

ORIENTAMENTI

CARLO BONZANO

Un lustro di innovazioni: si rafforza la cultura del diritto al silenzio

In un momento storico in cui gli snodi procedurali investiti dalle recenti riforme hanno “rubato la scena” al tema dello *ius tacendi*, non se ne possono ignorare i significativi rivolgimenti degli ultimi anni: se ne coglie nitidamente un rafforzamento, anche a livello di fonti sovraordinate, di una garanzia sulla quale, da sempre, si riscontrano timidezze attuative ed incertezze esegetiche.

Five years of innovation: the culture of the right to silence is strengthened

In a historical moment in which the procedural issues affected by recent reforms have “stolen the spotlight” from the issue of ius tacendi, the significant upheavals of recent years cannot be ignored: a strengthening can clearly be seen, also at the level of superordinate sources, of a guarantee on which implementation shyness and exegetical uncertainties have always been found.

SOMMARIO: Cenni introduttivi. - 2. Il silenzio da istanza costituzionale implicita a garanzia “capofila” nella *matière pénale*. - 3. Le modifiche in materia di riparazione per ingiusta detenzione. - 4. La verbalizzazione garantita nelle riforme Cartabia e Nordio. - 5. La Consulta e l'estensione dei Miranda *warnings*. - 6. Uno sguardo d'insieme.

1. *Cenni introduttivi.* Per quanto, negli ultimi anni, i riflettori del processo penale siano rimasti forse troppo a lungo orientati sull'oscuro tema dell'efficienza processuale e sulla necessità di adeguarsi ai parametri europei, vi sono altri profili sui quali si sono registrate innovazioni che si prestano ad essere lette in una chiave esegetica unitaria e che contribuiscono a delineare lo stato attuale dei paradigmi fondativi del sistema processuale.

In particolare, le disposizioni relative alla tutela del diritto al silenzio, in meno di un lustro, sono state attinte da interventi normativi e giurisprudenziali assai significativi. Pur se ispirati da istanze contingenti ed operanti su più fronti tra di loro eterogenei, è possibile cogliere in tale complessa trama una linea evolutiva unitaria: sarebbe arduo sostenere che si sia trattato di un percorso consapevole e preordinato, tant'è che le brevi riflessioni che seguono sono volte proprio a tentare di ricomporre il mosaico normativo le cui tessere non sempre sono di facile accostamento; eppure non può revocarsi in dubbio l'effettivo rafforzamento di una garanzia, quella dello *ius tacendi*, che nel codice del 1988 stentava ad affermarsi vuoi per la timidezza del legislatore, che non era riuscito a delineare un sistema completo e robusto, vuoi per le letture riduttive operate dalla

giurisprudenza, vuoi, infine, per gli aggiramenti surrettizi registrati nella prassi ed unanimemente stigmatizzati¹.

2. *Il silenzio da istanza costituzionale implicita a garanzia “capofila” nella matiere pénale.* Procedendo in ordine cronologico, il primo segno indelebile del rafforzamento del diritto al silenzio sullo sfondo del sistema multilivello si deve alle storiche decisioni della Corte costituzionale e della Corte di giustizia dell’Unione Europea su quelli che possono considerarsi a tutti gli effetti i profili processuali della c.d. *matière pénale*. Dopo una nutrita serie di decisioni della Consulta volte ad estendere ai procedimenti di natura sostanzialmente penale garanzie di diritto sostanziale, il primo aspetto di rito sul quale le due Corti si sono espresse è stato proprio il diritto al silenzio².

¹ Sulla natura dello *ius tacendi*, PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Torino, 2006, pp. 101 ss. In relazione ai punti di criticità relativi alla tutela di tale diritto, si veda in particolare, CERESA GASTALDO, *Le dichiarazioni spontanee dell'indagato alla polizia giudiziaria*, Torino, 2002, 7 ss.; MARAFIOTI, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, Torino, 2000, pp. 319 ss.; O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Milano, 2004, 319 ss. Inoltre, nell'ambito della copiosa letteratura sul tema e senza pretesa di esaustività, AMODIO, *Diritto al silenzio o dovere di collaborazione? A proposito dell'interrogatorio dell'imputato in un libro recente*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 410; CANESCHI, *L'imputato*, Torino, 2021, 6 ss.; CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, 2^a ed., vol. II, Milano, 1962; CONTI, *L'imputato nel procedimento connesso. Diritto al silenzio e obbligo di verità*, Padova, 2003; CORSO, *Non si può sopprimere il diritto al silenzio*, in *Italia Oggi*, 18 novembre 1998, 1 ss.; DI BITONTO, *Diritto al silenzio: evoluzione o involuzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 1027; GAROFOLI, *Gli avvertimenti processuali come strumento di tutela*, Milano, 1983; FOSCHINI, *L'interrogatorio dell'imputato*, in *L'imputato. Studi*, Milano, 1956, 52; GREVI, *Nemo tenetur se detegere. Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972; ID., *Il diritto al silenzio dell'imputato sul fatto proprio e sul fatto altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 1129; MONTALBANO, *La confessione nel diritto vigente*, Napoli, 1958, spec. 9- 17; A. MANGIARACINA, *Nuove fisionomie del diritto al silenzio. Un'occasione per riflettere sui vuoti domestici...e non solo*, in *Proc. pen. giust.*, 2021, 729 ss.; MOSCARINI, *Il diritto al silenzio dell'imputato sul fatto proprio secondo la Corte di Strasburgo e nell'esperienza italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 611; PALADIN, *Autoincriminazioni e diritto di difesa*, in *Giur. cost.*, 1965, 312; PULITANO, *Nemo tenetur se detegere; quali profili di diritto sostanziale?*, in *Riv. it. dir. proc.*, 1999, 161; SCALFATI, *Aspetti dell'acquisizione dibattimentale di fonti dichiarative*, in *Ind. pen.*, 2003, 637; SCAPARONE, *Diritto al silenzio e diritto al controesame del coimputato*, in *Giur. cost.*, 1998, 3148; TONINI, *Diritto al silenzio e tipologia dei dichiaranti*, in *Giusto processo e prove penali*, Milano, 2001, 71; STANZIONE, *Autoincriminazione e diritto al silenzio. Le esperienze italiana, francese e inglese*, Padova, 2017.

² Per una sintesi di tale ampia giurisprudenza, volendo, BONZANO, *Nemo tenetur se detegere e procedimento amministrativo: per la Consulta, la sanzione “punitiva” impone il due process of law*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, 1448; ID., *Matière pénale e diritto al silenzio: la Consulta mette un punto fermo...o quasi*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 52.

Si tratta di una contingenza che induce ad una riflessione più ampia di sapore quasi giusnaturalistico: se c'è un diritto dell'imputato per antonomasia esso è proprio lo *ius tacendi*, il primo a venire in rilievo in tutti quei procedimenti che possano definirsi come sostanzialmente penali.

La vicenda è nota. Il Giudice delle leggi era stato chiamato a vagliare la legittimità costituzionale della disciplina del procedimento di fronte alla CONSOB nella parte in cui prevedeva la possibilità di sanzionare il rifiuto di rispondere della persona sottoposta al procedimento amministrativo. La Consulta aveva rilevato che la normativa denunciata era stata adottata per dare attuazione ad una normativa europea che prevedeva espressamente un obbligo di collaborazione gravante anche sulla persona sottoposta a procedimenti relativi agli abusi di mercato³. Aveva, così, optato per un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, sollecitandola a valutare se tali fonti potessero essere interpretate nel senso di consentire agli Stati membri di non sanzionare il rifiuto di rispondere a domande dell'autorità competente dalle quali possa emergere la propria responsabilità per un illecito per il quale siano previste sanzioni amministrative di natura "punitiva"⁴.

Il pieno e puntuale riscontro offerto dalla Corte di Giustizia si è sostanziato, quindi, nell'affermare che - in forza del combinato disposto dell'art. 6, par. 3, TUE e dell'art. 52, par. 3, CDFUE - nell'interpretazione degli artt. 47 e 48 CDFUE occorre tenere conto delle garanzie dell'equo processo assicurate dall'art. 6 C.E.D.U., tra le quali rilevanza centrale assume il diritto al silenzio. Da qui, la sentenza costituzionale n. 84 del 2021 che ha chiuso la vicenda dichiarando l'illegittimità delle norme di riferimento del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria nella parte in cui si applicano anche alla persona fisica che si sia rifiutata di fornire alla CONSOB risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative di carattere punitivo, ovvero per un reato⁵.

Procedendo con ordine, il primo snodo concettuale coincide con l'elaborazione, ad opera dell'ordinanza costituzionale n. 117 del 2019, di direttrici

³ Dir. 2003/6/CE ed al Reg. UE n. 596/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio.

⁴ Corte cost., ord., 6 marzo 2019, n. 117, (sulla quale, volendo, BONZANO, *Nemo tenetur se detegere e procedimento amministrativo: per la Consulta, la sanzione "punitiva" impone il due process of law, cit.*).

⁵ La Consulta è pervenuta alla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 187-*quinquiesdecies*, d.lgs. n. 58 del 1998 nella versione originaria, estendendola in via consequenziale a tutte le successive modifiche ed integrazioni della norma medesima. Corte cost., 30 aprile 2021, n. 84, con nota di C. BONZANO, *Matière pénale e diritto al silenzio: la Consulta mette un punto fermo...o quasi, cit.*

fondamentali sullo statuto del diritto al silenzio: seguendo un filone ormai consolidato, il Giudice delle leggi, da un lato, ha affermato che lo *ius tacendi*, pur non espressamente riconosciuto nella Carta fondamentale, costituisce un valore costituzionale in quanto corollario essenziale dell'inviolabilità del diritto di difesa ex art. 24, co. 2 Cost.; da un altro lato, ha precisato che tale diritto deve ritenersi operante in tutti i procedimenti cui possa fare seguito l'applicazione di una sanzione sostanzialmente "punitiva".

Com'è evidente, secondo la Corte, è dalla natura del procedimento che dipende l'ampiezza dello spettro dei diritti da riconoscere a chi vi è sottoposto; l'inquadramento ontologico, a sua volta, non è il frutto della qualificazione formale della procedura, bensì di un apprezzamento sostanziale che muove dal diritto inciso. Quest'ultimo si individua valutando il tipo di sanzione irrogata: ove essa abbia carattere "punitivo", il procedimento deve essere informato al rispetto del canone *nemo tenetur se detegere*⁶.

