

Sul valore probatorio del contegno non collaborativo dell'imputato nell'accertamento del fatto proprio

1. Impostazione del problema: l'acquisizione probatoria fra garantismo e difesa sociale.

Una delle tematiche più affascinanti e controverse dell'esperienza giudiziaria penale, è rappresentata dall'eventualità che la persona sottoposta alle indagini e/o l'imputato divengano fonti di prova nel loro procedimento. Si tratta di “una tematica di fondamentale portata sistemica, nella quale sono implicati i valori di fondo del processo penale: dal mito della ricerca della verità materiale alla salvaguarda del diritto di difesa; dalle esigenze della difesa sociale alla tutela della persona dell'imputato; dalla ricorrente tentazione di ripristinare strumenti di acquisizione delle ‘fonti’ e dei risultati di prova ad impronta inquisitoria alla sempre più diffusamente sentita necessità di riaffermare, contro o almeno a fronte di ogni potere dello Stato, taluni ‘insopprimibili’ diritti dell'uomo; dall'esaltazione di un dovere di lealtà per le ‘parti’ implicate nel processo all'ammissione di strategie difensive inevitabilmente ispirate e sorrette da criteri di parzialità”¹.

La formulazione di un addebito penale, ancorché provvisorio, nei confronti di una determinata persona, instaura un rapporto di tensione tra l'autorità e l'incolpato, che coinvolge alcuni valori di fondo del processo penale espressivi di profonde e tra loro opposte esigenze²: da un lato, infatti, l'esigenza di tutela della società contro il pericolo della delinquenza postula l'impiego di strumenti efficienti, anche di natura coercitiva, di ricerca ed acquisizione probatoria, che possono incidere, limitandole, su libertà fondamentali tutelate dalla Costituzione; dall'altro, si impone l'esigenza di difesa dell'incolpato in tutte le sue possibili esplicazioni, essendo meritevole di pari tutela l'interesse pubblico a scongiurare il pericolo di una condanna ingiusta³.

Il difficile coordinamento delle esigenze in conflitto (protezione della società e difesa dell'imputato), dotate di pari rilievo, costituisce il terreno su cui meglio si possono misurare le scelte culturali, ideologiche e politiche sottostanti ai diversi sistemi processuali⁴ e, più in generale, all'assetto dei rapporti intercorrenti in un dato momento storico fra Stato e cittadino, fra “autorità” e “libertà”⁵.

¹ A. Giarda, *Persistendo 'l reo nella negativa*, Milano, 1980, 5 s.

² P. Felicioni, *Accertamenti sulla persona e processo penale. Il prelievo di materiale biologico*, Assago, 2007, 29.

³ P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, 3 ed., Milano, 2001, 4.

⁴ Ci si riferisce alla classica dicotomia tra processi di ispirazione accusatoria e processi di impronta inquisitoria.

⁵ O. Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Milano, 2004, 2 s., con richiami di dottrina a cui si rinvia.

Di regola, il soggetto al quale si addebita la commissione di un fatto-reato partecipa all'attività di accertamento del fatto come titolare sia di diritti di natura processuale, che nascono e trovano attuazione proprio nello sviluppo della vicenda giudiziaria (come il diritto di difesa), sia di diritti collegati alle libertà fondamentali, che spettano all'individuo come tale anche indipendentemente dal suo coinvolgimento in un processo⁶. Ne consegue che “rispetto a questi ultimi il processo non è tanto il luogo di radicamento della relativa garanzia, bensì il luogo in cui operano i meccanismi garantistici previsti per la tutela di tali diritti, nell'ipotesi in cui si renda eventualmente necessaria una loro limitazione”. Data questa distinzione, se ne è desunto che mentre i diritti processuali delle parti si pongono in “rapporto di tendenziale complementarietà” con l'efficienza del processo penale, in quanto contribuiscono al “corretto svolgimento della dialettica processuale”, invece “più delicato è il rapporto tra efficienza del processo e garanzie individuali attinenti ai diritti di libertà”, poiché proprio nel processo “può accadere che tali diritti debbano venire sacrificati per esigenze di giustizia ricollegabili al valore dell'efficienza”⁷.

La Costituzione riconosce diritti inviolabili. Li “riconosce”, quasi che preesistano, senza menzionarne l'oggetto, nell'art. 2. E poi ne definisce alcuni, espressamente qualificandoli “inviolabili”⁸. Tra i diritti fondamentali di portata generale riconosciuti alla persona sottoposta a procedimento penale rientrano sicuramente i diritti costituzionali che formano il blocco delle tre inviolabilità (artt. 13, 14 e 15 Cost.). Tali diritti trovano un peculiare campo di applicazione proprio nel rapporto tra autorità e individuo caratterizzante il processo penale, atteso che possono subire restrizioni e limitazioni più o meno incisive in nome dell'efficienza dell'accertamento processuale. È noto, infatti, che la legge riconosce all'autorità giudiziaria, ed entro certi limiti alla polizia giudiziaria, poteri coercitivi finalizzati alla ricerca ed all'acquisizione probatoria, dal cui esercizio deriva inevitabilmente la compressione delle libertà fondamentali tutelate dalla Costituzione (così è per le ispezioni, le perquisizioni, le intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, i prelievi coattivi di materiali biologici). In sostanza, tali diritti di libertà non hanno un valore assoluto di fronte alla giustizia penale, poiché le stesse norme costituzionali che ne consacrano l'invulnerabilità prevedono nel contempo la possibilità di eccezionali restrizioni, da attuarsi nel rispetto delle garanzie costituzionali (della riserva assoluta di legge e della riserva di giurisdizione) destinate ad operare nella previsione delle corrispondenti fattispecie restrittive disciplinate dal legislatore ordinario⁹.

Altro diritto fondamentale riconosciuto alla persona accusata di un fatto-reato è quello di autodeterminarsi liberamente nelle proprie scelte difensive, detto anche diritto alla libertà morale: al soggetto incolpato viene assicurato il diritto di scegliere, senza alcun condizionamento, se concorrere o meno all'accertamento del fatto addebitatogli attraverso il proprio contributo conoscitivo¹⁰.

La tutela della libertà morale della persona nell'assunzione della prova rappresenta una diretta applicazione dell'art. 2 Cost.¹¹, non essendo revocabile in dubbio l'inclusione dell'autodeterminazione tra i diritti inviolabili dell'uomo garantiti dalla citata norma costituzionale. La libertà di autodeterminazione è espressamente tutelata anche dalla legislazione ordinaria. In materia di disposizioni generali sulla prova, l'art. 188 c.p.p. stabilisce che “non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interessata, metodi o tecniche idonei a influire sulla

⁶ V. Grevi, *Garanzie individuali ed esigenze di difesa sociale nel processo penale*, in *Alla ricerca di un processo penale “giusto”. Itinerari e prospettive*, Milano, 2000, 13; G. Ubertis, *Sistema di procedura penale*, Torino, 2004, 175.

⁷ V. Grevi, *Garanzie individuali ed esigenze di difesa sociale nel processo penale*, cit., 14.

⁸ I diritti inviolabili non sono un *numerus clausus*. La Corte costituzionale ha compiuto, negli ultimi decenni, un lavoro di scoperta ed estrazione di elementi interni alla trama costituzionale, che ha portato alla definizione di inviolabilità per diritti ulteriori della persona umana, alcuni dei quali sono potenzialmente suscettibili di compressione nell'ambito del procedimento penale. A proposito del diritto alla libertà morale può citarsi, ad esempio, la sentenza richiamata alla nota 11.

⁹ P. Felicioni, *Le ispezioni e le perquisizioni*, Milano, 2004, 43.

¹⁰ O. Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., 28.

¹¹ C. cost., sent., 19 giugno 1998, n. 229, in *Giur. cost.*, 1998, 1790.

libertà di autodeterminazione”. Tale divieto trova applicazione per ogni tipo di attività probatoria, poiché si tratta di un principio generale di ordine pubblico processuale posto a presidio della dignità della persona¹². Analogo divieto è stabilito dall’art. 64, comma 2, c.p.p., per l’interrogatorio dell’indagato.

Il diritto alla libertà morale si connota, inoltre, per lo stretto collegamento con il diritto di difesa, del quale rappresenta una indispensabile pre-condizione: nessuna forma di esercizio della difesa sarebbe tale se non fosse il frutto di una scelta libera e consapevole¹³.

Il diritto di difesa è tutelato dall’art. 24, comma 2, Cost., che ne sancisce l’inviolabilità in ogni stato e grado del procedimento; rispetto alle libertà fondamentali esaminate precedentemente, il diritto di difesa nasce e trova attuazione all’interno del procedimento penale, nella duplice accezione della difesa tecnica, che non interessa nell’economia del presente lavoro, e della c.d. autodifesa o difesa personale¹⁴.

In via preliminare va evidenziato come l’autodifesa dell’incolpato che partecipi all’attività probatoria spiegata nel proprio procedimento, sia di norma regolata da un principio generale identificato mediante il richiamo al brocardo latino *nemo tenetur se detegere*, o, più latamente, nessuno può essere costretto ad agire a proprio danno. In dottrina si distinguono tradizionalmente due aspetti dell’autodifesa: l’autodifesa attiva, che trova la più rilevante manifestazione nella facoltà per l’indagato e/o l’imputato di fornire il proprio apporto conoscitivo alla ricostruzione fattuale senza dover soggiacere agli obblighi di verità che caratterizzano la testimonianza; l’autodifesa passiva, intesa come facoltà di difendersi tacendo o, più in generale, come facoltà di non fornire elementi (di qualsiasi natura) in proprio danno¹⁵.

