

LUISS



Cattedra

RELATORE

CORRELATORE

CANDIDATO

Anno Accademico

INDICE

INTRODUZIONE.....	3
-------------------	---

CAPITOLO I

IL DIRITTO A NON SMASCHERARSI

1. La bipartizione del diritto a non collaborare.....	6
2. Il diritto a non smascherarsi: evoluzione storica.....	9
3. Tutela costituzionale e internazionale del diritto a non smascherarsi.....	15
4. Il diritto a non smascherarsi nell'interrogatorio e nell'esame.....	24
4.1. L'interrogatorio.....	24
4.2. L'esame.....	33
5. Il diritto al silenzio e il diritto di mentire.....	37
6. Valutare il diritto al silenzio.....	40
7. Il diritto al silenzio e il fatto altrui.....	44
8. L'assistenza linguistica.....	49
9. La capacità processuale.....	52

CAPITOLO II

IL DIRITTO A NON EFFETTUARE I MOVIMENTI NECESSARI A FINI ISTRUTTORI

1. Inquadramento costituzionale del diritto a non effettuare i movimenti necessari a fini istruttori.....	55
2. I mezzi di prova.....	63
2.1. Il confronto.....	64
2.2. La ricognizione.....	66
2.3. L'esperimento giudiziale.....	70
2.4. La perizia.....	73
3. I mezzi di ricerca della prova.....	88
3.1. Le ispezioni.....	88

3.2. Le perquisizioni.....	92
3.3. Il sequestro probatorio.....	95
3.4. Le intercettazioni di conversazioni o comunicazioni.....	98
4. I mezzi atipici.....	106
4.1. Le videoriprese.....	108
4.2. Pedinamento elettronico tramite rilevatore satellitare.....	110
4.3. Il captatore informatico.....	113
4.4. L'intelligenza artificiale.....	115

CAPITOLO III

LA TUTELA MULTILIVELLO DEL DIRITTO A NON EFFETTUARE I MOVIMENTI NECESSARI A FINI ISTRUTTORI

1. Il processo penale in Europa.....	121
2. La Corte europea dei diritti dell'uomo.....	124
2.1. Il diritto alla riservatezza a Strasburgo.....	127
2.2. La libertà personale a Strasburgo.....	136
2.3. La dignità e la salute a Strasburgo.....	139
3. Unione europea e diritti fondamentali.....	142
3.1. Corte di giustizia dell'Unione europea e diritto alla riservatezza.....	149
4. Il dialogo tra le Corti.....	156
 CONCLUSIONI.....	 160
BIBLIOGRAFIA.....	164
GIURISPRUDENZA.....	182

INTRODUZIONE

Il diritto a non collaborare alla propria incriminazione è una delle garanzie fondamentali per la persona che subisce il procedimento penale.

L'essenza del diritto a non collaborare è rappresentata dalla costante tensione tra potere e individuo.

Da un lato, le esigenze pubbliche, in primo luogo l'interesse alla repressione dei reati, impongono all'autorità di accedere all'indagato/imputato nel corso dell'accertamento penale: al suo corpo, alla sua mente, alle sue proiezioni spaziali e virtuali; considerandolo ora come organo di prova, ora come oggetto di prova.

Dall'altro, l'autorità non può strumentalizzare la persona senza alcun limite, perché, in un ordinamento democratico, lo Stato si fonda sullo spessore del singolo essere umano.

Il diritto a non collaborare, allora, regola proprio lo svolgimento del rapporto potere-individuo all'interno del procedimento penale, indicando quando prevalgono le necessità generali e quando, invece, bisogna cedere il passo alle necessità individuali.

Il presente lavoro analizza il diritto a non collaborare seguendo due direttrici: il diritto a non smascherarsi e, in modo più esteso, il diritto a non effettuare i movimenti necessari a fini istruttori.

L'obiettivo è offrire un quadro completo e critico della partecipazione dell'indagato o imputato all'accertamento penale, focalizzando l'attenzione su come si esprime effettivamente nel diritto vivente, nazionale e sovranazionale.

Il primo capitolo tratta del diritto a non smascherarsi, il cui nucleo è costituito dal diritto al silenzio.

Dopo avere dato conto dell'evoluzione storica e delle coordinate costituzionali e internazionali del principio del cosiddetto *nemo tenetur se detegere*, vengono osservati da vicino l'interrogatorio e l'esame.

Lo scopo principale è verificare se il concreto esercizio del diritto, nonostante il suo riconoscimento, possa in realtà, a volte, pregiudicare l'indagato/imputato.

Per questo motivo, è passata in rassegna la giurisprudenza sulla valutazione del diritto al silenzio (e sul diritto di mentire, che deriva proprio dal diritto al silenzio).

Il primo capitolo si sofferma poi sulle dichiarazioni sul fatto altrui, che, dopo la riforma della legge 1 marzo 2001, n. 63, si presentano come il terreno più paludoso del diritto a non smascherarsi.

Infine, sono esaminate l'assistenza linguistica e la capacità processuale: presupposti imprescindibili dell'autodifesa.

Il secondo capitolo ha invece ad oggetto il diritto a non effettuare i movimenti necessari a fini istruttori, il cui fondamento viene individuato nella libertà personale, nella dignità umana, nel diritto alla salute e nel diritto alla riservatezza.

Nel corso del secondo capitolo sono vagliati i mezzi di prova e i mezzi di ricerca della prova, tracciando via via il confine tra l'intangibilità dell'individuo e l'intervento dell'autorità.

Anche qui, la casistica giurisprudenziale è scandagliata per verificare se, effettivamente, indagati e imputati godono del diritto a non effettuare i movimenti necessari a fini istruttori nella sua pienezza, quando si trasformano in oggetto di prova.

La trattazione tiene conto dell'avanzamento tecnologico e scientifico: l'evoluzione della tecnica e della scienza, infatti, modifica di continuo, quantitativamente e qualitativamente, i modi che il potere ha a disposizione per invadere la persona.

Le problematiche legate al progresso emergono in tutta la loro drammaticità nella prova atipica, la cui elasticità concettuale si presta a facili abusi.

Sono esaminate le videoriprese, il pedinamento elettronico tramite rilevatore satellitare, il captatore informatico e l'intelligenza artificiale, cercando di fare emergere i rischi che le garanzie individuali corrono nella realtà digitale.

Il terzo capitolo riguarda la tutela multilivello del diritto a non effettuare i movimenti necessari a fini istruttori, soffermandosi sulla storia del processo penale in Europa, che sfocia nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nell'Unione europea.

Nel terzo capitolo il diritto a non effettuare i movimenti necessari a fini istruttori viene valutato dalla prospettiva dei diritti fondamentali, contenuti nelle Costituzioni e negli strumenti sovranazionali: il diritto a non collaborare, infatti, è inevitabilmente collegato alla loro tutela, che si è evoluta nel tempo.

È compito della giurisprudenza rendere effettivi i diritti fondamentali, di conseguenza rendendo effettivo il diritto a non collaborare.

Vengono quindi studiate le pronunce della Corte di Strasburgo sul diritto alla riservatezza, sulla libertà personale, sulla dignità e sul diritto alla salute, per osservare, dal piano sovranazionale, la fisionomia e la fenomenologia del diritto a non effettuare i movimenti necessari a fini istruttori.

L'osservazione continua con la Corte di giustizia dell'Unione europea, che ha dato il contributo più rilevante alla materia nell'ambito del diritto alla riservatezza, in particolare nel campo della protezione dei dati personali.

Il fine del terzo capitolo è dimostrare che i due sistemi sovranazionali, seguendo la strada della tutela dei diritti fondamentali e avvalendosi della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia dell'Unione europea, allargano il perimetro delle tutele della persona-oggetto di prova, completando e rafforzando le garanzie offerte dagli ordinamenti domestici.

Inoltre, nel terzo capitolo si sostiene che un dialogo sempre più stretto tra le due istituzioni - e tra le due istituzioni e i giudici nazionali - può ampliare notevolmente la protezione della persona, avendo ricadute benefiche a livello sociale e promuovendo la libertà dell'essere umano.

CAPITOLO I

IL DIRITTO A NON SMASCHERARSI

SOMMARIO: 1. La bipartizione del diritto a non collaborare. - 2. Il diritto a non smascherarsi: evoluzione storica. - 3. Tutela costituzionale e internazionale del diritto a non smascherarsi. - 4. Il diritto a non smascherarsi nell'interrogatorio e nell'esame. - 4.1 L'interrogatorio. - 4.2 L'esame. - 5. Il diritto al silenzio e il diritto di mentire. - 6. Valutare il diritto al silenzio. - 7. Il diritto al silenzio e il fatto altrui. - 8. L'assistenza linguistica. - 9. La capacità processuale.

1. La bipartizione del diritto a non collaborare

Il diritto a non collaborare all'accertamento penale tutela la libertà del soggetto sottoposto all'indagine probatoria di non contribuire alla propria incriminazione.

Il diritto a non collaborare ha una doppia anima: il diritto a non smascherarsi, espresso nel brocardo latino *nemo tenetur se detegere*, e il diritto a non effettuare i movimenti necessari a fini istruttori.

La prima accezione può essere declinata secondo tre diversi significati: diritto a non autoincriminarsi, diritto al silenzio e diritto a non essere interrogato. Il diritto a non autoincriminarsi garantisce il rifiuto di fornire dichiarazioni che possano condurre a una propria incriminazione nell'esame testimoniale, il diritto al silenzio esclude che l'interrogato possa essere costretto a fornire informazioni contro di sé, il diritto a non essere interrogato impedisce l'interrogatorio coattivo ¹.

È invece una questione più dibattuta se il diritto a non collaborare comprenda anche il diritto a non effettuare i movimenti necessari a fini istruttori, quando l'imputato è oggetto di un accertamento probatorio fisico o psichico. In questo caso, all'imputato si richiede la mera sottomissione, non un contributo attivo ².

¹ V. PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Torino, 2006, p. 2-3.

² O. DOMINIONI, *Imputato*, in *Enc. giur.*, XX, Milano, 1970, p. 814.

La situazione soggettiva dell'imputato come oggetto di prova si affianca alla situazione soggettiva dell'imputato come organo di prova, cui fa riferimento, invece, il principio del *nemo tenetur se detegere*. Qui l'imputato è considerato come fonte dichiarativa, assumendo un ruolo attivo, di propria iniziativa o partecipando all'acquisizione probatoria³.

Dal punto di vista dell'autorità, la persona assume rilevanza come oggetto di prova quando bisogna estrarre dal suo corpo, dalla sua esistenza, elementi non narrativi, per esempio attraverso identificazioni e ispezioni. La persona interessa invece come organo di prova quando bisogna ricavare informazioni da una sua narrazione, dal suo sapere⁴.

In un ordinamento democratico, incardinato sullo spessore della libertà individuale e sui limiti a ogni deriva del potere, il diritto a non collaborare non può che comprendere e tutelare entrambi gli aspetti: la libertà di tacere nella sfera dell'oralità e la libertà di tacere nella sfera della fisicità; la libertà di non dire, la libertà di non fare.

In definitiva, il diritto di autodifendersi, a determinate condizioni, dall'autorità che indaga, giudica ed eventualmente punisce.

Si potrebbe semmai affermare che il diritto a non collaborare appare in maniera diversa quando applicato alle due categorie, ora concedendo un più ampio margine di libertà, ora restringendolo. La prevalenza di obblighi di collaborazione nell'area degli accertamenti non significa affatto che il diritto a non collaborare non la ricomprenda, ma che, come tutti i diritti, va incontro ad esigenze di bilanciamento più o meno pressanti: si tratterà allora, piuttosto, di tracciarne i confini.

La situazione giuridica soggettiva in esame deve quindi essere riconosciuta sia all'imputato come organo di prova sia all'imputato come oggetto di prova⁵.

Perciò l'obiettivo di questo lavoro è analizzare come - a livello nazionale, sovranazionale e internazionale - gli individui sottoposti a un procedimento penale trovino, o possano trovare, una tutela del genere, in particolare all'interno dell'attività istruttoria, che prova la parola e il corpo della persona. Di conseguenza, il principio del *nemo tenetur se detegere* verrà considerato in relazione all'istruzione probatoria.

³ O. DOMINIONI, *Imputato*, cit., p. 813.

⁴ G. CANESCHI, *L'imputato*, in G. UBERTIS e G. P. VOENA (diretto da), *Trattato di procedura penale*, VI, Milano, 2021, p. 187 - 188.

⁵ T. ALESCI, *Il corpo umano fonte di prova*, in A. GIARDA, G. SPANGHER, P. TONINI (studi raccolti da), *Problemi attuali della giustizia penale*, Milano, 2017.

È allora evidente come, se in parte giustificata dal binomio oralità - corporeità, la doppia anima del diritto a non collaborare non trovi giustificazione alcuna se si guarda alla sostanza, cioè alla garanzia di una barriera tra individuo e potere che, per sua natura, tenta di schiacciarlo.

Negli ordinamenti democratici le libertà fondamentali sono riconosciute e garantite in primo luogo nei confronti dello Stato. A ogni libertà accordata corrisponde un diritto a non essere ostacolato dallo Stato nel suo godimento: i diritti di difesa sono a tutela delle libertà fondamentali, permettendo di fare valere in giudizio la loro lesione ⁶.

Potere e conoscenza non possono essere separati, dato che l'esercizio del potere implica la conoscenza e la conoscenza implica l'esercizio del potere ⁷. Il diritto a non collaborare pone un argine al potere che cerca di carpire la conoscenza dell'individuo, esternata dalle sue parole, scritta sul suo corpo.

Se una forma di Stato - insieme di finalità e valori dell'organizzazione statale - riflette il rapporto autorità - libertà ⁸, la democrazia resterebbe sulla carta se l'individuo non fosse libero di difendersi da questa intromissione nella propria sfera personale, scegliendo di non parteciparvi. E questa intromissione è legittima e necessaria per tutelare la collettività, perseguendo i reati, punendo i colpevoli e, in generale, difendendo la cosa pubblica, nella misura in cui appunto garantisce la centralità del singolo che la subisce; nel suo farsi parola, nel suo essere corpo.

Infatti ogni disegno di libertà all'interno di una collettività deve seguire il solco del primato della persona umana, considerata come fine in sé, mai come mezzo ⁹. Lo Stato è asservito alla persona, non viceversa. La struttura di una società è il risultato delle norme sui diritti fondamentali che, toccando ogni settore dell'ordinamento giuridico, definiscono le basi su cui costruire lo Stato ¹⁰.

⁶ R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, 1994, ed. it., Bologna, 2012, p. 256.

⁷ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Parigi, 1975, ed. it., Torino, 2014.

⁸ P. CARETTI, U. DE SIERVO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 2008, p. 22.

⁹ Da una delle formulazioni dell'imperativo categorico di Kant, in I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, in *Scritti morali*, trad. it., 1995.

¹⁰ R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit. p. 553.

L'alternativa intollerabile sarebbe una comunità che sacrifica e precede il singolo, obbligato a esserne membro indistinguibile, oppresso in un'unità totalizzante, dove la punizione è narcisista, si inebria in se stessa, senza via di scampo ¹¹.

È necessario allora sottoporre a vaglio critico il diritto a non collaborare, prima di tutto nella sua accezione più tradizionale, come diritto a non smascherarsi nell'interlocuzione con l'autorità. In seguito, come diritto a non effettuare i movimenti necessari a fini istruttori, quando l'eloquenza dell'individuo è rivelata nella sua presenza.

Fermo restando che si tratta di due facce della stessa medaglia: una diga contro le onde anomale del potere.

2. *Il diritto a non smascherarsi: evoluzione storica*

Il principio del *nemo tenetur se detegere*, dando uno sguardo alla sua evoluzione storica, si consolida in funzione della protezione dell'imputato al cospetto della posizione di supremazia dell'autorità giudiziaria nell'interrogatorio ¹², che rimanda, come già detto, al più generale rapporto tra Stato e cittadino e, di conseguenza, alla relazione tra il potere esercitato dal primo e la libertà del secondo ¹³.

Il binomio imputato-autorità si configura in maniera diversa a seconda del sistema processuale di riferimento. Il processo inquisitorio ruota intorno all'imputato quale fonte di prova, dal cui patrimonio conoscitivo bisogna ricavare il più possibile, a prescindere dalla sua eventuale innocenza o colpevolezza: l'imputato custodisce una verità essenziale all'attività istruttoria ¹⁴. Nel processo inquisitorio prevale la ricerca di una giustizia che trascende e ingloba l'individuo, anche a costo di calpestarne dignità e diritti fondamentali, ricorrendo alla tortura fisica e mentale, sfruttando il riparo della segretezza ¹⁵. Il giudice,

¹¹ v. E. BLOCH, *Naturrecht und menschliche Würde*, Frankfurt am Main, 1961, ed. it., Torino, 2005, p. 114 s.

¹² V. GREVI, <<*Nemo tenetur se detegere*>>. *Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972, p.6.

¹³ G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1976, p. 301 s.

¹⁴ F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1987, p. 19.

¹⁵ v., per un esempio di come metodi del genere siano tutt'altro che superati, Corte e.d.u., 24 gennaio 2023, Kutayev c. Russia. Nel caso in questione, le autorità russe avevano torturato il ricorrente al fine di estorcergli una confessione, violando anche il canone di equità processuale.

inseguendo una pretesa certezza assoluta, contempla la prova in solitudine ¹⁶, indaga senza limiti.

Nel processo accusatorio, invece, la colpevolezza deve essere dimostrata dall'accusa oltre ogni ragionevole dubbio e l'imputato è titolare di garanzie e diritti ben definiti, tra cui il diritto a non collaborare alla propria condanna ¹⁷.

Il diritto a non smascherarsi emerge nel XVII secolo ¹⁸, per poi trovare sbocco in epoca illuminista, in un clima rinnovato di valori e libertà dell'essere umano ¹⁹. Gli ideali dei lumi, però, si affermano nell'Europa continentale solo in seguito a un lento processo di transizione, che coincide, a livello internazionale, con la progressiva attenzione per la tutela dei diritti umani.

Nel sistema di *Common Law*, invece, il principio viene recepito insieme all'affermarsi del sistema accusatorio. Già nel 1641 lo statuto del re Carlo I impone il divieto di deferire d'ufficio il giuramento all'accusato davanti alle corti ecclesiastiche, per evitare dichiarazioni autoincriminanti, mentre, nel 1791, il V emendamento della Costituzione federale degli Stati Uniti d'America sancisce che <<nessuno può essere obbligato in qualsiasi causa penale a deporre contro sé medesimo>> ²⁰.

In Italia i primi progressi si hanno con l'adozione del codice di procedura penale del 1807, teso a preservare la conoscenza dell'imputato da ogni tipo di coercizione. Il codice di procedura penale del 1865 prevede poi l'obbligo di avvertire l'imputato che, se si rifiuta di rispondere, l'istruzione proseguirà oltre, ma l'avvertimento è successivo all'effettivo

¹⁶ G. DE LUCA, *La cultura della prova e il nuovo processo penale*, in M. C. BASTIONI, A. R. LATAGLIATA, A. M. STILE (a cura di), *Scritti in onore di Giuliano Vassalli. Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale*, II, *Politica criminale e criminologia. Procedura penale*, Milano, 1991, p. 203.

¹⁷ O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, in G. UBERTIS e G. P. VOENA (diretto da), *Trattato di procedura penale*, VII.1, Milano, 2004, p. 6.

¹⁸ Nel *Leviatano* (1651) di T. HOBBS si legge che <<un uomo interrogato dal sovrano, o di sua 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>>.

¹⁹ Secondo C. BECCARIA, in *Dei delitti e delle pene* (1764), <<una contraddizione fra le leggi e i sentimenti naturali all'uomo nasce dai giuramenti che si esigono dal reo, acciocché sia un uomo veridico quando ha il massimo interesse di esser bugiardo; quasi che l'uomo potesse giurare da dovero di contribuire alla propria distruzione ... è un voler confondere tutti i rapporti, l'esigere che un uomo sia, nello stesso tempo, accusatore ed accusato; che il dolore divenga il crogiuolo della verità, quasi che il criterio di essa risieda nei muscoli e nelle fibre di un miserabile>>.

²⁰ V. PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, cit., p. 14.

rifiuto; sotto il codice di procedura penale del 1913, invece, l'avvertimento deve essere dato preventivamente ²¹.

Il fascismo pone l'accento sull'organicismo statale: il totalitarismo si fonda sull'assoluta prevalenza dello Stato etico sulla persona, la schiaccia in nome di principi astratti, mascherati da bene comune, che annullano ogni anelito di libertà. Così il codice Rocco non prevede avvertimenti da dare all'imputato nel caso in cui si astenga dal rispondere.

La deriva autoritaria viene arginata dalla Costituzione. Qui, come affermato dalla Corte costituzionale, il principio del *nemo tenetur se detegere* è corollario ineludibile del diritto di difesa, la cui inviolabilità in ogni stato e grado del procedimento è proclamata dall' art. 24 comma 2 Cost. ²²

Quest'ultimo rimanda al riconoscimento e alla garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 2 Cost, che, in una lettura aperta, amplia l'alveo delle situazioni soggettive inviolabili.

L'art. 24 comma 2 Cost. deve essere ricollegato anche alla presunzione di innocenza, di cui all'art. 27 comma 2 Cost. ²³ e all'art. 13 Cost., che impedisce ogni violenza fisica e morale nei confronti di chi è sottoposto a restrizioni della libertà personale, dichiarata inviolabile.