Il Giudice delle leggi ha rilevato come, a fronte di simili scenari punitivi, parrebbe plausibile il riconoscimento, in favore di chi sia incolpato di un illecito

⁶ Il ragionamento muove dalla consolidata giurisprudenza europea circa la nozione sostanziale di sanzione penale, basata sui cosiddetti *Engel criteria* (Corte EDU, Grande Camera, 8 giugno 1976, Engel e altri c. Paesi Bassi, par. 82): si è avvertita la necessità di scongiurare una sorta di truffa delle etichette, evitando che i vasti processi di decriminalizzazione, avviati dagli Stati aderenti fin dagli anni Sessanta del secolo scorso, potessero avere l'effetto di sottrarre gli illeciti, così depenalizzati, alle garanzie sostanziali assicurate dagli artt. 6 e 7 C.E.D.U. (Così Corte EDU, 21 febbraio 1983, Öztürk c. Germania). Ai fini dell'applicazione delle garanzie previste dalla Convenzione, sono infatti riconducibili alla materia penale tutte quelle sanzioni che - pur se non qualificate come penali dagli ordinamenti nazionali - sono rivolte alla generalità dei consociati; perseguono uno scopo non meramente risarcitorio, ma repressivo e preventivo; hanno una connotazione afflittiva, potendo raggiungere un rilevante grado di severità (da valutare prendendo in considerazione il massimo previsto per legge e non la sanzione effettivamente comminata). Tali criteri non trovano applicazione in via cumulativa, ma alternativa, sicché è sufficiente l'integrazione anche di uno solo di essi per giungere a considerare come *lato sensu* "penale" un illecito. In dottrina, si veda ZAGREBELSKY, *La definizione della materia penale ai fini della Convenzione europea dei diritti umani*, in *La "materia penale" tra diritto nazionale ed europeo*, a cura di Donini - Foffani, Torino, 2018, 21 ss. Al contempo, è stato chiarito che la lieve entità della sanzione non costituisce di per sé un elemento atto a privare la misura della natura penale, qualora sia evidente il carattere deterrente e repressivo della stessa (MANES, sub art. 7 Cedu, par. I, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di Bartole - De Sena - Zagrebelsky, Padova, 2012, 259 ss.). Movendo dall'apprezzamento della "natura della pena irrogata", integrato anche da considerazioni di ordine teleologico, la Corte europea ha così prospettato un'interpretazione autonoma della nozione di "accusa penale"; approccio, come noto, fatto proprio anche dalla Corte di Giustizia (Corte giust. UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, Menci, (C-524/15), par. 26, in www.penalecontemporaneo.it, 21 marzo 2018, con ampiezza di richiami giurisprudenziali).

di tale natura, dei medesimi diritti di difesa che la Costituzione italiana riconosce alla persona sospettata di avere commesso un reato, e in particolare del diritto a non essere costretto a rendere dichiarazioni suscettibili di essere utilizzate successivamente come elementi di prova a proprio carico⁷.

Peraltro, nel sollevare la questione pregiudiziale dinnanzi alla Corte di Giustizia, la Consulta ha opportunamente sottolineato come nella giurisprudenza di Strasburgo esistessero diversi precedenti specifici proprio sulla operatività della garanzia contro l'autoincriminatione nei procedimenti amministrativi⁸. In particolare, la Corte costituzionale ha rilevato come nell'esegesi convenzionale la natura punitiva dell'illecito chiamasse in causa «l'intero spettro delle garanzie assicurate dalla CEDU per la materia penale», tra le quali deve ritenersi senz'altro compreso il diritto al silenzio.

Recependo in pieno la vigorosa sollecitazione della Consulta, la Corte di Giustizia ha affermato che il diritto al silenzio «mira a garantire che, in una causa penale, l'accusa fondi la propria argomentazione senza ricorrere ad elementi di prova ottenuti mediante costrizione o pressioni, in spregio alla volontà dell'imputato» e risulta violato ogniquale volta una persona accusata sia minacciata di sanzioni per il caso di mancata deposizione⁹. Ancora, tale diritto non comprende soltanto fatti dai quali può ricavarsi direttamente la responsabilità del dichiarante, ma anche «le informazioni su questioni di fatto che possano

⁷ La Corte evidenzia altresì il rischio che la “collaborazione coatta” della persona sottoposta al procedimento amministrativo possa contribuire, di fatto, alla formulazione di un'accusa in sede penale, giacché l'abuso di informazioni privilegiate è previsto al tempo stesso come illecito amministrativo (art. 187-bis, d.lgs. n. 58 del 1998) e come illecito penale (art. 184, d.lgs. n. 58 del 1998) ed i relativi procedimenti possono essere attivati e proseguiti parallelamente, nei limiti in cui ciò sia compatibile con il principio del *ne bis in idem* (Corte giust. UE, Grande sezione, sent., 20 maggio 2018, in causa C-537/16, *Garlsson Real Estate SA* e altri, par. 42-63).

⁸ Corte EDU, 3 maggio 2001, *J.B. contro Svizzera*, par. 63-71, in www.echr.coe.int; Corte EDU, 17 dicembre 1993, *Funke c. Francia*, *ibidem*; Corte EDU, 4 ottobre 2005, *Shannon contro Regno Unito*, par. 38-41, *ibidem*; Corte EDU, 21 aprile 2009, *Martinen c. Finlandia*, *ibidem*; Corte EDU, 5 aprile 2012, *Chambaz c. Svizzera*, par. 50-58, *ibidem*. In dottrina, per una sintesi, BACHMAIER WINTER, *The shift from criminal to administrative sanctions: the quest for fair trial rights in new crime control scenarios in the ECHR case law*, in *La “materia penale” tra diritto nazionale ed europeo*, a cura di Donini - Foffani, Torino, 2018, 52 ss.; FABERI, *Sui confini delle garanzie autodifensive dell'accusato (accertamenti fiscali, richiesta di documenti, rischio di autoincriminazione)*, in *Arch. pen.*, 2013, 2; PIANTAVIGNA, *Il diritto del contribuente a non collaborare all'attività accertativa*, in *Riv. dir. fin. e scienza fin.*, 2013, 90 ss.

⁹ Corte giust. UE, Grande Sezione, sent., 2 febbraio 2021, in C-489/19, D.B. c. CONSOB, in www.sistemapenale.it, 3 febbraio 2021, con nota di BASILE, *La Corte di Giustizia riconosce il diritto al silenzio nell'ambito dei procedimenti amministrativi “punitivi”* e con nota di ARANCI, *Diritto al silenzio e illecito punitivo amministrativo: la risposta della Corte di giustizia*, *Ibidem*, 16 febbraio 2021.

essere successivamente utilizzate a sostegno dell'accusa ed avere così un impatto sulla condanna o sulla sanzione inflitta a tale persona». Al tempo stesso, lo *ius tacendi* non può essere invocato a giustificazione di «qualsiasi omessa collaborazione con le autorità competenti, qual è il caso di un rifiuto di presentarsi ad un'audizione prevista da tali autorità o di manovre dilatorie miranti a rinviare lo svolgimento dell'audizione stessa».

Così definita l'area di tutela, la Corte di Giustizia ha concluso che le disposizioni della Direttiva 2003/6/CE e del Regolamento UE n. 596/2014, oggetto della questione pregiudiziale, «si prestano ad una interpretazione conforme agli articoli 47 e 48 della Carta, in virtù della quale essi non impongono che una persona fisica venga sanzionata per il suo rifiuto di fornire all'autorità competente risposte da cui potrebbe emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative aventi carattere penale oppure la sua responsabilità penale» e che, anzi, dal diritto al silenzio garantito dagli artt. 47 e 48 CDFUE discende addirittura l'obbligo, a carico degli Stati membri, di assicurare che una persona fisica non possa essere sanzionata in circostanze siffatte. Chiudendo il cerchio, con la sentenza n. 84 del 2021, la Consulta innanzitutto ha ribadito che il diritto al silenzio si fonda su di un sistema multilivello articolato su di un insieme di norme che «si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione»: si tratta dell'art. 24 Cost., dell'art. 6 C.E.D.U. e degli artt. 47 e 48 CDFUE, nell'interpretazione fornite dalla Corte di Giustizia; dell'art. 14, par. 3, lett. g) PIDCP, laddove alla nozione di “reato” contenuta nell'*incipit* del paragrafo 3 venga assegnato un significato sostanziale che ricomprenda ogni illecito sostanzialmente penale. In particolare, secondo la Corte costituzionale, la definizione dello *standard* di tutela delle condizioni essenziali del diritto di difesa di fronte ad un'accusa suscettibile di sfociare nell'applicazione di sanzioni a contenuto comunque punitivo non può non comprendere il diritto a «non essere costretto a deporre contro se stesso»¹⁰.

In secondo luogo, il Giudice delle leggi ha precisato la portata di tale diritto con riferimento alla specifica questione relativa alla possibilità di sanzionare una persona fisica la quale, richiesta di fornire informazioni alla CONSOB nel quadro dell'attività di vigilanza svolta da quest'ultima e funzionale alla scoperta di illeciti e alla individuazione dei responsabili, ovvero - *a fortiori* - nell'ambito di un procedimento sanzionatorio formalmente aperto nei suoi confronti, si sia rifiutata di rispondere a domande, formulate in sede di audizione o per iscritto,

¹⁰ La Corte ha ripreso le parole dell'art. 14, par. 3, lett. g)- PIDCP.

dalle quali sarebbe potuta emergere una sua responsabilità per un illecito amministrativo sanzionato con misure di carattere punitivo, o addirittura una sua responsabilità di carattere penale. Ebbene, una simile sanzione risulterebbe in contrasto con lo stesso diritto primario dell'Unione, fermo restando, peraltro, che il diritto al silenzio non giustifica comportamenti ostruzionistici che cagionino indebiti ritardi allo svolgimento dell'attività di vigilanza della CONSOB, come il rifiuto di presentarsi ad un'audizione prevista da tali autorità, ovvero manovre dilatorie tese a rinviare lo svolgimento dell'audizione stessa¹¹. Né il diritto al silenzio potrebbe legittimare l'omessa consegna di dati, documenti, registrazioni preesistenti alla richiesta della CONSOB, formulata ai sensi dell'art. 187-*octies*, commi 3 e 4 d.lgs. n. 58 del 1998.

Sulla base di tali considerazioni, la Consulta è pervenuta alla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 187-*quinquiesdecies* d.lgs. n. 58 del 1998 nella versione originaria, estendendola in via consequenziale a tutte le successive modifiche ed integrazioni della norma medesima. *In cauda venenum*: viene ribadita, peraltro, la necessità che sia il legislatore a ricalibrare in concreto la tutela del diritto al silenzio in ragione della specificità del procedimento di fronte alla CONSOB ed alla Banca d'Italia. Operazione nomopoietica non certo a rime obbligate, vista la complessità della disciplina di settore nella quale l'intervento dovrebbe attuarsi. Sicché la questione pare ad oggi non potersi dire del tutto risolta, né compiutamente "bilanciata"¹². Quel che è certo è che a livello di paradigmi fondativi, a seguito della ricordata vicenda esegetica, il diritto al silenzio costituisce pietra miliare tra le garanzie del processo penale, suscettibile di sortire una forza espansiva anche al di fuori di tale rito *stricto sensu* considerato.

3. *Le modifiche in materia di riparazione per ingiusta detenzione.* Quasi coeva alle ricordate statuizioni ed anch'essa adottata sull'onda della necessità di adeguamento ai dettami europei è la riforma che ha portato ad una riduzione degli effetti probatori del silenzio ai fini del riconoscimento del diritto alla riparazione dell'ingiusta detenzione.