Posta, dunque, la necessità di un accurato bilanciamento tra gli interessi in conflitto (protezione della società e difesa dell’imputato), occorre adesso esaminare due questioni strettamente dipendenti dalla soluzione adottata in sede di bilanciamento, e cioè il tema relativo all’ampiezza del diritto dell’incolpato a non concorrere all’accertamento del fatto proprio, e, conseguentemente, se il contegno non collaborativo possa o meno formare oggetto di valutazione giudiziale negativa sotto il profilo probatorio.

2. Il ruolo ambivalente dell’imputato nell’istruzione probatoria.

Secondo una elaborazione dottrinale sviluppatasi già nella vigenza dei codici di rito penale del 1913 e del 1930, l’imputato può assumere, rispetto alla formazione della prova, un duplice ruolo quale “organo” e quale “oggetto” di prova¹⁶.

Come “organo” di prova l’imputato svolge un’attività inerente al concetto di autodifesa, la cui esplicazione principale sta nel contributo attivo consistente nel rendere dichiarazioni relative all’accertamento del fatto. Occorre far riferimento a istituti quali l’interrogatorio, l’esame dibattimentale, e a tutti gli atti *lato sensu* probatori consistenti nel rendere dichiarazioni inerenti al fatto da accertare. Il termine “organo”, riferito all’attività di prova, quindi, appare idoneo a dare qualificazione soggettiva unitaria a tutti gli apporti conoscitivi provenienti dall’imputato e non coercibili.

¹² E. Fortuna, *I soggetti*, in AA.VV., *Manuale pratico del nuovo processo penale*, 4 ed., Padova, 1995, 209.

¹³ O. Mazza, *L’interrogatorio e l’esame dell’imputato nel suo procedimento*, cit., 28.

¹⁴ F. Cordero, *Procedura penale*, 7 ed., Milano, 2003, 285 s.; G. Bellavista – G. Tranchina, *Lezioni di diritto processuale penale*, 10 ed., Milano, 1987, 244 s.

¹⁵ O. Mazza, *L’interrogatorio e l’esame dell’imputato nel suo procedimento*, cit., 45, con richiami di dottrina a cui si rinvia.

¹⁶ E. Florian, *Delle prove penali*, I, Milano, 1924, 136 s.; V. Cavallari, *La capacità dell’imputato*, Milano, 1968, 180; O. Dominioni, *Imputato*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 789 s.; A. Laronga, *Le prove atipiche nel processo penale*, Padova, 2002, 55 s.; A. Bernasconi, *La ricognizione di persone nel processo penale*, Torino, 2003, 83 s.; P. Felicioni, *Accertamenti sulla persona e processo penale. Il prelievo di materiale biologico*, cit., 33.

Del tutto diversa la posizione in termini di titolarità di situazioni giuridiche soggettive dell'imputato (e della persona sottoposta alle indagini) considerato come "oggetto" di prova.

In tale veste non è richiesto all'imputato di contribuire attivamente all'istruzione probatoria, bensì di soggiacere con la propria persona alla stessa: le ipotesi normative di riferimento sono una serie di accertamenti, effettuabili se del caso con strumentazioni scientifico-tecnologiche, il cui comune denominatore è l'oggetto, ossia il corpo umano¹⁷. In relazione alle indagini compiute dalla polizia giudiziaria, si pensi ai rilievi ed accertamenti finalizzati alla all'identificazione dell'indagato (art. 349, comma 2, c.p.p.), al prelievo di saliva o capelli strumentale sempre all'identificazione dell'indagato (art. 349, comma 2-bis, c.p.p.), ai rilievi ed accertamenti urgenti su persone diversi dall'ispezione personale (art. 354, comma 3, c.p.p.) ovvero alle perquisizioni urgenti (art. 352 c.p.p.). Sempre con riferimento alle indagini preliminari, viene inoltre in considerazione l'attività di indagine del pubblico ministero, che può compiere accertamenti tecnici sul corpo della persona (artt. 359, 359-bis, 360 c.p.p.), l'individuazione di persona (art. 361 c.p.p.) nonché le ispezioni e le perquisizioni personali. Infine, sul piano della formazione della prova, vanno menzionate le ricognizioni di persone (art. 213 c.p.p.) e le perizie da effettuarsi sul corpo umano (artt. 220 c.p.p.), tra le quali quelle richiedenti il prelievo di capelli, di peli o di mucosa del cavo orale ai fini della determinazione del profilo del DNA od altri accertamenti medici (art. 224-bis c.p.p.).

Come si può notare, il termine "oggetto" racchiude in un concetto unitario, rispetto alla formazione della prova, le varie situazioni di soggezione dell'imputato, che viene in rilievo come mera realtà fisica suscettibile di osservazione e di studio.

Si è osservato in dottrina che "sul piano dei principi costituzionali trovano fondamento alcuni nessi tra categorie concettuali. Un primo nesso opera tra la concezione dell'imputato 'organo' di prova e la nozione di non collaborazione alla ricostruzione del fatto storico che trova specificazione nel diritto a tenere comportamenti non partecipativi rispetto al procedimento probatorio. Vengono in considerazione i diritti processuali dell'imputato quali il diritto di difendersi provando e il diritto di non collaborare (esercitando il diritto al silenzio), componenti, rispettivamente, positiva e negativa del diritto di difesa sancito dall'art. 24 Cost. Occorre avvertire, peraltro, che il diritto di non collaborare all'accertamento del fatto, sotto il profilo della libertà di autodeterminazione, viene ricondotto dalla dottrina anche all'art. 13 Cost. in quanto disposizione che tutela oltre alla libertà fisica anche quella morale e la dignità dell'uomo, entro una prospettiva personalistica incardinata nell'art. 2 della Carta fondamentale¹⁸".

Riguardo alla situazione giuridica dell'imputato quale "oggetto" di prova, invece, la soggezione ad accertamenti probatori sulla propria persona impone il riferimento all'art. 2 Cost. in quanto disposizione alla quale ricondurre, tra i doveri inderogabili di solidarietà che la legge può imporre ai consociati, quello di concorrere all'accertamento del fatto oggetto del processo penale¹⁹.

Il dovere di solidarietà sociale imposto dall'art. 2 Cost. a tutti i soggetti, e perciò anche all'imputato, trasposto sul piano processuale penale, non si traduce in obblighi di fare, stante il diritto di autodifesa passiva, ma semmai in una condizione di soggezione che può determinare, nei casi di resistenza, l'imposizione di costrizioni implicant per il soggetto passivo un mero *patis*²⁰.

¹⁷ P. Felicioni, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., 97; Id., *Accertamenti sulla persona e processo penale. Il prelievo di materiale biologico*, cit., 33; A. Laronga, *Le prove atipiche nel processo penale*, cit., 55.

¹⁸ P. Felicioni, *Accertamenti sulla persona e processo penale. Il prelievo di materiale biologico*, cit., 34, con richiami di dottrina cui si rinvia.

¹⁹ P. Felicioni, *Accertamenti sulla persona e processo penale. Il prelievo di materiale biologico*, cit., 31. Cfr. in giurisprudenza, sia pure con riguardo ad altro istituto, Cass., Sez. un., 13 dicembre 1995, Sarnataro ed altri, in *Cass. pen.*, 1996, 2146.

²⁰ P. Felicioni, *Accertamenti sulla persona e processo penale. Il prelievo di materiale biologico*, cit., 35; A. Laronga, *Le prove atipiche nel processo penale*, cit., 57.

3. Il diritto di non collaborare dell'imputato quale "organo" di prova.

La principale facoltà sottesa al diritto di autodifesa passiva, cioè al diritto di non fornire elementi di prova in proprio danno, è sicuramente quella che permette all'individuo sottoposto a procedimento penale di partecipare al suo interrogatorio ovvero all'atto in cui venga, comunque, "sentito" come persona consapevole delle sua posizione (in particolare, dell'addebito, anche provvisorio, a suo carico) e libera di autodeterminarsi nelle sue opzioni difensive; cosicché egli possa decidere il rifiuto preliminare di sottostare a qualsiasi domanda postagli dall'autorità, o anche di non rispondere ad una o a più (od a tutte) le domande rivoltegli²¹. Nel nostro ordinamento è ormai incontestabile che il diritto al silenzio sia un corollario del diritto fondamentale garantito dall'art. 24, comma 2, Cost.²². Tuttavia, "il riconoscimento della piena legittimità di un contegno non collaborativo da parte dell'interrogato si fonda, con altrettanta robustezza, sulla presunzione costituzionale d'innocenza (art. 27 comma 2 Cost.). E ciò sotto un duplice aspetto. In primo luogo, 'la legittima pretesa che sia l'accusa a provare tutti gli elementi della fattispecie esclude la sussistenza, sotto qualsiasi forma, di un onere di difesa. L'imputato ha la più ampia libertà di scegliere se svolgere o no attività probatoria, se controdedurre per confutare le accuse o limitarsi alla negativa. L'opportunità di attenersi all'una o all'altra condotta dipende naturalmente dalla concreta situazione processuale; in particolare dall'entità delle prove a carico'. In secondo luogo, il precetto costituzionale impone di guardare all'indagato come a un presunto non colpevole e, cioè, come alla persona meno informata dei fatti oggetto di imputazione. Sul piano logico, prima ancora che su quello giuridico, sarebbe inammissibile pretendere da tale soggetto un contributo conoscitivo in ordine a circostanze che si devono ritenere da lui non conosciute, in quanto, appunto, presunto innocente. L'unica soluzione rispettosa della presunzione di non colpevolezza è, dunque, quella di escludere ogni obbligo di collaborazione a carico dell'interrogato e di vietare all'autorità procedente di coltivare anche solo un'aspettativa di collaborazione"²³.

