazi operativi della inutilizzabilità quando difettano le garanzie dettate negli artt. 24, co 2°, Cost.; 27, co. 2°, Cost., 6 C.E.D.U. (117, co. 1°, Cost.); 14, § 3, lett. g), Patto int. dir. civ. pol. (117, co. 1°, Cost.); 47, § 2, C.D.F.U.E. (11 e 117, co 1°, Cost.); perché trasferisce il valore costituzionale, sovranazionale e internazionale del principio del *nemo tenetur se detegere* come situazione soggettiva nei procedimenti amministrativi suscettibili di sfociare nell'applicazione di sanzioni aventi carattere punitivo, accrescendo le garanzie dovute all'interessato contro i comportamenti illeciti delle autorità procedenti.

E così, se fino all'intervento pretorio le forme di tutela dall'autoincriminazione sono state limitate alla logistica e al perimetro dell'art.

220 disp. att. c.p.p., nel senso che la inutilizzabilità nel processo penale delle comunicazioni rese all'autorità amministrativa nel corso dell'attività ispettiva o di vigilanza senza la osservanza delle disposizioni del codice di rito era collegata alla sussistenza di indizi di reato emersi nel corso dell'attività medesima e soltanto per il compimento degli atti necessari ad assicurare le fonti di prova e alla raccolta di quanto altro necessario per l'applicazione della legge penale³⁵; oggi la efficacia della facoltà di non rispondere dev'essere salvaguardata indipendentemente dalla eventualità che all'interessato sia formalmente contestata una fattispecie sostanziale, dunque, immediatamente prima che sia richiesto di fornire informazioni all'autorità di vigilanza, o di rispondere alle domande in sede di procedimento sanzionatorio. Di conseguenza, eventuali comportamenti illeciti dell'autorità procedente, ovvero inosservanti del nuovo schema tipo dettato in via di principio dalla Corte nel dialogo con le Corti altre, spogliano le dichiarazioni rese di attitudine probatoria in sede amministrativa e/o penale.

I *modi* della tutela, invece, dovranno essere individuati dal legislatore, giacché la declaratoria di incostituzionalità censura soltanto l'obbligo di sanzionare chi rifiuti di rispondere alle domande della Banca d'Italia e della C.O.S.O.B. nell'esercizio del proprio diritto a non autoincriminarsi. Ora, nonostante la Corte costituzionale abbia specificato che essi potranno essere altri da quelli congegnati nel codice di rito penale, potrebbe ipotizzarsi una scelta legislativa "rigida", che ripetendo proprio il metodo dell'art. 64, co. 3, lett. b), c.p.p., preveda l'avvertimento alla persona fisica del diritto di avvalersi della facoltà di non rispondere alle domande poste dalla C.O.N.S.O.B. e dalla Banca d'Italia prima che abbia inizio l'audizione; oppure, una "temperata", che replicando la progressione dei comportamenti descritti nell'art. 63, co. 1, c.p.p., disponga di sospendere l'audizione della persona fisica dinanzi alla CONSOB o alla Banca d'Italia qualora emergano elementi auto-indizianti sia di natura amministrativa di carattere punitivo che penale, e di procedere con l'avvertimento relativo a tale facoltà. Specularmente, il legislatore potrebbe

³⁵ Sul punto la giurisprudenza è consolidata. Tra le recenti, Cass., Sez. III, 21 dicembre 2021, n. 1579; Id., Sez., III, 4 novembre 2021, n. 43343; id., III, 9 ottobre 2019, n. 50009; Id., II, 4 luglio 2019, n. 40534; Id., Sez., III, 13 febbraio 2019, n. 27517; Id., Sez., VI, 7 marzo 2018, n. 27177; Id., Sez., III, 22 giugno 2017, n. 1958; Id., Sez., III, 28 marzo 2017, n. 30186.

individuare nella inutilizzabilità lo strumento per assicurare la tenuta della legalità del procedimento amministrativo ispettivo e/o di vigilanza.