¹¹ Come parimenti sottolineato dalla Corte di Giustizia (par. 41 della sentenza D.B. contro Consob) e come già rilevato dalla Consulta nell'ordinanza Corte cost. n. 117 del 2019 (punto 4 del Considerato in diritto).

¹² Nella recente letteratura, AMATI, *Dinamiche evolutive del diritto al silenzio. Riflessi sul diritto punitivo e sugli obblighi di collaborazione con le autorità ispettive e di vigilanza*, Torino, 2022.

Come è noto, ai sensi degli artt. 314, co. 1 e 643, co. 1 c.p.p., il diritto alla riparazione non è riconosciuto (rispettivamente, per l'ingiusta detenzione e per l'errore giudiziario) quando alla causazione dell'ingiustizia sostanziale abbia contribuito, con intensità variabile, chi l'ha subita¹³. La questione, all'evidenza, sta tutta nel significato da attribuire al concetto di colpa grave, rappresentando quest'ultima (unitamente alla lineare ipotesi del dolo) l'elemento ostativo alla liquidazione del ristoro per la "pena" ingiusta.

Sul punto si era formato un orientamento giurisprudenziale che ricomprendeva nel generico concetto di colpa grave anche il silenzio serbato su circostanze che soltanto l'imputato poteva conoscere e che sarebbero risultate idonee a sgretolare un quadro accusatorio altrimenti tale da giustificare la custodia cautelare¹⁴. Si sosteneva, in buona sostanza, che in casi del genere le circostanze conosciute dal solo imputato non avrebbero potuto essere accertate altrimenti, se non tramite dichiarazioni dello stesso. Pertanto, il giudice della riparazione, nel valutare il comportamento del ricorrente per verificare se avesse dato origine o contribuito alla sua custodia cautelare con dolo o colpa grave, lungi dal mettere in discussione il diritto alla difesa dell'arrestato, avrebbe potuto limitarsi a verificare attraverso quali modalità lo stesso fosse stato esercitato, al fine

¹³ In argomento, TURCO, *L'equa riparazione tra errore giudiziario e ingiusta detenzione*, Milano, 2007, 217 ss.

¹⁴ Secondo la Cassazione, il silenzio, la reticenza ed il mendacio dell'indagato in sede di interrogatorio, pur costituendo esercizio del diritto di difesa, possono rilevare sotto il profilo della colpa grave nel caso in cui egli sia in grado di indicare specifiche circostanze, non note all'organo inquirente, idonee a prospettare una logica spiegazione al fine di escludere o caducare il valore indiziante degli elementi acquisiti in sede investigativa, che hanno determinato l'emissione del provvedimento cautelare (Cass., Sez. IV, 23 ottobre 2015, n. 46423, Sperti, Rv n. 265287-01; Cass., Sez. IV, 17 novembre 2011, Berdicchia, *ivi*, n. 251928; Cass., Sez. III, 9 novembre 2011, M. e altro, in *Arch. n. proc. pen.*, 2012, 155; Cass., Sez. IV, 23 settembre 2008, Locci, in *CED* 242756; Cass., Sez. III, 12 febbraio 2005, Moni, in *CED* 231624; Cass., Sez. IV, 18 marzo 2003, Giugliano, Rv n. 224774; Cass., Sez. IV, 19 febbraio 2003, Macri, in *Cass. pen.*, 2004, 2494; Cass., Sez. un., 26 giugno 2002, De Benedictis, in *Cass. pen.*, 2003, 57; Cass., Sez. un., 13 dicembre 1995, in *Cass. pen.*, 1996, 2146, con nota di FELICIONI, *Condizioni ostative al diritto alla riparazione per ingiusta detenzione ed esercizio del diritto di difesa: spunti problematici*). In relazione alla riparazione dell'errore giudiziario, la Cassazione ha considerato colpa grave l'aver tenuto nel corso del processo una condotta caratterizzata da incuria o indifferenza, senza fornire tempestivamente all'autorità giudiziaria elementi a sua disposizione utili per evitare l'errore (Cass., Sez. III, 12 febbraio 2009, in *Cass. pen.*, 2011, 315).

di stabilire l'eventuale sussistenza di un rapporto di causalità tra tali condotte e l'ingiusta detenzione¹⁵.

Un orientamento del genere, tuttavia, cozzava con il rilievo che la scelta di avvalersi della facoltà di non rispondere costituisce manifestazione insindacabile della strategia difensiva prescelta e dello *ius tacendi*¹⁶. Quest'ultima considerazione, invero già pianamente ricavabile da una corretta interpretazione di tale istanza, ha trovato conferma nelle fonti sovraordinate: la nota Direttiva europea 2016/343/UE del 9 marzo 2016 (c.d. direttiva sulla presunzione di innocenza) ha imposto agli Stati membri il dovere di assicurare che «agli indagati e imputati sia riconosciuto il diritto di restare in silenzio in merito al reato che viene loro contestato» (art. 7, par. 1) ed ha precisato che «l'esercizio da parte degli indagati e imputati del diritto al silenzio o del diritto di non autoincriminarsi non può essere utilizzato contro di loro e non è considerato quale prova che essi abbiano commesso il reato» (art. 7, par. 5).

¹⁵ Con specifico riguardo alla rilevanza causale del silenzio, merita precisare come in tema di riparazione per ingiusta detenzione si fosse naturalmente propensi a valorizzare il contegno dichiarativo anche quale mera causa concorrente dell'ingiustizia subita (*ex plurimis*, Cass., Sez. IV, 18 novembre 2008, Marzola, in *Guida dir.*, 2009, n. 6, 98; Cass., Sez. III, 12 febbraio 2004, Di Savoia, Rv n. 228527). Per converso, in ossequio alla diversa previsione di cui all'art. 643, co. 1 c.p.p., le pronunce in tema di riparazione dell'errore giudiziario ritengono meritevoli di considerazione negativa esclusivamente le condotte processuali che siano state "da sole sufficienti" a determinare la condanna: «la colpa grave è ostativa al diritto alla riparazione dell'errore giudiziario quando abbia dato causa all'errore medesimo e non anche quando si sia limitata ad essere una delle cause concorrenti, come, al contrario, è sufficiente ai fini dell'esclusione del diritto alla riparazione per ingiusta detenzione» (così, Cass., Sez. IV, 4 febbraio 2010, Giuliana, Rv n. 246803: fattispecie nella quale il diritto alla riparazione dell'errore giudiziario era stato escluso in considerazione del reiterato mendacio dell'imputato circa il proprio alibi, valutato, peraltro, come condotta meramente concorrente alla causazione dell'errore giudiziario. V. anche Cass., Sez. IV, 24 settembre 1998, Strazzeri, Rv n. 213141).

¹⁶ In particolare, la Cassazione ha affermato che non può fondarsi la colpa dell'interessato, idonea ad escludere il diritto all'equa riparazione, solo sul silenzio da questi serbato in sede di interrogatorio, giacché la scelta difensiva di avvalersi della facoltà di non rispondere non può valere *ex se* per fondare un giudizio positivo di sussistenza della colpa per il rispetto che è dovuto alle strategie difensive che abbia ritenuto di adottare chi è stato privato della libertà personale; e ciò anche qualora a tali strategie difensive possa attribuirsi, *a posteriori*, un contributo negativo di non chiarificazione del quadro probatorio legittimante la privazione della libertà (così Cass., Sez. IV, 15 giugno 2010, M.T., in *Cass. pen.*, 2011, 1821, con nota di PAPAGNO, *I limiti temporali all'analisi del dolo e della colpa nel giudizio sulla riparazione*). In termini, Cass., Sez. IV, 17 ottobre 2006, A., in *Cass. pen.*, 2007, 3828; in senso sostanzialmente conforme, Cass., Sez. IV, 16 ottobre 2007, K., in *Guida dir.*, 2007, n. 49, 73; Cass., Sez. IV, 12 gennaio 2006, Marconi, Rv n. 234026; Cass., Sez. IV, 4 ottobre 2005, Spreca, Rv n. 232821.

In attuazione della L. 22 aprile 2021, n. 53, recante delega al Governo per l'attuazione della predetta Direttiva, è stato emanato il d.lgs. 8 novembre 2021, n. 188. Al fine di garantire un pieno rispetto delle indicazioni sovranazionali, le Commissioni giustizia della Camera e del Senato avevano condizionato il parere positivo sullo schema di decreto legislativo proprio all'eliminazione delle conseguenze negative derivanti dal rifiuto di rispondere ai fini del riconoscimento della riparazione per ingiusta detenzione. Così, l'art. 314, co. 1 c.p.p. è stato interpolato, stabilendo che l'esercizio da parte dell'imputato della facoltà di non rispondere non incide sul diritto alla riparazione per ingiustizia sostanziale.

Non sfugge come un immediato precedente di tale riforma possa rinvenirsi nella disciplina delle esigenze cautelari laddove l'art. 274, lett. a) c.p.p. vieta espressamente di desumere la situazione di concreto ed attuale pericolo di inquinamento della prova dal rifiuto dell'indagato o dell'imputato di rispondere o di ammettere gli addebiti: la disposizione - figlia della prassi dei primi Anni '90 cui la L. 8 agosto 1995, n. 332 ha apportato vari ulteriori correttivi - pare trovarsi in un legame ideale con la novellazione dell'art. 314, co. 1 c.p.p. effettuata nel 2021.

Per quanto lodevole nell'intento di intervenire su un classico luogo sistematico in cui gli effetti probatori del silenzio apparivano stridere con l'assolutezza che - nell'archetipo giusnaturalistico, prima ancora che sullo sfondo costituzionale e sovranazionale - connota tale garanzia, la riforma appare incompleta, giacché il legislatore del 2021 non ha proceduto all'opportuno adeguamento anche dell'art. 643 c.p.p. precisando che, pure ai fini della riparazione dell'errore giudiziario, il silenzio non possa essere ascritto alle ipotesi di colpa grave. Se un'interpretazione sostanziale induce a ritenere ineludibile una tale soluzione, la scelta di effettuare una precisazione *ex professo* soltanto nell'art. 314 c.p.p. non mette al riparo da pericolose esegesi *a contrario* che, oltre a far cadere il sistema in contraddizione, finirebbero per controbilanciare l'effetto salutare della riforma con un simmetrico svilimento dello *ius tacendi*¹⁷.

¹⁷ Si ricordi, peraltro, che il problema con riferimento alla riparazione dell'errore giudiziario si stempera ove si abbia riguardo a quella giurisprudenza che esclude la riparazione ove la condotta dell'imputato sia stata l'unica causa dell'errore e non una mera causa concorrente.