Il diritto al silenzio trova ampio riconoscimento nella disciplina codicistica²⁴. In particolare, la persona sottoposta alle indagini preliminari dev'essere avvertita che, salvo l'obbligo di dichiarare le proprie generalità e quant'altro valga ad identificarla (artt. 66, comma 1, c.p.p., 21 disp. att. c.p.p.), "ha facoltà di non rispondere ad alcuna domanda" (art. 64, comma 3, lett. b) c.p.p.). Tale avviso è obbligatorio, a pena d'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese dall'interrogato (art. 64, commi 3, lett. b) e 3-bis, c.p.p.).

La regola testé descritta si applica, in quanto richiamata, durante ogni fase del procedimento, nella totalità degli atti costituenti formalmente un "interrogatorio" dell'indagato o dell'imputato; come pure in tutti quelli che risultano, sostanzialmente, ad esso assimilabili, in quanto possibili sedi di

²¹ P. Moscarini, *Il silenzio dell'imputato sul fatto proprio secondo la Corte di Strasburgo e nell'esperienza italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 613.

²² Nella giurisprudenza costituzionale hanno riconosciuto la valenza costituzionale dello *ius tacendi*: C. cost., ord., 26 giugno 2002, n. 291, in *Cass. pen.*, 2002, 3432; C. cost., sent., 2 novembre 1998, n. 361, in *Cass. pen.*, 1999, 35. Ad analoga conclusione è giunta la giurisprudenza di legittimità: Cass., Sez. III, 19 gennaio 2010, n. 9239, in *CED Cass.*, n. 246233; Cass., Sez. V, 22 dicembre 1998, Sica, in *CED Cass.*, n. 212618.

²³ O. Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., 46 s., con richiami di dottrina e di giurisprudenza a cui si rinvia.

²⁴ Il principio fondamentale di civiltà giuridica secondo cui nessuna persona accusata di un reato può essere costretta a testimoniare *contra se* è stato sancito, per la prima volta, nel 1791, dal V Emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti d'America ("Nessuno ... sarà costretto, in qualsiasi processo penale, a deporre contro se stesso"), in contrasto con l'obbligo *de veritate* imposto all'inquisito nei processi dell'*ancien régime*; tale principio si è poi via via universalmente affermato, sia pure nell'arco di quasi due secoli, attraverso la sua diffusione dai Paesi di *Common Law*, caratterizzati per i loro sistemi processuali *adversarial*, a quelli continentali, definiti "misti" in quanto miranti a fondere in un'unica struttura processuale i caratteri del sistema inquisitorio e di quello accusatorio.

domande all'incolpato²⁵. Più precisamente, tali norme riguardano: a) l'interrogatorio da parte del p.m. durante le indagini preliminari, determinato da presentazione spontanea (art. 374 c.p.p.) o da invito a presentarsi (art. 375 c.p.p.), oppure da arresto o fermo di indiziato di delitto (art. 388, comma 2, c.p.p.); b) l'interrogatorio dell'indiziato sottoposto a misura cautelare, oppure precautelare, da parte del G.i.p. (artt. 289, comma 2, 294, 299, comma 3-ter, 391, comma 3, c.p.p.); c) le sommarie informazioni dall'indagato e/o l'interrogatorio delegato del medesimo ad opera della polizia giudiziaria (artt. 350 e 370, comma 1, c.p.p.); d) l'interrogatorio cui l'imputato richieda di essere sottoposto nell'udienza preliminare ordinaria oppure in sede d'integrazione probatoria disposta dal giudice durante la stessa fase (artt. 421, comma 2, 422, comma 4, c.p.p.); e) l'interrogatorio cui l'imputato chieda d'essere sottoposto nel corso del giudizio abbreviato (art. 441, comma 6, c.p.p. in relazione all'art. 422, comma 4, c.p.p.).

Si intravedono profili problematici di compatibilità con il principio *nemo tenetur se detegere* riguardo a quelle disposizioni secondo cui la polizia giudiziaria può ricevere dall'indagato, anche senza la presenza del difensore, "notizie e indicazioni utili ai fini della immediata prosecuzione delle indagini" (art. 350, commi 5 e 6, c.p.p.), oppure "dichiarazioni spontanee" (art. 350, comma 7, c.p.p.), senza che i suoi operatori siano tenuti ad alcuna formalità volta a garantire lo *ius tacendi*.

Tale difetto di informazione può tradursi in un sostanziale aggiramento del diritto di autodifesa passiva nei casi in cui le cognizioni acquisite dalla polizia giudiziaria – di per sé totalmente inutilizzabili (art. 350, comma 6, c.p.p.) ovvero utilizzabili in dibattimento esclusivamente per le contestazioni *ex art. 503, comma 3, c.p.p.* (art. 350, comma 7, c.p.p.) – vengano impiegate per il reperimento di elementi probatori a loro volta utilizzabili contro il dichiarante.

Un esempio può meglio chiarire la situazione descritta. L'art. 352, comma 1-*bis*, c.p.p., consente alla polizia giudiziaria di effettuare perquisizioni su sistemi informatici, "ancorché protetti da misure di sicurezza". Per l'autorità procedente potrebbe risultare impossibile, in alcuni casi, *bypassare* le barriere legittimamente poste dalla persona indagata, stante l'alto grado di protezione fornito dalle più recenti barriere crittografiche; tale ostacolo può essere agevolmente superato sollecitando l'indagato a fornire "notizie e indicazioni utili ai fini della immediata prosecuzione delle indagini", e cioè *password* o chiavi di crittografia in vista o a seguito dell'accesso all'attrezzatura informatica. E tutto ciò in piena conformità alla normativa vigente, che prevede per l'indagato sottoposto a perquisizione soltanto l'avviso della facoltà di nominare un difensore (art. 356 c.p.p., 114 disp. att. c.p.p.), non anche l'avvertimento della facoltà di non rispondere.

Tuttavia, si è osservato in dottrina che i dubbi determinati da siffatta lacuna nelle ipotesi previste dall'art. 350, commi 5 e 7, c.p.p., potrebbero essere superati mediante un'opportuna estensione analogica, alle ipotesi *de quibus*, della disposizione sull'avviso all'indagato circa la sua facoltà di non rispondere (art. 64, comma 3, lett. b) c.p.p.). Infatti, quest'adempimento tende a garantire che l'autodifesa sia esercitata dall'inquisito liberamente e consapevolmente, secondo lo spirito dell'art. 24, comma 2, Cost. Di conseguenza, poiché quest'ultima norma si riferisce espressamente ad "ogni stato e grado del procedimento", sembra proprio che il diritto al silenzio debba poter comunque essere fatto valere, già fin dalle prime battute delle indagini²⁶.

Nella fase dibattimentale, l'esame diviene atto esclusivamente volontario e l'imputato "gode dunque di una garanzia più ampia rispetto al diritto di stare in silenzio che implica pur sempre l'obbligo di presentarsi di fronte al giudice: egli ha il diritto di non sedersi là dove si siedono i testimoni"²⁷. Del resto, il diritto a non essere costretto all'esame è il portato del più ampio diritto a

²⁵ P. Moscarini, *Il silenzio dell'imputato sul fatto proprio secondo la Corte di Strasburgo e nell'esperienza italiana*, cit., 615.

²⁶ P. Moscarini, *Il silenzio dell'imputato sul fatto proprio secondo la Corte di Strasburgo e nell'esperienza italiana*, cit., 616; M. Ceresa Gastaldo, *Le dichiarazioni spontanee dell'indagato alla polizia giudiziaria*, Torino, 2002, 110 s.; v. anche L. Marafioti, *Digital evidence e processo penale*, in *Cass. pen.*, 2011, 4516.

²⁷ E. Amodio, *Il dibattimento nel nuovo rito accusatorio*, in *AA.VV., Lezioni sul nuovo processo penale*, Milano, 1990, 202.

non presenziare al processo. Queste prerogative sono garantite dall'art. 208 c.p.p. e dall'art. 490 c.p.p., che vieta l'accompagnamento coattivo finalizzato allo svolgimento dell'esame volontario.

4. Segue: il diritto al silenzio nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

A differenza della Costituzione, che non riconosce espressamente all'imputato la facoltà di non collaborare con l'autorità procedente, a livello internazionale il principio risulta inserito nel Patto internazionale sui diritti civili e politici (adottato a New York, in sede ONU, il 16 dicembre 1966, reso esecutivo in Italia con la l. 25 ottobre 1977, n. 881), che, all'art. 14, comma 3, lett. g), sancisce per la persona accusata di un reato il diritto "a non essere costretto a deporre contro se stesso od a confessarsi colpevole".

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo (adottata a Roma il 4 novembre 1950, resa esecutiva in Italia con la l. 4 agosto 1955, n. 848) non contempla espressamente quest'ultima facoltà. Tuttavia, tale omissione non ha affatto inciso negativamente sui meccanismi di protezione dell'imputato assicurati dal diritto europeo, poiché la giurisprudenza della Corte europea è ormai consolidata nel ritenere che la facoltà di non rispondere, al pari di quella di non autoincriminarsi²⁸, siano espressione di principi generalmente e internazionalmente riconosciuti che si collocano al centro della nozione di processo equo consacrata dall'art. 6 C.E.D.U.²⁹.

In particolare, secondo la Corte di Strasburgo, il concetto di "processo equo", delineato dall'art. 6, comma 1, C.E.D.U., esclude che si possa ammettere qualsiasi forma di costrizione o pressione sull'imputato diretta ad acquisirne le dichiarazioni, poiché una simile prassi finirebbe per divenire fonte di errori giudiziari³⁰. Inoltre, la presunzione d'innocenza, sancita dallo stesso art. 6, comma 2, C.E.D.U., comporta che debba essere l'accusa a provare la colpevolezza dell'imputato; se si costringesse quest'ultimo a deporre come teste sul fatto proprio, si invertirebbe tale onere istruttorio e ne deriverebbe l'imposizione al medesimo di un obbligo di veridicità, coercibile, finalizzato a dimostrare la sua non colpevolezza³¹.