Ancora. La previsione di un “nuovo” fatto giuridico, a cui ricondurre una duplice produzione di effetti in termini di utilizzabilità/inutilizzabilità delle asserzioni rese dall’interessato per accertare a suo carico la infrazione contestata, relativizza non solo la fissità del concetto di “diritto al silenzio” finora ricondotto nei parametri nazionali, ma pure la stabilità schematica rappresentata dall’art. 234 c.p.p., che legittima l’uso nel processo penale di quelle dichiarazioni nonostante siano state acquisite in difetto delle garanzie difensive (fatta eccezione dell’art. 223, co. 1, disp. att. c.p.p.), purché anteriori alla insorgenza di indizi di reato. Allo stato dell’arte, infatti – lo specifica chiaramente la Corte costituzionale – la prerogativa del silenzio è garanzia riconosciuta «a colui che possa essere successivamente accusato di avere commesso anche solo un illecito amministrativo, ma suscettibile di dar luogo all’applicazione di una sanzione amministrativa dal carattere punitivo (...) indipendentemente, dunque, dalla eventualità che nei suoi confronti venga effettivamente contestata la commissione di un reato». Allo stesso tempo, in una logica più lungimirante, la sua estesa praticabilità evita il rischio (avvertito ma non affrontato dalla Corte stessa) che le notizie – ottenute dall’autorità amministrativa mediante la minaccia di sanzione per il caso di mancata cooperazione – possano in concreto fornire all’autorità stessa (e poi al pubblico ministero) informazioni essenziali in vista dell’acquisizione di ulteriori elementi di prova della condotta illecita, destinati successivamente a essere utilizzati nel processo penale contro l’autore della condotta, e possano pertanto contribuire, almeno indirettamente, a determinare la sua futura responsabilità penale.

Infine. Le innovate prospettive si innestano nel microsistema predisposto nell’ordinamento interno a presidio della effettività della garanzia del diritto a non autoincriminarsi, e, in generale, della “legalità” delle conoscenze del giudice.

Le riflessioni riguardano le combinazioni degli artt. 64, co. 3, lett. *b*) e 64, co. 3 *bis*, c.p.p. e degli artt. 209, co. 1, 198, co. 2, 191 c.p.p., che, in qualità di altrettante “fattispecie processuali”, cioè, di prescrizioni strutturali e modali che conferiscono rilevanza all’atto proiettandolo nella correlativa serie proce-

dimentale, sanzionano con la inutilizzabilità delle conoscenze offerte, rispettivamente, dall'indagato/imputato durante l'interrogatorio, e dall'imputato nel "suo" esame, i comportamenti illeciti delle autorità procedenti, inosservanti, cioè, degli schemi tipici lì configurati³⁶. In tal caso - così come in quello che riguarda i procedimenti amministrativi e (*de iure condendo*) tributari - la esclusione dell'elemento conoscitivo viziato diviene la risposta tipica dell'ordinamento processuale penale - amministrativo e (in futuro) tributario - alla introduzione di un sapere *contra legem* non spendibile per la decisione (di qualunque natura essa sia).

In una visione generale, il contributo offerto dalla de-gerarchizzazione delle fonti nel contesto della situazione del silenzio si compendia, osservando qui lo specifico contesto del profilo garantista, nella scelta - legislativa e giurisprudenziale - di regolamentare un percorso, tendendo a rifiutare la possibilità che l'attività in questione (processuale; ispettiva e/o di vigilanza) possa essere validamente realizzata in modo diverso. La violazione, perciò, dà luogo alla inutilizzabilità del risultato cognitivo, per diretta applicazione dell'art. 191 c.p.p., spendibile per quanto riguarda le ricadute delle osservazioni nel solo processo penale, alle macro-violazioni delle modalità di formazione della prova.

3. *Apatie interpretative dell'art. 64, co. 3, lett. b), incipit, c.p.p.* A questi temi, si affiancano altri di valore diverso ma non meno significativo, che alla radice svelano la crisi di alcuni aspetti "pratici" della facoltà di non rispondere, dovuta alla commistione di moduli (interno, sovranazionale, internazionale) non sempre rimediabile con la interpretazione, alla inconciliabilità delle regole e ad una caduta di sostenibilità della giurisdizione. Fenomeno, l'ultimo, che assume toni nuovi e dimensioni diverse, perché denuncia un acritico appiattimento sulle regole interne anche in quelle materie - e il diritto al silenzio è

³⁶ «In questa dimensione di sintesi dell'esperienza giuridica l'insieme degli elementi richiesti per l'integrazione di una certa fattispecie è costruito sul "modello logico" *potere-atto-scopo*, formula che descrive l'attribuzione del potere, la tipologia dell'atto e la funzione nella progressione processuale e che attira l'attenzione sulla "perfezione dell'atto". Di conseguenza, qualora uno degli elementi del fatto risulti in tutto o in parte difforme dalla fattispecie, il verificarsi degli effetti tipici rimane precluso (...): RICCIO, *La Procedura Penale. Tra storia e politica*, Napoli, 2010, 58.

tra esse tra la più emblematica, lo abbiamo dimostrato - nelle quali appare indispensabile una rivisitazione dei fatti giuridici e delle fattispecie processuali, un confronto critico sui principi che li sostengono e sugli effetti che li inducono. Comparazione obbligata oggi, dagli interventi di legislatore e giudici europei.