Infine, il diritto a non smascherarsi è requisito essenziale del giusto processo, suggellato dall'art. 111 Cost., come riformato dalla legge cost. 23 novembre 1999, n. 2.

La formalizzazione normativa del diritto al silenzio, accezione più caratteristica del principio del *nemo tenetur se detegere*, si deve alla legge 5 dicembre 1969, n. 932. La legge riconosce all'imputato la facoltà di astenersi dal rispondere e sancisce l'obbligo di avvertirlo al riguardo ²⁴. L'asse si va così spostando verso il modello accusatorio, concependo la relazione tra autorità e imputato secondo un bilanciamento armonico tra

²¹ V. GREVI, <<*Nemo tenetur se detegere*>>., cit., p. 23 s.

²² v. Corte cost., 30 aprile 2021, n. 84; Corte cost., 10 maggio 2019, n. 117; Corte cost., 26 giugno 2002, n. 291; Corte cost., 26 novembre 2002, n. 485.

²³ Così Corte cost., 14 luglio 1971, n. 175, in particolare dove si afferma che nel diritto di difesa deve considerarsi inclusa <<non solo la pretesa al regolare svolgimento di un giudizio che consenta libertà di dedurre ogni prova a discolpa e garantisca piena esplicazione del contraddittorio, ma anche quella di ottenere il riconoscimento della completa innocenza, che si deve considerare il bene della vita costituente l'ultimo e vero oggetto della difesa, rispetto al quale le altre pretese al giusto procedimento assumono funzione strumentale>>.

²⁴ La legge 5 dicembre 1969, n. 932, aggiungeva un nuovo comma 3 all'art. 70 del c.p.p allora in vigore, ai sensi del quale <<l'autorità giudiziaria o l'ufficiale di polizia giudiziaria, prima che abbia inizio l'interrogatorio, in qualsiasi fase del procedimento, deve avvertire l'imputato, dandone atto nel verbale, che egli ha la facoltà di non rispondere, salvo quanto dispone l'art. 366, primo comma, ma che, se anche non risponde si procederà oltre nelle indagini istruttorie>>.

ricerca della verità e libertà di autodeterminarsi dell'imputato, informandolo - cioè rendendolo consapevole - del proprio diritto al silenzio prima ancora del momento dell'eventuale decisione di avvalersene: se così non fosse, si annullerebbe la *ratio* del diritto a non collaborare, che può persino escludere qualsiasi dialogo con gli inquirenti, tagliando fuori ogni conseguenza sfavorevole ²⁵.

Il codice di procedura penale del 1988 ha cristallizzato il diritto al silenzio dell'imputato (e della persona sottoposta alle indagini preliminari), riconoscendo la facoltà di non rispondere e l'obbligo dell'autorità di informarlo preventivamente al riguardo. La tutela del diritto si estende a ogni fase del procedimento, comprendendo le sommarie informazioni di polizia e ogni interrogatorio dell'indagato/imputato, davanti al pubblico ministero, al giudice per le indagini preliminari e nell'udienza preliminare ²⁶.

Nel dibattito, il principio del *nemo tenetur se detegere* si sdoppia nel diritto a non essere interrogato e nel diritto al silenzio cosiddetto parziale, consentendo di non rispondere a una o più domande. Infine, il codice, nella sua versione originaria, riconosceva il diritto sia all'interrogato sul fatto proprio sia all'imputato in un procedimento connesso ex art. 210 c.p.p. ²⁷

Per una visione complessiva dall'alto, il diritto al silenzio, nel codice del 1988, trova i suoi cardini nell'art. 64 comma 3 lett. *b* c.p.p. (regole generali per l'interrogatorio) e nell'art. 274 lett. *a* c.p.p. (esigenze cautelari), limitati dalla disciplina delle generalità (art. 66 c.p.p.) e dei fatti concernenti la responsabilità di altri (art. 64 comma 3 lett. *c* c.p.p.). Il codice fornisce poi degli strumenti volti all'esercizio dell'autodifesa nell'interrogatorio, nell'esame dell'imputato e nel caso di dichiarazioni spontanee.

Il legislatore prevede inoltre una forma di tutela anticipata del diritto al silenzio, attraverso la disciplina delle dichiarazioni autoindizianti e del privilegio contro l'autoincriminazione, che possono subito essere passate in rassegna.

L'art. 63 comma 1 c.p.p. ha ad oggetto le dichiarazioni autoindizianti rese all'autorità da una persona non imputata e non indagata, cioè non informata della sua posizione di

²⁵ V. PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, cit., p. 20 s.

²⁶ V. PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, cit., p. 34 s.

²⁷ V. PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, cit. p. 36.

indagato da apposito atto idoneo ²⁸. Avendo questa ²⁹ rilasciato <<dichiarazioni dalle quali emergono indizi di reità a suo carico>>, la norma prevede l'obbligo di interromperne l'esame, avvertendola che potranno svolgersi indagini nei suoi confronti e invitandola a nominare un difensore, escludendo la possibilità di utilizzare le dichiarazioni indizianti precedentemente rese a suo sfavore (ma possono quindi essere utilizzate a suo favore o contro terzi ³⁰). Non sono incluse le dichiarazioni attraverso cui si realizzi il fatto tipico di calunnia, falsa testimonianza o favoreggiamento personale ³¹.

Al secondo comma, l'art. 63 c.p.p. prevede l'impossibilità di utilizzare le dichiarazioni in assoluto, se la persona doveva essere sentita fin dall'inizio in qualità di imputato o di indagato ³². La qualità di imputato o indagato, a tal fine, deve essere accertata nella sostanza, cioè verificando la situazione concreta in cui le dichiarazioni sono state rese, e non nella forma, accontentandosi, per esempio, di constatare l'avvenuta iscrizione nel registro degli indagati ³³.

In questo modo, la norma tutela la consapevolezza del dichiarante rispetto alle conseguenze delle sue dichiarazioni, neutralizzando gli effetti di quelle rese in precedenza e impedendo la vanificazione delle garanzie dell'imputato/indagato ³⁴. Si estromettono così dal processo penale quelle conoscenze che possono essere carpite dall'imputato, non fornite in modo spontaneo e cosciente, evitando che l'autorità possa approfittare dello stato di ignoranza dell'accusato ³⁵.

La garanzia va rispettata anche nel corso delle attività amministrative ispettive di vigilanza, dal momento in cui il fatto può rilevare penalmente ³⁶ (ai sensi dell'art. 220 disp. att. c.p.p., <<quando nel corso di attività ispettive o di vigilanza previste da leggi o decreti emergono indizi di reato, gli atti necessari per assicurare le fonti di prova e raccogliere quant'altro

²⁸ F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1991, p. 228.

²⁹ Essendo persona informata sui fatti, è vincolata dall'obbligo di rispondere secondo verità.

³⁰ Cass., sez. VI, 8 gennaio 2014, n. 283.

³¹ Cass., sez. II, 9 luglio 2009, Pietrosanto, in *CED Cass.*, n. 245597.

³² v. anche Corte e.d.u., 15 marzo 2022, Bjarki H. Diego c. Islanda, dove i giudici di Strasburgo hanno dichiarato la violazione del diritto all'equità del processo (art. 6 par. 1 e 3 C.e.d.u.) subito dal ricorrente, sentito come testimone all'inizio delle indagini e privato delle garanzie difensive dell'accusato

³³ Cass., sez. II, 9 aprile 2014, Morinelli e altro, in *CED Cass.*, n. 259654.

³⁴ V. PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, cit. p. 37 s.

³⁵ A. CAMON, M. DANIELE, D. NEGRI, C. CESARI, M. L. DI BITONTO, P. P. PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, II ed., Milano, 2020, p. 198.

³⁶ Cass., sez. III, 4 giugno 2019, Di Vico, in *CED Cass.*, n. 276679.

possa servire per l'applicazione della legge penale sono compiuti con l'osservanza delle disposizioni del codice>>).

Il privilegio contro l'autoincriminazione tutela invece il testimone, che <<non può essere obbligato a deporre su fatti dai quali potrebbe emergere una sua responsabilità penale>> (art. 198 comma 2 c.p.p.)³⁷. Infatti, se anche in questa ipotesi il testimone fosse vincolato all'obbligo di verità, sarebbe costretto a incolparsi di un reato o a mentire. L'alternativa sarebbe costituzionalmente illegittima, perché il diritto di non autoincriminarsi è un diritto fondamentale. Così il codice di procedura penale tutela in anticipo il diritto al silenzio, permettendo al testimone di non rispondere a ogni domanda da cui possa risultare la sua responsabilità penale³⁸. Bisogna evidenziare, tuttavia, il carattere quasi paradossale della norma: per vedersi riconosciuto il privilegio contro l'autoincriminazione, il testimone deve fornire una giustificazione appropriata, ovvero deve incriminarsi quanto basta per motivare il proprio silenzio e così scongiurare il rischio di abusi³⁹.

La disciplina del diritto al silenzio è stata poi riformata dalla legge 1 marzo 2001, n. 63 (<<Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale in materia di formazione e valutazione della prova in attuazione della legge costituzionale di riforma dell'art. 111 della Costituzione>>).

Il legislatore ha ritoccato l'art. 197 c.p.p., imponendo l'obbligo di deporre agli imputati nei cui confronti sia stata pronunciata una sentenza irrevocabile. Ha proceduto a declinare la disciplina dell'incompatibilità a testimoniare in base alla definitività o meno delle singole posizioni processuali, al collegamento tra procedimenti e al tipo di dichiaranti: perciò, per ciascuna ipotesi, si è prevista l'incompatibilità a testimoniare oppure la figura ibrida dell'imputato-testimone assistito, un misto tra garanzie del dichiarante e obbligo di verità⁴⁰.

³⁷ E se anche fosse obbligato, il testimone potrebbe avvalersi del diritto al silenzio, operando l'esimente dell'art. 384 comma 1 c.p. (Cass., sez. VI, 10 marzo 1998, Russo e altri, in *Giur. it.*, 1999, p. 1279 s.

³⁸ P. TONINI, C. CONTI, *Lineamenti di diritto processuale penale*, Milano, 2022, p. 184.

³⁹ A. CAMON, M. DANIELE, D. NEGRI, C. CESARI, M. L. DI BITONTO, P. P. PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, cit., p. 314.

⁴⁰ V. PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, cit., p. 158 s.

Infine, la Corte costituzionale ha incluso nell'ambito di applicazione del privilegio contro l'autoincriminazione le procedure di accertamento di illeciti amministrativi che possono concludersi infliggendo sanzioni amministrative di natura sostanzialmente penale ⁴¹.

Al termine di questa ricostruzione storica, bisogna sottolineare come il principio del *nemo tenetur se detegere* si sia rivelato quantomai vulnerabile nella prassi, posto che si è cercato di ottenere la collaborazione dell'indagato/imputato sfruttando la sua posizione di debolezza, con metodi più o meno espliciti, per esempio limitandone la libertà personale per costringerlo a confessare, come avvenne durante le indagini di "mani pulite" ⁴².

3. Tutela costituzionale e internazionale del diritto a non smascherarsi

Il fine del processo penale è la ricerca della verità ⁴³.

La verità ricercata non può essere oggettiva, ma soltanto probabile, raggiungibile attraverso un ragionamento induttivo: le certezze sono sempre provvisorie, sempre attuali, mai eterne ⁴⁴.

La verità relativa va raggiunta rispettando le regole processuali poste a tutela dell'individuo, come quelle che tutelano la libertà morale della persona (art. 64 comma 2 c.p.p. e art. 188 c.p.p.). Allo stesso tempo, l'ordinamento, ricostruendo il passato, deve tendere a un accertamento quanto più possibile conforme alla verità storica, cioè alla coincidenza tra fatto accertato e fatto verificatosi ⁴⁵.

È tra questi due estremi che si intesse la relazione tra l'autorità che esercita il potere e l'individuo che dal potere si difende. La verità giudiziale è l'incontro dei due estremi. Il giusto processo coniuga la dialettica paritaria tra le parti e la tensione verso la verità storica, come emerge, per esempio, esaminando lo svolgimento dell'esame testimoniale: la *cross-examination* permette al giudice, con l'apporto delle parti che si fronteggiano, di

⁴¹ Corte cost., 30 aprile 2021, n. 84.

⁴² A. CAMON, M. DANIELE, D. NEGRI, C. CESARI, M. L. DI BITONTO, P. P. PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, cit., p. 136.

⁴³ Corte cost., 3 giugno 1992, n. 255.

⁴⁴ E. PARESCHE, *Dogmatica giuridica*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, p. 690.

⁴⁵ A. DE CARO, *Poteri probatori del giudice e diritto alla prova*, Napoli, 2003, p. 11 s.

scandagliare le dichiarazioni dell'esaminato e osservarle dall'alto, non essendo il protagonista ⁴⁶.

Il diritto dell'imputato di non schiudere il proprio bagaglio di conoscenze è un limite all'accertamento della verità storica. Un limite, tuttavia, giustificato e giustificabile, se si tiene conto che, nel nostro ordinamento, più della meta in sé conta il percorso per raggiungerla ⁴⁷. L'essenza del diritto a non collaborare risiede nel bilanciamento tra l'interesse ad accertare i fatti, reprimere i reati, stabilire le responsabilità e il rispetto di diritti e garanzie individuali, tutelati dalla Costituzione, in primo luogo la dignità umana ⁴⁸. Come si diceva, le coordinate costituzionali del principio del *nemo tenetur se detegere* si rinvencono negli artt. 2, 13, 24 comma 2, 27 comma 2 e 111 Cost.

Ai sensi dell'art. 24 comma 2 Cost., <<la difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento>>. La disposizione costituzionale postula il diritto di difesa senza specificarne il contenuto, così tralasciando la sua determinazione concreta ⁴⁹.

La Corte Costituzionale si è incaricata allora di sfruttare le potenzialità espansive di un diritto che altrimenti avrebbe rischiato di restare vuoto ⁵⁰, prima di tutto facendovi rientrare l'autodifesa e la difesa tecnica ⁵¹.

Dal diritto di difesa discende quindi il diritto di difesa personale o, appunto, autodifesa, che, tra l'altro, argina l'obbligo della persona di collaborare con l'autorità procedente ⁵².

Accanto all'autodifesa passiva, consistente nel silenzio, si colloca l'autodifesa attiva, quando l'imputato schiude il suo sapere, immune dagli obblighi di verità del testimone: dal diritto al silenzio discende la facoltà di mentire ⁵³.

L'art. 24 comma 2 Cost. tende la mano all'art 2 Cost., facendosi strumento per garantire la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo nel processo, difendendoli dalle insidie di qualsiasi

⁴⁶ P. FERRUA, *Processo penale e verità*, in *Dem. dir.*, 2000, p. 207.

⁴⁷ E. ZAPPALÀ, *Il principio di tassatività dei mezzi di prova nel processo penale*, Milano, 1982, p. 125.

⁴⁸ V. PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, cit., p. 80.

⁴⁹ v. M. CAPPELLETTI, *Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale*, (art. 24 Cost. e <<due process of law clause>>), in *Giur. cost.*, 1961, p. 1287.

⁵⁰ Come afferma la Corte e.d.u., 13 maggio 1980, Artico c. Italia, l'ordinamento giuridico non deve garantire diritti illusori, ma diritti effettivi.

⁵¹ C. cost., sent. 18 marzo 1957, n. 46, in *Giur. cost.*, 1957, p. 587.

⁵² V. PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, cit., p. 88.

⁵³ P. CORSO, *Diritto al silenzio: garanzia da difendere o ingombro processuale da rimuovere?*, in *Ind. pen.*, 1999, p. 59.

procedura giudiziaria ⁵⁴. L'art. 2 Cost. è il fulcro del principio personalista: la persona umana è il centro dell'organizzazione e dello sviluppo della società ⁵⁵. E, ancora, non si tratta di una persona umana astratta e sfuggente, ma di una persona umana a cui sono riconosciuti e garantiti dei diritti umani, sanciti nelle norme successive ⁵⁶. Il nucleo essenziale dei diritti inviolabili è la linfa vitale dell'ordinamento, perciò neppure il legislatore costituzionale, per mezzo del potere di revisione, può intaccarlo ⁵⁷.

E inviolabile è la libertà personale, ai sensi dell'art. 13 comma 1 Cost., che la suggella nella riserva assoluta di legge e nella riserva di giurisdizione (comma 2): <<Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge>>. Le due riserve, in correlazione con altre disposizioni costituzionali, hanno una valenza non soltanto formale, ma anche sostanziale, riempiendo di significato la libertà personale davanti alla repressione statale ⁵⁸.

Soprattutto, ai fini che qui interessano, l'art. 13 comma 4 Cost. punisce <<ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà>>.

Presupposto della libertà è che l'innocenza dei cittadini venga garantita dallo Stato ⁵⁹. La presunzione di innocenza ⁶⁰ trova il suo fondamento nell'art. 27 comma 2 Cost., ma anche in vari strumenti internazionali (art. 6 comma 2 C.e.d.u., art. 14 comma 2 P.i.d.c.p., art. 48 comma 1 Carta di Nizza ⁶¹).

La presunzione di innocenza impedisce la trasformazione della difesa in un onere per chi la esercita, che può limitarsi ad un contegno negativo ⁶².

⁵⁴ M. SCAPARONE, *Il secondo comma dell'articolo 24. Il diritto di difesa nel processo penale*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna - Roma, 1981, p. 82.

⁵⁵ V. ONIDA, *Le Costituzioni. I principi fondamentali della Costituzione italiana*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, I, Bologna, 1997.

⁵⁶ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, I, Padova, 1992.

⁵⁷ P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984.

⁵⁸ P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2011, p. 238.

⁵⁹ v. C. L. MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, 1784.

⁶⁰ La presunzione di innocenza è <<principio cardine del processo accusatorio>> (A. STOPPATO, *Sul fondamento scientifico della procedura penale*, in *Riv. pen.*, 1940, p. 321).

⁶¹ La Corte giust. UE, 16 febbraio 2021, C-72/10 e C-77/10, Costa - Cifone ha affermato che la presunzione di innocenza <<costituisce parte integrante delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri>>.

⁶² G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, p. 191.

Si deve presumere che l'imputato non conosca i fatti, di conseguenza non lo si può obbligare a collaborare, né ci si può aspettare che lo faccia ⁶³.

La presunzione di innocenza, durante il processo, è intesa in tre modi: come regola di trattamento, come regola probatoria e come regola di giudizio.

Come regola di trattamento, la presunzione di innocenza stabilisce che nessuno possa essere equiparato a un colpevole prima che la sua colpevolezza sia stata accertata ⁶⁴. Come regola probatoria, la presunzione di innocenza impone che sia il pubblico ministero a dimostrare che l'imputato è colpevole. Come regola di giudizio, la presunzione di innocenza richiede di favorire l'imputato in caso di dubbio sulla sua colpevolezza (*in dubio pro reo*) e di condannare solo quando l'imputato è colpevole al di là di ogni ragionevole dubbio ⁶⁵.

Secondo la Corte e.d.u., la presunzione di innocenza regola la procedura nella sua interezza⁶⁶ e contribuisce a definire l'equità processuale ⁶⁷.

In materia è intervenuta la direttiva 2016/343/UE sul rafforzamento della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo, attuata nell'ordinamento italiano attraverso il d.lgs n. 188 del 2021, che ha anche regolato il trattamento dell'imputato fuori dal processo.

In particolare, all'art. 5, la direttiva obbliga gli Stati membri ad adottare le misure necessarie <<per garantire che gli indagati e imputati non siano presentati come colpevoli, in tribunale o in pubblico, attraverso il ricorso a misure di coercizione fisica>> e per

⁶³ O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., p. 48.

⁶⁴ La Corte Cost. ha stabilito che <<affinché le restrizioni della libertà personale dell'indagato o imputato nel corso del procedimento siano compatibili con la presunzione di non colpevolezza è necessario che esse assumano connotazioni nitidamente differenziate da quelle della pena, irrogabile solo dopo l'accertamento definitivo della responsabilità: e ciò, ancorché si tratti di misure - nella loro specie più gravi - ad essa corrispondenti sul piano del contenuto afflittivo. Il principio enunciato dall'art. 27, secondo comma, Cost. rappresenta, in altre parole, uno sbarramento insuperabile ad ogni ipotesi di assimilazione della coercizione processuale penale alla coercizione propria del diritto penale sostanziale, malgrado gli elementi che le accomunano>> (Corte cost., 21 luglio 2010, n. 265). Al riguardo, va sottolineato come, mentre l'art 6 comma 2 C.e.d.u. e l'art. 3 della direttiva 2016/343/UE e diversi Paesi europei circoscrivono l'applicazione della presunzione di innocenza fino al momento dell'accertamento legale della colpevolezza, rendendo anche possibile l'esecuzione di una sentenza di primo grado, nell'ordinamento italiano la presunzione di innocenza si estende fino alla condanna definitiva (condanna irrevocabile).

⁶⁵ v. D. VIGONI, *La fisionomia tridimensionale della presunzione d'innocenza: profili di sviluppo della disciplina codicistica*, in *Proc. pen giust.*, 2023.

⁶⁶ <<In the Court's opinion, Art. 6-2 governs criminal proceedings in their entirety, irrespective of the outcome of the prosecution, and not solely the examination of the merits of the charge>> (Corte e.d.u., sent. 25 marzo 1983, Minelli c. Svizzera).

⁶⁷ Corte e.d.u., sent. 24 maggio 2011, Konstas c. Grecia.