La Corte europea trae da queste massime delle conclusioni del tutto coerenti: nessun accusato può essere condannato per il solo fatto di essere rimasto silente durante tutta la procedura di fronte alla contestazione dei fatti addebitatigli³²; né, allo stesso scopo, possono essere fatte valere dichiarazioni o documenti che una persona sia stata coartata ad effettuare o consegnare durante un'indagine amministrativa, antecedente o contestuale ad un procedimento penale, relativa alla medesima *res iudicanda*³³.

²⁸ La facoltà di non autoincriminarsi costituisce una forma di tutela anticipata del diritto al silenzio: la persona che non riveste la qualità di indagato o di imputato, se viene sentita ad altro titolo (ad esempio, come persona informata sui fatti ai sensi degli artt. 351 e/o 362 c.p.p.), non può essere costretta a fornire risposte che potrebbero aprire la via alla propria incriminazione. L'art. 63, comma 1, c.p.p., prevede che, quando dinanzi all'autorità giudiziaria o alla polizia giudiziaria una persona non imputata o non indagata renda dichiarazioni dalle quali emergano indizi di reità a suo carico, l'autorità procedente ne debba interrompere l'esame, avvertendo che a seguito di tali dichiarazioni potranno essere svolte indagini nei suoi confronti. Le dichiarazioni indizianti precedenti l'avvertimento non possono essere utilizzate a carico di chi le ha rese. L'art. 63, comma 2, c.p.p., rende inutilizzabili *erga omnes* le dichiarazioni rilasciate da chi fin dall'inizio doveva essere sentito in qualità di indagato o imputato.

²⁹ O. Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., 62; P. Moscarini, *Il silenzio dell'imputato sul fatto proprio secondo la Corte di Strasburgo e nell'esperienza italiana*, cit., 611; Corte e.d.u., 14 giugno 2010, Brusco c. Francia, in www.duitbase.it.

³⁰ Corte e.d.u., 26 settembre 2006, Goçmen c. Turchia, in *Cass. pen.*, 2007, 1351; Corte e.d.u., 20 ottobre 1997, Ryssdal – Serves c. Francia, in *Cass. pen.*, 1999, 741.

³¹ Corte e.d.u., 21 dicembre 2000, McGuinness c. Irlanda, § 40; Corte e.d.u., 8 febbraio 1996, Murray c. Regno Unito, § 45.

³² Corte e.d.u., 8 ottobre 2002, Beckles c. Regno Unito, in *Cass. pen.*, 2003, 1713.

³³ Corte e.d.u., 4 ottobre 2005, Shannon c. Regno Unito, in *Cass. pen.*, 2006, 723; Corte e.d.u., 17 dicembre 1996, Saunders c. Regno Unito, in *Cass. pen.*, 1997, 2282.

Per converso, in molte decisioni la stessa Corte europea pare essersi anche preoccupata di definire i limiti del diritto al silenzio. Più precisamente, lo *ius tacendi*, pur essendo al centro della nozione di processo equo, non è espressione di un diritto assoluto. Una condanna, come si è visto, non può fondarsi esclusivamente o essenzialmente sul silenzio dell'imputato, ma non è esclusa la configurabilità di situazioni in cui la mancata risposta può indirettamente nuocere all'imputato. Difatti, secondo la Corte di Strasburgo, qualora lo svolgimento del processo abbia evidenziato un quadro probatorio sfavorevole all'imputato, che già dimostri sufficientemente la colpevolezza, tale comunque da esigergli concretamente di dare spiegazioni in chiave difensiva, l'esercizio della facoltà di non rispondere ben potrà costituire un elemento apprezzabile come "riscontro" a suo carico³⁴.

Tuttavia, questa circoscritta possibilità di apprezzare il silenzio a sostegno dell'accusa, vale nel solo caso in cui l'imputato si sia effettivamente rifiutato di rispondere durante tutto il corso del procedimento. Se, invece, egli, in qualunque momento, abbia parlato in ordine al fatto addebitatogli, fornendo informazioni e/od esponendo argomenti a sua discolpa, nonché spiegato le ragioni che determinarono il suo precedente silenzio, tali elementi dovranno comunque essere tenuti in conto dal giudice del merito; né il suo precedente esercizio dello *ius tacendi* potrà più, ormai, essere valutato negativamente³⁵.

In definitiva, la Corte europea, sulle questioni riguardanti il diritto al silenzio, ha manifestato un atteggiamento duttile. In particolare, ha mirato non ad una difesa "massimalistica" del *nemo tenetur se detegere*, bensì alla effettiva salvaguardia dell'imputato nei confronti di coercizioni tali da determinare errori giudiziari e da invertire, in nocimento del prevenuto, l'onere della prova³⁶.

5. Segue: il mendacio dell'imputato sul fatto proprio.

È da sempre controversa la possibilità di dilatare la garanzia del *nemo tenetur se detegere* fino al punto da includervi la facoltà della persona sottoposta a procedimento penale di mentire nel dialogo con l'autorità procedente.

Secondo un certo indirizzo ermeneutico, l'indagato e/o l'imputato sottoposto ad interrogatorio e/o ad esame avrebbe non solo il diritto di tacere, ma anche quello di mentire; e quest'ultima facoltà rientrerebbe essa stessa nell'ambito dello *ius tacendi*, come specifica forma di sua estrinsecazione³⁷. In realtà, assimilando il mendacio al silenzio si incorre in una inesattezza. "La differenza fra silenzio e mendacio non è 'quantitativa', nel senso che il più (silenzio) contenga il meno (mendacio), ma 'qualitativa'. Il silenzio, infatti, implica il rifiuto, anche solo parziale, del dialogo e della collaborazione con l'autorità giudiziaria; il mendacio, invece, rientra a pieno titolo nella dialettica processuale, sia pure con il rischio di intralci e sviamenti che da esso possono derivare. Detto altrimenti, il silenzio configura una scelta autodifensiva passiva, mentre il mendacio esprime la volontà di difendersi attivamente. (...) In particolare, il mendacio è coesistente allo sviluppo dell'aspetto 'attivo' dell'autodifesa, che risulterebbe irrimediabilmente pregiudicato se l'indagato non avesse la possibilità di interloquire liberamente senza obblighi di verità"³⁸.

³⁴ Corte e.d.u., 8 febbraio 1996, Murray c. Regno Unito, § 46-47; Corte e.d.u., 6 giugno 2000, Averill c. Regno Unito, § 42-43.

³⁵ Corte e.d.u., 2 maggio 2000, Condron c. Regno Unito, § 57.

³⁶ P. Moscarini, *Il silenzio dell'imputato sul fatto proprio secondo la Corte di Strasburgo e nell'esperienza italiana*, cit., 613.

³⁷ Cass., Sez. I, 9 novembre 1982, De Lucia, in *CED Cass.*, n. 156677; Cass., Sez. V, 3 luglio 1986, Scaravella, in *CED Cass.*, n. 174037. In dottrina riconduce la facoltà di mentire al diritto al silenzio: C. Taormina, *Silenzio e mendacio dell'imputato sui suoi precedenti penali*, in *Giur. cost.*, 1976, 1454.

³⁸ O. Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., 69 s.; P. Moscarini, *Il silenzio dell'imputato sul fatto proprio secondo la Corte di Strasburgo e nell'esperienza italiana*, cit., 614. Sulla distinzione tra diritto al silenzio e diritto alla menzogna sotto la vigenza del c.p.p. 1930, v. G. Bellavista – G. Tranchina, *Lezioni di diritto processuale penale*, cit., 195.

Tale conclusione, cioè la riconducibilità della menzogna al diritto di autodifesa attiva, porta conseguentemente a configurare la facoltà di mentire come corollario del diritto di difesa tutelato dall'art. 24, comma 2, Cost.; più precisamente, appare difficile contestare che attenga all'esercizio del predetto diritto costituzionale la condotta dell'imputato che, invece di tacere, neghi o attenui mendacemente i fatti di cui è accusato (si pensi, ad esempio, all'allegazione di un alibi falso, oppure all'ammissione del fatto-reato accompagnata dall'adduzione di una causa di giustificazione insussistente).

Diversamente, appare problematico riconoscere l'esistenza di una copertura costituzionale per la facoltà di mentire quando l'interrogato si riferisca al fatto altrui, come, ad esempio, nei casi in cui il mendacio si risolva nella falsa incolpazione di un'altra persona (si pensi alle frequenti accuse, talvolta implicite, di falsa testimonianza rivolte ai testimoni sfavorevoli ovvero di falso ideologico in atto pubblico rivolte al personale di polizia giudiziaria).

Nel diritto vivente appare ben consolidato l'orientamento secondo cui qualora la scelta di mentire sia effettivamente dettata da esigenze difensive e non trasmodi in iniziative non necessarie contro la fonte delle accuse, la condotta del mentitore, se idonea ad integrare un fatto-reato, non è punibile per la ricorrenza della scriminante dell'esercizio di un diritto costituzionale (art. 51 c.p.)³⁹. In altri termini, secondo questo indirizzo ermeneutico per ricondurre l'esercizio della facoltà di mentire nell'ambito di protezione assicurato dal diritto di difesa, è necessario accertare, caso per caso, due requisiti: in primo luogo, deve sussistere un rigoroso rapporto funzionale tra la dichiarazione falsa resa dall'imputato e la confutazione dell'imputazione a suo carico; in secondo luogo, l'imputato deve limitarsi a negare la veridicità delle circostanze a suo carico (affermandone la falsità e, quindi, l'infondatezza), senza travalicare tale confine con iniziative specifiche e circostanziate verso i suoi accusatori (ad esempio, la presentazione di una denuncia falsa) dalle quali derivi la necessità di avviare un procedimento penale diretto a verificarle⁴⁰.