L'eventualità qui paventata pare tutt'altro che teorica ove si abbia riguardo alla giurisprudenza formatasi in relazione all'art. 314 c.p.p. - così come risultante dalla recente interpolazione normativa - nonostante l'espressa modifica di quest'ultima norma che, vuoi per le ascendenze europee, vuoi per il tenore letterale, sembrerebbe non lasciare adito a dubbi. Accanto a pronunce che hanno confermato quanto si trae pienamente dalla esegesi della nuova disposizione letta *comme il faut*, ci sono state decisioni che hanno elaborato una artificiosa distinzione tra esercizio del diritto al silenzio e comportamento reticente¹⁸: facendo leva su di un simile presupposto teorico, hanno ritenuto che la reticenza, ove causalmente rilevante ai fini della misura cautelare, incida sull'accertamento dell'eventuale colpa grave ostativa al riconoscimento del diritto alla riparazione, in quanto si tratta di una condotta equivoca ed ambigua non equiparabile al silenzio serbato nell'esercizio delle facoltà difensive¹⁹.

Analogo approccio è fatto proprio da quell'orientamento che ha ritenuto di poter ricondurre il silenzio dell'imputato a quella colpa lieve che può risultare rilevante ai fini dell'individuazione del *quantum* della riparazione. Ebbene, smentendo i giudici di merito, la Corte di cassazione ha precisato che, a seguito della modifica dell'art. 314 c.p.p., l'esercizio della facoltà di non rispondere, oltre a non costituire causa ostativa al riconoscimento dell'indennizzo, non può essere considerato nella determinazione dell'ammontare dello stesso, assumendo un valore neutro non suscettibile di integrare una ipotesi di colpa lieve²⁰. C'è da auspicare, dunque, che un'interpretazione ragionevole ponga un freno a nuovi attentati esegetici facenti leva sull'omesso coordinamento dell'art. 643

¹⁸ In tema di riparazione per ingiusta detenzione, a seguito della modifica dell'art. 314, co. 1 c.p.p., il silenzio serbato dall'indagato in sede di interrogatorio, nell'esercizio della facoltà difensiva prevista dall'art. 64, co. 3, lett. b c.p.p., non costituendo ipotesi di colpa lieve, non osta al riconoscimento dell'indennizzo né assume rilevanza ai fini della sua determinazione. Cass., Sez. IV, 4 dicembre 2023, n. 48080, Rv n. 28540101. Nell'affermare che il mendacio possa integrare una ipotesi di colpa grave ostativa al riconoscimento del diritto alla riparazione, la Cassazione ha sottolineato che la falsa prospettazione di situazioni, fatti o comportamenti non è condotta assimilabile al silenzio serbato nell'esercizio della facoltà di non rispondere (Cass., Sez. IV, 20 gennaio 2022, n. 3755, Rv n. 282581-01). In termini, Cass., Sez. IV, 12 aprile 2022, n. 19621, Rv n. 283241.

¹⁹ Così, in relazione ad una fattispecie in cui l'imputato aveva omesso di indicare la propria relazione sentimentale con la madre della minore presunta vittima di abusi sessuali, Cass., sez. IV, 30 giugno 2022, 30056, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 1061.

²⁰ Cass., Sez. IV, 4 dicembre 2023, n. 48080, cit.

c.p.p. o su distinzioni *praeter legem* ricavate all'interno del disposto dell'art. 314 c.p.p.

4. *La verbalizzazione garantita nelle riforme Cartabia e Nordio.* Sempre procedendo in ordine cronologico, vi è un altro luogo sistematico nel quale è dato cogliere rivolgimenti di tipo normativo in merito alla tutela dello *ius tacendi*: si tratta del tema della verbalizzazione delle dichiarazioni rese dall'indagato nel dialogo con l'autorità inquirente.

Da un lato, esse sono sempre destinate ad essere utilizzate come prova per le decisioni prese nel corso delle indagini preliminari, nei procedimenti speciali e nel dibattimento; si impone, dunque, la necessità di predisporre una documentazione che ne preservi il tenore originale. Da un altro lato, l'interlocuzione con il naturale antagonista si presta per definizione al rischio di una pressione psicologica che possa compromettere il diritto al silenzio; pertanto, una documentazione rafforzata attraverso il ricorso alla traccia audio o video risulta idonea *ex ante* a prevenire abusi ed *ex post* a conservare all'interno del procedimento dichiarazioni cristallizzate integralmente nel loro genuino tenore.

Stavolta viene in gioco la riforma Cartabia (d.lgs. n. 150 del 2022) che ha potenziato la documentazione delle dichiarazioni rese dall'indagato trovando il proprio ascendente diretto nella antesignana disciplina dell'interrogatorio del detenuto (art. 141-*bis*). Una simile innovazione ha trovato, altresì, un recentissimo riscontro nella L. 9 agosto 2024, n. 114 (c.d. legge Nordio) che è intervenuta in materia cautelare.

È noto che l'art. 141-*bis* c.p.p. ha radici profonde e ben caratterizzanti, figurando tra le norme più emblematiche tra quelle introdotte dalla L. 8 agosto 1995, n. 332 a tutela del diritto di difesa nel sempre drammatico contesto delle cautele personali: stante la deteriore condizione in cui versa il dichiarante *in vinculis*, tale da agevolare il rischio di poco limpide forzature psicologiche a detrimento della libertà morale, quella novella aveva imposto la registrazione fonografica o audiovisiva dell'interrogatorio del detenuto.

Ebbene, per un verso, tale documentazione è stata rafforzata dalla riforma Cartabia; per un altro verso, è stata estesa a tutte le tipologie di interrogatorio, a prescindere dalla disciplina specifica dell'ascolto del detenuto.

Anzitutto, il novellato art. 141-*bis* c.p.p., opportunamente, non prevede più una alternatività tra registrazione audiovisiva e fonografica stabilendo, invece, che si possa rinunciare alle immagini solo se la videoregistrazione risulta impossibile. Come in passato, l'indicata modalità di documentazione dell'atto è prescritta a pena di inutilizzabilità. A quest'ultimo proposito, tuttavia, resta il problema relativo alla "ampiezza" della sanzione ed agli effetti che essa può produrre: sullo sfondo si coglie il drammatico fluire delle c.d. derive sostanzialistiche della giurisprudenza²¹.

In secondo luogo, come si è accennato, la riforma ha ampliato lo spettro della tutela: la disciplina cui s'è testé fatto cenno, infatti, risulta oggi estesa all'interrogatorio di tutte le persone sottoposte a misura cautelare personale, dunque, anche coercitiva non custodiale o interdittiva. Peccato che si sia mancato di

²¹ Si ricordi il doppio intervento delle Sezioni Unite per superare la tendenza, invero riconducibile ad un indirizzo minoritario, volta a circoscrivere la inutilizzabilità nei confronti del solo indagato, conservando valore *erga alios* alle dichiarazioni, benché non ritualmente documentate (Cass., sez. un., 8 ottobre 2009, De Iorio, in *Foro it.*, 2009, 10, 1; Cass., Sez. un., 25 marzo 1998, D'Abramo, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 75). V. peraltro la recente affermazione secondo cui l'obbligo di documentazione integrale previsto dall'art. 141-*bis* c.p.p. dev'essere osservato, a pena di inutilizzabilità, quando si tratta di assumere dichiarazioni sui fatti nei quali il dichiarante stesso sia coinvolto in qualità di imputato o di indagato, anche in procedimento comesso, atteso che la disposizione è diretta a garanzia dei diritti dell'indagato e non di altri soggetti, come i chiamati in correità, nei cui confronti, pertanto, non opera l'inutilizzabilità predetta (Cass., Sez. VI, 19 luglio 2018, n. 56731, Rv n. 274780). Sul piano degli effetti che debbono farsi discendere dalla sanzione processuale *de qua*, come noto, la giurisprudenza di legittimità è solita riconoscere alla prescritta inutilizzabilità un'incidenza limitata alla sola efficacia probatoria dell'atto (Cass., Sez. I, 27 dicembre 1995, Ventra, in *Cass. pen.*, 1997, 2167. Nello stesso senso, Cass., Sez. I, 19 marzo 1996, De Bari, in *Giust. pen.*, 1997, III, 231). La giurisprudenza più recente sembra essersi spinta ancora oltre, affermando che la trasmissione al tribunale del riesame del solo verbale riassuntivo dell'interrogatorio di persona in stato di detenzione non comporta, nel caso in cui sia stata omessa la riproduzione fonografica dell'atto, la violazione dell'obbligo previsto dall'art. 309, co. 5 c.p.p. e, pertanto, non determina la perdita di efficacia dell'ordinanza che dispone la misura coercitiva (Cass., Sez. III, 28 ottobre 2020, n. 4773, Rv n. 281584; in termini, Cass., Sez. I, 12 marzo 2013, n. 16717, Rv n. 256153). Secondo la Cassazione, l'interrogatorio di persona in stato di detenzione di cui non sia stata trasmessa la riproduzione audiovisiva o fonografica è utilizzabile nel giudizio abbreviato perché non affetto da inutilizzabilità c.d. patologica (Cass., Sez. II, 27 giugno 2019, n. 42917, Rv n. 277891). In altra occasione, la Suprema Corte ha affermato che l'inutilizzabilità per l'omessa riproduzione fonografica o audiovisiva dell'interrogatorio, svolto fuori udienza, di persona detenuta è circoscritta al solo ambito cautelare, ma non ha alcuna rilevanza nell'ambito dell'accertamento giudiziale della responsabilità penale (Cass., Sez. I, 8 marzo 2011, n. 17422, *ivi*, 250322). Pronunciandosi in termini di invalidità derivata, la Cassazione ha, infine, affermato che l'interrogatorio di indagato detenuto effettuato a seguito dell'avviso di cui all'art. 415-*bis* c.p.p. senza la riproduzione fonografica o audiovisiva prevista dall'art. 141-*bis* c.p.p. non determina alcuna nullità della richiesta di rinvio a giudizio (Cass., Sez. II, 3 dicembre 2013, n. 51740, *ivi*, 258112).

replicare anche la previsione espressa della inutilizzabilità derivante dall'omesso rispetto delle prescrizioni normative. In particolare, a fronte della aggiunta nell'art. 294 c.p.p. del nuovo co. 6-*bis*, alla documentazione dell'interrogatorio si procede anche con mezzi di riproduzione audiovisiva o, se ciò non è possibile a causa della contingente indisponibilità di mezzi di riproduzione audiovisiva, con mezzi di riproduzione fonografica. Nei casi in cui è autorizzata la partecipazione a distanza all'interrogatorio, è fatta salva l'applicazione dell'art. 133-*ter*, co. 3, terzo periodo c.p.p., sicché dell'atto è sempre disposta la registrazione audiovisiva. Nulla prevede l'art. 294, co. 6-*bis* c.p.p. in merito alla trascrizione.

