

CAPITOLO I

RADICI STORICHE ED EVOLUZIONE NORMATIVA DEL DIRITTO AL SILENZIO NEL PROCESSO PENALE

SOMMARIO: 1. La genesi del diritto al silenzio. - 2. Il diritto al silenzio nelle prime compilazioni codicistiche. - 3. Il rilievo costituzionale del principio *nemo tenetur se detegere*. - 4. La presunzione d'innocenza e il diritto al silenzio nel sistema sovranazionale. - 5. L'introduzione degli avvisi difensivi come baluardo del giusto processo (US Supreme Court, *Miranda vs. Arizona*, 1966). - 6. Il primo esplicito riconoscimento della "facoltà di non rispondere" nel panorama italiano e la trasformazione dell'istituto dell'interrogatorio: la legge del 5 dicembre 1969, n. 932. - 7. L'obbligo di verità, tra etica e giustizia nell'esperienza civilistica.

1. La genesi del diritto al silenzio

Con la locuzione latina "*nemo tenetur se detegere*" (o *nemo tenetur se ipsum accusare*) si suole intendere il principio di diritto in forza del quale nessuno «può essere obbligato in qualsiasi causa penale a deporre contro sé medesimo»¹ ovvero nessuno può essere obbligato a confessare o ad accusarsi di qualcosa da cui possa scaturire, per sé, un grave ed inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore.

Negli ordinamenti democratici il diritto al silenzio viene oramai riconosciuto come una garanzia processuale imprescindibile al fine di controbilanciare la frequente prassi giudiziaria che vede gli organi inquirenti esposti alla tentazione di giungere alla verità estrapolandola direttamente dalla persona sottoposta al procedimento².

1 Vedi D. J. CALLIGAN, *The right to silence reconsidered*, in: *Current legal problems*, 1988, pp. 69-92.

2 L'ovvia rilevanza assunta da questa garanzia induce a dimenticare spesso «il lungo processo di sviluppo necessario perché tale prerogativa potesse affermarsi come effettivo diritto e non come semplice possibilità di fatto», così, L. MARAFIOTI, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, Torino, 2000, p. 1. Si veda più diffusamente L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari-Roma, III ed., 1996, p. 625 ss., per quanto concerne il riconoscimento del silenzio come potere/garanzia per l'imputato e la sua faticosa

Questa, infatti, innocente o colpevole che sia, è l'unico vero custode delle conoscenze essenziali ai fini di una «giusta»³ definizione del processo; avere dunque accesso al suo sapere ha allettato le autorità fin dai tempi più risalenti⁴.

È proprio nella posizione che l'accusato assume nei confronti dell'Autorità, «sotto il particolare profilo dei poteri esercitabili da quest'ultima in ordine alle opzioni (di parlare o di tacere) del primo»⁵, che risiede l'embrione della distinzione tra i due modelli classici di sistema processuale: accusatorio ed inquisitorio⁶.

Pur nella consapevolezza di procedere a generalizzazioni, il sistema di stampo inquisitorio (dal verbo latino “*inquirō*” che significa “ricerco, investigo, esamino” da cui deriva il termine “*inquisitio*” = inquisizione) è proteso verso una ricerca ossessiva della confessione, intesa come *regina probationum*⁷.

protezione; si veda inoltre G. ILLUMINATI, *L'imputato, L'imputato che diventa testimone*, in *Indice pen.*, 2002, p. 388, per il “*nemo tenetur se detegere*” come baluardo di democrazia.

3 Per quanto riguarda il significato di “giusto” in termini di “correttezza della procedura” utilizzata per giungere alla definizione del processo si veda F. CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., Milano, 1987, p. 472; a contrario, per una definizione più “etica” e meno “tecnica” del “giusto” come “correttezza nella procedura”, si veda G. ILLUMINATI, *Nemo tenetur se detegere: il pilastro dell'autodifesa nel pensiero di Vittorio Grevi*, in *Riv. dir. Proc.*, 2012, p. 1263.

4 Circa il contributo probatorio degli “informatori coinvolti” o “correi dissociati” nel diritto romano v. P. CERAMI, *La collaborazione processuale: le radici romane*, in P. CERAMI – G. DI CHIARA – M. MICELI, *Profili processualistici dell'esperienza giuridica europea. Dall'esperienza romana all'esperienza moderna*, Torino, 2003, p. 253, nonché p. 266 ss. Sull'uso di mezzi coercitivi per ottenere la deposizione dell'accusato nel diritto comune v. GREVI, «*Nemo tenetur se detegere*». *Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972, p. 7.

5 Così V. GREVI, *Il diritto al silenzio dell'imputato sul fatto proprio e sul fatto altrui*, 1998, in ID., *Alla ricerca di un processo penale «giusto». Itinerari e prospettive*, Milano, 2000, p. 203.

6 G. ILLUMINATI, voce *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. I, Roma, 1988, p. 1, in particolare per l'introduzione dei vari strumenti di difesa dell'imputato nelle diverse fasi del procedimento penale.