6. La valutazione probatoria del contegno non collaborativo dell'imputato quale "organo" di prova.

Occorre a questo punto domandarsi se l'esercizio della facoltà di non rispondere sul fatto proprio da parte dell'accusato possa formare oggetto di una valutazione giudiziale negativa sotto il profilo probatorio.

Il tema richiede particolare cautela, poiché manca sul punto un esplicito riferimento normativo. Nel codice di rito vigente, infatti, non v'è una norma come quella dell'art. 116, comma 2, c.p.c., che consente nel processo civile, di trarre argomenti di prova dal "conteggio" delle parti nel processo.

La dottrina italiana è orientata pressoché unanimemente nel senso che al rifiuto complessivo del dialogo opposto dall'interrogato non possa attribuirsi alcun significato, trattandosi di un dato neutro

³⁹ Cass., Sez. VI, 18 gennaio 1998, Barbato, in *CED Cass.*, n. 210648; Cass., Sez. II, 14 gennaio 2002, Quinton Silva, in *CED Cass.*, n. 221767; Cass., Sez. VI, 15 gennaio 2003, Apruzzese e altri, in *CED Cass.*, n. 223982; Cass., Sez. VI, 20 novembre 2003, Scarfone, in *CED Cass.*, n. 229238; Cass., Sez. II, 14 ottobre 2009, Zolli, in *CED Cass.*, n. 246042.

⁴⁰ V. Cass., Sez. VI, 8 febbraio 2001, Errichiello, in *Cass. pen.*, 2001, 3028, che ha ritenuto scriminata dall'esercizio del diritto di difesa la condotta calunniosa dell'imputata, la quale, nel dibattimento relativo ad altre imputazioni, interrogata dal giudice, per tentare di sottrarsi alle proprie responsabilità, aveva genericamente taciuto di falsità i testimoni d'accusa, parlando di vera e propria macchinazione posta in essere dai predetti ai suoi danni. V., altresì, Cass., Sez. II, 1 luglio 2009, Ostuni, in *CED Cass.*, n. 244730, che ha confermato una condanna per calunnia commessa dall'imputato durante l'interrogatorio di garanzia, disposto a seguito dell'applicazione di una misura cautelare per una precedente rapina, mediante la negazione, rivelatasi falsa, di dichiarazioni di natura confessoria da lui rese alla polizia giudiziaria e riportate in un verbale di perquisizione a suo carico; la Suprema Corte ha escluso la configurabilità dell'esercizio del diritto di difesa in relazione al mendacio, in quanto l'imputato aveva dato credito ad una vera e propria accusa contro gli agenti autori della verbalizzazione, tra l'altro recandosi dal difensore per organizzare la propria difesa con una spiegazione idonea a far risultare la falsità di quella verbalizzazione.

che non si presta ad alcun apprezzamento⁴¹. Difatti, si argomenta: se il silenzio della persona sottoposta a procedimento penale sul fatto posto a suo carico costituisce esercizio di un diritto garantito sia dalla Costituzione sia dalla legge ordinaria (e che, per di più, deve formare oggetto di un esplicito avvertimento), il comportamento di colui il quale, conseguentemente, di tale facoltà di avvalga va necessariamente considerato come un dato non suscettibile di valutazione probatoria, tanto meno sfavorevole⁴².

Anche la presunzione costituzionale d'innocenza milita in favore dell'esclusione di ogni rilevanza probatoria del silenzio. La regola di giudizio imposta dall'art. 27, comma 2, Cost., nel sancire che non sia l'imputato a dover dimostrare la propria estraneità ai fatti, sembra impedire, a rigor di logica, qualunque inferenza tratta dalla scelta di non svolgere l'autodifesa attiva e, quindi, di non rispondere alle domande poste in sede di interrogatorio⁴³.

Sulla valenza probatoria del silenzio, l'orientamento della giurisprudenza, nel corso degli anni, non è stato altrettanto uniforme. In talune decisioni, anche recenti, la Suprema Corte ha condiviso la tesi della dottrina, affermando nettamente che “quand'anche l'imputato (rinunciasse) a rendere l'interrogatorio e a non difendersi, non (farebbe) altro che esercitare un suo diritto costituzionale (...). E dall'esercizio di tale diritto il giudice non (può) dedurre, neppure indirettamente, un elemento o un indizio di prova a carico del prevenuto, dal momento che nel nostro ordinamento l'imputato ha il diritto di non parlare, mentre l'onere della prova è a carico dell'accusa. È evidente come sia poi manifestamente illogico sostenere in astratto che l'imputato ha il diritto al silenzio e poi considerare erroneamente l'esercizio di tale diritto come un elemento a suo carico. E difatti, ‘in tema di valutazione della prova, non è consentito al giudice valorizzare, ai fini della decisione, comportamenti - commissivi od omissivi - dell'imputato che siano manifestazione di diritti soggettivi e facoltà processuali che l'ordinamento gli attribuisce quali espressione del diritto di difesa e di libera scelta della strategia processuale ritenuta più opportuna; strategia che ben può porsi in atto anche attraverso il silenzio”⁴⁴.

In senso contrario, però, si registra un orientamento prevalente, secondo il quale “l'ordinamento penale, nel riconoscere all'imputato il diritto alla reticenza, al silenzio (e, addirittura, alla menzogna, sempre che non sconfini nella calunnia), riconosce del pari al giudice la facoltà di valutare il comportamento tenuto durante lo svolgimento del processo. Infatti certamente non è precluso a chi deve emettere una sentenza valutare la condotta processuale dell'imputato, coniugandola con ogni altra circostanza sintomatica, con la conseguenza che egli, nella formazione del suo libero convincimento, ben può considerare, in concorso di altri elementi, la portata significativa del silenzio su circostanze potenzialmente idonee a scagionarlo. D'altronde, che la condotta processuale sia valutabile, non può esser dubbio. Non si comprende perché non dovrebbe esserlo quella particolare condotta processuale che si estrinseca nel silenzio”⁴⁵. Riconosciuta, quindi, la possibilità di apprezzare in senso probatorio il silenzio, l'indirizzo in esame ne attenua al massimo il valore dimostrativo, introducendo un correttivo in chiave garantista meritevole di approvazione: il rifiuto di rispondere opposto dall'imputato su circostanze valutabili a suo carico non costituisce prova della verità del fatto storico dedotto

⁴¹ F. Cordero, *Procedura penale*, cit., 254, il quale evidenzia, riguardo all'interrogatorio disposto nella fase delle indagini preliminari, che “Siccome *nemo tenetur se detegere*, non è arguibile niente a carico del ‘*taciturnus*’ (nemmeno ‘quale riscontro obiettivo’ dei dati ricavabili *aliunde*)”.

⁴² P. Moscarini, *Il silenzio dell'imputato sul fatto proprio secondo la Corte di Strasburgo e nell'esperienza italiana*, cit., 617.

⁴³ O. Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., 376, con richiami di dottrina cui si rinvia.

⁴⁴ Cass., Sez. III, 19 gennaio 2010, n. 9239, in *CED Cass.*, n. 246233; Cass., Sez. V, 22 dicembre 1998, Sica, in *CED Cass.*, n. 212618.

⁴⁵ Cass., Sez. V, 12 luglio 2011, De Donno, in *CED Cass.*, n. 250946; Cass., Sez. I, 26 ottobre 2011, n. 2653, in *CED Cass.*, n. 251828; Cass., Sez. II, 21 aprile 2010, Di Perna, in *CED Cass.*, n. 247426; Cass., Sez. V, 14 febbraio 2006, Ferrara, in *CED Cass.*, n. 233903.

dall'accusa, bensì può fornire, implicitamente, un "riscontro obiettivo" ad un quadro probatorio sfavorevole già sufficientemente delineato dall'accusa⁴⁶.

Dunque, in tal senso, il silenzio non è niente di più che un elemento di integrazione di dati già raccolti, dei quali può al massimo corroborare il valore. La mancata risposta non pare affatto autosufficiente per decidere l'esito del processo, e non può neanche assurgere a valore indiziario, proprio perché l'indizio - quando presenta le caratteristiche richieste dall'art. 192, comma 2, c.p.p. - è una prova e non un semplice elemento integrativo di risultanze acquisite⁴⁷.

Del problema riguardante la valutazione sfavorevole del silenzio si è occupata anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, giungendo a conclusioni sostanzialmente coincidenti con l'orientamento seguito dalla prevalente giurisprudenza di legittimità (v. *supra* § 4).

Un ulteriore dato esegetico a sostegno dell'indirizzo che vorrebbe attribuire una connotazione probatoria al silenzio si trae dalla volontà espressa dai redattori del codice di rito vigente con riferimento alla disciplina dell'esame dibattimentale dell'imputato: "una volta che una parte ha chiesto l'esame diretto, essa non è più in grado di sottrarsi alle domande che le vengono formulate (e qui sta il fondamento del valore squisitamente probatorio dell'atto) tanto che ogni rifiuto di rispondere - di cui deve farsi menzione nel verbale - assumerà legittimamente il valore di argomento di prova"⁴⁸.

Com'è noto, l'esame dell'imputato sul fatto proprio ha luogo soltanto su richiesta o consenso dell'interessato, e cioè soltanto se l'imputato lo chiede, o se vi consente quando è chiesto da una parte (art. 208 c.p.p.)⁴⁹. Il mancato consenso non può essere valutato dal giudice in senso negativo per l'imputato, perché è una scelta che attiene strettamente alla strategia difensiva⁵⁰.