In questi giorni, infine, l'entrata in vigore della riforma Nordio ha introdotto il contraddittorio anticipato per l'applicazione delle misure cautelari in presenza del pericolo di reiterazione di determinate tipologie di reati non particolarmente gravi. Ebbene, l'art. 291, co. 1-*novies* c.p.p. stabilisce che l'interrogatorio di garanzia anticipato deve essere documentato integralmente a pena di inutilizzabilità, secondo le modalità di cui all'art. 141-*bis* c.p.p. In questa circostanza, il legislatore ha stabilito una inutilizzabilità espressa assecondando l'anima garantista della riforma, ma perdendo l'occasione di richiamare tale sanzione anche nelle norme sulla documentazione dell'interrogatorio di garanzia "ordinario", sul quale ci siamo testé soffermati. Ci troviamo dinanzi ad una ulteriore conferma che l'instancabile nomopoiesi del Parlamento – anche quando costituisce manifestazione di nobili proponimenti – spesso tiene conto di ispirazioni contingenti senza spostare lo sguardo sulle altre norme che compongono il sistema, eliminando quelli che poi risultano insidiosi difetti di coordinamento, forieri di incertezze esegetiche in materie nelle quali l'importanza dei valori coinvolti esigerebbe il rispetto dei canoni della chiarezza, completezza ed organicità. Anzi, vi è un rischio più grave: il difetto di coordinamento rispetto a materie che necessiterebbero di una disciplina unitaria agevola e favorisce (in un certo senso legittimandole) letture *a contrario*, inesorabilmente volte a conservare validità anche a quegli atti che si pongono in aperto contrasto con le garanzie fondamentali del sistema. Un'ultima notazione incidentale sulla più ampia portata della riforma Nordio: è stato paventato il rischio che, nella prassi, il contraddittorio anticipato possa trasformarsi in un esiziale *escamotage* per dissolvere il diritto dell'indagato di difendersi tacendo, in quanto egli potrebbe

essere indotto a collaborare pur di scongiurare l'applicazione della misura. Si tratta, tuttavia, di un timore che pare calibrato più sugli effetti (sempre e comunque rimessi alle scelte dell'indagato) che sulla causa (mentre, ove si negasse la possibilità di un'interlocuzione anticipata, l'alternativa sarebbe in ogni caso la limitazione della libertà)²²: *adducere inconueniens non est solvere argumentum*. Insomma, l'anticipazione del confronto tra destinatario della richiesta cautelare ed autorità giudiziaria costituisce un'opzione da iscriversi *pleno iure* nel novero delle garanzie e del rafforzamento delle istanze difensive, non potendosi snaturare la portata solo in ragione degli effetti che, per un verso, si produrrebbero comunque (in quanto la misura sarebbe applicata anche se mancasse questo "incidente") e, per un altro verso e soprattutto, dipendono in via esclusiva dalle scelte che l'indagato intenda compiere.

Tornando alle innovazioni apportate dalla riforma Cartabia, come si ricorderà, una modifica introdotta direttamente nella norma sulla documentazione degli atti del pubblico ministero ha esteso, poi, a tutti gli interrogatori con la persona sottoposta alle indagini la documentazione con mezzi di riproduzione audiovisiva o, se ciò non è possibile a causa della contingente indisponibilità di mezzi di riproduzione audiovisiva o di personale tecnico, con mezzi di riproduzione fonografica (art. 373, co. 2-*bis* c.p.p.); è da ritenersi, naturalmente, che tale disciplina operi anche quando l'atto sia compiuto dalla polizia giudiziaria su delega del pubblico ministero²³.

Occorre peraltro tenere presente che, ai sensi del nuovo comma 2-*quinquies* del medesimo art. 373 c.p.p., la trascrizione della riproduzione audiovisiva o fonografica è disposta solo se assolutamente indispensabile e può essere effettuata anche dalla polizia giudiziaria che assiste il pubblico ministero.

A ben vedere, quest'ultima previsione sembra esporre i virtuosi effetti della riforma ad un devastante "effetto pendolo" capace di sovvertirli *in toto*:

²² Sul punto, in dottrina, si veda SPANGHER, *Il d.d.l. Nordio in materia cautelare: ombre e dubbi*, in www.giustiziainsieme.it, 6 settembre 2023, 9; MARANDOLA, *Troppi i dubbi sulle garanzie dell'interrogatorio cautelare anticipato*, in sistemapenale.it, 10 maggio 2024.

²³ Benché una stretta osservanza del dato letterale sembrerebbe dover far propendere per la non estensione della verbalizzazione garantita anche ai confronti ai quali partecipi la persona sottoposta alle indagini, una lettura della norma volta alla valorizzazione delle garanzie ad essa sottese suggerirebbe un'interpretazione più ampia (basata sul rinvio alla «lett. b» piuttosto che ancorata al riferimento letterale agli «interrogatori»).

all'evidenza, la regola è che la trascrizione della registrazione non è disposta e, dunque, l'atto vive nel procedimento attraverso il verbale che viene redatto secondo le modalità del titolo III del libro II (art. 373, co. 2 c.p.p.); pertanto, come nella prassi accade, sarà frequente l'utilizzo della forma riassuntiva²⁴. Anzi, verosimilmente, proprio in ragione dell'esistenza della registrazione, si redigerà un verbale sintetico che, tuttavia, resterà l'unico fruibile ogniqualvolta non si provvederà alla trascrizione²⁵. Ne deriva il concreto rischio di un vero e proprio paradosso: in tutti i casi in cui il pubblico ministero chiederà un provvedimento giudiziale nel corso delle indagini preliminari, infatti, è verosimile che si utilizzi il verbale riassuntivo; l'unico modo che l'indagato avrà per pretendere un controllo ulteriore sarà chiedere di visionare o ascoltare la registrazione, al fine di provare la eventuale "infedeltà" della documentazione sintetica.

Al contempo, deve pure segnalarsi come – ancora una volta – non sia prevista alcuna sanzione espressa per l'omessa documentazione rafforzata. Alla stigmatizzata anomia potrebbe tentarsi di porre rimedio prospettando la configurabilità di una nullità a regime intermedio per violazione del diritto di difesa (art. 178, lett. c) c.p.p.) oppure di una inutilizzabilità generale per violazione di divieto probatorio, con tutte le difficoltà connesse sia alla possibilità di vedere dichiarate tali sanzioni in assenza di previsione espressa, sia alla discrasia rispetto alla inutilizzabilità speciale prevista dall'art. 141-*bis* c.p.p. (e oggi dall'art. 291, co. 1-*novies* c.p.p.) e già di per sé sottoposta ad interpretazioni – anche peregrine – volte a ridimensionarne gli effetti. Se l'impraticabilità dell'interpretazione *a contrario* sembra confermata dalle continue e desultorie stratificazioni normative in tema di inutilizzabilità, la concreta configurabilità di una sanzione pare ostacolata soprattutto dalla difficoltà ad immaginare (*rectius*, sognare) che la prassi possa aprirsi ad una soluzione tanto garantista quanto gravosa in termini di effetti che è in grado di produrre.

²⁴ Come si è visto, si tratta della soluzione cui di fatto si perviene anche con riferimento all'interrogatorio del detenuto *ex art. 141-bis* c.p.p.

²⁵ Sul punto, CAVOLA, *Le insidie del nuovo regime di documentazione della prova dichiarativa*, in *Giustizia penale: la disciplina transitoria della c.d. riforma Cartabia*, a cura di Cimadomo, in *Proc. pen. giust.*, 2023, numero straordinario, 67; inoltre, volendo, BONZANO, *Nuove norme in tema di documentazione di atti di indagine a contenuto dichiarativo*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 132 ss.

5. *La Consulta e l'estensione dei Miranda warnings.* L'ultimo atto di questo reticolo di recenti innovazioni si registra con la nota declaratoria di illegittimità costituzionale pronunciata nel giugno 2023 in ordine agli artt. 64 c.p.p. e 495 c.p. che ha sortito un effetto dirimpente su di un contesto segnato da inquietanti silenzi normativi, da evidenti distonie sistematiche e da palesi incertezze esegetiche²⁶.

Pronunciandosi in merito alle dinamiche degli avvisi in sede di interrogatorio – atto in relazione al quale il legislatore è stato generoso di parole, assegnando all'art. 64 c.p.p. la funzione di emblema di un sistema informato al rispetto del canone *nemo tenetur se detegere*, ruolo già svolto dall'omologa disposizione previgente (come riformata nel 1969 sull'onda dei noti *Miranda warnings*)²⁷ – la Consulta ha colto l'occasione per scolpire con tratto deciso il volto costituzionale del diritto al silenzio ricollegandosi *ex professo* alle precedenti decisioni relative alla *matière pénale*.

La questione verteva su un profilo assai delicato: malgrado il tenore ampio dell'informazione circa la facoltà di non rispondere ad “alcuna” domanda previsto dall'art. 64 c.p.p., residuava infatti un profilo che ha esposto la disciplina a preoccupanti censure di costituzionalità in ragione dell'approccio del diritto vivente. Si trattava dell'individuazione del “momento” in cui l'avviso doveva essere rivolto. A fronte del silenzio – o della disarmante chiarezza, ma questo è soltanto un *arrière-pensée* – della norma, infatti, il diritto vivente aveva collocato l'avviso “dopo” i quesiti preliminari sull'identità e sulle qualità personali, a loro volta preceduti dall'ammonimento circa le conseguenze cui si espone chi si rifiuta di declinare le proprie generalità o le fornisce false; in tal modo, l'interrogato si trovava dinanzi a tali ficcanti quesiti senza essere stato reso

²⁶ C. cost., 5 giugno 2023, n. 111, con note di V. PATANÈ, *Ancora una pronuncia della Corte costituzionale sul controverso perimetro operativo del diritto al silenzio*, in *Giur. cost.*, 2023, 1250, 1267 e di AMATI, *La tutela “integrata”, sul piano del diritto penale sostanziale e processuale, del diritto al silenzio*, *ibidem*, ivi 1275. Sulla sentenza, v. inoltre, BECCAGLIA, *Un primo (timido) passo sulla strada del riconoscimento del diritto di autodifesa. Note a margine di Corte cost., sent., 5 aprile 2023 n. 111*, in questa *Rivista*, 2024, n. 2.

²⁷ Come è noto, la L. 5 dicembre 1969, n. 932 riscrisse l'art. 78 c.p.p. 1930 inserendo un terzo comma del seguente tenore: «l'autorità giudiziaria o l'ufficiale di polizia giudiziaria, prima che abbia inizio l'interrogatorio, in qualsiasi fase del procedimento, deve avvertire l'imputato, dandone atto nel verbale, che egli ha la facoltà di non rispondere, salvo quanto dispone l'art. 366, primo comma, ma che, se anche non risponde, si procederà oltre nelle indagini istruttorie».

edotto circa i propri diritti e, anzi, dopo essere stato “redarguito” in merito all’obbligo di fornire generalità corrispondenti al vero.