7 Il celebre brocardo «*Confessio est regina probationum*» sta a significare che la confessione, qualora sia resa su diritti disponibili, vincola il giudice, il quale dovrà ritenere raggiunta la prova in ordine alla veridicità dei fatti ammessi, traendone ogni ragionevole conseguenza. Si veda per un approfondimento sulla questione L. LUPARIA, *La confessione dell'imputato nel sistema processuale penale*, Milano, 2006, p. 76 ss., in particolare per quanto concerne l'evoluzione dell'istituto della confessione nel corso della storia; si veda ancora A. BARGI, *Cultura del processo e concezione della prova*, in A. GAITO (a cura di), *La prova penale*, Torino, 2010, p. 28, per quanto riguarda la funzione della confessione nel medioevo e la sua evoluzione rispetto agli *standard* dell'esperienza romanistica. Si veda inoltre G. CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza verità*, in *Opere*, Milano, 1959, p. 59, per quanto concerne la «progressiva perdita di forza processuale dell'istituto della confessione».

Il sistema predetto riduce il processo ad una contesa pre-indirizzata tra accusatore-giudice ed inquisito consentendo l'utilizzo di qualsiasi mezzo (compresa la tortura) pur di estorcere la verità a quest'ultimo⁸.

Generalmente, l'esito di un processo condotto mediante tali forme non può che tendere, nella maggior parte dei casi, alla conferma della tesi dell'accusa⁹, supportata proprio da quelle verità circostanziali indotte dai mezzi coercitivi messi in atto, ben lontane dalla realtà fattuale.

Storicamente, il modello processuale di stampo inquisitorio era stato utilizzato dalla Chiesa post-tridentina al fine di giudicare coloro che erano stati "legittimamente sospettati" di eresia o di qualsivoglia violazione di norme dalla stessa dettate¹⁰.

In tal caso, per l'inquisitore era sufficiente, attraverso l'interrogatorio, spingere l'imputato a confessare ciò di cui egli era sospettato.

L'accertamento della verità era riposto, pertanto, nel potere del soggetto inquisitore, in attuazione del principio di autorità, secondo il quale «la verità è tanto meglio accertata quanto più potere viene attribuito al soggetto inquirente»¹¹.

Quest'ultimo diventava, così, detentore di ogni potere processuale, in relazione sia all'iniziativa del processo, sia alla formazione della prova, rivestendo, al contempo, la funzione di giudice, di accusatore e di difensore dell'imputato¹².

Questo cumulo di funzioni nella figura del "giudice inquisitore" comportava il fatto che le altre parti private (la persona offesa e l'imputato), fossero relegati a meri "oggetti" del giudizio¹³.

8 In argomento P. MARCHETTI, *Testis contra se. L'imputato come fonte di prova nel processo penale dell'età moderna*, Milano, 1994, p. 63 ss.; M. SBRICCOLI, «*Tormentum idest torquere mentem*». *La parola all'accusato*, Palermo, 1991, p. 25 ss.; A. A. SAMMARCO, *La chiamata di correo. Profili storici e spunti interpretativi*, Padova, 1990, p. 6 ss.

9 Circa la difficoltà di autonomia di parola dell'imputato, in presenza di una inquisizione a stretto giro, si veda O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Milano, 2004, p. 105.

10 Per approfondire il concetto di "legittimo sospettato" in epoca post-tridentina (e non solo), vedi I. MEREU, *Storia dell'intolleranza in Europa*, Milano, 2000, pp. 180-184.

11 Cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., Milano, 1987, p. 22.

12 In merito alla tripartita funzione dell'inquirente e dell'ascendente che tale «onnipotenza dell'autorità» aveva sulla libertà di determinazione del soggetto imputato, si veda P. TONINI, *Lineamenti di diritto processuale penale*, XIII ed., Milano, 2015, p. 5.

13 S'intenda qui una visione dei "partecipanti al processo", all'infuori della figura dell'inquisitore, piuttosto marginale; spoglia, come si è visto, delle più basilari forme di tutela, garanzia, imparzialità da parte degli organi

Il procedimento di stampo inquisitorio, ancora oggi, tende a focalizzare l'attività istruttoria prettamente sulla figura dell'imputato, riconosciuto come «il depositario di una verità da spremere»¹⁴.

Difettano, così, le più elementari garanzie in capo a colui che, presunto colpevole, è tenuto a raccontare ciò di cui sia a conoscenza e, a tal fine, tutto appare lecito: pressione fisica, psicologica e perfino la tortura vera e propria.

Infatti, attraverso l'uso della forza, l'imputato viene chiamato a farsi accusatore di sé stesso in quanto, analogamente a quanto era previsto per i testimoni, è tenuto al giuramento de *veritate dicenda* e, pertanto, l'inquisitore potrà interrogarlo¹⁵ approfonditamente fin quando non arriverà a confessare quanto da lui sospettato.

L'inquisitore, però, non deve rivelare all'inquisito ciò che vuole sapere da lui, né tanto meno la motivazione che ha portato ad invitarlo a presentarsi di fronte all'Autorità.

Spetta all'inquisito indovinarne il motivo, con un forzoso esame di coscienza, ripensando agli atti che ha realizzato nella sua vita, per poi confessare il tutto e giungere al kafkiano epilogo di chi si trova in giudizio senza che venga messo al corrente del capo d'accusa¹⁶.