Argomenti in parte dibattuti; ma qui accorpati in un ragionamento più complesso rivolto a rintracciare le coordinate per la interpretazione in "senso europeo" del sistema, in generale, e del principio del *nemo tenetur se detegere*, in particolare.

La questione riguarda la riserva contenuta nell'*incipit* della lett. b) del co. 3 dell'art. 64 c.p.p., che non riconosce rilievo al diritto in sede di verifica della identità personale dell'indagato/imputato, stabilendo, al contrario, un obbligo di rispondere alle domande riguardanti le proprie generalità o quanto altro necessario per la sua identificazione.

La Cassazione ripete i *modi* di attribuzione della validità probatoria di tali informazioni; ne ribadisce le forme di acquisizione al processo chiarendone contemporaneamente la natura; profili sui quali propone soluzioni coerenti al dettato legislativo (ma non a quello giurisprudenziale convenzionale) e presenta inequivoche (!) determinazioni, quanto alla essenza giuridica.

Nello specifico, per la Corte, le asserzioni relative alle condizioni e alle qualità personali del soggetto, alle condizioni di vita individuale, familiare e sociale vengono rese a monte degli avvisi di cui all'art. 64, co. 3, c.p.p., in quanto «per esse non si pone in alcun modo l'esercizio del diritto di difesa: tant'è che il mendacio del soggetto interrogato a proposito di tali condizioni e qualità espone il medesimo all'imputazione per il delitto p. e p. dall'art. 495 cod. pen.»³⁷. Pertanto, «mentre la inutilizzabilità delle dichiarazioni rese senza gli avvisi di cui al citato art. 64, comma 3, cod. proc. pen. è correlata all'esercizio del diritto di autodifesa (tant'è che oggi il diritto al silenzio nell'interrogatorio è, sul piano del diritto positivo, ancor più indissolubilmente legato alla presunzione di innocenza: vds. D.L. n. 188/2021, attuativo della Direttiva UE n. 2016/343), è di tutta evidenza che le dichiarazioni rese dall'imputato sulle sue condizioni e qualità, che "precedono" - come noto - l'interrogatorio vero e

³⁷ Cass., Sez., V, 5 febbraio 2014, n. 15654, Rv. 259876; Id., V, 8 luglio 2015, n. 37571, *in* 264944.

proprio, sono rese prima che vengano dati gli avvisi di cui al ridetto 64, comma 3, cod. proc. pen. proprio perché non impegnano in alcun modo l'esercizio del diritto dell'imputato di difendersi (anche tacendo o mentendo) e per tale ragione non comportano in alcun modo l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese al riguardo dall'imputato, in relazione alle quali si porrà, al più, un problema di attendibilità e di credibilità, la cui valutazione è, all'evidenza, rimessa in via esclusiva al giudice di merito»³⁸.

Il diritto interno è pienamente armonizzato con quello europeo. Il Considerando n. 26 della direttiva 2016/343/UE, stabilendo che «il diritto al silenzio e il diritto di non autoincriminarsi dovrebbero applicarsi a domande riguardanti il reato che una persona è indagata o imputata di avere commesso e non, ad esempio, a domande riguardanti l'identificazione dell'indagato o imputato», si pone in una linea di continuità strutturale e modale con le volontà espresse dal Parlamento e dalla Cassazione. Sicché, i contesti dichiarativi e la esclusione dal perimetro della facoltà di non rispondere riconosciuta all'indagato/imputato alle domande sulle proprie generalità e su quanto utile al suo riconoscimento personale sono punti fermi indiscutibili.

Epperò, si è altrettanto convinti che tale regime, inderogabilmente posto in termini assoluti, andrebbe predisposto (ma non si può, le ragioni si vedranno), viceversa, in termini relativi, in quanto non può escludersi la evenienza che nella gestione concreta dei contesti dichiarativi possano crearsi occasioni di autoincriminazione. Ora, se tale ipotesi è remota in riferimento all'art. 66 c.p.p., non può dirsi ugualmente per l'art. 21 disp. att. c.p.p., al quale si estende la riserva di cui all'*incipit* della lett. b) del co. 3 dell'art. 64 c.p.p., stabilendo un obbligo di risposta pure alle domande su fatti che non contribuiscono direttamente alla verifica della identità in senso stretto dell'incolpato, ma sono facilmente riconducibili all'oggetto dell'addebito (*rectius*: notizia di reato) o della imputazione, o comunque potenzialmente pregiudizievoli per l'interessato³⁹. Come potrebbe accadere, ad esempio, nel caso in cui il soggetto, accusato per reati legati al fallimento o contro la pubblica amministrazione,

³⁸ Cass., Sez., IV, 14 gennaio 2022, n. 2497.