Il presupposto della questione è costituito dal rilievo che, in relazione ad alcuni temi, l’imputato è tenuto ad un vero e proprio obbligo di collaborazione con l’autorità chiamata ad accertare i fatti, tanto che esiste una disciplina sostanziale posta a presidio di tale obbligo. Il problema è nel dosaggio: l’obbligo di collaborazione – informato ad un principio di eccezionalità, che a sua volta dovrebbe imporre tassatività, determinatezza e precisione delle relative ipotesi – meriterebbe di essere attentamente regolato. Tuttavia, a tale regolamentazione si può procedere soltanto se vi è chiarezza di principio sulla caratura del diritto al silenzio e sui limiti dello stesso. Invece, gli ingranaggi normativi, per un verso, non sono il frutto di una disciplina organica, anche in ragione del fatto che le norme sostanziali accompagnavano già il previgente codice di procedura penale; per un altro verso, non ingranandosi alla perfezione, hanno richiesto di essere oliati da esegesi che, fino ad oggi, non sempre hanno preso le mosse dall’intento di assicurare una tutela ampia allo *ius tacendi*.

La complessità della disciplina suggerisce l’opportunità di una veloce messa a fuoco: come è noto, ai sensi dell’art. 66, co 1 c.p.p., nel primo atto cui è presente l’imputato, l’autorità giudiziaria lo invita a dichiarare le proprie generalità e quant’altro può valere a identificarlo, ammonendolo circa le conseguenze cui si espone chi si rifiuta di dare le proprie generalità o le dà false. Dal canto suo, l’art. 651 c.p. punisce con l’arresto fino a un mese o con l’ammenda chiunque, richiesto da un pubblico ufficiale nell’esercizio delle sue funzioni, rifiuta di dare indicazioni sulla propria identità personale, sul proprio stato, o su altre qualità personali. La tutela si completa con l’art. 495 c.p. che punisce con la reclusione da uno a sei anni chiunque dichiara o attesta falsamente al pubblico ufficiale l’identità, lo stato o altre qualità della propria o dell’altrui persona²⁸.

Le censure di costituzionalità si appuntavano sulla interazione del predetto sistema con una norma di attuazione che estende il testo dell’art. 66, co. 1 c.p.p. sino a ricomprendere un catalogo di temi piuttosto ampio riconducibile alla nozione di “qualità personali” e che – nel diritto vivente – finivano per slabbrare assai l’obbligo di collaborazione in capo all’imputato, in ragione della

²⁸ Sull’applicabilità all’imputato di quest’ultima disposizione, Cass., Sez. V, 7 febbraio 2022, n. 4264, Rv n. 282740; Cass., Sez. V, 5 settembre 2016, n. 36834, Rv n. 268157.

possibilità di punire le false dichiarazioni attraverso l'art. 495 c.p. Ai sensi dell'art. 21 disp. att., infatti, quando procede a norma dell'art. 66 c.p.p., il giudice o il pubblico ministero invita l'imputato o la persona sottoposta alle indagini a dichiarare se ha un soprannome o uno pseudonimo, se ha beni patrimoniali e quali sono le sue condizioni di vita individuale, familiare e sociale. Lo invita inoltre a dichiarare se è sottoposto ad altri processi penali, se ha riportato condanne nello Stato o all'estero e, quando ne è il caso, se esercita o ha esercitato uffici o servizi pubblici o servizi di pubblica necessità e se ricopre o ha ricoperto cariche pubbliche.

Attratte dalla disciplina relativa all'identità personale – che non presenta problemi particolari riferendosi a profili fattuali circoscritti e cioè, come suggerito dalla stessa Consulta, al nome, al cognome, alla data ed al luogo di nascita e a quanto altro risulti strettamente funzionale a reperire tali informazioni – le domande sulle qualità personali, cui per contro è possibile ricondurre un novero estremamente ampio di temi, potevano essere formulate prima che venissero rivolti gli avvertimenti, così creando una vera e propria zona franca dell'interrogatorio sottratta alla garanzia del diritto al silenzio e, anzi, attratta dall'ammonimento sull'obbligo di verità *ex art. 66, co. 1 c.p.p.*²⁹. Disinnescata la funzione assolta dagli avvisi, che consiste nell'assicurare la libertà e la consapevolezza della scelta locutoria dell'indagato, la formulazione di domande sulle qualità personali poteva sortire l'effetto perverso di ingenerare nell'indagato l'ingannevole convincimento che vi fosse l'obbligo di rispondere a tali quesiti, facendo poi scattare la punibilità *ex art. 495 c.p.* in caso di mendacio³⁰.

Un simile orientamento si fondava sul rilievo che i predetti temi risultassero privi di risvolti *contra reum* in relazione al reato per cui si procedeva. Eppure, è impossibile negare come le risposte alle domande sulle qualità personali possano risultare idonee ad influire negativamente sia sull'accertamento della responsabilità (basti pensare alla forte similitudine con quello che nel diritto inglese viene denominato il *bad character* dell'imputato), sia sulla valutazione delle esigenze cautelari, come pure sulla quantificazione della pena in caso di condanna. La fondatezza di simili osservazioni trova conferma nel fatto che

²⁹ Cass., Sez. IV, 24 gennaio 2022, n. 2497, in *Cass. pen.*, 2022, p. 3103.

³⁰ Ad avviso del rimettente, in assenza dell'avviso, l'indagato verrebbe di fatto indotto a rispondere, magari mentendo per difendersi, alle domande che gli vengano poste dall'autorità di polizia o giudiziaria.

quello stesso diritto vivente, mentre negava i possibili risvolti pregiudizievoli dell'ammissione di tali circostanze ai fini del giudizio sulla responsabilità, ne riteneva, tuttavia, la piena utilizzabilità *contra reum* per qualunque valutazione potesse giovare delle stesse³¹.

Ponendosi in netta contrapposizione con il ricordato indirizzo, da un lato, il rimettente rilevava che nel rispondere a tutte queste domande il soggetto si starebbe in effetti già difendendo, magari al fine di rendere «meno verisimili le accuse» o di far apparire «meno gravi i fatti o meno stringenti le esigenze cautelari». Da un altro lato, una volta prospettato un ampio ventaglio di eventualità³², la Consulta è arrivata ad affermare come, in alcuni casi, la formulazione di domande sulle qualità personali equivalga a sollecitare una vera e propria confessione³³.

³¹ La Cassazione ha valorizzato le dichiarazioni sulla situazione reddituale e patrimoniale ai fini della sussistenza dei presupposti di un sequestro preventivo finalizzato alla confisca in casi particolari di cui all'art. 240-*bis* c.p. (Cass., Sez. II, 10 novembre 2020, n. 31463), ovvero per escludere la finalità di uso personale di sostanze stupefacenti (Cass., Sez. IV, 24 gennaio 2022, n. 2497, *cit.*). Nel senso che non sussista «alcun limite di utilizzabilità [...] in ordine alle risposte fornite dall'imputato sulle proprie condizioni di vita e personali, in quanto non attengono al merito del procedimento, né possono qualificarsi dichiarazioni contra se solo in ragione della valutazione operata dal giudice» (Cass., Sez. VI, 13 ottobre 2016, n. 43337).

³² La Corte ha rilevato come i precedenti penali possano integrare elementi costitutivi del reato (es. la contravvenzione di cui all'art. 707 c.p.) o ancora la circostanza aggravante della recidiva, che può comportare aumenti di pena anche assai significativi. Inoltre, le informazioni sugli altri procedimenti penali cui la persona sia sottoposta o sulle condanne anche non definitive che abbia eventualmente riportato, in Italia o all'estero (queste ultime normalmente non conoscibili tramite il casellario giudiziale), ben potranno essere utilizzate dal pubblico ministero e poi dal giudice per valutare la pericolosità sociale: si pensi alla decisione su un'eventuale misura precautelare e cautelare; alla decisione sulla sospensione del procedimento con messa alla prova; alle determinazioni relative all'eventuale proscioglimento per particolare tenuità del fatto; alla commisurazione della pena anche con riguardo alla concessione delle attenuanti generiche (art. 62-*bis* c.p.) o della sospensione condizionale (art. 164 c.p.). Ad avviso della Consulta, analoghe considerazioni possono svolgersi per tutte le altre qualità personali: le informazioni sui beni patrimoniali posseduti dalla persona sottoposta a indagini o imputata, sulle sue condizioni di vita individuale, familiare e sociale, nonché sull'esercizio di uffici o servizi pubblici - lungi dall'essere meramente funzionali all'identificazione del soggetto - possono anch'esse assumere rilievo, durante le indagini e il processo, nella prospettiva della valutazione delle esigenze cautelari (in particolare del pericolo di fuga o di reiterazione del reato) che sorreggono le misure cautelari personali, nonché dei presupposti delle misure cautelari reali (ad esempio in relazione all'entità del patrimonio ai fini del sequestro conservativo); così come, in esito al processo, ai fini della commisurazione della pena detentiva (art. 133, co. 2, n. 4 c.p.) e pecuniaria (art. 133-*bis* c.p.), nonché delle misure interdittive che abbiano ad oggetto l'esercizio di uffici o servizi pubblici.

³³ È il caso delle domande sul soprannome o sullo pseudonimo di una persona che, a differenza del nome e del cognome, vale a identificarla non già al cospetto dell'intera comunità civile, ma esclusivamente nella

Invero, già a metà degli anni Settanta la Corte costituzionale aveva riconosciuto la facoltà dell'imputato sottoposto ad interrogatorio di non rispondere sui propri precedenti penali «senza incorrere in alcuna responsabilità penale»³⁴; tuttavia, fino all'estate scorsa, si era mancato di riconoscere la necessità di dare un espresso avviso circa lo *ius tacendi* all'indagato. Pertanto, ove questi avesse reso false dichiarazioni sulle proprie qualità personali, sarebbe stato punibile ai sensi dell'art. 495, co. 1 c.p. anche nelle ipotesi in cui, ritenendosi costretto a rispondere per non aver avuto alcun avvertimento in merito, egli avesse mentito per evitare conseguenze pregiudizievoli sulla propria posizione³⁵.

Ebbene, la Consulta ha proceduto ad una potente e rigorosa ricognizione del diritto al silenzio, ricollegandosi *ex professo* alla precedente giurisprudenza sulla *matière pénale*, quasi a richiamare un dialogo ininterrotto. In particolare, il Giudice delle leggi ha affermato che il diritto dell'individuo «a non essere costretto» non solo a «confessarsi colpevole», ma anche «a deporre contro sé stesso» (art. 14, paragrafo 3, lett. g) PIDCP) è necessariamente in gioco allorché l'autorità procedente ponga all'indagato o all'imputato domande su circostanze che, pur non attenendo direttamente al fatto di reato, possano essere

cerchia delle sue relazioni private e può essere di cruciale importanza ai fini investigativi, ad esempio in presenza di intercettazioni in cui la persona sottoposta a indagini o imputata sia stata indicata, come spesso avviene, con il soprannome.