In questo senso, l'inquisitore e l'imputato possono essere associati alle figure del "confessore" e del "penitente", dalle quali, però, divergono per la presenza di un elemento distintivo. Se, nella confessione, è il penitente che decide di sua *sponte* - e nella piena libertà - di presentarsi davanti al sacerdote confessando quanto da lui commesso, chiedendo inoltre a quest'ultimo l'assoluzione e la penitenza; nella procedura inquisitoria, invece, è l'inquisitore

giudicanti. Il trattamento riservato, dunque, sia all'imputato che alla persona offesa - la quale presumibilmente dovrebbe essere la vittima del fatto di reato, e in quanto tale anch'essa parte debole -, sembra declassare entrambe le figure a meri "oggetti" di giudizio, non più "soggetti". Non c'è partecipazione alcuna, da parte di entrambe le suddette figure, alle sorti del procedimento, se non una passiva e inerme recezione degli sviluppi processuali e decisionali.

14 Così, F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2012, p. 19.

15 A riguardo, appare emblematica l'interpretazione offerta da I. MEREU, *Storia dell'intolleranza in Europa*, Milano, 2000, p. 208, il quale definisce l'interrogatorio come «il padre legittimo della tortura». Attraverso tale istituto, infatti, l'autorità inquirente deve solo venire in possesso della prova, attraverso la confessione, di quella verità di cui si è già convinto. Si tratta di un istituto che vuole asserire che la verità appartiene solo a chi detiene il potere, mentre i sospettati sono dei "rei" cui spetta solo confessare. La tortura non potrà comunque assolvere alla funzione di specificazione dell'interrogatorio, tanto è vero che questo verrà diviso in esame semplice e rigoroso esame, ovvero la tortura.

16 Così I. MEREU, *Storia dell'intolleranza in Europa*, cit., pp. 184-187.

a sapere (o quantomeno a presumere di sapere) e l'inquisito si ritrova all'oscuro degli addebiti mossi nei suoi riguardi¹⁷.

L'interrogatorio è condotto proprio sulla base di questo capovolgimento di posizioni: l'inquisitore finisce con l'apparire (quasi) come «il padre amorevole che attendeva che il figliuolo gli confessasse la verità»¹⁸.

In particolare, la tortura era considerata lo strumento coercitivo per eccellenza ovvero un meccanismo sanzionatorio e giudiziario idoneo ad incidere sulla volontà della persona allo scopo di estorcergli quante più informazioni possibili.

Definita dal filosofo Michel Foucault come «lo splendore dei supplizi»¹⁹, la tortura si sostanziava nell'inflizione pubblica di atroce sofferenza al reo e rappresentava, a tutti gli effetti, uno strumento tecnico “investigativo” con il quale «si cercava di estorcere all'imputato o ad altro soggetto processuale, piegandone con forza o con artificio la contraria volontà, una confessione o altra dichiarazione utile all'accertamento di fatti non altrimenti accertati, al fine ultimo di definire il giudizio, fondando la sentenza sulla verità così ottenuta»²⁰.

Al contempo la tortura fungeva da mezzo “punitivo” e “dimostrativo” di dominio politico e sociale dell'autorità precedente.

Tecnica risalente già ai tempi più antichi del diritto romano Repubblicano, la tortura era utilizzata, in quell'epoca, come vero e proprio mezzo di prova in sostituzione dei vecchi sistemi magici o basati sulle ordalie.

Essa veniva impiegata, però, solo nei confronti degli schiavi, in qualità di testimoni o accusati, a meno che le dichiarazioni fossero rese a carico dei loro padroni, ossia nella *quaestio in caput domini*. Ciò accadeva poiché, non essendo possibile costringere un uomo libero alla confessione mediante tortura, parimenti non si poteva indurre uno schiavo a deporre nei suoi confronti.

17 I. MEREU, *Storia dell'intolleranza in Europa*, cit., pp. 184.

18 Cfr. I. MEREU, *Ibidem*, con un epiteto iconografico (“padre amorevole”) piuttosto contraddittorio con l'utilizzo della forza e della tortura.

19 Così, M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, Torino, 2005, p. 50, nel considerare la tortura nella sua accezione “pirotecnica” di dimostrazione di forza dell'autorità nel contesto sociopolitico.

20 Così, P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, vol. I, Varese, 1954, p. 4 ss.

In età imperiale veniva abolito il divieto di tortura nei confronti dei testimoni liberi, di stato incerto, i *milites* o gli *equites*, per provare i delitti gravi come il *falso nummario*, la magia e i reati contro la *salus publica* quali l'adulterio o l'incesto.

Con la fine dell'Impero Romano d'Occidente e l'affermarsi dei regni romano-barbarici, alla tortura erano state sostituite nuove tecniche, che, basate su una visione essenzialmente privatistica dei delitti, si concretizzavano in un preventivo ed eventuale accordo tra il colpevole e la vittima, mentre il potere dello Stato interveniva solo in caso di esito negativo di tale compromesso.

Nell'alto Medioevo, pertanto, la tortura venne relegata a mero strumento residuale, per poi essere riaffermata durante il basso Medio a fronte della crisi del sistema ordalico, in linea con le ideologie proprie del processo penale inquisitorio che si stava progressivamente diffondendo.