<<garantire che, fino a quando la colpevolezza di un indagato o imputato non sia legalmente provata, le dichiarazioni pubbliche rilasciate da autorità pubbliche e le decisioni giudiziarie diverse da quelle sulla colpevolezza non presentino la persona come colpevole>> (art. 4).

La direttiva, imponendo delle regole all'autorità procedente, non ha però vincolato la libertà di stampa alla presunzione di innocenza: lacuna che avrebbe potuto evitare, soprattutto pensando al rischio (e alla prassi) di campagne mediatiche politicizzate ⁶⁸. La direttiva, ancora, avrebbe potuto promuovere l'adozione di codici etici per garantire una corretta informazione giudiziaria, bilanciando il diritto di cronaca e la presunzione di innocenza ⁶⁹.

L'art. 111 comma 4 , prima parte, Cost. richiede come condizione di regolarità del processo penale il rispetto del contraddittorio nella formazione della prova. Il cosiddetto contraddittorio in senso forte comporta il diritto a confrontarsi con l'accusatore, ma, trascendendo l'individuo, si pone contemporaneamente come metodo di ricerca della verità, al cuore della giurisdizione ⁷⁰. In questo modo, si scinde in una dimensione soggettiva e una dimensione oggettiva che, senza essere poste in alternativa, partecipano dello stesso principio ⁷¹.

La seconda parte dell'art. 111 comma 4 Cost. vieta di provare la colpevolezza dell'imputato in base a dichiarazioni <<rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore>>.

Il divieto può in realtà considerarsi come una specificazione della prima parte dell'art. 111 comma 4 Cost., volto a rafforzarla ⁷².

Secondo la Corte costituzionale, dal principio del contraddittorio nella formazione della prova <<deriva quale corollario il divieto di attribuire valore di prova alle dichiarazioni raccolte unilateralmente dagli organi investigativi (ed evidentemente anche dal

⁶⁸ O. MAZZA, *Presunzione d'innocenza e diritto di difesa*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, p. 1407.

⁶⁹ G. CANESCHI, *L'imputato*, cit. , p. 86.

⁷⁰ P. FERRUA, *Il "giusto" processo tra modelli, regole e principi*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 403. V. anche Corte cost., 14 febbraio 2002, n. 32, in *Giur. cost.*, 2002, p. 280.

⁷¹ V. PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, cit., p. 117.

⁷² E. MARZADURI, *Commento all'art. 1 l. cost. 23 novembre 1999 n. 2 - Inserimento dei principi del giusto processo nell'art. 111 della Costituzione*, in *Leg. pen.*, 2000, p. 797.

difensore)>>> 73. La Corte e.d.u., invece, non perviene a una regola di esclusione probatoria così rigorosa, permettendo l'utilizzo probatorio di dichiarazioni non formate in contraddittorio quando all'accusato sia data la possibilità di metterle in discussione in dibattimento 74. L'orientamento dei giudici di Strasburgo piega il principio davanti all'interesse alla repressione dei reati, rischiando di spianare la strada all'allentamento di ulteriori garanzie 75.

Le eccezioni al contraddittorio in senso forte sono previste dall'art. 111 comma 5 Cost., che le legittima per accertata impossibilità di natura oggettiva (cosiddetto contraddittorio impossibile), per effetto di provata condotta illecita (cosiddetto contraddittorio inquinato) o per consenso dell'imputato (cosiddetto contraddittorio implicito).

L'impossibilità oggettiva di acquisire la prova successivamente può configurarsi come impossibilità sopravvenuta o impossibilità originaria. Nel caso dell'impossibilità sopravvenuta si consente la conservazione di una fonte di prova diventata irrecuperabile in contraddittorio. Tuttavia, l'impossibilità sopravvenuta non garantisce che l'atto formato in modo unilaterale sia attendibile, rendendo l'eccezione ingiustificata sul piano epistemologico 76. Nel caso dell'impossibilità originaria non è possibile attendere fino al momento del contraddittorio perché c'è il rischio che la prova vada dispersa prima, come nel caso degli accertamenti tecnici non ripetibili 77.

La provata condotta illecita sul dichiarante infetta il valore del contraddittorio nella formazione della prova, rendendo ingiustificata la regola dell'inutilizzabilità dell'atto formato unilateralmente 78.

Si deve ritenere che il consenso dell'imputato possa indirizzarsi soltanto ad elementi che potrebbero andare a suo sfavore, perché raccolti da altre parti, portatori di interessi potenzialmente in contrasto con i suoi: vale a dire che l'imputato può disporre soltanto del

⁷³ Corte cost., 26 febbraio 2002, n.32.

⁷⁴ Corte e.d.u., 16 marzo 2000, Camilleri c. Malta.

⁷⁵ M. BIRAL, *L'overall examination: nuove frontiere sul diritto a confrontarsi con i testimoni*, in *Arch. pen.*, 2013, p. 18.

⁷⁶ G. GIOSTRA, *Analisi e prospettive di un modello probatorio incompiuto*, in *Quest. giust.*, 2001, p. 1146.

⁷⁷ C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, in A. GIARDA, G. SPANGHER, P. TONINI (collana diretta da), *Problemi attuali della giustizia penale*, Verona, 2007, p. 442.

⁷⁸ C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, cit., p. 443.

diritto di escutere la fonte di prova, rinunciandovi, e rendendo superfluo il contraddittorio⁷⁹.

Le garanzie riconosciute dalla Costituzione all'imputato entrano di continuo in relazione con i principi inerenti all'efficienza del processo - ricostruire i fatti e attribuire responsabilità in tempi ragionevoli - esigendo di raggiungere un equilibrio, spesso però svilito dallo straripare della legislazione emergenziale⁸⁰.

I due aspetti possono essere armonizzati: condizione imprescindibile per attuare una funzione giurisdizionale che possa dirsi efficiente è la salvaguardia dell'individuo⁸¹: le garanzie individuali non possono mai sacrificarsi alla radice in nome del bene collettivo, semmai il bene collettivo va raggiunto mettendo in conto le prime. Per esempio, come non è possibile abusare delle garanzie individuali al solo scopo di allungare la durata del processo⁸², non è inoltre possibile sacrificare una garanzia individuale per abbreviare i tempi del processo⁸³.

Sulla scia della giurisprudenza della Corte costituzionale⁸⁴, il diritto di difesa, incluso nelle libertà fondamentali (cioè inviolabili, indisponibili e universali)⁸⁵, può essere limitato nel bilanciamento con altri valori di rilievo costituzionale, per esempio l'efficienza del processo, appunto, ma rispettando precise condizioni⁸⁶. Il legislatore può restringere le situazioni soggettive comprese nel diritto di difesa soltanto in caso di conflitto con altri principi costituzionali e se necessario per il raggiungimento dei fini del diritto stesso. In

⁷⁹ C. CONTI, voce *Giusto processo (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 2001, p. 637 s. In senso contrario, v. Corte cost., 26 giugno 2009, n. 184.

⁸⁰ G. CANESCHI, *L'imputato*, cit., p. 13 - 14.

⁸¹ M. CHIAVARIO, *Garanzie individuali ed efficienze del processo*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 1515.

⁸² Corte cost., 22 ottobre 1996, n. 353: <<Pienamente libero nella costruzione delle scansioni processuali, il legislatore non può tuttavia scegliere, fra i possibili percorsi, quello che comporti, sia pure in casi estremi, la paralisi dell'attività processuale, perché impedendo sistematicamente tale attività, mediante la riproposizione dell'istanza di remissione, si finirebbe col negare la stessa nozione del processo e si contribuirebbe a recare danni evidenti all'amministrazione della giustizia>>.

⁸³ Corte cost., 23 maggio 2019, n. 124: <<Questa Corte ha, infatti, più volte affermato che il principio della ragionevole durata del processo va temperato con il complesso delle altre garanzie costituzionali, sicché il suo sacrificio non è sindacabile, ove sia frutto di scelte non prive di una valida ratio giustificativa>>.

⁸⁴ <<come ad altre situazioni costituzionalmente garantite, non può attribuirsi, secondo il costante orientamento di questa Corte, un valore assoluto, tale da non consentire adattamenti o anche restrizioni da parte del legislatore ordinario, qualora si appalesino giustificati da altre norme o da principi fondamentali desunti dal sistema costituzionale>> (Corte. cost., 19 febbraio 1965, n.5).

⁸⁵ L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. VITALE, Roma - Bari, 2001, p.5.

⁸⁶ Così Corte Cost., 23 gennaio 1997, n.10, in *Giur. cost.*

caso contrario, l'autorità procedente avrebbe l'inammissibile potere di costringere l'imputato a un dovere di collaborazione illimitato per accertare la verità ⁸⁷.

Il principio del *nemo tenetur se detegere* è quindi un cardine del nostro ordinamento e uno scudo per la libertà morale dell'imputato davanti all'autorità procedente ⁸⁸, tutelato anche a livello sovranazionale e internazionale: si pensi all'art. 14 comma 3 lett. g del P.i.d.c.p., che riconosce all'accusato di un reato il diritto <<a non essere costretto a deporre contro se stesso od a confessarsi colpevole>>.

E, ancora, si pensi all'art. 7 della già citata direttiva 2016/343/UE sul rafforzamento della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo, che impone agli Stati Membri il riconoscimento del diritto al silenzio e del diritto di non autoincriminarsi.

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo, invece, non fa espresso riferimento al diritto al silenzio, che però si deve ritenere - e la Corte europea dei diritti dell'uomo ritiene ⁸⁹ - implicito nella presunzione di innocenza e nel giusto processo, di cui all'art 6 C.e.d.u ⁹⁰ : non è ammissibile che l'imputato, la cui colpevolezza deve essere provata dall'accusa, venga costretto a rilasciare dichiarazioni, considerandone anche, oltre tutto, l'inaffidabilità.

La Corte ha inteso il diritto al silenzio come diritto di tacere durante l'interrogatorio e come diritto di non contribuire alla propria incriminazione, anche per scongiurare il rischio di errori giudiziari e per conseguire il fine dell'art. 6 C.e.d.u.

Così facendo, tuttavia, ha riconosciuto la possibilità di valutare il silenzio serbato per apprezzare nel complesso gli elementi a carico, soluzione che però non può di sicuro

⁸⁷ V. PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, cit., p. 81 s. In questo senso, v. Corte cost., 22 marzo 1971, n.55, dove si afferma che <<anche quando è stato ammesso che le modalità di esercizio del diritto possono variare secondo le speciali caratteristiche strutturali dei singoli processi, si è avuto cura di precisare che le peculiarità stesse non devono essere tali da menomare l'esistenza del diritto, affinché ne riescano assicurati lo scopo e la funzione, e perché non se ne renda estremamente difficile l'esercizio. Analogamente, v. Corte cost., 9 giugno 1971, n. 126, in cui si <<osserva che il diritto di difesa deve intendersi garantito dall'art. 24 della Costituzione non in modo assoluto ed indistinto, bensì in modo condizionato, che tenga conto delle speciali caratteristiche dei singoli procedimenti: ciò sino al limite in cui adattamenti - o anche restrizioni - si appalesino giustificati, da parte del legislatore ordinario, da altre norme del sistema>>.

⁸⁸ Corte Cost., 30 giugno 1994, n. 267; Corte Cost., 6 aprile 1973, n. 34, in Giur. cost.

⁸⁹ Corte e.d.u., 8 febbraio 1986, John Murray c. Regno Unito. V. anche Corte e.d.u., 25 febbraio 1993, Funke c. Francia e Corte e.d.u., 21 dicembre 2000, Heaney e McGuinness c. Irlanda.

⁹⁰ CONSEIL DE L'EUROPE, *Doc H (70) 7 (Problèmes découlants de la coexistence des Pactes des Nations Unies relatifs aux Droits de l'Homme et de la Convention européenne des droits de l'Homme - Différences quant aux droits garantis - Rapport du Comité d'experts en matière de droits de l'homme au Comité des Ministres)*, Strasbourg, 1970, p. 37.

fondarsi sulla particolare rilevanza delle prove d'accusa, altrimenti il diritto al silenzio verrebbe in realtà negato ⁹¹.

Per verificare l'eventualità di una violazione del giusto processo, i giudici di Strasburgo hanno preso in esame vari fattori: il livello della coercizione esercitata sul dichiarante, la presenza di garanzie procedurali appropriate e il modo in cui sono state impiegate le dichiarazioni nel processo ⁹².

Vale la pena sottolineare, invece, il passo in avanti nella tutela del diritto al silenzio verificatosi grazie al proficuo dialogo tra la Corte costituzionale e la Corte di giustizia dell'Unione Europea.

La Corte di giustizia, infatti, pronunciandosi su una questione pregiudiziale sollevata dalla Corte costituzionale ⁹³, ha allargato l'ambito applicativo del diritto al silenzio.

La questione pregiudiziale aveva ad oggetto la possibilità di sanzionare una persona fisica che, in materia di abusi di mercato, non aveva collaborato con l'autorità.

La Corte di giustizia, Grande Camera, 2 febbraio 2021, C-481/19, DB c. Consob, ha ritenuto che il diritto al silenzio rientri nel diritto a un equo processo (art. 47 comma 2 CDFUE), nella presunzione di innocenza e nei diritti della difesa (art. 48 CDFUE) ⁹⁴.

Il diritto al silenzio, secondo il giudice europeo, deve essere applicato anche nelle procedure che possono concludersi con l'imposizione di una sanzione amministrativa a carattere penale, come nel caso di alcune sanzioni inflitte dalla Consob ⁹⁵.

Per stabilire se una misura abbia carattere sostanzialmente penale, bisogna ricorrere ai cosiddetti criteri Engel, enunciati dalla Corte e.d.u. nella sentenza Engel e altri c. Paesi Bassi, dell'8 giugno 1976 ⁹⁶: la qualificazione giuridica della misura, la natura della misura e la natura e il grado di severità della sanzione ⁹⁷.

⁹¹ v. V. PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, cit., p. 138.

⁹² Corte e.d.u., 10 marzo 2009, Bykov c. Russia.

⁹³ Corte cost., 10 maggio 2019, n. 117.

⁹⁴ v. A. MANGIARACINA, *Nuove fisionomie del diritto al silenzio. Un'occasione per riflettere sui vuoti domestici...e non solo*, in *Proc. pen. giust.*, 2021.

⁹⁵ A. MANGIARACINA, *Nuove fisionomie del diritto al silenzio. Un'occasione per riflettere sui vuoti domestici...e non solo*, in *Proc. pen. giust.*, 2021.

⁹⁶ Corte e.d.u., 8 giugno 1976, Engel e altri c. Paesi Bassi, § 82.

⁹⁷ v. *Considerazioni sul principio del ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea: la sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri contro Italia*, in *Corte di Cassazione. Ufficio del ruolo e del massimario. Settore penale*, Rel. n. 35/2014, Roma, 8 maggio 2014.

Inoltre, il diritto si estende anche a quei procedimenti da cui si possono ricavare elementi di prova utilizzabili per dimostrare la responsabilità di un illecito penale.

Alla sentenza della Corte di giustizia ha fatto seguito la pronuncia di illegittimità costituzionale dell'art. 187-quinquiesdecies t.u.f., sull'attività di vigilanza della Banca d'Italia e della Consob, <<nella parte in cui si applica anche alla persona fisica che si sia rifiutata di fornire alla Banca d'Italia o alla Consob risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative di carattere punitivo, ovvero per un reato>> ⁹⁸ .

La Corte di giustizia e la Corte costituzionale si sono allineate nell'interpretazione del diritto al silenzio, in maniera conforme alla C.e.d.u. e al P.i.d.c.p.

Il diritto al silenzio, però, non può estendersi fino a giustificare comportamenti che siano d'intralcio all'attività di vigilanza, causandone ritardi immotivati ⁹⁹ .

4. Il diritto a non smascherarsi nell'interrogatorio e nell'esame

4.1 L'interrogatorio

Nel disegno del c.p.p. l'interrogatorio e l'esame dell'imputato avrebbero due funzioni diverse: l'interrogatorio sarebbe soltanto uno strumento di difesa, l'esame dell'imputato sarebbe soltanto un mezzo di prova; l'interrogatorio collocato nella fase investigativa, l'esame nella fase dibattimentale ¹⁰⁰. La distinzione tra i due istituti si concilia con la tesi secondo cui la prova dovrebbe formarsi solo in fase dibattimentale o nell'incidente probatorio e non, quindi, nell'interrogatorio. Sradicando però il concetto di prova da questo terreno ristretto, ecco che la natura giuridica dell'interrogatorio può mutare.

Se si garantisce all'interrogato una piena autodifesa, anche l'interrogatorio condotto dal pubblico ministero nella fase delle indagini preliminari può condurre direttamente alla formazione di elementi di prova, funzionali all'esercizio dell'azione penale, all'emissione

⁹⁸ Corte cost., 30 aprile 2021, n. 84.

⁹⁹ *Diritto al silenzio e sanzioni punitive di Consob e Banca d'Italia: la Corte costituzionale dichiara illegittimo l'art. 187-quinquiesdecies t.u.f.*, in *Sist. pen.*, 3 maggio 2021.

¹⁰⁰ Cort. cost., 24 maggio 1991, n. 221, in *Giur. cost.*, 1991, p. 1953. Si può ricordare che anche l'art. 2 n. 5 della l. 16 febbraio 1987 n. 81, ovvero la legge - delega c.p.p., sottolinea la natura dell'interrogatorio come strumento di difesa.

di provvedimenti restrittivi della libertà personale, alla scelta tra rinvio a giudizio e sentenza di non luogo a procedere in esito all'udienza preliminare, al giudizio definitivo sul merito dell'imputazione, sia nei procedimenti speciali in assenza di dibattimento, sia in dibattimento attraverso le contestazioni *ex art. 503 commi 5 e 6 c.p.p.* o la lettura *ex art. 513 comma 1 c.p.p.*¹⁰¹

In questo modo, l'interrogatorio assume sia una funzione difensiva sia una funzione investigativa.

E, se così è, appare ancora più evidente l'essenzialità del diritto al silenzio in sede di interrogatorio, di cui si esaminano di seguito le regole generali, in relazione al principio del *nemo tenetur se detegere*.

L'indagato può presentarsi spontaneamente per rendere dichiarazioni e, in caso di contestazione del fatto, se gli è permesso di discolarsi, l'atto è equiparato all'interrogatorio e si applica la disciplina di cui agli artt. 64, 65 e 364 c.p.p.¹⁰² (art. 374 c.p.p.).

Se l'indagato non si presenta spontaneamente, deve essere invitato a presentarsi dall'autorità per procedere all'interrogatorio (art. 375 c.p.p.). La terminologia è fuorviante: l'invito è in realtà un ordine¹⁰³. Se l'indagato non si presenta senza giustificato motivo, il pubblico ministero può chiedere al giudice delle indagini preliminari un'autorizzazione all'accompagnamento coattivo¹⁰⁴. Bisogna rilevare il paradosso nell'aver previsto la possibilità dell'accompagnamento coattivo, cioè di una restrizione della libertà personale, di chi potrebbe poi esercitare il proprio diritto al silenzio: la coazione può risultare in un'intimidazione dell'indagato che deve essere interrogato¹⁰⁵.

Il paradosso è ancora più evidente se si considera che la persona sottoposta alle indagini deve intervenire libera all'interrogatorio, <<salve le cautele necessarie per prevenire il pericolo di fuga o di violenze>> (art. 64 comma 1 c.p.p.). Se l'indagato subisse qualsiasi forma di coazione, sarebbero irrimediabilmente pregiudicate la sua libertà fisica e la sua

¹⁰¹ O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., p. 91 s.

¹⁰² v. G. SALVI, *sub artt. 358, 361, 362, 364-370, 373-378 c.p.p.*, in *Commento Chiavario*, IV, Torino, 1990, p. 331.

¹⁰³ F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1987, p. 817.

¹⁰⁴ v. G. SALVI, *sub art. 376 c.p.p.*, cit., p. 340.

¹⁰⁵ M. NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Bologna, 1989, p. 55 - 56.

libertà morale, che costituiscono la prima garanzia dall'intromissione del potere pubblico nella sfera individuale.

L'autodeterminazione dell'indagato, diritto fondamentale e indisponibile, deve essere assicurata: perciò, l'art. 64 comma 2 c.p.p. vieta l'utilizzo di metodi o tecniche che possano pregiudicarla, o che possano <<alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti>>.

Eventuali misure restrittive indispensabili per prevenire il pericolo di fuga o di violenze devono rispettare il principio di proporzionalità, a pena di inutilizzabilità delle dichiarazioni eventualmente rese ¹⁰⁶.

Dal divieto della legge si ricava allora l'assoluta proibizione di metodi quali la narcoanalisi, il *lie detector*, l'ipnosi, il *facial action coding system*, la risonanza magnetica funzionale ¹⁰⁷. Sono vietati espedienti, la cui attendibilità sarebbe comunque più che dubbia, come minacce e inganni, interrogatori estenuanti per la salute fisica e mentale, come l'interrogatorio di terzo grado e l'interrogatorio stringente ¹⁰⁸.

Anche metodi più blandi, ma comunque incidenti sul genuino esercizio dell'autodifesa, andrebbero a rigore esclusi. Tuttavia, la giurisprudenza, per esempio, ha ritenuto che non violasse l'art. 64 comma 2 c.p.p. la lettura di una lettera dei genitori dell'imputato contenente l'invito a confessare ¹⁰⁹. Nonostante la sentenza contenesse la precisazione della necessaria presenza del difensore, bisogna evidenziare come l'assistenza tecnica non sia comunque in grado di compensare eventuali lacune nella libera esplicitazione dell'autodifesa, che, per definizione, è personale.