³⁴ Con la sentenza n. 108 del 1976, la Corte dichiarò non fondate alcune questioni di legittimità costituzionale del previgente testo dell'art. 495 c.p. e dell'art. 25 disp. att. c.p.p. 1930 per contrasto con il principio secondo cui l'imputato ha diritto di astenersi da qualsivoglia dichiarazione a lui sfavorevole, desumibile dall'art. 24 Cost. Ebbene, la Consulta ritenne non essere dubbio «che, se l'imputato, alla domanda rivoltagli dall'inquirente sui suoi precedenti penali risponde in modo contrario al vero, egli incorre nelle sanzioni previste dall'art. 495 c.p. Ma non è esatto che, a tale domanda, egli sia tenuto a rispondere, essendo certo che può rifiutarsi di fornire le notizie, che in proposito gli vengano richieste, senza incorrere in alcuna responsabilità penale» (Corte cost., 6 maggio 1976, n. 108). Dall'analisi dell'art. 25 disp. att. c.p.p. 1930 la Corte dedusse che l'imputato fosse tenuto a fornire risposta solo alla richiesta delle proprie generalità, incorrendo in responsabilità penale qualora si fosse rifiutato di rispondere, o avesse dato false generalità, dovendosi intendere per generalità soltanto «il nome, il cognome, la data e il luogo di nascita», con esclusione dunque delle altre circostanze indicate dalla disposizione allora censurata, tra le quali gli eventuali precedenti penali.

³⁵ «Integra il delitto di falsa attestazione a pubblico ufficiale su qualità personali la condotta dell'indagato che, interrogato dalla polizia giudiziaria su delega del pubblico ministero, alla richiesta di indicare i propri precedenti penali, pur potendo legittimamente rifiutarsi di rispondere alla domanda, dichiara il falso» (Cass., Sez. V, 8 luglio 2022, n. 26440, Rv n. 283426-01, v. anche Cass., Sez. V, 3 maggio 2016, n. 18476, Rv n. 266549-01). Relativamente alla falsa affermazione di essere laureato in giurisprudenza, Cass., sez. I, 11 settembre 2012, n. 34536, Rv n. 253428.

successivamente utilizzate contro di lui, e siano comunque suscettibili di avere «un impatto sulla condanna o sulla sanzione» che potrebbe essere inflitta.

Con una statuizione significativa dal punto di vista della teoria generale della prova, la Corte rammenta come anche i temi riconducibili alle qualità personali debbano essere letti alla luce dei principi generali sull'*onus probandi*: «l'onere di dimostrare la sussistenza di tali circostanze – così come di tutte le altre dalle quali dipende la responsabilità penale dell'imputato – non può che gravare sul pubblico ministero, risultando frontalmente incompatibile con l'art. 24 Cost. ogni assetto normativo che miri a imporre alla persona sospettata o accusata di un reato un dovere di fornire informazioni idonee non solo a contribuire alla propria condanna, ma anche ad aggravare la pena applicabile, ovvero a determinare l'adozione di misure limitative dei suoi diritti nell'ambito del procedimento e poi del processo penale».

Così, la Consulta ha lavorato sulla lealtà dell'autorità nel momento in cui interagisce con l'individuo lasciandosi andare addirittura ad un richiamo – tanto pertinente quanto potentemente evocativo – alla decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti nel caso Miranda del 1966. Secondo il Giudice delle leggi, l'unico meccanismo normativo idoneo ad assicurare il principio di effettività del diritto di difesa consiste nella previsione, *ex ante*, dell'avvertimento e nella inutilizzabilità, *ex post*, delle dichiarazioni rese in assenza dello stesso³⁶. Per la Corte, soltanto un congegno normativo di tal guisa può sortire l'effetto virtuoso di controbilanciare la pressione psicologica alla quale è comprensibilmente sottoposta la persona durante un interrogatorio compiuto in tribunale o in un ufficio di procura, ben potendo trovarsi indotta a rendere dichiarazioni che non avrebbe rilasciato in differenti circostanze. È appena il caso di sottolineare come una simile considerazione sia caratterizzata da una portata tanto

³⁶ La Corte ha richiamato il generale principio di effettività della garanzia dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione, particolarmente valorizzato dalla giurisprudenza costituzionale proprio in relazione al diritto di difesa (Corte cost., 2 febbraio 1982, n. 18; Corte cost., 6 giugno 1989, n. 323; Corte cost., 22 ottobre 2014, n. 238; Corte cost., 6 marzo 2019, n. 117; Corte cost., 20 luglio 2021, n. 157; Corte cost., 24 gennaio 2022, n. 18; Corte cost., 20 gennaio 2022, n. 10). La Consulta ha sottolineato altresì come nel senso della necessità, ai fini del rispetto del diritto al silenzio desumibile dall'art. 6 C.E.D.U., di un previo avvertimento relativo alla facoltà di non rispondere, si sia espressa anche la Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU, 24 ottobre 2013, Navone e altri c. Monaco, par. 74, in www.echr.coe.int; Corte EDU, 27 ottobre 2011, Stojković c. Francia e Belgio, par. 54, *ibidem*; Corte EDU, 14 ottobre 2010, Brusco c. Francia, par. 54, *ibidem*).

generale da risultare idonea ad investire con un'ondata di ritorno anche l'interpretazione di altre previsioni, come quella di cui all'art. 208 c.p.p., norma da sempre criptica circa l'ampiezza dello *ius tacendi*³⁷. Se esiste un principio di effettività del diritto di difesa e di quel fondamentale corollario dello stesso che è il diritto al silenzio e se la chiave di volta dell'effettività è costituita dall'avvertimento, ogni ipotesi in cui quest'ultimo non sia previsto costituisce un *vulnus* al principio di effettività. Così, un'esegesi costituzionalmente orientata al principio di effettività impone di rivolgere l'avvertimento anche nei casi in cui le norme determinino incertezze esegetiche. Certo, a fronte di un diritto vivente orientato in senso contrario, l'unica via percorribile appare quella del ricorso alla declaratoria di illegittimità costituzionale.

È importante sottolineare come la Corte, nel valutare le questioni relative all'art. 495 c.p., si sia spinta anche ad esaminare i confini della possibilità di mentire affermando che essa non è ricompresa nell'area del diritto al silenzio, per quanto in esso rientrino situazioni non del tutto omogenee.

In primo luogo, la decisione si è confrontata con l'impunità della menzogna cui l'imputato abbia fatto ricorso per difendersi dalle accuse. Ad avviso della Consulta, una simile interpretazione poggia su ragioni solide e rientra nella tradizione del nostro Paese, anche se vi sono ipotesi in cui l'ordinamento considera necessaria la pena in funzione di un'efficace tutela degli interessi - pubblici e privati - valutando come recessive le ragioni che, normalmente, rendono

³⁷ In un contesto in cui l'art. 208 c.p.p. non prevede alcun avvertimento prima dell'inizio dell'esame, la «menzione nel verbale» del rifiuto di rispondere (art. 209, co. 2 c.p.p.) finisce per palesare un approccio concettuale in cui il silenzio non risultava meritevole di un pieno riconoscimento, ma anzi di una vera e propria stigmatizzazione. Una simile discrasia, come appare ovvio, non è andata esente da critiche ed ha finito per portare la questione all'attenzione della Corte costituzionale, che - nel dichiararne l'infondatezza - ha messo in evidenza una serie di dati sostanziali che depongono per l'appartenenza dell'interrogatorio e dell'esame ad un medesimo *genus*. (Corte cost., 4 giugno 2003, n. 191, con nota di CONTI, *Esame dell'imputato e avvisi ex art. 64 c.p.p.: la Consulta suggerisce l'interpretazione "analogica"*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 177). In buona sostanza, la Consulta ha ravvisato una sorta di principio osmotico, che determina l'espansione delle garanzie dell'interrogatorio anche in seno all'esame, con una piena omologazione dei due istituti. Peccato che tale impostazione sia stata smentita dalla successiva giurisprudenza di legittimità, attestatasi su di un nutrito indirizzo secondo il quale nessun avvertimento deve essere rivolto al coimputato sentito ex art. 208 c.p.p., né all'imputato commesso esaminato ai sensi dell'art. 210, commi 1-5 c.p.p., talora rilevando - in modo peraltro sibillino - che la funzione dell'avvertimento è già assicurata dal fatto che le dichiarazioni vengono rese dall'esaminato nel contraddittorio tra le parti (cfr. Cass., Sez. V, 14 giugno 2005, Franchino, Rv n. 233036; Cass., Sez. II, 18 novembre 2005, A.P., Rv n. 233326).

non opportuna o non necessaria la pena. È il caso dei delitti di calunnia e di simulazione di reato che restano punibili anche qualora vengano commessi dall'imputato spinto dalla necessità di difendersi da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore: l'art. 384, co. 1 c.p. non ricomprende nell'ombrello protettivo della scusante gli artt. 367 e 368 c.p.³⁸.

In proposito, è appena il caso di rilevare come la Corte non abbia colto l'occasione per dedicarsi ad un'analisi ampia del fondamento dell'art. 384, co. 1 c.p., norma che è il presupposto per la non punibilità della menzogna dell'imputato, accanto - naturalmente - all'incompatibilità a testimoniare che esclude la configurabilità del reato proprio di falsa testimonianza (artt. 197 c.p.p. e 372 c.p.). Al tempo stesso, nella sentenza in esame non emerge alcun cenno alle delicate ipotesi in cui la calunnia, commessa nell'esercizio del diritto di difesa, risulti addirittura riconducibile alla scriminante di cui all'art. 51 c.p.³⁹. Eppure,

³⁸ Ragioni analoghe sembrano sottese al mancato inserimento nel catalogo delle ipotesi considerate non punibili della fattispecie di «frode in processo penale e depistaggio» (art. 375 c.p., come novellato dalla L. 11 luglio 2016, n. 133).