Nel tempo, la tortura assunse molteplici finalità: quale strumento di irrogazione di punizioni e supplizi, essa poteva far ottenere dal condannato i nomi dei suoi complici; quale strumento discriminatorio per i cristiani, poteva spingerli a rinnegare la loro fede²¹.

Diversamente, nell'Illuminismo vennero fortemente condannati i sistemi che ammettevano la tortura e prevedevano l'obbligo di giuramento.

Gli studiosi e i giuristi dell'epoca, forti della convinzione che tali metodi fossero *contra naturam* e chiaramente di spiccata immoralità, in quanto aventi l'effetto di costringere l'imputato ad auto incolparsi, proposero e promossero l'utilizzo di un modello accusatorio.

Esso, in antitesi al delineato sistema inquisitorio, assume ancora oggi le vesti di un processo cognitivo basato sull'acquisizione delle informazioni necessarie alla causa mediante l'instaurazione del contraddittorio.

In tal modo, l'impianto probatorio non si fonda più essenzialmente sul contributo conoscitivo del soggetto *cum quo res agitur*, ma le ricerche a supporto dell'accusa tendono ad estendersi altrove.

21 Circa l'utilizzo della tortura come forma di obbligo di disconoscere sé stessi per sottrarsi al supplizio, si veda P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, cit., p. 4 ss.; Si veda inoltre in merito alle finalità sociali dell'utilizzo della tortura T. PADOVANI, *Lezione III sulla tortura alla Scuola Superiore S. Anna di Pisa*, 8 febbraio 2007, dattiloscritto e M. LA TORRE, M. LALATTA COSTERBOSA, *Legalizzare la tortura? Ascesa e declino dello Stato di diritto*, Pisa, 2013, pp. 25 ss.

È in questa prospettiva che viene abbandonata lentamente la percezione della figura dell'imputato come mero "oggetto di prova" per approdare al riconoscimento, sempre più esplicito, dell'imputato come "soggetto", e, in quanto tale, custode inevitabile di un embrionale nucleo di garanzie processuali a tutela della sua persona.

Giudice ed inquisitore, in questo modello, costituiscono due soggetti distinti e con funzioni diverse. A queste condizioni, la colpevolezza necessita di essere dimostrata al di là di ogni ragionevole dubbio e, ai fini della decisione, il giudice si deve basare sugli elementi che l'accusa riesce ad addurre al processo; intanto l'accusato articola la propria difesa mantenendo la libertà personale fino al passaggio in giudicato della sentenza.

Si delinea, così, un triangolo che vede, al suo vertice, il giudice e, alla sua base, l'accusa e la difesa che si contrappongono su un piano di perfetta parità quanto a diritti e facoltà²².

Già a partire dal XVII secolo, in parallelo con lo sviluppo dell'Inquisizione romana, si cominciò a riconoscere che «un uomo interrogato dal sovrano, o da un'autorità, intorno ad un delitto che ha commesso, non è tenuto a confessare (senza garanzia di perdono), perché nessuno [...] può essere, per patto, obbligato ad accusare sé stesso»²³.

Tale evoluzione, coniugata con la decisa repulsione della tortura e di ogni altra forma di coercizione fisica e psicologica, non condusse però alla configurazione di un vero e proprio *ius tacendi*.

Infatti, essa portò involontariamente qualche difficoltà per gli interpreti del diritto, trovatisi improvvisamente ad affrontare il centrale problema di conciliare le garanzie nascenti in capo all'imputato, con il suo tradizionale dovere di collaborare all'accertamento penale.

Emblematico al riguardo fu il pensiero di Francesco Carrara, illustre giurista e politico, il quale si schierava a favore del sistema accusatorio, evidenziando l'illusione di realizzare una giustizia penale attraverso l'inquisizione nelle mani di un solo uomo.

Tale concezione appariva sicuramente nobile, ma irrealizzabile «per la intrinseca repugnanza che una sola mente diriga i suoi passi a due diversi fini fra loro opposti»²⁴.

22 In merito alla forma piramidale del processo di stampo accusatorio si veda G. CONSO, voce *Accusa e sistema accusatorio*, in *Enc. Dir.*, Vol. I, Milano, 1958, p. 334 ss.

23 Così, T. HOBBS, *Leviatano* (1651), trad. it., Roma, 2000, p. 151-152.

24 Cfr. F. CARRARA, *Opuscoli di diritto criminale*, Prato, 1889, vol. I., p. 119 ss.

Per Carrara, la difesa dell'imputato si qualificava non solo come un "diritto originario dell'uomo", ma altresì come un valore che doveva essere garantito nell'interesse dell'intera collettività, sul presupposto che fosse necessario il contraddittorio tra le parti, basato su di una sostanziale parità, per addivenire alla verità²⁵.

Altro pensiero esemplificativo fu quello di Cesare Beccaria - noto giurista, filosofo e letterato, considerato tra i massimi esponenti dell'illuminismo italiano - il quale, dopo aver rilevato «una contraddizione fra le leggi e i sentimenti naturali dell'uomo» nell'istituto del giuramento imposto all'imputato, osservava, a proposito della tortura, «ch'egli è un voler confondere tutti i rapporti, l'esigere che un uomo sia nello stesso tempo accusatore e accusato»²⁶.