Il legislatore italiano, a differenza di altri ordinamenti ¹¹⁰, non ha fatto riferimento esplicito ai metodi citati, che però in via ermeneutica rientrano chiaramente nella norma ¹¹¹.

La tortura, dalle forme più sistematiche ai mezzi più dissimulati, invadendo il corpo e l'anima della persona, ne calpesta la dignità umana, mortifica sia il torturato sia il

¹⁰⁶ O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., p. 108.

¹⁰⁷ F. CORDERO, *Codice di procedura penale*, Torino, 1992, p. 78.

¹⁰⁸ O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., p. 109 s.

¹⁰⁹ Cass., sez. I, 11 gennaio 2012, Spaccino, in *CED Cass.*, n. 252599.

¹¹⁰ Un divieto esplicito può rintracciarsi nell'ordinamento tedesco. Il § 136-a StPO, rubricato "metodi di interrogatorio vietati", vieta, nel corso dell'interrogatorio, maltrattamenti, affaticamento, lesioni corporali, somministrazione di sostanze, tortura, inganno e ipnosi, a pena di inutilizzabilità assoluta.

¹¹¹ Secondo Cass., Sez. un., 24 settembre 2003, n. 36747, deve essere <<vinta qualunque tentazione di forzare le regole processuali in nome di astratte esigenze di ricerca della verità reale, considerato che le dette regole non incorporano soltanto una neutra disciplina della sequenza procedimentale, ma costituiscono una garanzia per i diritti delle parti e per la stessa affidabilità della conoscenza acquisita>>.

torturatore, spesso si rivela inutile, umilia la comunità che la pratica ¹¹². Oltre tutto, nella maggior parte dei casi è controproducente, conducendo a confessioni false e dettate soltanto dal desiderio di far cessare le sofferenze fisiche e psichiche ¹¹³.

Il divieto di tortura, oltre a configurarsi come norma consuetudinaria imperativa del diritto internazionale, è sancito dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, dalla Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani e degradanti dell'ONU, dalla C.e.d.u., dalla Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti.

In particolare, la Convenzione delle Nazioni Unite del 1984, ratificata dall'Italia nel 1989, definisce la tortura come <<qualsiasi atto mediante il quale sono intenzionalmente inflitti a una persona dolore o sofferenze forti, fisiche o mentali, al fine segnatamente di ottenere da essa o da una terza persona informazioni o confessioni, di punirla per un atto che essa o una terza persona ha commesso o è sospettata aver commesso, di intimidirla o di far pressione su di lei o di intimidire o di far pressione su una terza persona, o per qualsiasi altro motivo fondato su qualsiasi forma di discriminazione, qualora tale dolore o sofferenze siano inflitte da un agente della funzione pubblica o da ogni altra persona che agisca a titolo ufficiale, o su sua istigazione, o con il suo consenso espresso o tacito. Tale termine non si estende al dolore o alle sofferenze risultanti unicamente da sanzioni legittime, inerenti a tali sanzioni o da esse cagionate>>.

Accanto al divieto, la Corte e.d.u., 6 aprile 2000, Labita c. Italia, ha messo in risalto un obbligo procedurale: le autorità devono condurre tutte le indagini necessarie, approfondite ed effettive, per accertare una denunciata violazione del divieto di tortura. Nel caso di specie, il ricorrente, dopo essere stato accusato da un collaboratore di giustizia di fare parte di un'associazione mafiosa, era stato arrestato dalle autorità italiane, trasferito a Pianosa e sottoposto al regime previsto dall'art. 41 *bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354 sull'ordinamento penitenziario. Il ricorrente, assolto dall'accusa di associazione mafiosa, aveva poi richiesto un risarcimento allo Stato italiano, lamentando di avere subito trattamenti disumani e degradanti. Si era poi rivolto alla Corte e.d.u., che però, in assenza di elementi di prova sufficienti, non aveva potuto condannare lo Stato italiano per

¹¹² v. A. CASSESE, *L'esperienza del male. Guerra, tortura, genocidio, terrorismo alla sbarra. Conversazione con Giorgio Acquaviva*, Bologna, 2011, p. 153 s.

¹¹³ Così F. M. PAGANO, *Principj del codice penale e logica de' probabili*, 1819.

violazione del divieto di tortura o pene o trattamenti inumani o degradanti, di cui all'art. 3 C.e.d.u. La violazione dell'art. 3 C.e.d.u., secondo i giudici di Strasburgo, invece sussisteva rispetto alla mancanza di un'inchiesta volta a verificare le denunce del ricorrente ¹¹⁴.

Prima dell'interrogatorio, l'indagato deve essere avvertito <<che le sue dichiarazioni potranno sempre essere utilizzate nei suoi confronti >> e che <<ha facoltà di non rispondere ad alcuna domanda>>, salvo per quanto riguarda le generalità, <<ma comunque il procedimento seguirà il suo corso>> (art. 64 comma 3 lett. *a* e *b* c.p.p.) ¹¹⁵.

Bisogna ritenere che gli avvertimenti vadano rispettati prima di ogni interrogatorio ¹¹⁶, perché gli avvisi tutelano la consapevolezza delle scelte dell'interrogato ¹¹⁷, che deve essere sempre garantita. Per di più, l'assistenza del difensore non è sufficiente a scalfire l'essenzialità degli avvertimenti: in quanto provenienti dall'autorità, non soltanto informano l'interrogato, ma contribuiscono a metterlo nelle migliori condizioni per svolgere l'interrogatorio ¹¹⁸. Per questo motivo, cioè per assolvere alla funzione informativa e alla funzione di rassicurare il soggetto, non sono necessarie formule sacramentali: l'autorità procedente dovrà usare, a pena di inutilizzabilità, parole chiare e adatte al raggiungimento dello scopo ¹¹⁹, fedelmente verbalizzate.

¹¹⁴ Corte e.d.u., 6 aprile 2000, Labita c. Italia.

¹¹⁵ L'introduzione del diritto al silenzio ha <<il significato di una decisa sterzata verso la costruzione di un processo adeguato ad una società civile che tutela come sommi valori la libertà e la dignità dell'individuo>> (V. GREVI, <<*Nemo tenetur se detegere*>>, cit., p. 75)

¹¹⁶ R. E. KOSTORIS, *Commento agli artt. 64-65 c.p.p.*, in M. CHIAVARIO (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. I, Torino, 1989, p. 332.

¹¹⁷ V. PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, cit., p. 182 s.

¹¹⁸ V. GREVI, <<*Nemo tenetur se detegere*>>, cit., p. 348.

¹¹⁹ Secondo Cass., sez. I, 20 novembre 2002, Falcicchio, in *Arch. n. proc. pen.*, 2003, p. 388, <<le avvertenze che l'art. 64, comma 3, c.p.p. prescrive siano eseguite prima dell'inizio dell'interrogatorio nei confronti della persona che deve renderlo possono essere validamente date in qualunque forma, anche sintetica, purché sufficientemente chiara, non essendo prescritta dalla legge alcuna formula sacramentale>>. V. anche Cass., sez. II, 9 ottobre 1992, n. 2980, Capasso.

Gli avvertimenti *ex art. 64 comma 3 lett. a e b c.p.p.* non fanno riferimento alla facoltà di mentire dell'interrogato ¹²⁰, facoltà che il diritto di autodifesa ricomprende: l'autorità procedente o il difensore dovrebbero quindi colmare la lacuna ¹²¹.

La legge 1 marzo 2001, n. 63, ha previsto (art. 64 comma 3 *bis* c.p.p.) la sanzione dell'inutilizzabilità in caso di omissione degli avvertimenti *ex art. 64 comma 3 lett. a e b c.p.p.* Il mancato avviso comporterebbe l'inutilizzabilità assoluta delle dichiarazioni rese, anche se favorevoli al dichiarante (altrimenti il legislatore, restando a un'interpretazione letterale, l'avrebbe circoscritta espressamente alle dichiarazioni a sfavore) ¹²².

La rigidità dell'inutilizzabilità assoluta, però, rischia di compromettere la posizione dell'indagato, portando a una situazione irrazionale: una riforma di attuazione del giusto processo avrebbe rappresentato un passo indietro rispetto alla disciplina precedente, che riteneva sanata la nullità intermedia conseguente all'omesso avvertimento in caso di dichiarazioni favorevoli all'interrogato ¹²³.

Perciò, per far quadrare i conti, si deve ritenere, facendo ricorso all'interpretazione analogica, che l'art. 63 c.p.p., disponendo l'inutilizzabilità delle dichiarazioni indizianti *in malam partem*, sia applicabile anche all'inutilizzabilità derivante dall'omissione degli avvertimenti di cui all'art. 64 comma 3 lett. *a e b c.p.p.* ¹²⁴

L'interrogato, <<se renderà dichiarazioni su fatti che concernono la responsabilità di altri, assumerà, in ordine a tali fatti, l'ufficio di testimone, salve le incompatibilità previste dall'art. 197 e le garanzie di cui all'art. 197 *bis*>> (art. 64 comma 3 lett. *c c.p.p.*). Se rende dichiarazioni del genere, il soggetto perde consapevolmente l'armatura del *nemo tenetur se detegere* e assume la qualità di testimone ¹²⁵.

¹²⁰ L'indagato/imputato non può commettere falsa testimonianza *ex art. 372 c.p.* in quanto non assume la qualifica di testimone. Per di più, ai sensi dell'art. 384 comma 1 c.p., <<nei casi previsti dagli articoli 361, 362, 363, 364, 365, 366, 369, 371 *bis*, 371 *ter*, 372, 373, 374 e 378, non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé medesimo o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocimento nella libertà o nell'onore>>.

¹²¹ O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., p. 126.

¹²² V. PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, cit., p. 200 s.

¹²³ O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., p. 133 - 134.

¹²⁴ Secondo Cass., Sez. un., 9 ottobre 1996, Carpanelli e altri, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2429, con nota di G. TOMEI, <<restano escluse ... dalla sanzione dell'inutilizzabilità, alla stregua della *ratio* della disposizione [art. 63 c.p.p.], ispirata alla tutela del diritto di difesa, le dichiarazioni favorevoli al soggetto che le ha rese ed a terzi, quali che siano, non essendovi ragione alcuna di escludere dal materiale probatorio elementi che con quel diritto non collidono>>.

¹²⁵ v. E. AMODIO, *Giusto processo, diritto al silenzio e obblighi di verità sul fatto altrui*, cit., p. 3600.

Difetto dell'avvertimento è la mancata previsione di riferimenti immediati a chiari diritti e doveri ¹²⁶. Resta comunque necessario per informare l'interrogato riguardo alla gravità delle conseguenze dell'assunzione della qualifica di testimone, gravato dell'obbligo di verità, a differenza dell'imputato, che ha facoltà di non rispondere o mentire ¹²⁷.

L'avvertimento rischia però di rivelarsi privo di sostanza, lasciando dipendere la rinuncia al diritto al silenzio dovuta alle dichiarazioni sul fatto altrui e l'assunzione dell'ufficio di testimone da fatti concludenti dell'imputato, marginalizzando la manifestazione di volontà alla base del suo comportamento ¹²⁸.

L'operatività dell'art. 64 comma 3 lett. c c.p.p. è esclusa quando le dichiarazioni si riferiscano alla responsabilità di futuri o attuali coimputati del medesimo reato nello stesso procedimento o in procedimenti connessi ex art. 12 comma 1 lett. a c.p.p.: in questi casi, le dichiarazioni sul fatto altrui riguardano gli stessi fatti addebitati all'imputato a titolo di concorso nel medesimo reato, cooperazione nel delitto colposo o determinazione dell'evento mediante condotte indipendenti ¹²⁹.

Il legislatore nega l'incompatibilità a testimoniare ai destinatari di sentenza irrevocabile di proscioglimento, condanna o applicazione di pena in seguito a patteggiamento. Data comunque la delicatezza delle dichiarazioni di un testimone destinatario di un precedente giudicato, le sue dichiarazioni devono essere valutate insieme agli elementi a conferma della sua attendibilità (art. 197 *bis* comma 6 c.p.p.).

Il mutamento di *status* di cui all'art. 64 comma 3 lett. c c.p.p. si riferisce quindi ai casi di connessione ex art. 12 comma 1 lett. c c.p.p. e ai casi di collegamento ex art. 371 comma 2 lett. b c.p.p.

L'obbligo testimoniale viene assunto nell'esame dibattimentale davanti al giudice o nell'incidente probatorio o durante atti ulteriori davanti agli organi inquirenti: non, invece, nello stesso interrogatorio in cui viene resa la dichiarazione sul fatto altrui ¹³⁰.

¹²⁶ v. D. VIGONI, *Ius tacendi e diritto al confronto dopo la l. n.63 del 2001: ipotesi ricostruttive e spunti critici*, in Dir. pen. proc., 2002, p. 91.

¹²⁷ O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., p. 135 - 136.

¹²⁸ R. ORLANDI, *Dichiarazioni dell'imputato su responsabilità altrui: nuovo statuto del diritto al silenzio e restrizioni in tema d'incompatibilità a testimoniare*, in R. E. KOSTORIS (a cura di), *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, Torino, 2002, p. 164.

¹²⁹ Per una trattazione più approfondita, v. *infra* 7.

¹³⁰ Di diverso avviso D. VIGONI, *Ius tacendi e diritto al confronto dopo la l. n.63 del 2001: ipotesi ricostruttive e spunti critici*, cit. p. 92 - 93.

Se così non fosse, diritto al silenzio e obblighi testimoniali si cumulerebbero all'istante in capo al testimone-indagato, compromettendone la libertà morale, per esempio attraverso la minaccia del reato per false informazioni, rischiando di cadere nell'autoincriminazione ¹³¹.

Secondo altri, tuttavia, il mutamento di status avverrebbe immediatamente ¹³².

In caso di mancato avvertimento *ex art. 64 comma 3 lett. c c.p.p.*, le dichiarazioni rese su fatti concernenti la responsabilità di altri non potranno essere usate nei loro confronti e l'interrogato non potrà assumere, rispetto a tali fatti, l'ufficio di testimone (art. 64 comma 3 *bis c.p.p.*). L'omissione dell'avvertimento è sanzionata in ogni sede ¹³³.

In definitiva, gli avvertimenti *ex art. 64 comma 3 c.p.p.* risultano necessari in ogni fase del procedimento, rappresentando una prerogativa dell'autodifesa dell'interrogato. La norma copre tutte le dichiarazioni rilasciate, in presenza di un difensore, alla polizia giudiziaria, al pubblico ministero e al giudice ¹³⁴.

Sarebbero escluse, invece, notizie e indicazioni raccolte dalla polizia nel luogo e nell'immediatezza del fatto, che non possono essere documentate ¹³⁵.

La disciplina generale dell'interrogatorio, oltre che nell'art. 64 c.p.p., è contenuta nell'art. 65 c.p.p., che rafforza il diritto all'autodifesa dell'interrogato.

In seguito agli avvertimenti di cui all'art. 64 comma 3 c.p.p., l'autorità procedente deve contestare all'indagato, in forma chiara e precisa ¹³⁶, il fatto che gli è attribuito, deve rendergli noti gli elementi di prova a sfavore e, se non pregiudica le indagini, gliene rivela le fonti (art. 65 comma 1 c.p.p.).

¹³¹ E. AMODIO, *Giusto processo, diritto al silenzio e obblighi di verità sul fatto altrui*, cit., p. 3596.

¹³² v. P. TONINI, C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, XXII ed., 2021.

¹³³ V. PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, cit., p. 200 s.

¹³⁴ V. PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, cit., p. 194 s.

¹³⁵ R. ORLANDI, *Dichiarazioni dell'imputato su responsabilità altrui: nuovo statuto del diritto al silenzio e restrizioni in tema d'incompatibilità a testimoniare*, cit., p. 166.

¹³⁶ L'art. 6 par. 3 lett. a C.e.d.u. prevede il diritto di ogni accusato di <<essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico>>. L'art. 14 par. 3 lett. a Patto int. dir. civ. pol. garantisce all'accusato il diritto <<ad essere informato sollecitamente e in modo circostanziato, in una lingua a lui comprensibile, della natura e dei motivi dell'accusa a lui rivolta>>.

Invece, ai sensi dell'art. 111 comma 3 Cost., l'accusato deve essere, nel più breve tempo possibile, informato riservatamente di natura e motivi dell'accusa.

Dato che la contestazione dipende dalle investigazioni svolte fino a quel punto, l'addebito potrebbe essere sfuggente per l'indagato, pregiudicandone la difesa ¹³⁷. Non si fa nemmeno riferimento a una contestazione del titolo di reato specifica, sul probabile ed erroneo assunto che, nelle indagini preliminari, per una completa esplicazione dell'autodifesa, rileva più la conoscenza dei fatti che la qualificazione giuridica dell'addebito: la lacuna è censurabile in sede di legittimità costituzionale ¹³⁸.

Non devono essere rivelati obbligatoriamente gli elementi a discarico, la cui conoscenza consentirebbe però un migliore esercizio del diritto di difesa, rendendo l'indagato pienamente consapevole della propria situazione e per una migliore ponderazione delle strategie del difensore.

Il riferimento alla facoltà di non svelare le fonti di prova deve poi essere inteso in senso restrittivo, rappresentando l'eccezione ¹³⁹.

Bisogna ritenere che la contestazione dell'addebito vada adempiuta anche quando l'interrogato, all'inizio dell'interrogatorio, abbia dichiarato di volersi avvalere della facoltà di non rispondere, in modo tale da fornirgli altre informazioni cruciali per tutelarlo, nonostante la giurisprudenza, in una pronuncia risalente, sia stata di diverso avviso ¹⁴⁰.

Se il pubblico ministero ritiene quindi di interrogare l'indagato, deve mettere in conto di dovere svelare quanto scoperto fino a quel momento e la possibilità di un rifiuto di collaborare dell'inquisito ¹⁴¹.

L'ordinamento sanziona con la nullità intermedia ex art. 178 comma 1 lett. c c.p.p. la mancata contestazione o la contestazione scorretta, non rispettando la disciplina appena esaminata. La Suprema Corte ritiene comunque adempiuto l'obbligo di contestazione se dall'ordinanza cautelare risultano già gli elementi di prova e le fonti ¹⁴².

L'autorità procedente, dopo la contestazione dell'addebito, invita l'indagato ad esporre quanto ritiene utile per difendersi, fermo restando il diritto al silenzio.

¹³⁷ M. NOBILI, *La nuova procedura penale.*, cit., p. 88 - 89.

¹³⁸ O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., p. 148.

¹³⁹ O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., p. 149.

¹⁴⁰ Cass., sez. IV, 16 febbraio 2011, Zamboni, in *CED Cass.*, n. 250570.

¹⁴¹ O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., p. 151 s.

¹⁴² Cass., sez. III, 15 ottobre 1993, n. 1877, Maiolo.

Se la persona decide di rispondere, l'autorità procedente <<le pone direttamente domande>> (art. 65 comma 2 c.p.p.).

Le varie fasi dell'interrogatorio devono svolgersi nell'ordine stabilito dal legislatore: il cosiddetto interrogatorio in contropiede è bandito ¹⁴³.

Anche nel caso in cui l'interrogatorio venga reso davanti alla polizia giudiziaria, che, ai sensi dell'art. 350 comma 1 c.p.p., assume sommarie informazioni dall'indagato, non in stato di fermo o di arresto, le norme da applicarsi si rinvencono negli artt. 64 c.p.p. e seguenti.

L'indagato può rilasciare dichiarazioni spontanee, inutilizzabili però in dibattimento, eccetto quanto previsto dall'art. 503 comma 3 c.p.p. (art. 350 comma 7 c.p.p.).

4.2 *L'esame*

Nella fase dibattimentale, l'imputato può richiedere di essere sottoposto ad esame o lasciarsi sottoporre ad esame oppure, se ritiene, rilasciare dichiarazioni spontanee. L'imputato ha facoltà di rendere dichiarazioni in ogni stato del dibattimento, purché riferibili all'oggetto dell'imputazione e purché non siano di intralcio all'istruzione dibattimentale (art. 494 c.p.p.). Il mancato avvertimento della facoltà di renderle, peraltro, è soltanto un'irregolarità, non una nullità, tenuto conto del principio di tassatività (art. 177 c.p.p.) ¹⁴⁴.

¹⁴³ v. O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., p. 157, che fa notare l'interpretazione deviante della giurisprudenza della Cassazione che, per esempio, in Cass. sez. VI, 22 gennaio 1992, Frati, in *Riv. pen.*, 1993, p. 129 - 130, afferma che <<dal combinato disposto degli artt. 64 e 65 c.p.p., da un lato, e 294, quarto comma, dello stesso codice, dall'altro, non risulta affatto che, nell'interrogatorio della persona in stato di custodia cautelare, la contestazione debba avvenire all'inizio del compimento dell'atto, richiedendosi soltanto che venga contestato "in forma chiara e precisa il fatto" attribuito e "resi noti gli elementi di prova esistenti". Ne consegue che la contestazione può avvenire anche in un momento susseguente ad eventuali ulteriori domande rivolte dal giudice all'indagato>>. E ancora: <<del resto, l'esplicita esclusione, risultante dall'art. 65, primo comma, in ordine alla notificazione delle fonti di prova quando possa "derivarne pregiudizio per le indagini" conferma che il giudice ha la possibilità di utilizzare modalità di interrogatorio volte a realizzare la funzione di garanzia - alla base della previsione di cui all'art. 294 c.p.p., funzione entro la quale è insito l'accertamento, fra l'altro, dell'esistenza di gravi indizi di colpevolezza - in modo tale da non rivelare (o da rivelare soltanto indirettamente) le fonti di prova dell'addebito contestato>>.