³⁹ Le dichiarazioni rese dall'imputato nell'ambito di un procedimento penale a suo carico costituiscono - in linea di principio - estrinsecazione del diritto di difesa. Quindi, egli può, nel corso del procedimento penale a suo carico, certamente negare, anche mentendo, la verità di fatti a lui sfavorevoli, integrando tale comportamento legittimo esercizio del diritto di difesa che si sottrae alla sfera di punibilità ex art. 51 c.p. (Cass., Sez. VI, 8 febbraio 2001, Errichiello, in *Cass. pen.*, 2001, 3028; Cass., Sez. II, 14 ottobre 2009, Zolli, Rv n. 246042). Invero, con riguardo al limite entro il quale l'imputato, nel negare la verità delle dichiarazioni accusatorie a proprio carico, eserciti lo *ius defendendi* e possa considerarsi scriminato in caso di calunnia, si sono formati due indirizzi. Un primo orientamento attribuisce rilevanza al contenuto delle dichiarazioni e ritiene integrato il delitto di calunnia quando la condotta dell'imputato non si sia limitata a ribadire la insussistenza delle accuse a suo carico ma abbia comportato ulteriori iniziative dirette a coinvolgere l'accusatore - innocente - nella incolpazione specifica, circostanziata e determinata di un fatto concreto, sicché da ciò sia derivata la possibilità dell'inizio di una indagine penale da parte dell'autorità (cfr., *ex plurimis*, tra le più recenti, Cass., Sez. V, 1° giugno 2023, n. 38729, Rv n. 28540101; Cass., Sez. II, 31 gennaio 2022, n. 17705, Rv n. 283336; Cass., Sez. II, 19 dicembre 2017, n. 14761, Rv n. 272755; Cass., Sez. V, 16 aprile 2015, n. 18755, Rv n. 263550; Cass., Sez. I, 26 marzo 2013, n. 26455, P.C. e Knox, Rv n. 25567). Un secondo indirizzo ha più correttamente individuato il criterio di giustificazione nel rigoroso rapporto funzionale tra l'accusa formulata dall'imputato e l'oggetto della contestazione a suo carico affermando che la calunnia è scriminata quando la mendace dichiarazione costituisca l'unico indispensabile mezzo per confutare la fondatezza dell'imputazione, secondo un rigoroso rapporto di commessione funzionale tra l'accusa (implicita od esplicita) formulata dall'imputato e l'oggetto della contestazione nei suoi confronti, e sia contenuta in termini di stretta essenzialità. Infatti, il delicato rapporto tra l'esercizio del diritto di difesa e l'incriminazione della calunnia, di cui la condotta presenta il tratto tipico, non si gioca sul terreno dell'articolazione del discorso o dell'attività difensiva, quanto, piuttosto, si concentra nell'individuazione dei connotati di essenzialità ed ineluttabilità che, una volta maturata,

qualche spunto su tali profili avrebbe permesso alla pronuncia di completare la ricostruzione di un sistema in cui nulla può darsi per scontato, vista la centralità costituzionale delle istanze coinvolte.

Nel confrontarsi con la questione oggetto delle censure di costituzionalità, la Corte si è poi soffermata sulle false dichiarazioni in merito alle qualità personali, lasciandosi andare a differenti considerazioni. Il Giudice delle leggi ha ritenuto rispondente a ragionevolezza che, pur essendo tali temi coperti dal diritto al silenzio, in caso di rinuncia allo stesso, sull'imputato gravi l'obbligo di rispondere secondo verità (art. 495 c.p.)⁴⁰.

Così la Corte ha dichiarato illegittimo sia l'art. 64, co. 3 c.p.p. nella parte in cui non prevede che gli avvertimenti siano rivolti prima che vengano richieste le informazioni previste dall'art. 21 disp. att., sia l'art. 495, co. 1 c.p. nella parte in cui punisce anche l'indagato che sia stato richiesto di fornire informazioni sulle qualità personali senza aver ricevuto l'avvertimento ex art. 64, co. 3 c.p.p. In tal modo, l'area della punibilità della menzogna su tali temi viene rigorosamente circoscritta a quelle sole ipotesi in cui l'imputato, reso edotto fin dall'inizio del diritto di tacere, rinunci ad avvalersene e dica il falso, così comportandosi in modo sleale. Per l'effetto, oggi l'imputato deve ricevere l'avvertimento prima di essere richiesto di dare informazioni ai sensi dell'art. 21 disp. att.; è punito se rifiuta di rispondere o mente sulle proprie generalità; può tacere sulle qualità personali, ma è punito se mente su di esse. Al contempo, se viene

da parte dell'interessato, una scelta di contestazione dell'accusa, deve caratterizzarne l'attività decettiva. Non rileva che la falsa dichiarazione accusatoria, per essere scriminata, sia generica, non accompagnata, cioè, da elementi fattuali circostanziali tali da farla apparire come vera, ovvero che dalle dichiarazioni discenda la "possibilità di inizio di un procedimento penale", atteso che, se il fatto oggetto della falsa incolpazione fosse strutturalmente idoneo ad originare un procedimento penale, il reato di calunnia di per sé, oggettivamente, non sussisterebbe e, quindi, il tema della scriminante dell'esercizio del diritto di difesa non avrebbe ragione di porsi. In definitiva, l'affermazione infondata di colpa a carico di altri, sia essa esplicita od implicita, deve risultare priva di ragionevoli alternative quale mezzo di negazione dell'addebito, a prescindere dal grado della sua specificazione e fermo restando il divieto di ogni attività decettiva che esuli dall'enunciazione della falsa accusa "essenziale" che, nelle modalità esecutive, deve essere contrassegnata da una stretta "continenza" (così, con particolare chiarezza, Cass., Sez. VI, 20 febbraio 2020, n. 19765 che ha individuato i due ricordati filoni esegetici. In termini, Cass., Sez. V, 13 giugno 2008, Cogliani, Rv n. 240930; Cass., sez. VI, 11 dicembre 2012, Grasso, Rv n. 254041; Cass., Sez. VI, 2 ottobre 2014, Lizio, Rv n. 262972).

⁴⁰ Mostra perplessità rispetto alla diversificazione tra le ipotesi di false dichiarazioni, PATANE, *Ancora una pronuncia della Corte costituzionale sul controverso perimetro operativo del diritto al silenzio*, cit., 1273.

omesso l'avvertimento e rende false dichiarazioni sulle proprie qualità personali non è punibile.

A ben guardare, la Corte non si è soffermata sulle ragioni tecniche della non punibilità del mendacio in caso di mancato avvertimento. In realtà, il giudice *a quo* - nel porre la questione di legittimità, poi accolta dalla Corte, ma prospettata dal rimettente in via subordinata - aveva tratteggiato una analogia tra la situazione di chi, senza previo avvertimento, renda false dichiarazioni sulle qualità personali e chi venga sentito come testimone senza previo avvertimento della facoltà di astenersi dal deporre. In quest'ultima ipotesi, come è noto, il dichiarante non commette falsa testimonianza perché opera l'art. 384, co. 2 c.p. che circoscrive i confini del reato. Del resto, come osservato dalla migliore dottrina in materia, l'art. 384, co. 2 c.p. è una norma che avrebbe anche potuto non essere scritta, giacché essa si riferisce all'ipotesi del c.d. testimone apparente, cioè colui il quale, su una determinata circostanza, non ha assunto *iure* la veste di testimone (in ragione dell'omesso avvertimento)⁴¹. Ebbene, con un ragionamento analogo, si potrebbe affermare che non può considerarsi soggetto attivo del delitto di cui all'art. 495, co. 1 c.p. quell'indagato che avrebbe dovuto essere avvertito della facoltà di non rispondere. In proposito, dunque, la Corte - anziché menzionare il generico concetto di non punibilità, che si presta a ricomprendere situazioni tra loro anche molto eterogenee - avrebbe potuto precisare come, in mancanza dell'avvertimento, finisca per fare difetto la tipicità del fatto.

Sul piano processuale la Consulta, poi, non ha mancato di affermare che le dichiarazioni sono colpite da inutilizzabilità ai sensi dell'art. 64, co. 3-*bis* c.p.p., norma dedicata alle conseguenze dell'omesso avviso sul diritto al silenzio: il prezzo della slealtà dell'Autorità è costituito, dunque, dalla nullificazione processuale della dichiarazione che svuota l'atto di qualsivoglia utilità.

Si delinea così una scala graduale: durante l'interrogatorio l'indagato passa dall'obbligo di collaborare (che impone l'avvertimento sul dovere di rispondere e di dire la verità sulle generalità) ad un diritto di non collaborare attenuato (che impone l'avvertimento sul diritto di non rispondere sulle qualità personali, ma considera punibile l'eventuale mendacio); si arriva, quindi, ad un pieno

⁴¹ Sul punto, per tutti, TONINI e CONTI, *Il diritto delle prove penali*, 2° ed., ristampa aggiornata, Milano, 2014, 207.

diritto di non collaborare, giacché, dopo aver avvertito l'imputato del diritto di non rispondere, risulta anche non punibile la menzogna, nei limiti ricavabili dagli artt. 384, co. 1 e 51 c.p.

Malgrado la sostanziale chiarezza del *decisum*, non v'è chi non percepisca, ancora una volta, un'aura di incompiutezza con riferimento alle dinamiche degli avvertimenti ed al contenuto concreto degli stessi. In particolare, viene da chiedersi perché non si sia previsto *tout-court* che l'avvertimento sia rivolto prima di formulare qualsivoglia domanda anche sull'identità personale: l'art. 64, co. 3, lett. b) c.p.p. esordisce proprio con l'inciso che fa salvo, rispetto al diritto di non rispondere ad alcuna domanda, quanto previsto dall' art. 66, co. 1 c.p.p. (secondo cui nel primo atto cui è presente l'imputato, l'autorità giudiziaria lo invita a dichiarare le proprie generalità e quant'altro può valere a identificarlo, ammonendolo circa le conseguenze cui si espone chi si rifiuta di dare le proprie generalità o le dà false).

L'impressione, dunque, è che, al di là dell'enfasi - constatato come l'intreccio delle norme processuali e sostanziali non dia affatto vita ad un sistema nitido - si potesse fare di più: allo stato, per quanto la forza espansiva riconosciuta al diritto al silenzio non consenta interpretazioni elusive, la formulazione degli avvertimenti in termini agevolmente comprensibili da chiunque si appalesa quale autentica soglia etica delle prassi operative, dovendosi scongiurare il rischio che un linguaggio oscuro finisca per compromettere l'effettività di una garanzia fondamentale¹².

6. *Uno sguardo d'insieme.* L'impressione è dunque che a livello di fonti sovraordinate sia maturato un pieno riconoscimento del diritto al silenzio, assunto a vero e proprio perno dei rapporti tra individuo ed autorità nel modello di processo penale garantista disegnato dalla Carta fondamentale, come si evince dalle ormai copiose pronunce della Consulta.

Al contempo, nell'ottica del sistema multilivello, emerge con tutta evidenza una pluriennale stratificazione di nuovi paradigmi in tema di tutela dello *ius tacendi*. Ci sono ottime ragioni per confidare, quindi, che nel prossimo futuro l'atteggiamento della Corte costituzionale si stabilizzi a cavallo della già vigorosa ondata di ritorno nel senso dell'accoglimento di interpretazioni ampie, ispirate sia

¹² TONINI-CONTI, *Manuale di procedura penale*, 25^a ed., Milano, 2024, 629.

al principio di massima espansione delle garanzie, sia a quello di effettività (linfa vitale di qualunque istanza fondamentale): si tratta, in entrambi i casi, di canoni da valorizzare anche nell'esegesi del non lineare sistema codicistico e, quel che più conta, nella penombra efficientista della prassi applicativa.

Inutile nascondere, però, come la speranza tanto più salvifica sul piano dei risultati quanto più vana in termini di possibilità di concreta realizzazione sia sempre quella che il Legislatore decida di riappropriarsi del proprio ruolo e della sua centralità negli equilibri tra poteri dello Stato, dando finalmente vita - anche e soprattutto negli ambiti in cui sono francamente intollerabili disallineamenti interpretativi rispetto alla esatta portata dei canoni fondamentali e delle istanze di irrinunciabile tutela dell'individuo - ad un ordito normativo completo, chiaro e sistematicamente coerente.