La posizione del pensatore si fa, tuttavia, contraddittoria ove, da un lato, «si reputa contro la natura stessa che un reo si accusi immediatamente da sé», mentre dall'altro si sostiene che «colui che nell'esame si ostinasse di non rispondere alle interrogazioni fattegli, merita una pena fissata dalle leggi, e pena delle più gravi che siano da quelle intimate, perché gli uomini non deludano così la necessità dell'esempio che devono al pubblico»²⁷.

Con la sofferenza, infatti, molti imputati finivano per confessare, sebbene, tuttavia, non vi fosse la certezza che quanto riferito in conseguenza del dolore patito potesse rappresentare la verità. Beccaria sollevava, in proposito, proprio il dubbio che la confessione fosse volta unicamente a far cessare i supplizi subiti.

In effetti, la tortura non permetteva di raggiungere la verità, né tanto meno la giustizia, ma - usando un'espressione dello stesso Autore -, era «il mezzo sicuro di assolvere i robusti scellerati e condannare i deboli innocenti»²⁸.

25 Per quanto concerne la funzione sociale delle garanzie processuali, si veda più diffusamente F. CARRARA, *Opuscoli di diritto criminale*, cit., p. 119 ss.

26 Così, C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764, P. CALAMANDREI (ed. a cura di), Firenze, 1950, pp. 210 e 215.

27 Cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 209. In particolare, V. GREVI, «*Nemo tenetur se detegere*». *Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, cit., p. 14, vede una «singolare incongruenza» poiché, «una volta ripudiati [...] gli istituti della tortura e del giuramento dell'imputato, sarebbe stato logico escludere la configurabilità, nei confronti» dell'imputato «di un dovere di rispondere all'interrogatorio».

28 Così riporta C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 60.

Spunti interessanti sono rinvenibili anche nel pensiero di Gaetano Filangieri, giurista e filosofo italiano del Regno di Napoli²⁹, il quale escludeva la sussistenza, in capo all'accusato, di un "dovere di confessare" il delitto commesso e che, pertanto, non vi fosse neanche "diritto dell'autorità procedente" ad esigere dichiarazioni autoincriminanti da parte del soggetto sottoposto al giudizio³⁰.

2. Il diritto al silenzio nelle prime compilazioni codicistiche

Per quanto concerne la ricezione del diritto al silenzio nell'ordinamento italiano, rivestono particolare importanza, sia per la liberalità del loro contenuto, sia per il significato che assunsero rispetto alla successiva legislazione degli Stati preunitari, le disposizioni dettate nel Codice di procedura penale per il Regno d'Italia del 1807³¹.

In particolare, l'art. 204 del codice appena richiamato stabiliva il divieto «di deferire il giuramento all'imputato» e di far uso «di qualunque falsa supposizione, seduzione o minaccia, onde ottenere una risposta diversa da quella che l'imputato è disposto a fare spontaneamente».

Prevedeva, inoltre, che «se l'imputato ricus[asse] di rispondere, o per non rispondere si fing[esse] muto, il giudice l'eccita[va] a rispondere, e lo avvert[iva] che [sarebbe proceduto] oltre nell'istruzione, malgrado il suo silenzio» e «lo stesso [avrebbe avuto] luogo nel restante della procedura e nel dibattimento, se l'imputato ricus[asse] di rispondere» (art. 208).

29 Il suo illuminismo è considerato "napoletano" in quanto molto legato al suo territorio e poco dall'esterno. Esso, infatti, è un prodotto della Napoli del Settecento: la città partenopea si era dimostrata sì come uno dei maggiori laboratori di idee d'Europa, ma in essa allo stesso tempo esistevano sempre i privilegi feudali e il lusso sfrenato di nobiltà e clero, mentre la massa plebea continuava a vivere nell'ignoranza. In questi termini si parlava di "Questione meridionale" in quanto tale condizione sociale impediva non solo il progresso, ma metteva in discussione anche l'esistenza di una civiltà, con risvolti giuridici importanti. In tale contesto Gaetano Filangieri rappresentò la voce riformatrice, la cui efficacia fu tuttavia limitata dalla precoce morte, appena prima delle vicende rivoluzionarie in Francia e dalle conseguenze che esse ebbero o indussero ad impatto "mondiale".

30 Per quanto concerne il pensiero di G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, Genova, (1780-1785), p. 451 ss., è da sottolineare che, nonostante la sua tesi sembri "garantista" o quantomeno favorevole a concedere all'imputato dei diritti, quali quello esposto nel testo, di non subire un obbligo di confessione di fronte all'autorità, in realtà celi un pensiero più complesso e contraddittorio. Nel 1772, infatti, scrisse un breve testo, *Morale de' legislatori*, nel quale dichiarava di essere favorevole alla pena di morte, mettendo in discussione le tesi di Cesare Beccaria; in questo affermava infatti che «nello stato di natura ciascuno ha il diritto di togliere la vita a tutti per proteggere la propria ingiustamente minacciata».

31 Sul punto V. GREVI, «*Nemo tenetur se detegere*». *Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, cit., p. 23 ss.

Dalla lettura di tali norme emerge senza dubbio una prospettiva che, in relazione alle soluzioni accolte in altri ordinamenti del tempo, può essere definita come culturalmente e giuridicamente “moderna”.