¹⁴⁴ Cass., sez. III, 6 novembre 1997, n. 9981.

Nonostante parte della dottrina sia di diverso avviso, sostenendo che le dichiarazioni spontanee avrebbero sia natura argomentativa sia natura probatoria ¹⁴⁵, bisogna ritenere che l'istituto, non soggetto all'obbligo di verità, abbia funzione esclusivamente autodifensiva¹⁴⁶. La funzione autodifensiva, cioè riservare l'esercizio della facoltà soltanto alla persona a cui è riconosciuta, emerge con chiarezza considerando che non è ammissibile una rinuncia del difensore ad un'istanza dell'imputato volta a rinviare il dibattimento per rendere dichiarazioni spontanee ¹⁴⁷.

In verità, la giurisprudenza ha aggiunto la possibilità di ricavare elementi di prova dalle dichiarazioni spontanee o attribuirvi valenza di confessione ¹⁴⁸.

L'esame dell'imputato è un mezzo di prova, a cui l'imputato può chiedere di sottostare, oppure può accettare la richiesta di esame proveniente da altra parte processuale (art. 208 c.p.p.) ¹⁴⁹. Se così non fosse, l'imputato potrebbe essere costretto a sottoporsi all'esame, con un inammissibile potere inquisitorio del giudice che violerebbe l'autonomia della persona: l'esame è un atto eventuale ¹⁵⁰.

Si ammette che il consenso alla richiesta di esame proveniente da altra parte processuale possa essere espresso in forma scritta, orale o per fatti concludenti, purché in modo inequivocabile ¹⁵¹, e che possa essere revocato fino all'inizio dell'esame; la parte può poi non rispondere a singole domande ¹⁵², ma se ne fa menzione nel verbale.

Se l'imputato dovesse revocare il consenso successivamente, posto che non può essere costretto a sottoporsi all'esame, potrebbe allora intervenire il giudice disponendo

¹⁴⁵ v. A. MARANDOLA (a cura di), *Misure cautelari. Indagini preliminari. Giudizio*, V. II, in G. SPANGHER, A. MARANDOLA, G. GARUTI, L. KALB (diretto da), *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, Milano, 2015, p. 1120.

¹⁴⁶ D. SIRACUSANO, *Gli atti del dibattimento*, in SIRACUSANO - GALATI - TRANCHINA - ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, II, Milano, 2011.

¹⁴⁷ Cass., sez. III, 14 febbraio 2007, Mandarano, in *CED Cass.*, n. 237614.

¹⁴⁸ Cass., sez. V, 22 gennaio 2019, n. 2929.

¹⁴⁹ In Corte cost., sent. 24 maggio 1991, n. 221, in *Giur. cost.*, 1991, p. 1954, si afferma che «<la subordinazione dell'esame dell'imputato alla sua richiesta o al suo consenso assicura la conservazione del suo stato e della sua posizione in seno al dibattimento e impedisce che egli si trasformi in testimone volontario, fermo restando che non è affatto tenuto a discolarsi e che l'accusa deve provare la sua colpevolezza>>».

¹⁵⁰ E. APRILE, P. SILVESTRI, *Il giudizio dibattimentale*, in O. FANELLI (seconda serie diretta da), *Pratica giuridica. Dottrina e giurisprudenza nella casistica*, Milano, 2006, p. 286.

¹⁵¹ M. D'ANDRIA, *Art. 503 c.p.p.*, in *Comm. LATTANZI - LUPO*, 2 ed., VII, Milano, 2003, p. 202.

¹⁵² F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 724.

l'assunzione di nuovi mezzi di prova per cercare di compensare l'eventuale pregiudizio arrecato alle altre parti ¹⁵³.

Secondo la giurisprudenza maggioritaria, il giudice non può desumere elementi o indizi di prova a carico dell'imputato che, nella propria strategia di difesa, rinuncia all'esame, considerando il suo diritto al silenzio e l'onere della prova gravante sull'accusa ¹⁵⁴.

Se invece, dopo che l'imputato ne ha fatto richiesta, l'esame non viene assunto, si determina una nullità generale a regime intermedio, sanata in caso di mancata eccezione dopo che sono state acquisite le prove a carico, quando bisogna procedere all'esame ¹⁵⁵.

Se il dibattimento si svolge a carico di più soggetti e le parti vogliono sentire l'imputato sulla responsabilità di altri coimputati, si possono verificare tre ipotesi ¹⁵⁶:

1. Nei casi di connessione debole *ex art. 12 comma 1 lett. c c.p.p.* e di collegamento *ex art. 371 comma 2 lett. b c.p.p.*, l'accusato ha reso precedentemente dichiarazioni su fatti altrui: allora l'imputato potrebbe trasformarsi in testimone assistito.

2. Sempre nei casi di connessione debole e collegamento, l'accusato non ha reso precedentemente dichiarazioni su fatti altrui. Ma se dovesse rispondere in dibattimento, diventerebbe testimone assistito.

3. Nei casi di connessione forte *ex art. 12 comma 1 lett. a c.p.p.*, l'imputato ha reso precedentemente dichiarazioni su fatti altrui: non si avrebbe testimonianza assistita.

L'imputato deve ricevere gli avvertimenti *ex art. 64 comma 3*. ¹⁵⁷

Le garanzie riconosciute all'accusato comprendono la facoltà di non sottoporsi all'esame, di non rispondere a singole domande, di rifiutare del tutto di rispondere e di non autoincriminarsi rispetto a fatti ulteriori a quelli dell'imputazione. Tali garanzie rischiano però di essere compromesse, con conseguente compressione del diritto di non smascherarsi¹⁵⁸.

¹⁵³ O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., p. 290.

¹⁵⁴ v. A. MARANDOLA (a cura di), *Misure cautelari. Indagini preliminari. Giudizio*, cit., p. 1232. Per la giurisprudenza, v. Cass. 19 gennaio 2010, n. 9239, in *CED Cass.*, n. 246233 e Cass., 22 dicembre 1998, n. 2337, in *Cass. pen.*, 2000, p. 725.

¹⁵⁵ Cass., sez. III, 14 novembre 2013, Geloso, in *CED Cass.*, n. 258001.

¹⁵⁶ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2003, p. 244 s. Al riguardo, v. *infra* 7.

¹⁵⁷ La Corte cost., 4 giugno 2003, n. 191, ha rilevato la sostanziale equivalenza tra interrogatorio ed esame, sia al fine di difendersi sia a fini probatori.

¹⁵⁸ v. O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., p. 302 - 303.

L'imputato potrebbe innanzitutto acconsentire alla richiesta di esame proveniente da un'altra parte per evitare l'eventuale lettura dei verbali di dichiarazioni precedenti, rese al pubblico ministero o alla polizia giudiziaria o al giudice nel corso delle indagini preliminari o nell'udienza preliminare (art. 513 comma 1 c.p.p.). Il rifiuto di collaborare, non sottoponendosi all'esame, verrebbe così indirettamente sanzionato, annullando l'effettività del diritto di difesa ¹⁵⁹.

L'imputato potrebbe allora sottoporsi all'esame e avvalersi parzialmente del diritto al silenzio per singole domande, evitando la lettura *ex art. 513 comma 1 c.p.p.* ¹⁶⁰: così facendo, le sue risposte potrebbero rivelarsi del tutto inverosimili, vanificando la soluzione¹⁶¹.

Altra situazione che rischia di condizionare l'imputato è la sua eventuale testimonianza sul fatto altrui nello stesso dibattimento in cui è accusato, se in precedenza ha reso dichiarazioni sulla responsabilità di coimputati nel *simultaneus processus* per reati connessi o collegati *ex artt. 12 comma 1 lett. c e 371 comma 2 lett. b c.p.p.* L'imputato sarebbe così costretto a deporre, con prevedibili conseguenze sul piano psicologico ¹⁶².

L'imputato non è poi vincolato da obblighi di verità, essendo incompatibile con l'ufficio di testimone, con le eccezioni della simulazione di reato e della calunnia.

Durante l'esame, l'imputato potrebbe confessare. Secondo giurisprudenza costante, la confessione, anche senza riscontri esterni ¹⁶³, può essere sufficiente per affermare la colpevolezza del dichiarante dopo che il giudice, apprezzando tutte le emergenze processuali, ne abbia verificato veridicità, attendibilità e genuinità, escludendo l'autocalunnia o la costrizione e dandone puntuale spiegazione in motivazione ¹⁶⁴.

¹⁵⁹ O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., p. 305.

¹⁶⁰ M. NOBILI, *La nuova procedura penale.*, cit., p. 299. S. CORBETTA ritiene invece che la lettura possa essere ammessa anche nel caso in cui l'imputato non risponda a singole domande (*La lettura dei verbali di dichiarazioni rese dall'imputato e dal coimputato nel contesto della riforma del "giusto processo" (art. 513 c.p.p.)*, in P. TONINI (a cura di), *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova (legge 1 marzo 2001, n. 63)*, Padova, 2001, p. 515 - 516.

¹⁶¹ O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., p. 307.

¹⁶² O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., p. 310 - 311.

¹⁶³ Ma, è il caso di aggiungere, considerando circostanze oggettive e soggettive della dichiarazione (Cass., sez. IV, 1 febbraio 2018, n. 4907).

¹⁶⁴ Cass., sez. I, 13 maggio 2015, Tornicchio e altri, in *CED Cass.*, n. 264746; Cass., sez. I, 4 marzo 2008, Abbrescia, in *CED Cass.*, n. 240114; Cass., sez. I, 22 maggio 1997, n. 4790; Cass., sez. I, 18 marzo 1992, n. 3209, Matha.

Inoltre, il giudice potrebbe ritenere veritiera solo una parte della confessione, scindendo la dichiarazione ¹⁶⁵.

Se poi, dopo aver confessato, l'imputato ritratta, il giudice dovrà criticamente vagliare confessione e ritrattazione, indagandone le ragioni ¹⁶⁶.

Ovviamente il silenzio dell'imputato non può valere come confessione tacita, sia perché è un suo diritto, sia per mere constatazioni empiriche: l'imputato potrebbe rifiutarsi di rispondere per proteggere i propri cari o per timore di qualsivoglia conseguenza negativa, per inevitabile rassegnazione dovuta a una forma di depressione, per il peso psicologico del contesto in cui si trova ¹⁶⁷.

Da qui la marcata differenza tra un autentico sistema accusatorio e un sistema inquisitorio, che invece mette sotto pressione l'accusato per farlo confessare e si avvinghia alla sua confessione.

Nel sistema inquisitorio la confessione assurge al rango di prova regina, che quasi rende superflue le altre, rappresentando un vero e proprio trionfo sull'individuo, che si accolla le sue colpe e si condanna da solo, facendosi verità tangibile ¹⁶⁸.

5. Il diritto al silenzio e il diritto di mentire

La facoltà di mentire, oltre che di non rispondere, è discussa.

Innanzitutto, un'eventuale facoltà di mentire non comprende la declinazione delle proprie generalità ¹⁶⁹, a pena di sanzione penale *ex artt.* 495 e 651 c.p.

¹⁶⁵ Cass., sez. I, 21 ottobre 1994, Riola, in *CED Cass.*, n. 200072.

¹⁶⁶ Cass., sez. I, 21 febbraio 1995, n. 1699.

¹⁶⁷ v. P. GIANNITI, *La valutazione della prova penale. Fascicolo del dibattimento - Verbali - Testimonianza - Esame dell'imputato - Chiamata di correo - Perizia - Consulenza tecnica - Prova documentale - Intercettazioni - Indizi - Prove atipiche - Sentenze*, in P. CENDON (collana diretta da), *Giurisprudenza critica*, Torino, 2005, p. 151.

¹⁶⁸ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, cit., p. 41 - 42.

¹⁶⁹ v. Cass., sez. V, 6 dicembre 2021, n. 4264.

Altro limite è la calunnia, reato che può consumarsi anche durante l'interrogatorio ¹⁷⁰: non è possibile, essendo a conoscenza della sua innocenza, accusare consapevolmente qualcuno di un reato ¹⁷¹ (ma è ammissibile che in delle dichiarazioni strettamente funzionali all'esercizio del diritto di difesa sia implicita una falsa incolpazione ¹⁷²).

In via generale, il diritto di mentire, come ulteriore estrinsecazione del diritto di difendersi¹⁷³, sarebbe quindi ammesso solo in relazione al fatto proprio e non alla responsabilità altrui, escludendo, per di più, la simulazione di reato (art. 367 c.p.).

La giurisprudenza ha ammesso che la menzogna possa costituire argomento di prova, anche se complementare e residuale rispetto a un quadro probatorio univoco nel senso della colpevolezza dell'imputato e senza che possa intaccarsi l'onere della prova gravante sull'accusa ¹⁷⁴.

In tema di riparazione per l'ingiusta detenzione, nonostante la Suprema Corte riconosca la legittimità della menzogna, la tiene poi in considerazione ai fini dell'accertamento della sussistenza del dolo o della colpa grave, che impediscono il riconoscimento del diritto ¹⁷⁵.

La Cassazione, poi, nega la possibilità di assimilare il mendacio al silenzio per l'equivocità delle dichiarazioni false ¹⁷⁶.

¹⁷⁰ Cass., sez. VI, 13 maggio 2008, n. 240790: <<Le dichiarazioni "indizianti" evocate dall'art. 63, comma primo, cod. proc. pen. sono quelle rese da un soggetto sentito come testimone o persona informata sui fatti che riveli circostanze da cui emerga una sua responsabilità penale, non invece quelle attraverso le quali il medesimo soggetto realizzi il fatto tipico in una determinata figura di reato quale il favoreggiamento personale, la calunnia o la falsa testimonianza>>. V. anche Cass., sez. VI, 20 novembre 2003, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3847.

¹⁷¹ v. anche Cass., sez. II, 1 luglio 2009, n. 28620, Ostuni, Rv. 244730.

¹⁷² v. Cass., sez. VI, 16 aprile 2015, n. 18755.

¹⁷³ Cass., sez. I, 24 novembre 1986, Pravatà e altri, in *Foro.it*, 1987, II, c. 416: <<La reticenza o la menzogna dell'imputato non sono, nell'ordinamento vigente, suscettibili di effetti pregiudizievole [...] Ed è questa una scelta di rilievo sistematico-storico-politico che dà l'avvio ad una visione del processo quale strumento di difesa delle libertà: il processo, cioè, deve servire - in ossequio al disposto dell'art. 27 comma 2 Cost. - soprattutto all'imputato, alle sue ragioni e alla sua causa>>.

¹⁷⁴ Cass., sez. I, 23 gennaio 2012, n. 2653.

¹⁷⁵ Cass., sez. IV, 18 dicembre 2008, n. 242757: <<In tema di riparazione per l'ingiusta detenzione, l'esercizio, da parte dell'indagato, della facoltà di non rispondere in sede di interrogatorio, la reticenza e persino la menzogna costituiscono legittimo esercizio del diritto di difesa, ma possono rilevare ai fini dell'accertamento della sussistenza della condizione ostativa del dolo o della colpa grave quando l'interessato non abbia riferito circostanze, ignote agli inquirenti, utili ad attribuire un diverso significato agli elementi posti a fondamento del provvedimento cautelare>>. E, ancora, Cass. pen. sez. IV, 29 ottobre 2008, n. 242755: <<In tema di riparazione per l'ingiusta detenzione, il giudice, per valutare la sussistenza della colpa grave ostativa al riconoscimento del diritto, può prendere in esame il comportamento silenzioso o mendace pur legittimamente tenuto dall'interessato nel procedimento penale, poiché il diritto all'equa riparazione presuppone una condotta dell'interessato idonea a chiarire la sua posizione mediante l'allegazione di quelle circostanze, a lui note, che contrastino l'accusa, o vincano ragioni di cautela>>. Per una pronuncia più recente, v. Cass., sez. IV, 2 dicembre 2020, Gallo, in *CED Cass.*, n. 280082.

¹⁷⁶ Cass., sez. IV, 20 gennaio 2022, Pacifico, in *CED Cass.*, n. 282581.

E, ancora, valuta il mendacio ai fini della determinazione della pena: per aggravarla ¹⁷⁷, per non disporre la sospensione condizionale ¹⁷⁸, per negare le attenuanti generiche ¹⁷⁹.

L'indirizzo non convince: in quanto espressione di un diritto di rilievo costituzionale, al mendacio non dovrebbero riconnettersi conseguenze negative ¹⁸⁰. Anche perché, come ricordato dalla stessa Corte Suprema, un diritto processuale non può trasformarsi in un pregiudizio per chi lo esercita ¹⁸¹.

Il mendacio, in quanto componente dell'autodifesa, potrebbe considerarsi coperto dalla scriminante di cui all'art. 51 c.p. (<<Esercizio di un diritto o adempimento di un dovere>>)¹⁸². Se è così, la menzogna non può essere valutata negativamente ¹⁸³.

Una sua valutazione probatoria sarebbe anche per lo più inutile. Si consideri l'ipotesi di accertata falsità di un alibi: le prove dell'accertamento sarebbero già di per sé sufficienti ad escludere l'apprezzamento diretto delle risposte dell'interrogato ¹⁸⁴.

La Suprema Corte ha comunque valutato l'alibi costruito, cioè <<indicativo di una maliziosa preordinazione difensiva>>, come indizio a carico dell'imputato, seppure nel contesto della situazione processuale concreta e degli altri elementi indiziari. L'ha però giustamente distinto dall'alibi fallito, cioè non pienamente dimostrato, che non può avere valenza indiziante, nel rispetto dell'onere della prova gravante sull'accusa ¹⁸⁵.

È però ipocrita riconoscere la facoltà di mentire, ma avvolgerla in un clima inquisitorio di sospetto. Per esempio, dovesse risultare che l'imputato ha mentito durante l'esame, non potrebbe formarsi un pregiudizio (giuridico, non psicologico, ovviamente) sulla sua credibilità e attendibilità, infettando la menzogna tutto il resto, proprio perché, altrimenti, il diritto di mentire non avrebbe alcun senso.

¹⁷⁷ Cass., sez. VI., 16 ottobre 1989, Battaglia, in *Riv. pen.*, 1990, p. 1076.

¹⁷⁸ Cass., sez. VI, 16 febbraio 1984, Rampuglia, in *Riv. pen.*, 1985, p. 94.

¹⁷⁹ Cass., sez. II, 27 febbraio 1997, Zampella, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 1120, con motivazione e con nota di R. LOPEZ. Invece, in senso contrario, v. Cass., sez. V, 14 settembre 2017, n. 57703.

¹⁸⁰ E. DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, 1979, p. 316. Per un'opinione contraria, invece, v. F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 255.

¹⁸¹ Cass. sez. III, 26 ottobre 1995, Flamini, in *Cass. pen.*, 1997, p. 988, m. 587.

¹⁸² G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, Torino, 2007, p. 156.

¹⁸³ V. GREVI, <<*Nemo tenetur se detegere*>>., cit., p. 54 - 57.

¹⁸⁴ O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., p. 380.

¹⁸⁵ Cass., sez. VI, 19 febbraio 2020, Prota Donato, in *CED Cass.*, n. 278878.

Si deve ritenere che dal diritto al silenzio discenda quindi la facoltà di mentire ¹⁸⁶, espressione dell'autodifesa attiva ¹⁸⁷.

6. Valutare il diritto al silenzio

Come già visto nel caso della menzogna, la valutazione negativa del diritto al silenzio può comprometterne l'esercizio ¹⁸⁸.

Avvalersene *in toto* di per sé è un fatto neutro, non idoneo ad essere apprezzato ¹⁸⁹. Nei casi di silenzio a singole domande, invece, la giurisprudenza ha valutato il contegno dell'imputato ai fini della prova ¹⁹⁰.

Si è poi ritenuto che l'esercizio del diritto al silenzio, durante l'interrogatorio, possa contribuire alla mancata concessione delle attenuanti generiche ¹⁹¹ e lo si è considerato come criterio per la determinazione della pena ai sensi dell'art. 133 c.p. ¹⁹²

¹⁸⁶ Sotto il c.p.p. del 1930, si era invece prospettato di vincolare l'imputato a un obbligo di verità, presupponendo che rientrasse nel suo interesse (v. F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, II, Roma, 1946, p. 169).

¹⁸⁷ C. TAORMINA, *Silenzio e mendacio dell'imputato sui suoi procedimenti penali*, in *Giur. cost.*, 1976, p. 1454.

¹⁸⁸ Secondo V. GREVI, <<*Nemo tenetur se detegere*>>., cit., p. 126, il riconoscimento <<di un vero e proprio diritto al silenzio esclude, infatti, che dall'esercizio di quel diritto, che si inquadra nella più ampia area di esplicazione dell'autodifesa, sia consentito desumere degli elementi di convincimento a favore delle tesi d'accusa>>.

¹⁸⁹ P. FELICIONI, *Brevi osservazioni sull'esame dibattimentale dell'imputato: l'operatività del diritto al silenzio*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 8.