³⁹ È di diverso avviso MAZZA, *I protagonisti del processo*, in *Procedura Penale*, Torino, 2020, 136-137. Cfr., ID., *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Milano, 2004, 42 ss.

ne, sia invitato dal giudice o dal pubblico ministero a dichiarare il possesso di beni patrimoniali oppure a dichiarare se esercita o ha esercitato uffici o servizi pubblici o servizi di pubblica necessità e se ricopre o ha ricoperto cariche pubbliche.

Non confutano la nostra offerta ermeneutica il divieto di analogia che colpisce in generale i criteri di condotta, ovvero le disposizioni che attribuiscono poteri definendone il modo di esercizio, in quanto qui l'integrazione analogica è autorizzata dallo stesso legislatore richiamando l'art. 66 c.p.p. per definire la logistica dell'art. 21 disp. att. c.p.p. («quando procede a norma dell'articolo 66 del codice, il giudice o il pubblico ministero invita l'imputato (...)»). E il riferimento (della Cassazione) all'art. 495 c.p., in funzione di situazione dalla quale desumere un comportamento dovuto dall'indagato/imputato⁴⁰. Invero, il delitto si consuma dove e quando è resa la falsa dichiarazione o è fornita l'attestazione, non se il soggetto rifiuti di fornire notizie. Il carattere assoluto della riserva di legge non consente estensioni a casi non espressamente regolati dalla legge⁴¹.

Al contrario, l'analogia è forma ermeneutica impraticabile in ordine all'art. 64, co. 3 lett. b), c.p.p. e all'art. 64, co. 3 *bis*, c.p.p. per applicare all'ambito dei contesti dichiarativi di cui agli artt. 66 c.p.p. e 21 disp. att. c.p.p. la garanzia del *nemo tenetur se ipsum accusare* e la conseguente sanzione della inutilizzabilità in caso di comportamenti illeciti dell'autorità procedente, trattandosi di norme attributive di situazioni giuridiche soggettive, ed essendo coinvolta la categoria delle sanzioni processuali, la cui tassatività e la espressa predisposizione nella disposizione normativa vietano di trasferirle in fattispecie processuali in cui non v'è esplicita previsione⁴². Situazioni, tutte, che impediscono prospettive ricostruttive della questione in termini di relatività. Pertanto, *de iure condito*, sono escluse dalla operatività della prerogativa del silenzio le risposte riguardanti l'accertamento personale dell'accusato, nonché le notizie

⁴⁰ Cass., Sez., IV, 14 gennaio 2022, n. 2497, cit.

⁴¹ Da ultima, Corte cost., n. 98 del 2021.

⁴² Invero, né l'art. 66 c.p.p. né l'art. 21 disp. att. c.p.p. predispongono uno schema tipo di acquisizione delle notizie che l'autorità procedente può chiedere all'indagato o all'imputato nel primo atto in cui egli è presente quando procede alla verifica della sua identità personale, la cui inosservanza generi il difetto rimediabile con l'inibitoria all'uso di quelle dichiarazioni

ex art. 21 disp. att. c.p.p., alle quali, s'è detto, potrebbe corrispondere un preciso interesse auto-difensivo a non fornirle (o a mentire).

Non meraviglia la preclusione. Se il dato ontologico della procedura penale va ricercato nella funzione delle norme processuali chiamate a disciplinare la immissione del potere pubblico nelle libertà individuali, ciascuna norma svolge un ruolo di garanzia. Se si ragiona così, se cioè si riconosce il valore garantista delle regole tecniche per il processo, appare evidente la permanente concretezza positiva e l'attualità invasiva dei comportamenti processuali che incidono sui diritti procedurali, necessitati dal bisogno di accertare il fatto e la responsabilità. Di qui, la necessità che quelle azioni siano guidate dal legislatore, sottraendole all'interprete.

Da altra angolazione, la portata ampia del divieto di testimonianza sulle «dichiarazioni comunque rese nel corso del procedimento dall'imputato o dalla persona sottoposta alle indagini» dettato nell'art. 62 c.p.p. consente di estendere la garanzia alle notizie date ai sensi dell'art. 66 c.p.p. e dell'art. 21 disp. att. c.p.p.⁴³, che, allocate all'interno del procedimento, specificamente in occasione del primo atto processuale a cui presenza l'imputato e rilasciate dinanzi all'autorità giudiziaria⁴⁴, devono considerarsi riconducibili a quell'ambito operativo.