Proseguendo lungo questa linea d’innovazione e ponendo a confronto le due codificazioni post-unitarie occorre osservare che, mentre nel codice del 1865 l’obbligo di avvertimento della prosecuzione dell’istruzione, nel caso di rifiuto di rispondere all’interrogatorio, si concretizzava solo dopo l’effettiva astensione del soggetto, il codice del 1913 prevedeva che il «corrispondente avvertimento dovesse essere formulato ... ancor prima che, nella dialettica dell’interrogatorio, la “parola” passasse all’imputato»³².

Le scelte operate successivamente in sede di composizione del codice del 1913³³ sollevarono numerosissime critiche da parte della giurisprudenza e della dottrina³⁴.

Da più parti venne evidenziato il rischio che, una volta data «consacrazione ufficiale, e incoraggiamento, a simile contegno, e si vedrà ben presto come tutta la turpe genia dei facinorosi e dei delinquenti acquisterà maggiore baldanza e si renderà sempre più difficile ogni ricerca di prova di qualsivoglia specie!»³⁵.

Di tale tenore furono le proteste in seno all’assemblea parlamentare dinanzi alla proposta di prevedere un obbligo in capo al giudice istruttore di informare l’imputato interrogato della possibilità di avvalersi del diritto a non rispondere.

32 Così, V. GREVI, «*Nemo tenetur se detegere*». *Interrogatorio dell’imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, cit., p. 35, spec. nota 60. L’Autore osserva che la differenza nelle tempistiche degli avvertimenti e trova uno specifico riscontro anche nel tenore letterale degli stessi: mentre nella disposizione del 1865 il giudice doveva avvertire l’imputato che l’istruzione sarebbe proseguita «nonostante il suo silenzio», la disposizione del 1913 obbligava il giudice di avvertire l’imputato che «se anche non risponda, si procederà oltre nell’istruzione», mostrando così di voler far precedere l’avvertimento ad un eventuale silenzio.

33 Con legge 20 giugno 1912, n° 598 il governo fu autorizzato a pubblicare un nuovo codice di procedura penale, definitivamente sanzionato con r.d. 27 febbraio 1913, n° 127. In tal senso E. FERRI, *Il nuovo codice di procedura penale. Prime impressioni*, Milano, 1914, p. 2, il quale sostiene che «(...) il suo pregio principale consiste in una più logica e metodica disposizione delle norme».

34 Per una più precisa disamina degli schieramenti politici in sede di composizione del codice del 1913, nonché un’approfondita e interessante rassegna delle letture fornite dalla dottrina, dalla giurisprudenza e dal ceto forense dell’epoca si veda M. N. MILETTI, *Un processo per la terza Italia. Il codice di procedura penale del 1913*, in *L’attesa*, Milano, 2003, pp. 399-477.

35 Senato del Regno (n. 544-A), *Relazione della commissione speciale sul nuovo codice di procedura penale presentato dal Ministro di grazia e giustizia e dei culti nella tornata del 23 maggio 1911*, Roma, 1912, pp. 32 e 33.

Si voleva scongiurare il pericolo di veicolare un messaggio poco chiaro che incitasse l'imputato a mantenere il silenzio nei primi interrogatori, per riservarsi di rispondere in seguito al consulto con il proprio difensore³⁶.

I contrasti furono tali che si preferì abbandonare un riferimento troppo netto al diritto dell'imputato, per sostituirlo con l'avvertenza che egli non aveva obbligo di rispondere a qualsiasi domanda gli fosse rivolta. Questa rivoluzionaria innovazione però non sopravvisse alla discussione parlamentare³⁷.

Nella stesura definitiva del Codice del 1913, dinanzi alle resistenze di parte della dottrina³⁸ e buona parte della magistratura³⁹, si preferì una soluzione di compromesso che appariva in sostanziale continuità con la legislazione precedente e da molti fu interpretata come un ritorno al passato⁴⁰.

Sicché, l'art. 261 del predetto codice prevedeva che il giudice dovesse contestare in forma chiara e precisa all'imputato il fatto attribuitogli, facendogli noti gli indizi esistenti contro di lui talvolta anche le fonti, se ciò non pregiudicava l'istruzione della causa. Ciò posto,

36 Sul nesso tra le posizioni dottrinali relative alla presunzione di innocenza e alla presenza del difensore in più sedi del procedimento penale e i diversi orientamenti politici nonché le varie influenze delle 'scuole' penalistiche cfr. M. N. MILETTI, *La scienza nel codice. Il diritto processuale penale nell'Italia fascista*, in *L'inconscio inquisitorio*, Milano, 2004, pp. 84-94.

37 Cass., Sez. Pen., 9 luglio 1915, in *Riv. pen.*, 2012, p. 412.

38 Si faccia qui riferimento alle aspre discussioni tra la scuola classica, tra cui si ricordano Francesco Carrara, Piero Ellero, Enrico Pessina, Luigi Lucchini, Antonio Buccellati e teorie della scuola positivista, tra i cui esponenti ricordiamo Enrico Ferri, Eugenio Florian, Filippo Grispi, Arturo Rocco (che poi diventerà promotore di una scuola Tecnico Giuridica che prenderà il nome di Neoclassica) e Ugo Aloisi, nostalgicamente inquisitorie.