¹⁹⁰ Cass., sez. III, 1 marzo 1982, Di Bitetto, in *Cass. pen.*, 1997, p. 1078, m. 669: <<il principio secondo cui l'imputato non ha l'obbligo di rispondere alle contestazioni che gli vengono rivolte non comporta una limitazione legale della sfera del libero convincimento giudiziale, che può legittimamente esercitarsi anche sulla portata significativa del silenzio mantenuto dall'interrogato in circostanze in cui, potendo fornire indicazioni di dati che potrebbero scagionarlo e contribuire all'accertamento della verità, si rifiuti di farlo. In tal caso non può dirsi che il silenzio, garantito all'imputato come oggetto di un suo diritto processuale, venga utilizzato in contrasto con tale garanzia come tacita confessione di reità, giacché il convincimento di reità nel giudice viene a formarsi non sulla valorizzazione confessoria del silenzio, bensì sulla valorizzazione in senso probatorio di elementi già idonei a suffragare un giudizio di colpevolezza, in ordine ai quali il silenzio del soggetto viene ad assumere valore di mero riscontro obiettivo>>.

¹⁹¹ Cass., sez. III, 19 gennaio 2021, Loussaief Boulbaba, n. 9345.

¹⁹² v. *infra* 6.

Se è vero che il comportamento dell'imputato deve ispirarsi alla lealtà processuale ¹⁹³, è anche vero però che il legittimo esercizio di un diritto di rilevanza costituzionale - il diritto al silenzio, appunto - non può contribuire a una valutazione in negativo della stessa.

Il silenzio, di per sé solo insufficiente a tal fine ¹⁹⁴, assumerebbe quindi rilievo nel contesto delle altre risultanze processuali, sull'assunto che chi è innocente di solito ha interesse a difendersi ¹⁹⁵. Ma ricavare indizi di colpevolezza dal silenzio violerebbe la presunzione di innocenza di cui all'art. 27 comma 2 Cost.: bisogna allora svestire il silenzio da ogni rilevanza probatoria, a prescindere dalla sede e dai motivi di esercizio dello *ius tacendi* ¹⁹⁶.

La giurisprudenza di legittimità non ha seguito questa strada, permettendo di prendere in considerazione il comportamento silente dell'imputato per ricavarne argomenti di prova, pur premurandosi di sottolineare come, in ogni caso, la valutazione del silenzio non possa comportare l'inversione dell'onere probatorio gravante sull'accusa ¹⁹⁷.

Si è inoltre ritenuto che, in presenza di elementi di prova gravi e univoci nella direzione della responsabilità dell'imputato, spetterebbe a quest'ultimo presentare una versione alternativa in grado di metterli in discussione ¹⁹⁸.

La Suprema Corte ha ritenuto che il giudice, prendendo in considerazione la condotta processuale dell'imputato, possa valutare il suo silenzio su circostanze che potrebbero scagionarlo ¹⁹⁹.

¹⁹³ v. Cass., Sez. un., 24 maggio 2012, Biondi, in *CED Cass.*, n. 253152, dove si afferma che esercitare il diritto di difesa, comprendente silenzio e menzogna, non autorizza l'imputato a violare il principio della lealtà processuale, a cui devono ispirarsi tutti i soggetti del procedimento e la cui violazione è valutabile dal giudice.

¹⁹⁴ Secondo E. ROSSO, *Reato continuato e diritto al silenzio. A proposito di una sorprendente sentenza*, GP, 2012, II, 239, «né dalla condizione di contumacia, come del resto dal diritto al silenzio, è legittimo inferire elementi di responsabilità. Alla scelta di non “contraddire”, il giudice non dovrà corrispondere con un obbligo di motivazione in ordine alla infondatezza delle ragioni della difesa, dovendosi la sua verifica muovere solo sul piano di generiche massime di esperienza e non anche su quello di spiegazioni alternative degli accadimenti, evidentemente non prospettate».

¹⁹⁵ G. FOSCHINI, *Sistema di diritto processuale penale*, I, Milano, 1965, p. 437 - 438.

¹⁹⁶ O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., p. 371 s.

¹⁹⁷ Cass., sez. I, 26 ottobre 2011, M., in *CED Cass.*, n. 251828: «La negazione o il mancato chiarimento, da parte dell'imputato, di circostanze valutabili a suo carico nonché la menzogna o il semplice silenzio su queste ultime possono fornire al giudice argomenti di prova solo con carattere residuale e complementare ed in presenza di univoci elementi probatori di accusa, non potendo determinare alcun sovvertimento dell'onere probatorio». V. anche Cass., Sez. un., 22 febbraio 1993, MCP, 192469.

¹⁹⁸ Cass., sez. II, 11 aprile 2019, n. 32732.

¹⁹⁹ Cass., sez. II, 12 febbraio 2020, n. 16036; Cass., sez. II, 28 gennaio 2015, n. 6348.

Di conseguenza, anche se il silenzio non può assurgere al rango di prova né di implicita ammissione di responsabilità, viene così inserito all'interno delle risultanze probatorie, a conferma di queste ultime ²⁰⁰.

Nello stesso senso, come già ricordato, si è mossa anche la Corte e.d.u. Escludendo l'assolutezza del diritto al silenzio, ha ammesso la possibilità di intendere l'omessa spiegazione da parte dell'accusato come argomento di prova, quando le prove raccolte indichino la sua colpevolezza in maniera consistente e fermo restando il rispetto della presunzione di innocenza ²⁰¹.

Ha così ancorato la degradazione del diritto al silenzio alle circostanze specifiche del caso, ammettendo un ampio margine di discrezionalità per il giudice nel ricavare deduzioni probatorie ²⁰².

La Corte di Strasburgo ha poi in parte aggiustato il tiro, sottolineando che le circostanze specifiche del caso devono essere valutate considerando anche ogni altro possibile motivo per cui l'imputato o l'indagato abbia scelto di tacere, in presenza di prove consistenti, tali da attestarne la colpevolezza: dietro all'esercizio del diritto al silenzio non si cela necessariamente l'incapacità di controbattere all'accusa ²⁰³.

In ogni caso, se dopo essere rimasto silente, l'imputato decide di collaborare, il giudice, secondo la Corte, non può più valutare negativamente il silenzio ²⁰⁴.

Conforme all'interpretazione della Cassazione e della Corte e.d.u. pare essere la direttiva 2016/343/UE sul rafforzamento della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo, per cui, al considerando 28, «l'esercizio del diritto al silenzio o del diritto di non autoincriminarsi non dovrebbe essere utilizzato contro l'indagato o imputato né essere considerato di per sé quale prova che l'indagato o imputato in questione abbia commesso il reato ascrittogli. Ciò dovrebbe lasciare impregiudicate le norme nazionali in materia di

²⁰⁰ Cass., sez. I, 26 ottobre 2011, n. 2653.

²⁰¹ Corte e.d.u., 8 febbraio 1986, John Murray c. Regno Unito. V. anche Corte e.d.u., 7 aprile 2015, O'Donnell c. Regno Unito.

²⁰² v. V. PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, cit., p. 327.

²⁰³ Corte e.d.u., 8 ottobre 2002, Beckles c. Regno Unito.

²⁰⁴ Corte e.d.u., 2 maggio 2000, Condron c. Regno Unito.

valutazione della prova da parte di tribunali o giudici, a condizione che i diritti della difesa siano rispettati>> ²⁰⁵.

Nonostante la precisazione per cui tale valutazione sarebbe comunque complementare agli elementi di prova acquisiti ²⁰⁶, come riscontro negativo, resta il fatto che la neutralità del diritto venga così messa a repentaglio. Il diritto verrebbe circoscritto o addirittura annullato, ricollegando al suo esercizio conseguenze negative per l'accusato ²⁰⁷.

La Cassazione, pur esprimendosi in senso conforme ai giudici di Strasburgo e al diritto dell'UE, ben potrebbe garantire una tutela superiore ²⁰⁸, per una piena garanzia dei principi costituzionali richiamati in materia (artt. 2, 13, 24 comma 2, 27 comma 2 e 111 Cost.).

Considerare il silenzio come argomento di prova significa minare l'onere della prova dell'accusa, trascurare la presunta ignoranza sui fatti dell'imputato, condizionandone la libertà di autodeterminazione ²⁰⁹.

Per di più, come si diceva, si è utilizzato lo *ius tacendi* come criterio per la determinazione della pena ai sensi dell'art. 133 c.p., includendolo nella valutazione della capacità a delinquere dell'imputato, in particolare per quanto riguarda il suo comportamento contemporaneo o successivo al reato. Anche qui il diritto di rimanere in silenzio si trasforma in un pregiudizio per chi se ne avvale, davanti a un potere esercitabile discrezionalmente dal giudice.

Pure in tema di riparazione per l'ingiusta detenzione si era affermata un'interpretazione secondo cui il diritto al silenzio, nonostante la sua legittimità, potesse comportare delle conseguenze negative per il soggetto interessato, che avrebbe dovuto spiegare e chiarire, per sconfiggere la credibilità degli elementi a suo carico ²¹⁰.

²⁰⁵ v. J. DELLA TORRE, *Il paradosso della direttiva sul rafforzamento della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo: un passo indietro rispetto alle garanzie convenzionali?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1862 s.

²⁰⁶ Cass., sez. III, 19 settembre 2019, C., in *CED Cass.*, n. 277259; Cass., sez. II, 21 aprile 2010, Di Perna, in *CED Cass.*, n. 247426.

²⁰⁷ E. MARZADURI, *L'identificazione del contenuto del diritto di difesa nell'ambito della previsione dell'art. 6 n. 3 lett. c) della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, in *Arch. pen.*, 1996, p. 184.

²⁰⁸ P. MOSCARINI, *Il silenzio dell'imputato sul fatto proprio secondo la Corte di Strasburgo e nell'esperienza italiana*, in *Riv. it. proc. pen.*, 2006, p. 634.

²⁰⁹ L. CARBONI, *La valutazione probatoria del silenzio: critiche e prospettive*, in *Proc. pen. giust.*, 2018.

²¹⁰ Cass., sez. IV, 11 aprile 2018, n. 31663.

In materia è però intervenuto il d.lgs. 8 novembre 2021, n. 188, modificando l'art. 314 c.p.p. e disponendo che <<l'esercizio da parte dell'imputato della facoltà di cui all'art. 64 comma 3 lett. b non incide sul diritto alla riparazione>>.

La Cassazione ha quindi virato: <<la modifica legislativa esclude la rilevanza, a fini riparativi, della scelta difensiva di non rispondere, ed impone di precisare che il divieto di valorizzare l'esercizio della facoltà difensiva di difendersi tacendo non conosce alcuna limitazione, non potendo, in nessun caso, il giudice della riparazione fare ricorso a siffatto comportamento difensivo per affermare la sussistenza della condotta ostativa>>²¹¹.

In tema di misure coercitive, invece, la Suprema Corte ha valorizzato l'assenza di collaborazione dell'indagato, che non controbatte alle dichiarazioni della persona offesa, per ritenere la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza²¹².

Può infine essere ricordata, in quanto particolarmente emblematica, la giurisprudenza sul reato di ricettazione: la Cassazione ha stabilito che l'imputato debba dare una spiegazione attendibile dell'origine del possesso delle cose, travestendo da <<onere di allegazione di elementi>> un inammissibile onere probatorio²¹³.

Il diritto al silenzio ne esce indebolito, nel contesto di una giustizia penale sferzata da spinte inquisitorie, che attaccano la difesa e rischiano di intaccare i pilastri della nostra democrazia²¹⁴.

7. Il diritto al silenzio e il fatto altrui

L'imputato potrebbe rendere dichiarazioni sulla responsabilità altrui. In questo caso, il diritto al silenzio entra in collisione con il diritto al contraddittorio (art. 111 comma 3 Cost.) del terzo chiamato in causa, che diviene imputato.

Da qui la questione se l'imputato, che ha reso dichiarazioni sulla responsabilità altrui, rispetto a tali dichiarazioni rimanga imputato o assuma l'ufficio di testimone.

I contributi probatori all'accertamento del fatto altrui comprendono l'esame degli imputati concorrenti nel medesimo reato (e situazioni assimilate), l'esame degli imputati collegati o

²¹¹ Cass., sez. IV, 12 aprile 2022, Perelli, in *CED Cass.*, n. 283241.

²¹² Cass. sez. III, 30 settembre 2014, Yordanov, in *CED Cass.*, n. 260967.

²¹³ Cass., sez. II, 2 novembre 2022, n. 3490.

²¹⁴ v. L. FERRAJOLI, *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, Napoli, 2014, p. 154

connessi teleologicamente, la testimonianza assistita prima della sentenza irrevocabile e la testimonianza assistita degli imputati giudicati ²¹⁵.

Sulla materia, come già ricordato, è intervenuta la legge 1 marzo 2001, n. 63.

Prima della riforma, il codice non distingueva le ipotesi di connessione di imputazioni, includeva anche il collegamento probatorio tra reati non connessi e lasciava libero l'imputato di esercitare il diritto al silenzio ²¹⁶.

La disciplina introdotta dalla legge 1 marzo 2001, n. 63, sfocia in un sistema complesso e sconnesso, costellato da una molteplicità di dichiaranti ²¹⁷. Il risultato è un ridimensionamento del diritto al silenzio, nel bilanciamento con l'obbligo di testimoniare sul fatto altrui. Il diritto al silenzio si ritrova assediato su più fronti, rischiando di essere compromesso ²¹⁸.

La materia ruota intorno a due figure ibride: il testimone assistito (art. 197 *bis* c.p.p.) e il cosiddetto impumone (art. 210 c.p.p.).

L'imputato è connesso o collegato quando il suo procedimento ha, rispetto al procedimento principale, un rapporto di connessione (art. 12 c.p.p.) o di collegamento probatorio (art. 371 comma 2 lett. *b*): a questi soggetti si applica l'art. 210 c.p.p., che dispone una diversa regolamentazione a seconda del tipo di connessione ²¹⁹.

Il legislatore ha modificato la disciplina di cui agli artt. 12 e 371 c.p.p. (connessione e collegamento). L'art. 12 comma 1 lett. *c* c.p.p. è stato circoscritto alla sola connessione teleologica, cioè <<se dei reati per cui si procede gli uni sono stati commessi per eseguire o per occultare gli altri>>, rimuovendo la connessione occasionale o consequenziale tra più reati (cioè reati commessi per conseguire o assicurare, al colpevole o ad altri, il profitto, il prezzo, il prodotto o l'impunità di altri reati), adesso ricompreso nell'ipotesi di collegamento investigativo tra i diversi uffici di procura procedenti, di cui all'art. 371 comma 2 lett. *b* c.p.p. ²²⁰

²¹⁵ v. P. TONINI, C. CONTI, *Lineamenti di diritto processuale penale*, cit., p. 195.

²¹⁶ v. P. GIANNITI, *La valutazione della prova penale*, cit., p. 156.

²¹⁷ v. M. NOBILI, *Giusto processo e indagini difensive: verso una nuova procedura penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 5.

²¹⁸ P. CORSO, *Diritto al silenzio: garanzia da difendere o ingombro processuale da rimuovere?*, in *Ind. pen.*, 1999, p. 1080 - 1081.

²¹⁹ v. P. TONINI, C. CONTI, *Lineamenti di diritto processuale penale*, cit., p. 196.

²²⁰ V. PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, cit., p. 162 s.

La legge ha toccato anche la riunione dei processi. Ha ricondotto all'art. 17 comma 1 c.p.p., sulla riunione di processi pendenti nello stesso stato e grado e davanti al medesimo giudice, i casi di cui all'art. 371 comma 2 lett. *b* c.p.p., riguardanti proprio i reati commessi gli uni in occasione degli altri, escludendo la riunione quando determini un ritardo nella definizione dei processi ²²¹.

Si analizza brevemente, di seguito, la disciplina dei contributi probatori dell'imputato connesso o collegato, rispetto al principio del *nemo tenetur se detegere* ²²².

L'imputato concorrente nel medesimo reato e in situazioni assimilate (art. 12 comma 1 lett. *a* c.p.p.) non può assumere l'ufficio di testimone finché il suo procedimento non venga definito con sentenza irrevocabile (art. 197 comma 1 lett. *a*). Di conseguenza, se l'imputato concorrente non si avvale del diritto al silenzio, non ha obbligo di verità ²²³.

Gli imputati collegati o connessi teleologicamente, cioè nei casi di collegamento *ex art.* 371 comma 2 lett. *b* c.p.p. e di connessione debole (art. 12 comma 1 lett. *c* c.p.p.), che non hanno reso dichiarazioni precedenti sulla responsabilità dell'imputato, possono avvalersi della facoltà di non rispondere (art. 210 comma 4 c.p.p.). Sono avvertiti che, se renderanno dichiarazioni aventi ad oggetto la responsabilità altrui, assumeranno la qualifica di testimone rispetto a tali fatti (art. 64 comma 3 lett. *c* c.p.p.). Gli imputati collegati o connessi teleologicamente, se non si avvalgono del diritto al silenzio, non sono vincolati dall'obbligo di verità. Se però rendono dichiarazioni su fatti riguardanti la responsabilità di altro imputato collegato o connesso teleologicamente, assumono la veste di testimone assistito rispetto a tali fatti (art. 210 comma 6 c.p.p.) ²²⁴.

Nella testimonianza assistita, il coinvolgimento del dichiarante rispetto alla regiudicanda è attenuato.

L'istituto (art. 197 *bis*) è stato introdotto dalla legge 1 marzo 2001, n. 63, che ha ridotto il perimetro dell'incompatibilità a testimoniare. Bisogna distinguere due ipotesi: la testimonianza assistita prima della sentenza irrevocabile e la testimonianza assistita degli imputati giudicati ²²⁵.

²²¹ V. PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, cit., p. 162 s.

²²² v. P. TONINI, C. CONTI, *Lineamenti di diritto processuale penale*, cit., p. 197 s.

²²³ v. P. TONINI, C. CONTI, *Lineamenti di diritto processuale penale*, cit., p. 197 s.

²²⁴ v. P. TONINI, C. CONTI, *Lineamenti di diritto processuale penale*, cit., p. 197 s.

²²⁵ v. P. TONINI, C. CONTI, *Lineamenti di diritto processuale penale*, cit., p. 197 s.

L'obbligo di verità degli imputati, ancora sotto processo, connessi teleologicamente o collegati (art. 371 comma 2 lett. *b* e art. 12 comma 1 lett. *c* c.p.p.), che hanno reso dichiarazioni su fatti altrui (art. 197 *bis* comma 2 c.p.p.), è limitato a tali fatti. L'obbligo di verità non copre, invece, i fatti propri ²²⁶.

Gli imputati, già giudicati con sentenza definitiva, connessi o collegati di qualsiasi tipo (art. 12 comma 1 lett. *a* e *c*; art. 371 comma 2 lett. *b* c.p.p.), possono essere sempre chiamati a deporre come testimoni assistiti in un procedimento collegato o connesso, senza che abbiano mai reso dichiarazioni sulla responsabilità altrui e senza la necessità dell'avvertimento di cui all'art. 64 comma 3 lett. *c* c.p.p. ²²⁷

Su questi ex imputati grava un obbligo di verità che si estende sia ai fatti altrui sia ai fatti propri, con l'unica eccezione di cui all'art. 197 *bis* comma 4, primo periodo c.p.p. (che però non si applica alle persone a cui è stata applicata la pena su richiesta).

Al contrario, gli imputati connessi o collegati, assolti con sentenza irrevocabile “per non avere commesso il fatto” o “perché il fatto non sussiste”, devono essere sostanzialmente assimilati ai testimoni comuni ²²⁸.

La legge 1 marzo 2001, n. 63, nel cercare di attuare il diritto al controesame (art. 111 comma 3 Cost.), ha confuso il diritto dell'imputato a interrogare chi lo accusa con la necessità di non disperdere in dibattimento le dichiarazioni sul fatto altrui ²²⁹.

Emblema della complessità della materia, così com'è stata riformata, è il contrasto giurisprudenziale che si era creato sulle conseguenze della violazione in dibattimento degli artt. 210 comma 6 e 197 *bis* c.p.p, risolto dalle Sezioni Unite ²³⁰.

²²⁶ v. P. TONINI, C. CONTI, *Lineamenti di diritto processuale penale*, cit., p. 197 s.

²²⁷ v. P. TONINI, C. CONTI, *Lineamenti di diritto processuale penale*, cit., p. 197 s.

²²⁸ v. Corte cost., 26 gennaio 2017, n. 21.

²²⁹ v., più diffusamente, O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., p. 320 s.

²³⁰ Cass., Sez. un., 29 luglio 2015, n. 33583. Le Sezioni Unite hanno enunciato due principi di diritto. Innanzitutto, <<In sede di esame dibattimentale ai sensi dell'art. 210, comma 6, cod. proc. pen., di imputato di reato connesso ex art. 12, comma 1, lett. c), cod. proc. pen., o collegato ex art. 371, comma 2, lett. b), cod. proc. pen., l'avvertimento di cui all'art. 64, comma 3, lett. c), deve essere dato non solo se il soggetto non ha “reso in precedenza dichiarazioni concernenti la responsabilità dell'imputato” (come testualmente prevede il comma 6 dell'art. 210), ma anche se egli abbia già deposto *erga alios* senza avere ricevuto tale avvertimento>>. La Corte ha poi affermato che <<in sede di esame dibattimentale ai sensi dell'art. 210, comma 6, cod. proc. pen., di un imputato di reato connesso ex art. 12, comma 1, lett. c), o collegato ex art. 371, comma 2, lett. b), cod. proc. pen., a quello per cui si procede, il mancato avvertimento di cui all'art. 64, comma 3, lett. c), cod. proc. pen., determina la inutilizzabilità della deposizione testimoniale.

Il Collegio, nella sua composizione più autorevole, ha individuato tre indirizzi interpretativi inerenti all'erronea qualifica soggettiva del dichiarante.