Ad altra conclusione, invece, bisognerà pervenire nel diverso caso in cui l'imputato, avendo domandato od accettato l'esame sul fatto proprio, rifiuti di rispondere ad una o più domande specifiche. E ciò in virtù dell'art. 209, comma 2, c.p.p., per il quale: "Se la parte rifiuta di rispondere ad una domanda, ne è fatta menzione nel verbale". Tale disposizione, secondo l'orientamento prevalente anche in dottrina, sta a significare che il suddetto comportamento diviene, per conseguenza della sua verbalizzazione, un risultato probatorio. Pertanto, esso, come tale, deve formare oggetto di valutazione da parte del giudice, tenuto a motivare in proposito ai sensi dell'art. 192, comma 1, c.p.p.

Dunque, nell'ipotesi *de qua*, la mancata risposta ben potrà essere posta a fondamento di un apprezzamento processuale, anche in chiave negativa, alla luce del contesto di tutti gli altri dati acquisiti in giudizio; né l'imputato si potrà sottrarre a questa conseguenza invocando lo *ius tacendi*: nella fattispecie, questo può essere esercitato dall'imputato, per così dire, a monte dell'atto istruttorio, cioè non consentendo di sottostare all'esame; se, però, il prevenuto abbia accettato tale mezzo di prova, non potrà - nel conseguente procedimento probatorio cui si sia liberamente e consapevolmente sottoposto - né evitare di subire le domande, né pretendere che il suo rifiuto di rispondervi continui a risultare irrilevante sotto il profilo probatorio⁵¹.

⁴⁶ Cass., Sez. IV, 9 febbraio 1996, Federici ed altro, in *CED Cass.*, n. 204546; Cass., Sez. un., 21 ottobre 1992, Marino ed altri, in *CED Cass.*, n. 192469; v. di recente, v. Cass., Sez. III, 15 luglio 2011, Allegra, in *CED Cass.*, n. 251313.

⁴⁷ G.F. Ricci, *Le prove atipiche*, Milano, 1999, 628.

⁴⁸ Relazione al progetto preliminare del c.p.p. 1988, 64.

⁴⁹ La medesima eventualità potrebbe verificarsi anche nell'udienza preliminare o nel giudizio abbreviato, se l'imputato vi faccia istanza di essere interrogato ad un'altra parte domandi che l'atto venga compiuto nelle forme previste dagli artt. 498 e 499 c.p.p. (v. artt. 421, comma 2, 422, comma 4, 441, comma 6, c.p.p.).

⁵⁰ P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, cit., 231.

⁵¹ P. Moscarini, *Il silenzio dell'imputato sul fatto proprio secondo la Corte di Strasburgo e nell'esperienza italiana*, cit., 619 s.; P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, cit., 232; E. Fortuna - S. Dragone, *Le prove*, in AA.VV., *Manuale pratico del nuovo processo penale*, cit., 364; F. Cordero, *Procedura penale*, cit., 723 s.; V. Grevi, *Prove*, in G. Conso - V. Grevi, *Profili del nuovo codice di procedura penale*, 2 ed., Padova, 1991, 190. In senso contrario, v. O. Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., 374, secondo il quale non sembra consentito ammettere l'apprezzamento in chiave probatoria del silenzio mantenuto a fronte di una singola domanda posta in sede di esame dibattimentale ed escludere analoga possibilità con riferimento all'interrogatorio, stante l'identità dei due istituti dal punto di vista della natura giuridica e dell'efficacia probatoria.

Resta quella che è forse la questione più delicata, e cioè la necessità di valutare il preciso grado di efficacia probatoria che può assumere il silenzio nell'ipotesi di cui all'art. 209, comma 2, c.p.p.

Il riferimento nei lavori preparatori del codice di rito vigente al concetto di "argomento di prova"⁵², impone di stabilire se l'impiego della predetta nozione nel processo penale, abbia la stessa natura di quella processualciviltistica: e cioè costituisca elemento di convincimento non autonomo, ma che serve solo ad integrare delle vere e proprie prove (rappresentative o logiche) già acquisite⁵³.

A tale quesito, come detto poc'anzi, la giurisprudenza fornisce risposta positiva⁵⁴, atteso che il concetto di "argomento di prova" creato per il processo penale, corrisponde perfettamente a quello dell'art. 116, comma 2, c.p.c., e cioè il rifiuto di rispondere, pur potendo essere valutato dal giudice, non può arrivare mai ad accertare il fatto contestato, né a smentire prove a discarico, bensì può essere utilizzato esclusivamente come riscontro di altri elementi di prova a carico⁵⁵.

Gli argomenti addotti a sostegno della (ridotta) valorizzazione probatoria del rifiuto di rispondere valgono anche per la menzogna. Anzi, si è osservato correttamente che la menzogna, soprattutto quando non sia limitata alla semplice negativa dei fatti addebitati, ha una maggiore carica evocativa rispetto al silenzio, essendo più agevole inferirne elementi a sostegno dell'ipotesi di colpevolezza⁵⁶. Difatti, nel diritto vivente si fa largo uso di massime di esperienza che correlano la menzogna all'esigenza dell'imputato di nascondere la colpevolezza.

Il maggior numero di decisioni relative a questo tema riguardano la valutazione probatoria dell'alibi⁵⁷. In sintesi, per quanto interessa in questa sede, possono distinguersi tre situazioni:

- a) la mancanza di alibi, che si verifica quando l'imputato non ne adduca alcuno a sostegno della propria tesi difensiva;
- b) l'alibi fallito, cioè allegato dall'imputato, ma non provato;
- c) l'alibi mendace, cioè allegato dall'imputato, ma smentito da prove di segno contrario.

La mancanza o il fallimento dell'alibi non sono valutabili dal giudice ai fini della formazione del proprio convincimento, né in senso positivo, né *a fortiori* in senso negativo per l'imputato. Sono probatoriamente neutri⁵⁸. E ciò sia per non invertire l'onere della prova, che esime l'imputato dal doversi attivare per provare la propria innocenza, invece, presunta, sia per non vanificare il suo diritto di difesa, che trova attuazione anche mediante l'esercizio di facoltà inerenti la c.d. autodifesa attiva⁵⁹.

Al contrario, l'alibi mendace ha valenza probatoria sfavorevole per l'imputato, in quanto indice rivelatore della sua mala fede⁶⁰ e dell'intento di nascondere la verità per sottrarsi alla giustizia⁶¹. L'orientamento in esame attribuisce all'alibi falso il valore di indizio di reità, che il giudice deve valutare nel suo prudente apprezzamento per la formazione del giudizio finale in ordine alla colpevolezza di colui che lo ha addotto; nondimeno, è bene precisare che dall'alibi falso non può trarsi, *sic et simpliciter*, la prova della penale responsabilità che il mentitore intendeva occultare, poiché il singolo indizio necessita – secondo la regola di valutazione di cui all'art. 192, comma 2, c.p.p. - di essere corroborato da altri indizi (gravi e precisi) convergenti verso il medesimo risultato

⁵² V. nota 48.

⁵³ V., ad es., Cass. civ., Sez. I, 7 giugno 2006, n. 13276, in *CED Cass.*, n. 591909.

⁵⁴ V. nota 46.

⁵⁵ V. anche P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, cit., 232, secondo il quale la valutazione del silenzio quale argomento di prova "vuol significare che l'imputato può essere ritenuto non credibile. Infatti il silenzio può dimostrare che egli vuole nascondere qualcosa".

⁵⁶ O. Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., 379.

⁵⁷ L'alibi è il mezzo di difesa con il quale la persona sottoposta a procedimento penale prova che, al momento della consumazione del reato addebitatogli, si trovava in zona diversa ed incompatibile rispetto al *locus commissi delicti*.

⁵⁸ Cass., Sez. I, 17 gennaio 2008, Maccioni e altri, in *CED Cass.*, n. 238647; Cass., Sez. V, 19 novembre 1997, Caiazza, in *CED Cass.*, n. 209649; Cass., Sez. un., 4 febbraio 1992, Musumeci ed altri, *CED Cass.*, n. 191231.

⁵⁹ Cass., Sez. II, 4 febbraio 2004, Gallazzi e altro, in *CED Cass.*, n. 228386; Cass., Sez. II, 4 luglio 1995, Michelotto, in *CED Cass.*, n. 202766; Cass., Sez. I, 18 maggio 1992, Modica, in *CED Cass.*, n. 190598.

⁶⁰ Cass., Sez. II, 10 febbraio 1995, Cavataio, in *CED Cass.*, n. 201331.

⁶¹ Cass., Sez. 15 dicembre 2005, Solimando ed altri, in *CED Cass.*, n. 233230; Cass., Sez. II, 22 marzo 1996, Arena e altri, in *CED Cass.*, n. 206492.

euristico⁶². In tale prospettiva, la giurisprudenza ha ulteriormente precisato, in chiave garantista, che la valutazione dell'alibi mendace come indizio sfavorevole all'imputato non dev'essere immediata. Compete al giudice valutare la falsità di specie in una con gli altri elementi che assestano la trama probatoria: la valorizzazione dell'alibi falso come indizio deve tener conto del complesso delle emergenze processuali, comprese possibili situazioni obiettive, le quali, nella loro peculiarità, possono svuotare quel comportamento della sua rilevanza probatoria negativa⁶³. Infatti, nulla esclude che l'alibi falso si presenti come: "indizio in sé pur sempre generico per molteplici ragioni suggerite dall'esperienza, la più ovvia delle quali è che una maldestra linea di difesa può anche indurre alla precostituzione di un alibi falso a fronte di un'accusa che, pur ritenuta ingiusta, non appaia altrimenti contestabile"⁶⁴.

In definitiva, secondo l'orientamento prevalente in giurisprudenza, sia il silenzio che la menzogna possono formare oggetto di una valutazione giudiziale negativa per l'imputato sotto il profilo probatorio; nondimeno, entrambi i comportamenti non sono autosufficienti per decidere l'esito del processo, poiché il primo – quale "argomento di prova" – può assumere, al massimo, il valore di semplice elemento integrativo di prove già acquisite, mentre il secondo – quale singolo "indizio" di reità – può assurgere a prova logica della colpevolezza solo se corroborato da altri indizi gravi, precisi e concordanti.