39 Con particolare riferimento alle lesioni ad diritto di difesa dell'imputato identificate nell'art. 48 c.p.p. che permetteva al giudice ricusato, avuta notizia della relativa istanza, di compiere comunque atti d'istruzione urgenti; le disposizioni relative all'assistenza del difensore in taluni atti del procedimento istruttorio (artt. 197, 198, 200 e 216 del c.p.p.), ritenute di «forma alquanto timida», a causa della discrezionalità lasciata al giudice sull'ammissione o meno del difensore in sede di cognizione dell'interrogatorio, assistenza ad ispezioni, ricognizioni, confronti, ecc.; l'art. 417, comma 1, c.p.p. per il quale «il giudice può definire il fatto in modo diverso da quello enunciato nella richiesta, nella istanza, o nel decreto di citazione, o nell'atto d'accusa, o nella sentenza di rinvio, e infliggere la pena corrispondente, quantunque più grave, purché la cognizione del reato non ecceda la sua competenza», così trasformando la sentenza in una «sorpresa dell'ultima ora», senza che alcuno possa aver discusso gli estremi né di fatto, né di diritto, «con flagrante violazione del principio del contraddittorio e dei diritti di difesa»; infine, l'abolizione della discussione tra i giurati al momento del voto in corte d'assise, ai sensi dell'art. 461, comma 3 c.p.p., a mente del quale «su ogni singola questione o domanda tutti i giurati devono votare simultaneamente», si veda M. N. MILETTI, *Un processo per la terza Italia. Il codice di procedura penale del 1913*, I: *L'attesa*, Milano, 2003, p. 402.

40 Tra gli autori che interpretarono questa scelta come un ritorno al passato, si veda P. MOSCARINI, *Il fermo degli indiziati di reato*, Milano, 1981, p. 174. L'Autore sottolinea come sarebbe stato preferibile che la "rivoluzione" fosse giunta compiutamente fino in fondo, in modo tale da evitare i nostalgici ritorni all'inquisizione che avrebbero caratterizzato il codice del 1930.

il giudice doveva invitare l'imputato a discolarsi e a indicare le prove in suo favore, inoltre doveva avvertirlo che anche in caso egli avesse taciuto, l'istruzione sarebbe proseguita.

Nonostante il progressivo disconoscimento del diritto al silenzio, un – sia pur timido – cambiamento di prospettiva era avvenuto rispetto al codice del 1865.

Nel codice precedente, infatti, l'obbligo di informare l'imputato sulla prosecuzione dell'istruttoria era previsto solo dopo che questi si fosse astenuto dal rispondere; nel codice del 1913, invece, l'obbligo di rendere edotto l'imputato su tutti i suoi diritti, tra cui il ricorso al silenzio, era preventivo e contribuiva a rendere piena la consapevolezza *ex ante* dello stesso circa le proprie facoltà, le alternative e le conseguenze del loro esercizio in giudizio.

In questo modo, si garantiva alla difesa la possibilità di scegliere scientemente se avvalersi del silenzio come arma di difesa, assicurando un'azione "cosciente"⁴¹.

A questo passo in avanti verso la "civiltà" fecero seguito «profonde modificazioni di principi e di struttura» che trovarono «la loro spiegazione nel mutato clima politico»⁴².

Con l'avvento del fascismo, propulsore di un'ideologia che tendeva ad agevolare l'esercizio del magistero punitivo da parte dello Stato⁴³, il diverso inquadramento dei rapporti tra l'individuo e l'autorità ristabilì una condizione di subordinazione dell'imputato rispetto a questa, chiarendosi e manifestandosi in particolar modo con l'istituto dell'interrogatorio.

Nel codice Rocco del 1930, la mancata riproposizione di una norma d'avvertimento, mero «obbligo ... dannoso e disdicevole» nonché misera espressione di una «generica tendenza favorevole per i delinquenti, frutto di un sentimentalismo aberrante e morboso»⁴⁴, fece sì che si verificasse, in sostanza, un tragico arretramento di valori⁴⁵, non solo rispetto alla previgente codificazione, ma anche rispetto al codice del 1865.

41 Si veda sul punto M. MANZINI, *Istituzioni di diritto processuale penale*, Padova, 1934, p. 57, in particolare circa la necessità di una difesa "cosciente" nel più profondo significato di "ponderata".

42 Così G. DELITALA, voce *Codice di proc. pen.*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, 1960, p. 284.

43 In merito all'ideologia fascista nell'ambito della composizione del codice del 1930 e in particolare circa la funzione punitiva del magistero, nuovamente scevra da eccessive "limitazioni" dovute alle garanzie processuali in capo all'imputato, si veda V. GREVI, «*Nemo tenetur se detegere*». *Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, p. 39.

44 Così, *Relazione sul progetto preliminare del codice di proc. pen.*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. VIII, Roma, 1929, p. 7.

45 Sull'involuzione del codice del 1930 rispetto ai predecessori (1867 e 1913) si veda P. NUVOLONE, *Dibattito, in Criteri direttivi per una riforma del processo penale*, Milano, 1965, p. 195.