Secondo il primo, il mancato avviso *ex art. 64 comma 3 lett. c c.p.p.* comporta l'inutilizzabilità della prova ²³¹. Altro orientamento vi ricollega una nullità a regime intermedio, non eccezionale dall'imputato ²³². Il terzo, invece, sostiene la piena utilizzabilità delle dichiarazioni irregolarmente assunte in dibattimento dall'indagato o da soggetto indagabile per un reato connesso o probatoriamente collegato ²³³.

La Corte, pronunciandosi in favore del primo indirizzo, ha ricordato la necessità che l'avvertimento *ex art. 64 comma 3 lett. c c.p.p.* «preceda l'esame *ex art. 210* in tutti i casi di "legame debole" in cui il soggetto non è stato previamente avvisato». Non soltanto quindi in caso di assenza di dichiarazioni precedenti sul fatto altrui (*art. 210 comma 6 c.p.p.*), «ma anche se abbia deposto *erga alios* ma in modo non "garantito", ovvero non preceduto dal richiamato avvertimento» ²³⁴.

Il Collegio ha infine ritenuto che, quando la capacità a testimoniare è intaccata dalla violazione della disciplina sull'assunzione delle prove, si debba pervenire all'inutilizzabilità delle dichiarazioni di un soggetto che per legge non può assumere posizione e obblighi testimoniali.

La lettura fornita dalla Cassazione degli *artt. 210 comma 6 e 197 bis* sembra essere la sola immune da censure di incostituzionalità: l'*art. 24 comma 2 Cost.* sarebbe violato se si prevedesse che il diritto di non smascherarsi possa venire meno soltanto perché il dichiarante, vincolato dall'obbligo di verità, abbia dovuto dichiarare *erga alios* ²³⁵.

²³¹ v., tra le altre, Cass. pen., sez. VI, 4 luglio 2008, n. 34171; Cass. pen., sez. V, 25 settembre 2007, n. 39050;

²³² v., tra le altre, Cass. pen., sez. II, 22 gennaio 2015, n. 5364; Cass. pen., sez. V, 18 settembre 2014, n. 1200; Cass. pen., sez. III, 11 giugno 2004, n. 38748.

²³³ v., tra le altre, Cass. pen., sez. I, 23 settembre 2014, n. 41745; Cass. pen., sez. II, 25 ottobre 2005, n. 41052.

²³⁴ In questo senso, anche Corte cost., 12 novembre 2002, n. 451.

²³⁵ J. DELLA TORRE, *Le Sezioni Unite sulla violazione della disciplina di cui agli articoli 210, comma 6 e 197 bis c.p.p.: un'occasione (parzialmente) perduta per ristabilire la legalità processuale?*, in *Dir. pen. cont.*, 2015.

8. *L'assistenza linguistica*

Il diritto a non collaborare discende dal diritto di autodifesa. Riconoscere il diritto di difendersi da sé non avrebbe senso se non si assicurassero due presupposti imprescindibili: la capacità processuale dell'imputato (artt. 70 e 71 c.p.p.) e l'assistenza linguistica dell'alloglotto (artt. 143 e seguenti c.p.p.).

Per quanto riguarda l'assistenza linguistica, la legge deve assicurare, secondo l'art. 111 comma 3 Cost., l'assistenza di un interprete, se l'accusato non comprende o non parla la lingua usata nel processo.

Il diritto è sancito anche dagli artt. 5 par. 2 e 6 par. 3 lett. e C.e.d.u. e dall'art. 14 comma 3 lett. f P.i.d.c.p.

Il diritto alla difesa implica una effettiva partecipazione dell'imputato al processo, permettendogli di comprenderne atti e svolgimento²³⁶. Soltanto riuscendone a cogliere il significato, il processo può essere giusto²³⁷, come richiesto dall'art. 111 comma 1 Cost.

Sul continente europeo il multilinguismo è in continua espansione: la ricchezza della diversità culturale e linguistica²³⁸ rappresenta uno dei valori alla base dell'Unione europea e si estende alle sue istituzioni, la cui legittimazione democratica deriva anche dal riconoscimento ufficiale di più lingue²³⁹.

La materia è disciplinata dalla direttiva 2010/64/UE, del 20 ottobre 2010, sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali.

La dottrina europea ha accolto con favore l'adozione della direttiva²⁴⁰, considerata una svolta sulla via dell'affermazione di diritti di base sul giusto processo in Europa: frutto

²³⁶ Corte cost., 19 gennaio 1993, n. 10, in *Giur. cost.*

²³⁷ << La partecipazione personale e consapevole dell'imputato al procedimento, mediante il riconoscimento del diritto in capo all'accusato straniero, che non conosce la lingua italiana, di nominare un proprio interprete, rientra nella garanzia costituzionale del diritto di difesa nonché nel diritto al giusto processo, in quanto l'imputato deve poter comprendere, nella lingua da lui conosciuta, il significato degli atti e delle attività processuali, ai fini di un concreto ed effettivo esercizio del proprio diritto alla difesa (art. 24, comma secondo della Costituzione)>> (Corte cost., 6 luglio 2007, n. 254). Così anche Corte e.d.u., 28 novembre 1978, Luedicke, Belkacem and Koç v. Germany.

²³⁸ v. art. 3 TUE.

²³⁹ M. GIALUZ, *L'assistenza linguistica nel processo penale. Un meta-diritto fondamentale tra paradigma europeo e prassi italiana*, in S. ALLEGREZZA, M. GIALUZ, K. LIGETI, L. LUPÁRIA, G. ORMAZABAL, R. PARIZOT, *Giustizia penale europea*, Milano, 2018, p. 3 s.

²⁴⁰ v. M. GIALUZ, *L'assistenza linguistica nel processo penale*, cit., p. 100.

della cooperazione tra Corte e.d.u. e Unione europea ²⁴¹ , la misura è un punto di riferimento per la protezione dell'imputato nel processo penale ²⁴² .

La direttiva, tra le altre disposizioni, prevede l'obbligo per gli Stati membri di assicurare l'interpretazione nelle comunicazioni con il difensore (art. 2), la traduzione dei documenti fondamentali (art. 3), la gratuità dell'interpretazione e della traduzione (art. 4) e la qualità dell'interpretazione e della traduzione (art. 5).

Quest'ultimo requisito rappresenta un livello di tutela dell'equità del procedimento più elevato rispetto all'adeguatezza, a cui ha fatto riferimento la Corte e.d.u. ²⁴³

L'Italia ha parzialmente attuato la direttiva con il d.lgs. 4 marzo 2014, n. 32, integrato poi dal d.lgs. 23 giugno 2016, n. 129.

Il d.lgs. 4 marzo 2014, n. 32 ha innanzitutto aggiunto (art. 1) un comma 4 *bis* all'art. 104 c.p.p., riconoscendo il diritto all'assistenza linguistica nei colloqui con il difensore all'imputato in custodia cautelare, all'arrestato e al fermato, e ha modificato l'art. 143 c.p.p., sul diritto all'interprete e alla traduzione degli atti fondamentali. L'art. 2 ha invece ad oggetto due norme delle disposizioni di attuazione del c.p.p., per aggiungere all'albo dei periti di ogni tribunale gli esperti in interpretariato e traduzione. Ha poi escluso (art. 3) la ripetibilità delle spese per gli interpreti e i traduttori e così impedito di accollarle al condannato, integrando il testo unico in materia di spese di giustizia. Per concludere, ha introdotto delle disposizioni sulle risorse destinate all'assistenza linguistica (art. 4) ²⁴⁴.

Il punto debole del d.lgs. 4 marzo 2014, n. 32 è la parziale attuazione del requisito fondamentale della qualità dell'interpretazione e della traduzione ²⁴⁵.

²⁴¹ R. VOGLER, *Lost in translation: language rights for defendants in European criminal proceedings*, in *Human rights in European criminal law: new developments in European legislation and case law after the Lisbon Treaty*, London, 2015, p. 106.

²⁴² J. S. HODGSON, *Safeguarding suspects' rights in Europe: a comparative perspective*, in *New criminal law review*, 2011, p. 651.

²⁴³ J. BRANNAN, *Raising the standard of language assistance in criminal proceedings: from the rights under article 6(3) ECHR to Directive 2010/64/EU*, in *Cyprus Human Rights Law Review*, 2012, p. 145.

²⁴⁴ v. M. GIALUZ, *La riforma dell'assistenza linguistica: l'Europa chiedeva un intervento più attento all'effettività della garanzia*, in C. CONTI, A. MARANDOLA, G. VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale. Liberazione anticipata, stupefacenti, traduzione degli atti, irreperibili, messa alla prova, deleghe in tema di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio*, in C. CONTI, A. GIARDA, A. MARANDOLA, G. SPANGHER, P. TONINI, G. VARRASO (collana diretta da), *Problemi attuali della giustizia penale*, Padova, 2014, p. 444 s.

²⁴⁵ C. FALBO, *La comunicazione interlinguistica in ambito giuridico. Temi, problemi e prospettive di ricerca*, Trieste, 2013, p. 87 s.

L'inserimento degli esperti in interpretariato e traduzione nell'albo dei periti di ogni tribunale non si è accompagnato a un dovere di nomina dell'interprete o del traduttore tra gli iscritti all'albo, salvo casi particolari, intaccando la professionalizzazione dell'assistenza linguistica ²⁴⁶.

La Suprema Corte, in assenza di previsioni sanzionatorie, ha escluso la nullità della nomina di un esperto in interpretariato e traduzione come conseguenza dell'omessa istituzione presso il tribunale dell'albo degli esperti della categoria in questione ²⁴⁷.

Continuando ad esaminare la giurisprudenza della Cassazione, la Corte ha invece ricollegato a una nullità a regime intermedio l'omessa traduzione in una lingua conosciuta dall'imputato delle dichiarazioni di una persona informata sui fatti ²⁴⁸.

L'obbligo di traduzione scritta non copre però le deposizioni del testimone in fase dibattimentale, non rientranti nella previsione dell'art. 143 c.p.p.: secondo il giudice di legittimità, all'alloglotto è sufficiente, per comprendere gli atti istruttori, l'assistenza dell'interprete ²⁴⁹.

L'obbligo non è richiesto nemmeno per il decreto di fermo, data la caducità del provvedimento ²⁵⁰. E, ancora, la Corte l'ha escluso per gli atti processuali, qualora l'alloglotto sia irreperibile ²⁵¹.

Inoltre, la Cassazione ha evidenziato che l'omessa traduzione degli atti del procedimento in una lingua nota all'indagato non può essere eccepita da un ente, ma soltanto da una persona fisica ²⁵². Per di più, l'ordinanza cautelare non tradotta non sarebbe invalida ²⁵³, così come la mancata traduzione della sentenza di appello non ne comporterebbe la nullità²⁵⁴, mentre investirebbe l'ordine di esecuzione ²⁵⁵.

²⁴⁶ M. GIALUZ, *La riforma dell'assistenza linguistica: l'Europa chiedeva un intervento più attento all'effettività della garanzia*, cit., p. 454 - 455.

²⁴⁷ Cass., sez. III, 17 settembre 2019, Ceballo Hernandez Jose Miguel, in *CED Cass.*, n. 277279.

²⁴⁸ Cass., sez. III, 31 marzo 2021, D., in *CED Cass.*, n. 281631.

²⁴⁹ Cass., sez. VI, 19 novembre 2020, n. 1885, in *DeJure*.

²⁵⁰ Cass., sez. VI, 28 maggio 2020, n. 20709, in *DeJure*.

²⁵¹ Cass., sez. I, 28 gennaio 2020, n. 8591, in *DeJure*.

²⁵² Cass., sez. III, 14 novembre 2019, n. 2294, in *DeJure*.

²⁵³ Cass., sez. IV, 2 ottobre 2019, n. 41308, in *DeJure*.

²⁵⁴ Cass., sez. V, 11 marzo 2019, Nasim Karima, in *CED Cass.*, n. 275103.

²⁵⁵ Cass., sez. I, 23 febbraio 2018, Ognyanov, in *CED Cass.*, n. 272835.

La giurisprudenza della Cassazione ora tutela adeguatamente il diritto di difesa dell'alloglotto, ora lo sacrifica, quando ritiene assente un pregiudizio concreto.

L'assistenza linguistica rischia comunque di rimanere un diritto privo di una completa effettività nell'ordinamento italiano, anche considerando l'insufficiente stanziamento economico sulla riforma e le conseguenti tariffe infime.

Esemplare, al riguardo, il caso Knox c. Italia, davanti alla Corte e.d.u.²⁵⁶

La ricorrente aveva lamentato l'assenza di indipendenza e imparzialità di chi avrebbe dovuto assisterla, trattandosi di un agente del commissariato che, a suo dire, aveva trasceso le proprie funzioni di interprete.

I giudici di Strasburgo hanno sottolineato l'esigenza di un controllo, successivo alla nomina dell'interprete, sull'interpretazione fornita all'alloglotto, affinché il diritto all'assistenza linguistica non resti sulla carta. La Corte ha pure osservato che, nel caso specifico, l'interprete <<ha voluto stabilire una relazione umana ed emotiva con la ricorrente, attribuendosi un ruolo di mediatrice e assumendo un atteggiamento materno che non erano assolutamente richiesti nel caso di specie>>, comportamento che, secondo la Corte, le autorità italiane non avevano valutato.

La violazione ha così compromesso l'equità del procedimento, non rispettando l'art 6 comma 1 e comma 3 lett. e C.e.d.u.

Sempre la Corte e.d.u. ha ricordato che, per potersi difendere durante un interrogatorio, è necessaria la comprensione della contestazione dell'accusa, che deve quindi essere redatta in una lingua conosciuta dall'accusato²⁵⁷.

9. La capacità processuale

La capacità processuale dell'imputato/indagato, cioè la sua idoneità a partecipare coscientemente al procedimento penale (art. 70 c.p.p.), distinta dalla capacità di intendere e di volere, è l'altro presupposto imprescindibile dell'autodifesa.

²⁵⁶ Corte e.d.u., 24 gennaio 2019, Knox c. Italia.

²⁵⁷ Corte e.d.u., 19 dicembre 1989, Kamasinski c. Austria.

In quest'ambito è intervenuta la legge 23 giugno 2017, n. 103 (la cosiddetta riforma Orlando), incidendo sulle valutazioni che il giudice deve compiere per decidere su un'eventuale sospensione del procedimento nei casi di infermità mentale dell'imputato ²⁵⁸.

Se il giudice deve pronunciare sentenza di proscioglimento o sentenza di non luogo a procedere, il procedimento penale non può essere sospeso e la sentenza va pronunciata.

Se, invece, l'imputato non può essere prosciolto e il giudice valuta che l'imputato non ha la capacità di partecipare consapevolmente al procedimento penale, allora deve accertare se tale incapacità sia reversibile o irreversibile. Per la valutazione il giudice può disporre una perizia, avvalendosi così di uno specialista, ma ben potrebbe convincersi dell'incapacità processuale sulla base di una propria constatazione fattuale ²⁵⁹.

A tal fine, la Suprema Corte ha messo in evidenza che una patologia psichiatrica, per intaccare l'idoneità a partecipare coscientemente al processo, deve essere talmente grave da compromettere il diritto di difesa in giudizio dell'imputato ²⁶⁰.

Ai sensi dell'art. 71 comma 1 c.p.p., se l'infermità mentale risulta reversibile, allora il giudice sospende il procedimento e, su base semestrale, rivaluta l'incapacità disponendo una perizia (art. 72 comma 1 c.p.p.) e revocando l'ordinanza di sospensione se l'imputato dovesse apparire capace di partecipare al procedimento o se deve essere pronunciata sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere.

Ai sensi dell'art. 72 *bis* c.p.p., se l'incapacità è irreversibile, il giudice, dopo avere revocato l'eventuale ordinanza di sospensione, deve pronunciare sentenza di non luogo a procedere o sentenza di non doversi procedere, a meno che non si accerti la pericolosità dell'imputato (cioè va applicata una misura di sicurezza diversa dalla confisca).

L'art. 345 comma 2 c.p.p., comunque, consente di esercitare di nuovo l'azione penale se l'incapacità processuale è venuta meno o se dichiarata erroneamente ²⁶¹.

L'introduzione dell'art. 72 *bis* c.p.p. rappresenta il punto di arrivo delle questioni sollevate dal trattamento dei cosiddetti eterni giudicabili ²⁶², cioè nei casi di incapacità irreversibile.

²⁵⁸ P. TONINI, C. CONTI, *Lineamenti di diritto processuale penale*, cit., p. 81 - 82.

²⁵⁹ Cass., sez. V, 8 aprile 2008, Notaro, in *CED Cass.*, n. 240443.

²⁶⁰ Cass., sez. I, 11 marzo 2022, Campisi, in *CED Cass.*, n. 282963.

²⁶¹ P. TONINI, C. CONTI, *Lineamenti di diritto processuale penale*, cit., p. 81 - 82.

²⁶² B. FRANCHI, *Riforma carceraria scientifica, manicomi e misure di sicurezza*, in *Scuola pos.*, 1908, p. 679

La Corte cost. aveva rilevato l'intollerabilità dell'inerzia legislativa, denunciando la sostanziale imprescrittibilità del reato, in presenza di un'infermità mentale irreversibile, risultante dalla disciplina sulla sospensione della prescrizione e dalla disciplina sulla sospensione del processo per incapacità ²⁶³.

Il giudice delle leggi aveva poi dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 159 comma 1 c.p. (sospensione del corso della prescrizione), <<nella parte in cui, ove lo stato mentale dell'imputato sia tale da impedirne la cosciente partecipazione al procedimento e questo venga sospeso, non esclude la sospensione della prescrizione quando è accertato che tale stato è irreversibile>> ²⁶⁴.

È infine rilevante sottolineare la *ratio* del presupposto della capacità processuale.

L'autodifesa non può che essere esercitata personalmente: né la difesa tecnica né un tutore o un curatore né tantomeno il giudice possono compensare l'assenza di consapevolezza dell'imputato dovuta a un'infermità mentale ²⁶⁵.

Se l'autodifesa è libertà, allora implica necessariamente la possibilità di comprendere e, di conseguenza, scegliere, altrimenti si risolverebbe in una chimera sfuggente.

²⁶³ Corte cost., 11 febbraio 2013, n. 23.

²⁶⁴ Corte cost., 25 marzo 2015, n. 45.

²⁶⁵ G. CANESCHI, *L'imputato*, cit., p. 429.

CAPITOLO II

IL DIRITTO A NON EFFETTUARE I MOVIMENTI NECESSARI A FINI ISTRUTTORI

SOMMARIO: 1. Inquadramento costituzionale del diritto a non effettuare i movimenti necessari a fini istruttori. - 2. I mezzi di prova. - 2.1. Il confronto. - 2.2. La ricognizione. - 2.3. L'esperimento giudiziale. - 2.4. La perizia. - 3. I mezzi di ricerca della prova. - 3.1. Le ispezioni. - 3.2. Le perquisizioni. - 3.3. Il sequestro probatorio. - 3.4. Le intercettazioni di conversazioni o comunicazioni. - 4. I mezzi atipici. - 4.1. Le videoriprese. - 4.2. Pedinamento elettronico tramite rilevatore satellitare. - 4.3. Il captatore informatico. - 4.4. L'intelligenza artificiale.

1. Inquadramento costituzionale del diritto a non effettuare i movimenti necessari a fini istruttori

Il diritto a non collaborare, inteso come diritto a non effettuare i movimenti necessari a fini istruttori, tutela la libertà della persona sottoposta all'accertamento penale di non contribuire alla propria condanna con il proprio corpo, cioè quando si trasforma in un oggetto di prova.

Bisogna allora identificare i limiti dell'intervento dell'autorità sull'individuo, tenendo presente che la passività non annichilisce la libertà, ma la fonda, essendone presupposto²⁶⁶. Non cade nell'impotenza, ma afferma l'alterità, oltre il sé a senso unico ²⁶⁷.

L'agire infatti comprende il non-agire: abdicare all'azione significa permettere a qualcun altro di compierla. E l'agire comprende anche il subire, la soggezione al potere esercitato da qualcun altro ²⁶⁸.

Lo Stato ha il monopolio della coercizione: la giustizia nasce dalla forza pubblica che sottrae ai singoli l'arma della vendetta privata, pur conservandone traccia ²⁶⁹.

²⁶⁶ L. PIALLI, *Fenomenologia del fragile: fallibilità e vulnerabilità tra Ricoeur e Lévinas*, Napoli, 1998, p. 50.

²⁶⁷ F. TUROLDI, *Verità del metodo. Indagini su Paul Ricoeur*, Padova, 2000, p. 174.

²⁶⁸ L. ALICI, *Il paradosso del potere. Paul Ricoeur tra etica e politica*, Milano, 2007, p. 94.

²⁶⁹ v. P. RICOEUR, *Le Juste I*, Paris, 1995, trad. it., *Il Giusto*, Vol. 1, Torino, 2005.

Il processo, da una giusta distanza, si inserisce tra la sofferenza di chi subisce la vendetta e la sofferenza di chi si vendica ²⁷⁰. E, nel fare giustizia, non piomba dall'alto, ma si innesta in un dialogo fondato sullo spessore individuale.

Ora, nel rapporto tra autorità e individuo, se la sottomissione può rivelarsi necessaria, come nel procedimento penale, la necessità rappresenta proprio il recinto del potere, giustificandolo e circoscrivendolo al tempo stesso ²⁷¹.

La gravità del problema degli sconfinamenti del potere, che invadono la persona, risalta al massimo se si considerano mezzi e metodi che l'avanzamento tecnologico consente di introdurre all'interno del procedimento penale.