7. Il diritto di non collaborare dell'imputato quale "oggetto" di prova.

Si è visto in precedenza che la situazione giuridica dell'imputato quale "oggetto" di prova si concretizza in una condizione di soggezione, fondata sull'art. 2 Cost., che impone di tollerare accertamenti sul proprio corpo, disposti eventualmente anche in forma coattiva, finalizzati all'acquisizione di elementi di prova al processo penale.

Gli accertamenti corporali che possono essere svolti nel procedimento penale sono ipotesi normative eterogenee implicanti diversi gradi di intensità dell'incidenza sulla persona (v. *supra* § 2). Nei casi in esame, occorre delineare la portata della "coercizione" legittima (diretta a vincere l'eventuale rifiuto dell'imputato di sottostare all'attività di formazione della prova), bilanciandola con il diritto di autodifesa passiva e con il suo corollario essenziale costituito dalla garanzia del *nemo tenetur se detegere*, nel cui ambito appaiono riconducibili sia il diritto dell'accusato di non essere obbligato a fornire "materiali" a sostegno dell'accusa, sia il diritto a non effettuare i movimenti corporei necessari per il corretto espletamento dell'atto probatorio cui è sottoposto.

In linea di principio, la persona sottoposta a procedimento penale non può paralizzare un'attività d'indagine o probatoria, invocando l'esercizio del diritto di autodifesa passiva, quando sia chiamata a parteciparvi come mera realtà fisica, senza necessità di una collaborazione attiva (vocale o gestuale). "L'uomo come entità fisica diviene oggetto di ricerca probatoria anche a prescindere dalla collaborazione dell'interessato il quale, qualora non occorra alcuna sua attivazione fisica per lo svolgimento dell'indagine, non può impedire l'emergere di elementi di prova dal proprio corpo"⁶⁵. Viceversa, il diritto di autodifesa passiva tutela l'imputato sottoposto ad accertamenti che si esplicano sul proprio corpo dall'imposizione di obblighi o coercizioni ulteriori rispetto al mero *patis*, tendenti a provocare una sua attivazione fisica.

Ciò posto, l'ispezione e la perquisizione personale sono mezzi di ricerca della prova, ai quali il soggetto passivo partecipa in condizione di soggezione come oggetto di prova; il legislatore non ha preso espressamente in considerazione la possibilità di un rifiuto dell'accusato di sottostare agli

⁶² Cass., Sez. I, 1 aprile 2008, Guede, in *CED Cass.*, n. 239624.

⁶³ Cass., Sez. un., 21 ottobre 1992, Marino ed altri, in *CED Cass.*, n. 192470.

⁶⁴ Cass., Sez. I, 16 ottobre 1990, Andraous ed altri, in *CED Cass.*, n. 186121.

⁶⁵ P. Felicioni, *Accertamenti sulla persona e processo penale. Il prelievo di materiale biologico*, cit., 3.

stessi, ma la caratteristica strutturale di tali mezzi di ricerca della prova è proprio la coattività, nel senso di indiscussa possibilità che la ricerca venga effettuata contro la volontà del titolare della sfera personale incisa⁶⁶.

Riguardo al prelievo di capelli, di peli o di mucosa del cavo orale finalizzato alla determinazione del profilo del DNA, potrebbe ipotizzarsi invece la necessità dell'adesione dell'accusato al loro compimento, trattandosi di attività che si pongono in conflitto con il suo diritto di autodifesa passiva, sotto il profilo sia della facoltà di non fornire materiali biologici utilizzabili a fini probatori in proprio danno, sia, per il solo prelievo di mucosa del cavo orale, della facoltà di non essere obbligato ad effettuare movimenti corporei (quali l'apertura della bocca). Nondimeno, la disciplina vigente privilegia l'esigenza di acquisizione della prova a discapito delle facoltà riconducibili alla garanzia del *nemo tenetur se detegere*, permettendo, in caso di rifiuto dell'accusato, l'uso della forza nell'ambito di procedure riconducibili alla perizia (art. 224-bis c.p.p.) o all'accertamento tecnico disposto dal p.m. (art. 359-bis c.p.p.).

Oltre ai prelievi di campioni biologici, i citati artt. 224-bis e 359-bis c.p.p. contemplano la possibilità di eseguire accertamenti medici coattivi con obiettivi di ricostruzione del fatto-reato contestato. È evidente, infatti, che l'accertamento medico coattivo può essere utilizzato anche per finalità diverse dalla ricostruzione dell'identità genetica, sia perché quest'ultima è ormai assicurata dai prelievi elencati nella prima parte dell'art. 224-bis, comma 1, c.p.p., sia perché gli accertamenti medici sono contemplati in alternativa ai prelievi, cui vengono accomunati solo dalla necessità di limitazione della libertà personale per una esecuzione senza consenso⁶⁷.

Va evidenziata peraltro la mancanza di tassatività dell'art. 224-bis c.p.p. non solo quanto al finalismo del provvedimento coercitivo demandato al giudice, ma anche riguardo al tipo di accertamento medico ritenuto utile allo scopo. Ciò impone, ai fini del tema trattato in questa sede (e cioè la verifica della legittimità o meno della coazione che si intende esercitare sul corpo dell'accusato per finalità probatorie), di distinguere gli accertamenti che richiedono una mera soggezione, da quelli che richiedono una qualche forma di collaborazione attiva nell'assunzione della prova da parte del destinatario della coazione.

Secondo la dottrina prevalente⁶⁸, sono riconducibili alla categoria degli accertamenti medici i controlli radiologici coattivi, il cui impiego appare essenziale nel contrasto di una pratica sempre più diffusa nel traffico di droga: quella di occultare nel corpo degli spacciatori le sostanze stupefacenti da trasportare. In simili ipotesi, una semplice perquisizione o ispezione personale (intesa nel suo significato primigenio di osservazione esteriore) non risultano idonee al fine di rinvenire il corpo del reato. Occorre avvalersi di strumenti tecnici – radiografie e simili – in grado di esplorare l'interno del corpo umano.

L'accertamento medico in esame non richiede alcuna forma di collaborazione da parte del soggetto passivo: per eseguire la radiografia si prescinde da qualsiasi attività dell'interessato, occorrendo in caso di rifiuto soltanto l'accompagnamento coattivo e la sua temporanea immobilizzazione presso la

⁶⁶ P. Felicioni, *Accertamenti sulla persona e processo penale. Il prelievo di materiale biologico*, cit., 35, secondo la quale la coercizione si può configurare come immobilizzazione temporanea od eventuale svestizione del soggetto recalcitrante per consentire l'attività probatoria.

⁶⁷ G. Leo, *Il prelievo coattivo di materiale biologico nel processo penale e l'istituzione della Banca dati nazionale del DNA*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 941; C. Conti, *I diritti fondamentali della persona tra divieti e "sanzioni processuali": il punto sulla perizia coattiva ad un anno dalla l. n. 85*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 997 s.

⁶⁸ G. Leo, *Il prelievo coattivo di materiale biologico nel processo penale e l'istituzione della Banca dati nazionale del DNA*, cit., 943; C. Conti, *I diritti fondamentali della persona tra divieti e "sanzioni processuali": il punto sulla perizia coattiva ad un anno dalla l. n. 85*, cit., 997 s.; S. Renzetti, *Gli accertamenti corporali coattivi: una questione irrisolta*, in *Cass. pen.*, 2006, 3558 s.; P. Felicioni, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., 118. La giurisprudenza che si è occupata dell'argomento prima dell'introduzione nell'ordinamento processuale degli artt. 224-bis e 359-bis c.p.p., aveva espressamente qualificato l'accertamento radiografico coattivo come ispezione personale (v. Cass., Sez. IV, 2 dicembre 2005, Euchì, in *Cass. pen.*, 2006, 3555).

struttura sanitaria; pertanto, appare legittimamente coercibile secondo le procedure della perizia (art. 224-bis c.p.p.) o dell'accertamento tecnico disposto dal p.m. (art. 359-bis c.p.p.)⁶⁹.

Per converso, la prospettiva appena delineata sui rapporti tra il principio del *nemo tenetur se detegere* e gli accertamenti medici che si svolgono sul corpo dell'accusato (non tipizzati dall'art. 224-bis c.p.p.), impone di escludere la legittimità dell'eventuale coercizione tutte le volte in cui la formazione della prova coinvolga l'accusato come soggetto agente, richiedendogli una collaborazione per il compimento dell'accertamento oggetto di perizia o di consulenza tecnica (ad es., il compimento di movimenti corporei, l'ingestione di un mezzo di contrasto, ecc.).

Rientra parimenti nell'ambito operativo dell'autodifesa passiva il rifiuto dell'indagato o dell'imputato di rilasciare un saggio grafico o fonico da utilizzare per la comparazione nel corso di accertamenti tecnici disposti dal p.m. o di una perizia disposta dal giudice. Attraverso tali richieste, infatti, la persona accusata del reato viene sollecitata a fornire una collaborazione utilizzabile in proprio danno. Peraltro, la tutela del predetto contegno non collaborativo è pensata in funzione del rapporto dialogico, e spesso conflittuale, che si instaura tra autorità procedente e persona sottoposta a procedimento penale. La garanzia non dovrebbe estendersi, pertanto, all'acquisizione di altre registrazioni o altri scritti formati dall'incolpato nel corso delle sue relazioni private, e, comunque, al di fuori di qualunque rapporto diretto di soggezione con l'autorità⁷⁰.

Analoghe considerazioni si impongono per altri atti aventi funzione probatoria, che coinvolgono l'accusato come mero oggetto di prova. Più precisamente, sono ritenute legittime eventuali costrizioni volte a sottoporlo al rilievo fotografico e alla ricognizione personale⁷¹.