Epperò, *quid iuris* se si ragiona *de iure condendo*?

È innegabile la tensione tra l'*incipit* della lett. b) del co. 3 dell'art. 64 c.p.p. e l'art. 6 C.E.D.U. come interpretato e applicato in via consolidata dalla Corte di Strasburgo, secondo cui la prerogativa di non rispondere alle domande dell'autorità giudiziaria non può ragionevolmente essere limitata alle confessioni di illeciti o alle osservazioni che chiamino direttamente in causa la persona interrogata, bensì comprende anche le informazioni su questioni di fatto

⁴³ Secondo la Cassazione consolidata, il divieto è circoscritto alle dichiarazioni rese nel corso del procedimento, ovvero ai soli casi in cui le dichiarazioni dell'indagato o dell'imputato vengano assunte in occasione del compimento di uno specifico atto del procedimento, sia esso un interrogatorio o un esame o un altro atto, e vengano ricevute da uno dei soggetti investiti di una qualifica processuale, ivi inclusa quella di ufficiale o agente di p.g. Quindi, il divieto non opera al di fuori del contesto procedimentale relativo al fatto addebitato: Cass., Sez., VI, 13 aprile 2022, n. 17154.

Conformi, di recente, *ex multis*, Cass., Sez., IV, 30 marzo 2022, n. 13223; Id., Sez., IV, 8 febbraio 2022, n. 8612; Id., V, 10 dicembre 2021, n. 4892; Id., VI, 18 novembre 2021, n. 4195; Id., Sez., II, 7 luglio 2021, n. 39260.

⁴⁴ Corte cost., n. 237 del 1993.

che possano essere successivamente utilizzate a sostegno dell'accusa e avere così un impatto sulla condanna o sulla sanzione inflitta a tale persona⁴⁵.

Ora, poiché le norme della Convenzione non producono effetti diretti nell'ordinamento giuridico interno dal quale scaturisca un potere di non applicazione analogo a quello che i giudici comuni possono esercitare rispetto alle disposizioni unionali, fungendo, al contrario, da parametro interposto di legittimità costituzionale in base all'art. 117, co. 1°, Cost., nè può affermarsi la comunitarizzazione della C.E.D.U., atteso il mancato completamento del processo di adesione dell'Unione europea alla Convenzione, in caso di contrasto tra una norma interna e una convenzionale (conforme a Costituzione), è compito dei giudici comuni verificare se sia possibile interpretare la prima in conformità alla seconda, e ove tale tentativo sortisca esito negativo, sollevare questione di legittimità costituzionale.

Nel caso che ci occupa, l'interpretazione conforme al diritto consolidato convenzionale è vietata dalla cogenza del divieto di estensione/integrazione analogica, e dagli effetti preclusivi derivati dalla tassatività delle sanzioni processuali e dalla necessaria predisposizione nella fattispecie normativa, s'è scritto, che attribuiscono alla riserva una validità in termini assoluti. Sicché, il ricorso alla giurisdizione costituzionale appare la soluzione obbligata, a meno che non si voglia giustificare l'applicazione dell'enunciato normativo censurato oltre il suo orizzonte sistemico.

Ebbene, poiché i contesti dichiarativi di cui agli artt. 66 c.p.p. e 21 disp. att. c.p.p. non rassicurano dal rischio di autoincriminazione, e considerato che l'art. 64, co. 3, lett. b), c.p.p., limitatamente alla riserva, appresta al silenzio un livello di tutela inferiore a quello garantito convenzionalmente, spetta al giudice comune sollevare, in riferimento agli artt. 24, 27, co. 2°, 117, co. 1° Cost. in relazione all'art. 6 C.E.D.U., questione di legittimità costituzionale dell'art. 64, co. 3, lett. b), *incipit*, c.p.p. nella parte in cui si applica all'art. 66 c.p.p. e all'art. 21 disp. att. c.p.p.

4. (segue) *e a proposito del rapporto tra cognitivismo e silenzio.* Ulteriore

⁴⁵ Corte EDU, 17 dicembre 1996, Saunders c. Regno Unito; Id., 19 marzo 2015, Corbet e altri c. Francia.

spunto di riflessione scaturisce dal dibattito dottrinale e giurisprudenziale⁴⁶ sulla possibilità di identificare o meno la pratica del silenzio come uno strumento per la (concretezza dell') azione (o la cautela) nelle indagini preliminari oppure di possibile ricostruzione della verità del fatto imputato, nel giudizio.