Si giunse addirittura a fantasticare, in presenza di una dottrina favorevole, sull'introduzione di un vero e proprio "obbligo di verità", non dissimile dal *Wahrheitspflicht des Beschuldigten* della Germania nazista.

Fortunatamente, sia la formula legislativa, sia l'assenza di sanzioni (soprattutto penali) in presenza di un comportamento menzognero esclusero la configurazione di un simile obbligo. Esso, in effetti, muoveva dalla teoria carneluttiana in merito alla concezione "ottimistica" o "medicinale" della pena⁴⁶, secondo la quale l'obbligo appena richiamato avrebbe assunto, per l'accusato, lo scopo «di aiutarlo a vincere la sua riluttanza a quella narrazione veritiera, la quale a lui sembra, ma non è e non può mai essere in contrasto con il suo reale interesse»⁴⁷.

Ciononostante, si preferì porre in capo all'imputato un mero «obbligo morale»⁴⁸ di rispondere secondo verità, incoercibile sul piano giuridico o, in altri termini, un «onere di dichiarare il vero»⁴⁹, senza mai approdare, però, ad una equiparazione piena tra silenzio dell'imputato e confessione tacita⁵⁰.

Bisogna, tuttavia, sottolineare che, in sede di interrogatorio nel merito, qualora l'imputato avesse optato per rimanere in silenzio o addirittura mentire alle domande, avrebbe rischiato di perdere credibilità di fronte al giudice, anche con riguardo alle eventuali dichiarazioni veritiere.

46 Si veda sull'argomento più diffusamente F. CARNELUTTI, *Il problema della pena*, Roma, 1945, *passim*.

47 Così F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, vol. II, Roma, 194, p. 169.

48 In materia di obbligo morale di verità contrapposto alla libertà morale di autoconservazione di fronte a possibili accuse di reità si veda E. MASSARI, *Il processo penale nella nuova legislazione it.*, Napoli, 1934, p. 137 s.

49 In contrapposizione ad un vero "obbligo morale" in virtù di un più blando "onere" si veda G. FOSCHINI, *L'interrogatorio dell'imputato*, in *Annali di dir. e proc. pen.*, 1943, p. 271. L'Autore fa riferimento ad un imputato libero di tacere e mentire, con il rischio, però, di fornire al giudice gli elementi di una prova per presunzione.

50 Vedi, per esempio, J. BENTHAM, *Traité des preuves*, trad. G. DUPONT, vol. I, Paris, 1823, p. 353.

3. Il rilievo costituzionale del principio *nemo tenetur se detegere*

Con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, in seguito alla caduta del regime fascista, il ruolo della persona destinataria di diritti diveniva ancor più centrale, e si accendeva il dibattito sul valore da riconoscere al "silenzio" nel processo penale alla luce dei principi costituzionali.

Seppur, ad oggi, non esplicitato in Costituzione, il diritto al silenzio trova indiretta affermazione, più in generale, nel diritto dell'imputato a che venga rispettata la sua libertà morale implicando la necessaria volontarietà del suo eventuale contributo dichiarativo nel procedimento e, dunque, la libertà di autodeterminazione. Si tratta di un diritto decisamente ampio che si suole applicare al rapporto tra l'individuo e l'autorità, come si evince dagli artt. 2⁵¹ e 13 Cost.⁵².

A norma dell'art. 13 Cost., invero, «la libertà personale è inviolabile»; è sancita in queste poche parole l'inequivocabile volontà del legislatore costituente di configurare la natura prioritaria di tale diritto⁵³ quale presupposto di tutte le altre libertà delle quali rende possibile l'esplicazione.

Allo stesso tempo, la norma rappresenta un preciso limite di carattere generale in ordine a qualsiasi misura che sia volta ad incidere su tale diritto fondamentale, comprese quelle disposte nel corso del processo penale.

L'inviolabilità della libertà personale, infatti, è espressione della garanzia di un diritto che, seppure suscettibile di compressione alla luce delle previsioni del comma 2 e 3 della stessa disposizione, «configura una sfera di autonomia del singolo (...) tale da tendere a mantenersi espansa e munita perciò degli strumenti giuridici per farlo»⁵⁴.

51 In tal senso si è espressa la sentenza della Corte Cost., 19 giugno 1998, n. 229, in *CED Corte Cost*, rv. 1790, la quale ha chiarito che la tutela della libertà morale della persona nell'assunzione della prova, non è altro che la diretta applicazione dell'art 2 Cost., e che il divieto di cui all'art. 188 c.p.p. di uso di metodi coercitivi atti a deviare la libera autodeterminazione, è l'insieme delle «regole che prima ancora della loro codificazione, figurano come espressione di principi fondamentali di civiltà giuridica».

52 In merito alla correlazione tra libertà personale e garanzie processuali per una volontà dell'imputato "libera" si veda M. SCAPARONE, *Procedura*, cit. p. 298; v. anche E. M. CATALANO, *Confronti coatti e libertà morale dell'imputato*, in *Cass. pen.*, 1995, 2240 s.; L. LUPARIA, *La confessione*, cit., p. 127 ss.

53 Non a caso la sua collocazione è in apertura del titolo della Carta fondamentale dedicato ai rapporti civili.

54 Cfr. G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, p. 370.