La coercizione, però, non può spingersi oltre la semplice esibizione dell'accusato. Nonostante la prescrizione dettata in materia di ricognizione, secondo la quale il giudice deve curare che il soggetto passivo si presenti, sin dove è possibile, nelle stesse condizioni nelle quali sarebbe stato visto dalla persona chiamata ad eseguirla (art. 214, comma 1, c.p.p.), non appare ammissibile l'imposizione di costrizioni implicanti per l'accusato obblighi di *facere*, quali, ad es., il compimento di determinati movimenti corporei o la vestizione con determinati abiti⁷².

Tali comportamenti non appaiono esigibili dall'imputato, in quanto incompatibili con il suo diritto di autodifesa passiva.

In definitiva, le uniche costrizioni che possono legittimamente essere imposte all'accusato, sono quelle finalizzate ad assicurare la sua presenza nel luogo di assunzione della prova (art. 490 c.p.p.), nonché ad impedirgli di boicottare l'esibizione della sua persona⁷³.

8. La valutazione probatoria del contegno non collaborativo dell'imputato quale "oggetto" di prova.

Delimitata la portata della coercizione legittima, occorre adesso domandarsi se il mero rifiuto dell'accusato di sottostare agli accertamenti che abbiano ad oggetto il proprio corpo, ovvero il

⁶⁹ Quando per la natura dell'indagine o per altre ragioni l'accertamento tecnico disposto dal p.m. si presenti come non ripetibile, all'indagato andranno assicurate le garanzie di cui all'art. 360 c.p.p.

⁷⁰ Cass., Sez. II, 18 gennaio 1993, Bergamaschi ed altri, in *CED Cass.*, n. 193579; v. anche: Cass., Sez. I, 7 giugno 2007, Cavaliere e altri, in *CED Cass.*, n. 236957; Cass., Sez. II, 9 luglio 2010, Cabras e altri, in *CED Cass.*, n. 248213.

⁷¹ P. Felicioni, *Accertamenti sulla persona e processo penale. Il prelievo di materiale biologico*, cit., 36; A. Melchionda, *Ricognizione e confronti*, in AA.VV., *Le prove*, coordinato da E. Marzaduri, II, Torino, 1999, 275; P. Venturati, *Ricognizione di persona e poteri coercitivi del giudice*, in *Cass. pen.*, 1993, 453; P. Ferrua, *Sulla legittimità della ricognizione compiuta contro la volontà dell'imputato*, in *Cass. pen.*, 1990, 653.

⁷² Cfr. F. Cordero, *Procedura penale*, cit., 773, secondo il quale "Esistono dei limiti al coercibile: l'esperimento ricognitorio è teatro fino a un dato punto; nessuno può esigere da quel tale che rida, pianga, digrigni i denti, soffi, ululi, e via seguitando".

⁷³ Cfr. Trib. Piacenza, 13 dicembre 1991, in *Cass. pen.*, 1993, 448, che ha ritenuto legittima la ricognizione personale coattiva eseguita togliendo all'imputato, con la forza, le mani che si poneva sul viso per sottrarsi al mezzo istruttorio. In senso conforme, cfr. Cass., Sez. 2, 18 maggio 1987, Pino, in *CED Cass.*, n. 177291.

comportamento ostruzionistico diretto a paralizzarne l'esecuzione coattiva, possano formare oggetto di una valutazione giudiziale negativa sotto il profilo probatorio.

Dal ragionamento fin qui delineato sembrerebbe conseguire che il contegno ostruzionistico attuato dall'imputato sottoposto all'accertamento quale mero "oggetto" di prova, possa essere apprezzato come elemento di convincimento sfavorevole solo quando non costituisce espressione legittima del proprio diritto di autodifesa passiva.

Tuttavia, nel diritto vivente si registrano orientamenti non sempre coerenti con la predetta impostazione.

La giurisprudenza formatasi prima dell'introduzione nell'ordinamento processuale degli artt. 224-*bis* e 359-*bis* c.p.p., riconosceva al giudice la possibilità di valutare ai fini della ricostruzione del fatto il rifiuto dell'imputato di lasciar prelevare dal proprio corpo il materiale biologico utile alla comparazione del DNA⁷⁴. Tale orientamento sembrava voler sopperire al vuoto normativo creatosi in materia di prelievi coattivi a seguito della nota pronuncia della Corte costituzionale n. 238 del 1996⁷⁵ ed alla successiva inerzia del legislatore – protrattasi sino al 2009 – nel disciplinare in modo conforme ai principi costituzionali un mezzo di prova spesso indispensabile nelle indagini e nei processi penali.

Secondo l'indirizzo ermeneutico in esame, il giudice deve, in primo luogo, valutare i motivi per i quali l'imputato non si sottopone spontaneamente al prelievo di materiali organici; in secondo luogo, se ritiene non convincenti le ragioni per le quali l'imputato rifiuta di sottoporsi a prelievo, può tenerne conto come elemento di prova anche per determinare la sua responsabilità penale.

A fortiori l'avvenuta regolamentazione della materia nei termini di cui agli artt. 224-*bis* e 359-*bis* c.p.p., con l'esclusione quindi *ex lege* della facoltà per l'accusato – espressione, come già detto, del diritto di autodifesa passiva - di sottrarsi all'acquisizione di capelli, di peli o di mucosa del cavo orale, sembra fornire un ulteriore argomento a sostegno del citato indirizzo. Attualmente, però, il dato valutabile è costituito dalla condotta che abbia fatto eventualmente fallire l'acquisizione coattiva di capelli, di peli o di mucosa del cavo orale disposta dall'autorità giudiziaria per superare il dissenso dell'interessato⁷⁶.

Ad analoga conclusione deve giungersi in ordine alla valutazione del contegno ostruzionistico posto in essere dall'accusato per bloccare l'esecuzione coattiva di un accertamento medico, disposto nelle forme di cui agli artt. 224-*bis* e 359-*bis* c.p.p., che presuppone la sola osservazione del proprio corpo o di parti di esso, non escluse quelle interne dell'organismo osservabili con l'uso di appositi strumenti tecnici. In tali casi, infatti, l'accusato, mero oggetto di prova, non può validamente opporre il proprio diritto di autodifesa.

Viceversa, nei casi in cui l'accertamento medico richiede anche un'attivazione fisica della persona sottoposta a procedimento penale, alla già evidenziata impossibilità di procedere coattivamente (v. *supra* § 7), dovrebbe seguire l'esclusione di ogni rilevanza probatoria del contegno non collaborativo. In simili casi, il rifiuto di sottostare all'accertamento medico appare giustificato dall'esercizio di facoltà riconducibili alla garanzia del *nemo tenetur se detegere*.

Sotto altro profilo, appare pacificamente non valutabile dal punto di vista probatorio il rifiuto dell'accusato di sottostare all'accertamento medico nei casi in cui la legittimità dello stesso sia esclusa dal superamento dei limiti imposti dall'art. 224-*bis*, comma 4, c.p.p., secondo il quale: "Non possono in alcun caso essere disposte operazioni che contrastano con espressi divieti posti dalla legge o che possono mettere in pericolo la vita, l'integrità fisica o la salute della persona o del nascituro, ovvero che, secondo la scienza medica, possono provocare sofferenze di non lieve

⁷⁴ Cass., Sez. VI, 2 novembre 1998, Archesso ed altri, in *CED Cass.*, n. 213448; Cass., Sez. I, 20 settembre 2002, Peddio, in *Cass. pen.*, 2004, 4166; Cass., Sez. II, 8 luglio 2004, Alcamo ed altri, in *CED Cass.*, n. 230245.

⁷⁵ C. cost., sent., 9 luglio 1996, n. 238, in *Cass. pen.*, 1996, 3567.

⁷⁶ Non può escludersi, infatti, che anche l'acquisizione coattiva dei campioni biologici descritti nell'art. 224-*bis* c.p.p. possa fallire per effetto di una esasperata opposizione dell'accusato. In questa prospettiva, resta sempre valido l'insegnamento della giurisprudenza costituzionale secondo il quale il corpo della persona appare assoggettabile al potere legittimo dell'autorità nel processo penale nei soli casi e modi stabiliti dalla legge e salvi i limiti assoluti della salute e della dignità della persona (cfr. C.cost., sent. 18 marzo 1986, n. 54, in *Cass. pen.*, 1986, 868).

entità”. È evidente che l’illegittimità dell’accertamento medico costituisce valido motivo per opporsi al suo compimento.

Al di fuori dell’ambito degli accertamenti medici, la giurisprudenza che si è occupata dell’argomento ha riconosciuto al giudice la possibilità di valutare come elemento di convincimento sfavorevole anche il rifiuto ingiustificato dell’imputato di compiere attività necessarie per il corretto espletamento di un mezzo istruttorio avente ad oggetto il proprio corpo. Così, in tema di perizia antropometrica, il rifiuto degli imputati di assumere determinate pose ai fini dei rilievi fotografici, è stato ritenuto comportamento valutabile dal giudice ai fini della ricostruzione del fatto⁷⁷.

Come si può notare, secondo questo indirizzo il contegno non collaborativo dell’imputato “oggetto” di prova può essere apprezzato in senso probatorio anche quando costituisce espressione del diritto di autodifesa passiva.

Un’ultima precisazione. Dall’esame delle decisioni che riconoscono la possibilità di apprezzare in senso probatorio l’atteggiamento ostruzionistico dell’imputato “oggetto” di prova, emerge che il valore attribuito a tale elemento di convincimento è quello del riscontro individualizzante di una chiamata di correo.

⁷⁷ Cass., Sez. 2, 22 settembre 2010, Gomiero ed altro, in *CED Cass.*, n. 248690.