La dottrina che propende per la insindacabilità⁴⁷ la ricava dalla interpretazione estensiva dell'art. 274, lett. a), c.p.p., cioè del divieto codificato per il procedimento cautelare di rilevare l'attualità e la concretezza del pericolo d'inquinamento probatorio dall'atteggiamento non collaborativo dell'indagato/imputato che si rifiuta di rendere dichiarazioni oppure che non ammette l'addebito.

Secondo altra parte, invece, la preclusione è assoluta nelle indagini preliminari, bilanciando la disparità di prerogative tra indagato e pubblico ministero⁴⁸. Al contrario nel giudizio, dove una volta che l'imputato abbia manifestato la volontà di sottoporsi all'esame perde la possibilità di esercitare senza pregiudizio la strategia del silenzio⁴⁹, e le mancate risposte possono offrire al giudice argomenti di prova a suo carico, come dimostra l'onere della verbalizzazione prescritto dall'art. 209, co. 2, c.p.p.⁵⁰, che - seguendo il ragionamento - non avrebbe alcuno scopo se la mancata risposta non avesse alcuna possibilità di utilizzo probatorio⁵¹.

La giurisprudenza, dal canto suo, si concentra sul rifiuto di rispondere esercitato dopo che l'imputato abbia prestato il consenso o abbia richiesto l'esame, attribuendogli un (improprio) significato indiziante⁵², sul presupposto che il

⁴⁶ Lo compendia, CARBONI, *La valutazione probatoria del silenzio: critiche e prospettive*, in *Proc. pen. giust.*, 4, 2018, 922 ss.

⁴⁷ BARBIERI, voce *Interrogatorio nel processo penale*, in *Dig. Pen.*, VII, Torino, 1999, 237.

⁴⁸ CAMON, DANIELE, NEGRI, CESARI, DI BITONTO, PAULESU, *Fondamenti di Procedura penale*, Padova, 2021, 198.

⁴⁹ Per GIANZI, *Esame delle parti private*, in *Enc. Dir.*, Agg. III, 1999, 588, le domande sui fatti di reato e sul ruolo svolto dall'imputato non sono evitabili.

⁵⁰ CAMON, DANIELE, NEGRI, CESARI, DI BITONTO, PAULESU, *Fondamenti di Procedura penale*, cit., 197; DI BITONTO, *Esame dibattimentale e garanzie difensive dell'imputato*, in *Cass. Pen.*, 2012, 4348 ss.; LARONGA, *Nemo tenetur se detegere. Sul valore probatorio del contegno non collaborativo dell'imputato nell'accertamento del fatto proprio*, in *Quest. Giust.*, 2014.

⁵¹ L'opinione è consolidata in dottrina. Per tutti, GREVI, *Nemo tenetur*, cit., 1132.

⁵² Pur riconoscendo il silenzio come fondamentale presidio difensivo concesso dall'ordinamento all'imputato, ciò non impedisce ai giudici di merito di rilevare l'assenza di spiegazioni alternative delle emergenze processuali e di valutare la condotta processuale del giudicando, coniugandola con ogni altra circostanza sintomatica, con la conseguenza che egli, nella formazione del libero convincimento, può

silenzio mantenuto su circostanze potenzialmente idonee a scagionarlo può assumere, insieme ad altre circostanze, una portata significativa nella formazione del libero convincimento del giudice.

La nostra offerta ermeneutica condivide la esclusione del silenzio dalle “forme” di accertamento, ma per ragioni differenti da quelle che supportano le teorie negazioniste.

A voler essere precisi, neghiamo ogni rilevanza probatoria ai silenzi opposti dall'imputato in sede dibattimentale - le osservazioni si estendono all'indagato in occasione degli interrogatori, ritenuta la identità della natura giuridica⁵³ e la direzione cognitiva (non probatoria) tra l'interrogatorio e l'esame - anche quando si vuole limitata alla verifica e al controllo dell'attendibilità delle dichiarazioni rese⁵⁴. E confutiamo ogni possibilità di “recupero” attraverso la lettura delle dichiarazioni rese dall'imputato nel corso delle indagini preliminari e/o dell'udienza preliminare: nella nostra concezione, se nel corso dell'esame egli rifiuta di rispondere a singole domande, non è applicabile l'art. 513, co. 1, c.p.p., posti la lettera della norma e il divieto di analogia che non consentono di equiparare il rifiuto di sottoporsi all'esame alla facoltà di non rispondere, e, mancando una espressa previsione al riguardo, non è nemmeno possibile la contestazione; sicché di quel contegno si può solo fare menzione nel verbale ai sensi dell'art. 209, co. 2, c.p.p.

A proposito delle argomentazioni contrarie. Sulla estensione della preclusione di riconoscere al silenzio attitudine cognitiva ai fini indicati dall'art. 274, lett. a), c.p.p., i dubbi scaturiscono dall'autonomia logica e funzionale della situazione che giustifica il divieto, legata indissolubilmente al procedimento cautelare. Si vuole dire, che la specificità del contesto in cui si sviluppa l'atteggiamento omissivo dell'indagato/imputato e la determinatezza del com-

ben considerare, in concorso di altre circostanze, la portata significativa del silenzio mantenuto dall'imputato su circostanze potenzialmente idonee a scagionarlo: Cass., II, 20 settembre 2019, n. 46664.

Conforme, Cass., Sez., II, 21 aprile 2010, n. 22651, Rv. 247426.

⁵³ MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame*, cit., 374; ID., *Esame delle parti private*, in *Enc. Dir.*, Annali, II, 1, Milano, 212.

⁵⁴ Così, FRIONI, *L'esame dell'imputato*, Milano, 2011, 177; MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame*, cit., 373 ss.; Orlandi, sub *art. 209*, in CHIAVARIO (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale, La normativa complementare*, vol. II, *Norme di coordinamento e transitorie*, Torino, 1992, 506; PATANÈ, *Il diritto al silenzio*, cit., 217-218.

portamento prescritto all'autorità giudiziaria provocano una inibitoria all'attivazione del divieto in fattispecie processuali diverse dalla valutazione del pericolo di inquinamento probatorio, rendendolo resistente al "transito" in sedi differenti da quella cautelare.

Se fosse ammessa l'analogia delle regole di condotta (ma non lo è), la insindacabilità dovrebbe essere ricavata pure dall'ultima parte dell'art. 314, co. 1, c.p.p. aggiunta dal d. lgs. n. 188 del 2021, laddove statuisce che l'esercizio del diritto al silenzio non pregiudica il risarcimento per ingiusta detenzione. Ma anche tale disposizione soffre della tipicità della situazione e del conseguente divieto di integrazione analogica.

Sul secondo orientamento, che collega la insindacabilità del rifiuto alla necessità di rimediare alla disparità tra accusa e difesa nella fase delle indagini preliminari, le perplessità risiedono sul netto distinguo tra difesa e parità, che la dottrina non considera come diversità strutturale, ma meramente funzionale. Si rifletta. Come momento dinamico del processo, le indagini preliminari si rivelano, in proiezione finalistica, attività rivolte esclusivamente alle determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale del pubblico ministero e, nel profilo strutturale, atti costituenti mezzi di ricerca della prova e solo eccezionalmente mezzi di prova. Specularmente, la difesa si presenta come strumento per la parità delle armi, che, a sua volta, va ricondotta alla proiezione probatoria dell'atto o all'acquisizione delle prove; temi, che appartengono alla ideologia della prova e, quindi, esulano da quello dell'azione, posta la limitazione probatoria degli atti compiuti in tale fase espressa inequivocabilmente dall'art. 514 c.p.p. Sicché, i limiti al diritto di difesa della persona sottoposta alle indagini sono congeniali alla natura degli atti di indagine, oltreché alla logica della fase, che riducendo il contraddittorio (all'incidente probatorio), ne restringe gli spazi di utilizzabilità rivolti alla decisione (artt. 511, 512, 512 *bis*, 513 c.p.p.).

Quanto alle tesi possibiliste, le ragioni della distanza risiedono nel sistema interno integrato dalla normativa europea.

Intanto, va detto subito che la menzione nel verbale del rifiuto dell'imputato di rispondere a una domanda (art. 209, co. 2, c.p.p.) utilizzata dalla dottrina per dimostrare gli effetti pregiudizievoli conseguenti al silenzio, per noi ha

valore affatto diverso. Essa è forma di conoscenza delle attività che si svolgono in udienza, di cui assicura la pubblicità, e dello sviluppo del processo, in equilibrio con le garanzie di informazione e di conoscenza (intese nel significato più ampio), e finalizzata alla tutela delle parti assenti e, non da ultima, della collettività, nel cui nome è emessa la sentenza.

Allo stesso modo, se pur vero che nella Relazione al codice di rito si specificava che «una volta che una parte ha chiesto di sottoporsi ad esame diretto, essa non è più in grado di sottrarsi alle domande che le vengono formulate, tanto che ogni rifiuto di rispondere – di cui deve farsi menzione nel verbale – assumerà legittimamente argomento di prova», è innegabile che la regola non sia stata codificata, anzi, è stata codificata sì, ma in direzione opposta.

Infine; il merito delle argomentazioni dottrinali appare contraddetto dalle premesse di metodo della prova penale.

Ebbene, la valorizzazione probatoria del silenzio, vuoi come argomento di prova che in qualità di indizio da corroborare con altre circostanze, non è metodo praticabile, essendo contraddetta dalla compenetrazione tra regole e libero convincimento, attraverso la quale si realizza la simbiosi tra verità e giustizia. Non lo è, giacché sconfessa la inflessibile tensione tra prova e libero convincimento, per cui il giudice riconosce la fondatezza della pretesa punitiva dello Stato soltanto sulla base delle conoscenze raccolte e rappresentategli dalle parti, e ciò proprio per evitare che naturali emozioni possano entrare nel giudizio.

Il circuito, rappresentato in Costituzione dagli artt. 112, 24, co. 1° e 2°, 27, co. 2° e 111, coglie la razionalità del sistema rispetto alla funzione giudiziale. Serve a chiarire che l'*iter* probatorio è contrassegnato dai connotati della legalità. E che tecnica probatoria e metodo di valutazione assumono oggi dimensione costituzionale.

Di tali presupposti è naturale corollario la esclusione del silenzio dai comportamenti processuali collegati alle conoscenze del giudice. Il contegno dell'imputato condiziona il suo intervento attivo nel processo, coesistente al corretto svolgimento della dialettica processuale, e assume un ruolo particolare nella forma dell'autodifesa, senza rappresentare un "vincolo" di metodo per il libero convincimento del giudice. Insomma, il silenzio assume rilievo

come modalità di partecipazione del soggetto ai momenti evolutivi del processo e, in particolare, della formazione della prova, siccome il sistema gli garantisce la libertà di scelta sull'atteggiamento da assumere, riconoscendo una componente negativa nel contesto generale del diritto di difesa, valutata, appunto, come diritto a non rilasciare dichiarazioni incriminanti e, in occasione degli interrogatori, come dovere dell'autorità procedente di informarlo sulle facoltà connesse al diritto stesso.

La critica riguarda pure il profilo della prospettiva ricostruttiva della dottrina, che fa scaturire l'attitudine probatoria del silenzio da una nera suggestione. Tale, infatti, è quella per cui l'innocente, non avendo nulla da celare, è interessato a fornire qualsivoglia chiarimento e a non trincerarsi dietro al diritto di tacere. Epperò, la congettura esclude qualsiasi possibilità di verifica empirica e, quindi, di dimostrazione; non è regola di esperienza – questa sì, è ammessa tra i saperi del giudice – difettando il carattere della “generalizzazione”, poiché non è conoscenza appartenente a un patrimonio di cultura collettiva⁵⁵.

E per concludere. La dimensione esclusivamente difensiva del silenzio e la conseguente inibizione all'utilizzo per sorreggere, in fatto, la decisione, si ricavano dalla interpretazione dell'art. 209, co. 1, c.p.p. (nella parte in cui richiama l'art. 198, co. 2, c.p.p.) – il ragionamento si estende all'art. 64, co. 3, lett. b), c.p.p. – alla luce dell'art. 7, §§ 4 e 5, dir. 2016/343/UE, spiegati nel Considerando 28: «L'esercizio del diritto al silenzio o del diritto di non autoincriminarsi non dovrebbe essere utilizzato contro l'indagato o imputato né essere considerato di per sé quale prova che l'indagato o imputato in questione abbia commesso il reato ascrittogli. Ciò dovrebbe lasciare impregiudicate le norme nazionali in materia di valutazione della prova da parte di tribunali o giudici, a condizione che i diritti della difesa siano rispettati».

Il riferimento, nel caso italiano, è all'art. 192 c.p.p., che stabilisce criteri probatori orientati da valutazione di pertinenza, di rilevanza e di concludenza delle prove, ovvero degli elementi concreti che rappresentano il profilo fattuale dell'imputazione (e per questo motivano in fatto la decisione), non anche

⁵⁵ Sul valore del sapere esperienziale nella formazione del libero convincimento, volendo, il nostro *I saperi del giudice. A proposito dell'uso della scienza privata nel processo penale*, Napoli, 2020.

da stimoli emotivi o comunque metarazionali, quali sono, appunto, le suggestioni, le congetture.

L'interpretazione della normativa interna in senso conforme alla direttiva e l'assenza di un sostanziale contrasto tra diritto nazionale ed europeo, suppliscono alla trasposizione incompleta della direttiva nell'ordinamento italiano, svelata dal difetto di codificazione nel d. lgs. n. 188 del 2021 delle prescrizioni contenute nell'art. 7, §§ 1 e 2; e rendono inattuale la procedura di infrazione per violazione della legislazione U.E. (artt. 258 e 260 T.F.U.E.).