L'utilizzo acritico dello strumento tecnico rischia di sfruttare l'essere umano anche nell'indagine probatoria, come avviene in ogni altro ambito dell'esistenza nella società contemporanea.

Il potere allunga i tentacoli verso lo sviluppo comune e lo degrada in progresso pervasivo, asservito ai suoi scopi. Se i prodotti della ragione sono sempre esposti al pericolo di essere distorti e utilizzati per negare la libertà, l'ordinamento giuridico di un'autentica democrazia deve opporsi a tutte le minacce che bersagliano l'individuo, pietra angolare dello Stato.

Le coordinate costituzionali della materia si rinvergono nella libertà personale, nella dignità umana, nel diritto alla salute ²⁷² e nel diritto alla riservatezza.

La libertà personale è un diritto soggettivo perfetto ²⁷³. L'art. 13 comma 1 Cost. la proclama inviolabile: di conseguenza, assoluta, inalienabile, indisponibile, irrinunciabile e imprescrittibile ²⁷⁴.

La libertà personale, inoltre, postula la garanzia della presunzione d'innocenza ²⁷⁵ (art. 27 comma 2 Cost., art. 6 comma 2 C.e.d.u., art. 14 comma 2 P.i.d.c.p., art. 48 comma 1 Carta di Nizza).

²⁷⁰ v. P. RICOEUR, *Le Juste I*, Paris, 1995, trad. it., *Il Giusto*, Vol. 1, Torino, 2005.

²⁷¹ Sul contenimento dei poteri dello Stato, v. K. POPPER, *Alla ricerca di un mondo migliore*, Roma, 1989, p.154.

²⁷² G. LEO, *Forme invasive di indagine, diritti della persona e principio di legalità, Relazione svolta all'Incontro di studio organizzato dal CSM sul tema "Le recenti modifiche al sistema penale"*, Roma, 25-27 gennaio 2010, p. 16.

²⁷³ G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, Torino, 2004, p. 176.

²⁷⁴ v. I. NICOTRA, *Diritto pubblico e costituzionale*, Torino, 2010, p. 86.

²⁷⁵ v. *infra* capitolo I, dove si fa riferimento a C. L. MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, 1784.

L'art. 13 comma 2 Cost. subordina la detenzione, l'ispezione e la perquisizione personale alla riserva di legge e alla riserva di giurisdizione.

Nel fare poi riferimento a <<qualsiasi altra restrizione della libertà personale>>, ricomprende gli accertamenti sul corpo ²⁷⁶.

Accanto al tradizionale nucleo dell'*habeas corpus* in ambito cautelare, si colloca infatti la libertà dall'istruzione corporale, a tutela della sfera fisica del soggetto ²⁷⁷.

E alla libertà corporale, corazza delle informazioni più personali, custodite dall'intimità del corpo e intimidite dagli atti invasivi dell'autorità ²⁷⁸, ha fatto riferimento anche la Corte costituzionale in materia di prelievo ematico coattivo, che non solo restringe la libertà personale, appunto, <<ma la travalica perché, seppur in minima misura, invade la sfera corporale della persona>> ²⁷⁹.

Vale lo stesso per l'art. 5 C.e.d.u., che disciplina il diritto alla libertà e alla sicurezza, secondo l'interpretazione espansiva della Corte e.d.u. ²⁸⁰

A differenza dell'art. 13 Cost., però, l'art. 5 C.e.d.u. rileva i fini a cui devono essere subordinate le restrizioni della libertà personale, restrizioni che comunque, in entrambi i casi, sono eccezioni alla regola dell'inviolabilità ²⁸¹.

La Corte e.d.u., facendo riferimento alla perquisizione, se effettuata all'inizio del procedimento e in assenza di uno scrutinio preventivo del giudice sulla sua legalità e sulla sua necessità, ha ricordato che nel corso dell'esecuzione del mandato devono assicurarsi garanzie ulteriori, in particolare prevedendo un controllo giurisdizionale successivo ²⁸².

La libertà personale si dirama in più direzioni, per non rimanere intrappolata in un modello statico e incapace di fronteggiare le tensioni pratiche che lo attraversano ²⁸³.

²⁷⁶ C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo di campioni biologici nel sistema penale*, Torino, 2012, p. 26.

²⁷⁷ T. ALESCI, *Il corpo umano fonte di prova*, in A. GIARDA, G. SPANGHER, P. TONINI (studi raccolti da), *Problemi attuali della giustizia penale*, Milano, 2017, p. 12.

²⁷⁸ M. PANZAVOLTA, *Il profilo dell'istituto*, in *Giur. it.*, 2010, p. 1222.

²⁷⁹ Corte cost., 27 giugno 1996, n. 238.

²⁸⁰ M. GIALUZ, *Sub art. 5 CEDU*, in BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, p. 112.

²⁸¹ G. CANESCHI, *L'imputato*, in G. UBERTIS, G.P. VOENA (diretto da), *Trattato di procedura penale*, VI, Milano, 2021, p. 169 - 170.

²⁸² Corte e.d.u., 27 settembre 2018, Brazzi c. Italia.

²⁸³ v. P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, III ed., Torino, 2011, p. 240.

Tuttavia, rimane spesso intrappolata, invece, nelle tendenze inquisitorie della repressione dei reati: a parte gli abusi della custodia cautelare nelle carceri italiane ²⁸⁴, pongono diverse questioni la disciplina del mandato di arresto europeo, che si accontenta dell'indicazione dell'esistenza di un provvedimento di arresto dell'autorità straniera che richiede la consegna del soggetto, il trattamento riservato ai sospetti terroristi secondo la cosiddetta *extraordinary rendition* ²⁸⁵, la regolamentazione europea dei migranti senza titolo di soggiorno ²⁸⁶.

Nel quadro costituzionale, la tutela è completata dall'art. 111 comma 7 Cost., che ammette, per sentenze e provvedimenti sulla libertà personale, il ricorso in Cassazione per violazione di legge.

La garanzia, però, è stata attuata in modo espresso dal legislatore solo in riferimento alla privazione della libertà personale, cioè per l'arresto e la detenzione, e non nei casi di mera limitazione della libertà personale durante le attività istruttorie, vale a dire, ad esempio, per le ispezioni e le perquisizioni personali ²⁸⁷.

Dalla disposizione costituzionale emerge chiaramente che il controllo immediato della Suprema Corte ²⁸⁸ debba estendersi nella prassi anche a queste evenienze, pure alla luce dell'impiego delle nuove tecnologie nell'accertamento probatorio sul corpo, compromettendo altrimenti i diritti fondamentali dell'individuo ²⁸⁹.

Presupposto della libertà personale, come di ogni garanzia, del resto, è la dignità, in cui risiede l'essenza umana, umiliata ogni volta che una persona si ritrovi in balia di un potere esterno ²⁹⁰.

La dignità umana è espressamente menzionata dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Il preambolo la include tra i valori fondanti della comunità, insieme a libertà, uguaglianza e solidarietà. All'art. 1, la dichiara inviolabile, imponendone rispetto e tutela. E ancora, all'art. 3, tutela l'integrità fisica e psichica della persona.

²⁸⁴ v., al riguardo, Corte e.d.u., 8 gennaio 2013, Torreggiani c. Italia.

²⁸⁵ v. J. VERVAELE, *Extraordinary rendition e sparizione forzata transnazionale nel diritto penale e nel diritto internazionale dei diritti umani*, in *Criminalia*, 2012, p. 119 s.

²⁸⁶ G. CANESCHI, *L'imputato*, cit., p. 175 s.

²⁸⁷ M. GIALUZ, *L'accesso al corpo tramite strumenti diagnostici*, in SCALFATI (a cura di), *Le indagini atipiche*, Torino, 2014, p. 294.

²⁸⁸ v. anche Cass., sez. III, 4 aprile 1997, Tasselli, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2413.

²⁸⁹ T. ALESCI, *Il corpo umano fonte di prova*, cit., p. 30 s.

²⁹⁰ Corte cost., 22 marzo 2001, n. 105.

Nella C.e.d.u., la dignità umana non è richiamata in modo esplicito, ma la Corte e.d.u. l'ha inclusa nell'art. 3, che proibisce tortura, pene e trattamenti inumani o degradanti.

Esemplare, al riguardo, il caso Corte e.d.u., 11 giugno 2006, Jalloh c. Germania.

I giudici di Strasburgo hanno chiarito che l'impiego di misure sanitarie coattive per fini istruttori deve essere giustificato tenendo in considerazione ogni circostanza rilevante nella situazione concreta, soprattutto quando è volto a estrarre la prova da dentro il corpo del sospettato. In più, dev'essere proporzionato.

Nel caso di specie, la polizia aveva costretto il ricorrente ad assumere un emetico, sospettando che avesse ingoiato sostanze stupefacenti, senza curarsi dell'esistenza di vie alternative, parimenti efficaci e meno invasive.

La Corte ha individuato diversi fattori per giudicare l'intensità dell'interferenza dell'attività istruttoria con l'integrità fisica della persona: la necessità della misura sanitaria coattiva, il rischio per la salute del sospettato, il modo di svolgimento della procedura, il dolore fisico e mentale causato, il grado di supervisione medica disponibile e gli effetti sulla salute dell'individuo.

Dopo avere esaminato ogni fattore alla luce dei fatti specifici, la Corte ha concluso che si era verificata una violazione dell'art. 3 C.e.d.u.

I giudici di Strasburgo non hanno esteso il raggio d'azione del principio del *nemo tenetur se detegere* agli accertamenti corporali, in cui l'imputato subisce l'attività istruttoria ²⁹¹.

Non l'hanno fatto a ragione: davanti all'imputato oggetto di prova, entra in gioco, appunto, il diritto a non effettuare i movimenti necessari a fini istruttori, altra faccia del diritto a non collaborare.

Nemmeno la Costituzione ²⁹² contiene una disposizione apposita sulla dignità umana, ma si possono individuare dei punti di riferimento: la pari dignità sociale dei cittadini (art. 3 Cost.), l'esistenza libera e dignitosa che la retribuzione deve assicurare (art. 36 Cost.), il divieto di svolgere l'iniziativa economica privata ledendo la dignità umana (art. 41 Cost.), le limitazioni al diritto di voto nei casi di indegnità morale stabiliti dalla legge (art. 48 Cost.) ²⁹³.

²⁹¹ Corte e.d.u., 11 luglio 2006, Jalloh c. Germania.

²⁹² Secondo la Costituzione tedesca, per esempio, invece, <<La dignità dell'uomo è intangibile. Rispettarla e tutelarla è dovere di ogni potere statale>> (art. 1).

²⁹³ P. GROSSI, *La dignità nella Costituzione italiana*, in CECCHERINI (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli, 2008, p. 97 s.

Di conseguenza, la libertà personale, arricchendosi della dignità umana, non può che comprendere, accanto alla libertà fisica, anche la libertà morale, in un respiro tanto ampio da tutelare pienamente la libertà di autodeterminarsi dell'individuo ²⁹⁴.

La Corte costituzionale, facendo leva sulla dignità umana, ha escluso dalla copertura dell'art. 13 Cost. le limitazioni della libertà personale non idonee a lederla, avendo un'incidenza marginale sulla persona fisica. Il criterio è però completato dalla censura di ogni violenza morale sull'individuo, proprio quando, anche in assenza di coazione fisica, la dignità umana viene calpestata dall'autorità. La degradazione giuridica della persona si configura quindi, secondo il giudice delle leggi, come decisivo discriminante, a prescindere dalla presenza di un uso della forza materiale ²⁹⁵.

La Corte costituzionale aveva, per esempio, individuato una forma di degradazione giuridica nella disciplina dell'ammonizione, provvedimento privo di violenza fisica, che prevedeva, nei confronti di individui presunti socialmente pericolosi, uno speciale regime di sorveglianza della polizia e imponeva obblighi di fare e di non fare ²⁹⁶.

Alla libertà è inoltre vitale la salute, per potersi esplicitare in tutte le sue forme: l'art. 32 Cost. la include allora nell'alveo dei diritti fondamentali.

Il diritto alla salute tutela l'integrità psichica e fisica del singolo, ma è anche <<interesse della collettività>> (comma 1).

I trattamenti sanitari obbligatori, di cui al comma 2, si pongono poi come eccezione, limitata dalla previsione di legge e dal rispetto della persona. Ai trattamenti sanitari obbligatori si devono applicare le garanzie di cui all'art. 13 Cost., nonostante parte della dottrina sia di diverso avviso ²⁹⁷.

Il diritto alla salute, nell'accertamento penale, rischia di essere danneggiato dalle indagini sul corpo e, specialmente, nel corpo dell'individuo, potendone compromettere l'integrità fisica (anche in assenza di sofferenza, perché si tratta di un diritto esclusivo a priori) ²⁹⁸.

²⁹⁴ v. P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 111.

²⁹⁵ R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2018, p. 546 - 547.

²⁹⁶ Corte cost., 19 giugno 1956, n. 11.

²⁹⁷ v., per esempio, A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967.

²⁹⁸ T. ALESCI, *Il corpo umano fonte di prova*, cit., p. 21 - 22.

Infine, il diritto alla riservatezza, tutelato dagli artt. 2 e 15 Cost.²⁹⁹, può essere pregiudicato dall'indagine penale, specie alla luce della crescente pervasività delle nuove tecnologie. Particolari problemi pongono le attività di acquisizione dei dati personali, come videoregistrazioni e accertamenti genetici³⁰⁰.

Il diritto alla riservatezza è tutelato anche dall'art. 8 C.e.d.u., avente ad oggetto il diritto al rispetto della vita privata e familiare, e la Corte di Strasburgo vi ha ricondotto, per esempio, la conservazione in uno schedario di impronte digitali di una persona identificata/identificabile³⁰¹.

Il quadro è completato dall'art. 8 della Carta di Nizza, che sancisce il diritto alla protezione dei dati personali e detta garanzie per il loro trattamento, così come l'art. 16 TFUE.

Il diritto alla riservatezza, nell'era digitale, è costantemente in pericolo.

La sorveglianza capillare del potere ingabbia l'individuo, prigioniero nel *Panopticon*³⁰², nudo davanti agli occhi inquisitori dell'autorità e incapace di sapere se e quando è osservato controllato esaminato: così, prigioniero inerme, cala la testa e si rassegna a essere ingranaggio³⁰³.

Come si nota, le coordinate costituzionali del diritto a non effettuare i movimenti necessari a fini istruttori sono in continua comunicazione tra loro, dovendo tutte essere prese in considerazione, di volta in volta, per accertare eventuali violazioni commesse.

Allo stesso tempo, entrano in relazione con altri principi, come, di nuovo, l'efficienza del processo: e, di nuovo, un bilanciamento alla ricerca dell'equilibrio ottimale sarà richiesto.

Ma le prerogative costituzionali possono essere spazzate via dall'ingresso impetuoso della scienza, che penetra nel procedimento penale e ne condiziona lo svolgimento. Sommato all'impiego massiccio della tecnologia, poi, apre prospettive di rilievo nel campo dei mezzi di ricerca della prova atipici³⁰⁴.

²⁹⁹ Corte cost., 22 aprile 2009, n. 173.

³⁰⁰ T. ALESCI, *Il corpo umano fonte di prova*, cit., p. 27 - 28.

³⁰¹ Corte e.d.u., 18 aprile 2013, M.K. c. Francia.

³⁰² Nel *Panopticon*, una prigione circolare ideata da Jeremy Bentham, dal centro una sentinella può in ogni momento sorvegliare tutte le celle intorno (panòttico, in *treccani.it*).

³⁰³ v. M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Parigi, 1975, ed. it., Torino, 2014.

³⁰⁴ v. *infra*.

Il ricorso alla nuova prova scientifica è stato infatti ricollegato all'atipicità della prova ³⁰⁵. L'assunto si basa sulla constatazione che gli strumenti tecnico scientifici nuovi (e non, in alcuni casi) sono estranei alla regolamentazione legislativa e dunque atipici, ignorando che l'estraneità li colloca piuttosto in una dimensione metagiuridica, che postula una distinzione tra strumento di prova non tipizzato ed elementi costitutivi dei mezzi di prova tipizzati. Sennonché il riferimento alla prova atipica *ex art. 189 c.p.p.* si può trasformare in una necessità pratica, sia per la potenziale inadeguatezza dei mezzi di prova tipici sia per l'assenza di una disciplina ben delineata sull'ammissione della prova scientifica ³⁰⁶.

In mancanza di un approccio critico alle conquiste del progresso, scivolando nel dogmatismo³⁰⁷, si corre il rischio che l'intera istruttoria, se non l'intero procedimento, in un futuro più o meno distante, vengano completamente determinati dallo strumento scientifico, che deve essere sì valorizzato, ma non tagliare fuori tutto il resto.

Scandagliando la funzione cognitiva del processo penale attraverso una lente epistemologica, si può affermare che la notizia di un reato rappresenta un problema da risolvere, che può confluire in una teoria avanzata dall'accusa, poi sottoposta alla critica del contraddittorio: infine, il giudice decide, e la decisione deve essere giustificata dalle prove ³⁰⁸.

La sfera dell'essere della scienza e la sfera del dover essere del diritto penale si relazionano, incontrando vari ostacoli nel loro confronto: le differenze metodologiche, le lacune conoscitive del giudice in materia scientifica e il grado di coinvolgimento dell'esperto, per evidenziarne alcune ³⁰⁹.

Si può trovare un punto di incontro, però, evidenziando che i risultati, sia di un'indagine scientifica sia di un'indagine giuridica, vanno interpretati ³¹⁰, sfruttando la propria pre-

³⁰⁵ T. RAFARACI, *Ricognizione informale dell'imputato e (pretesa) fungibilità delle forme probatorie*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 1741.

³⁰⁶ O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, cit., p. 30 s.

³⁰⁷ Per una critica allo scientismo, v. K. POPPER, *Il futuro è aperto*, Milano, 1989, p. 73.

³⁰⁸ P. FERRUA, *Epistemologia scientifica ed epistemologia giudiziaria: differenze, analogie, interrelazioni*, in L. DE CATALDO NEUBURGER, *La prova scientifica nel processo penale*, in M. CHERIF BASSIOUNI (collana diretta da), *Atti e documenti*, Padova, 2007, p. 5 s.

³⁰⁹ L. DE CATALDO NEUBURGER, *La prova scientifica nel processo penale*, cit., p. 34.

³¹⁰ G. F. RICCI, *Nuovi rilievi sul problema della "specificità" della prova giuridica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2000, p. 1129.

comprensione e rivalutando la funzione positiva del pregiudizio con cui l'osservatore si accosta all'oggetto dell'osservazione ³¹¹.

Emerge allora con potenza la capacità di argomentare razionalmente del giudice che, nel valutare e decidere, si avvale dello strumento tecnico, non essendone però asservito, abdicando altrimenti al proprio ruolo.

Considerazione che assume maggiore rilievo tenendo sempre presente che la scienza è un prodotto umano: perciò, anche la scienza è fallibile e ogni legge è scientifica nella misura in cui può essere falsificata ³¹².

Se la scienza non si arena in una certezza eterna e assoluta, avanza sul terreno della temporaneità, scoperta dopo scoperta, teoria dopo teoria. Tra una rivoluzione scientifica e l'altra, la comunità scientifica aderisce a un determinato paradigma, finché non entra in crisi, lasciando il posto al successivo ³¹³.

L'incertezza non deve cadere però nel nichilismo, nella totale assenza di verità ³¹⁴.

Il giudice, affinché la pronuncia giurisdizionale possa dirsi giusta, deve rifarsi al paradigma scientifico in vigore, pur consapevole della sua precarietà ³¹⁵.

Nell'esaminare la disciplina della prova, dovrà allora tenersi presente che, com'è un individuo a subire il processo, così è un individuo a deciderlo: un individuo che, rappresentando una funzione, deve perpetuarla costantemente.

2. I mezzi di prova

Il codice di procedura penale distingue tra mezzi di prova e mezzi di ricerca della prova.

³¹¹ H. G. GADAMER, in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2022.

³¹² K. R. POPPER, *Logik der Forschung*, Wien, 1935, trad. it., *Logica della scoperta scientifica*, Torino, 1970, p. 5 s.

³¹³ T. KUHN, *The structure of Scientific Revolutions*, 1962, trad. it., *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, 2009.

³¹⁴ G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, in *Dir. pubb.*, 2004, p. 411 s.

³¹⁵ P. FERRUA, *Processo penale e verità*, in *Dem. dir.*, 2000, p. 207.

I mezzi di prova (Titolo II del Libro III del c.p.p.) importano nel giudizio risultanze probatorie direttamente fruibili ai fini della decisione ³¹⁶, formandosi nel processo e rappresentando al giudice il fatto che deve essere provato ³¹⁷.

Ne fanno parte la testimonianza e l'esame delle parti, già esaminati ³¹⁸; il confronto; la ricognizione; l'esperimento giudiziale; la perizia e la consulenza tecnica; i documenti.

I mezzi di prova sono costituiti da diversi elementi. In primo luogo, la fonte formale di prova, cioè la procedura prevista per introdurre le risultanze probatorie, e la fonte materiale di prova, cioè la componente gnoseologica. A seguire, la specie di capacità conoscitiva, corrispondente alle diverse declinazioni percettive. Infine, la specie di elemento di prova, vale a dire l'espressione, rappresentativa o critica, di un fatto ³¹⁹.

2.1. *Il confronto*

Il confronto è un mezzo di prova ammissibile <<esclusivamente fra persone già esaminate o interrogate, quando vi è disaccordo fra esse su fatti e circostanze importanti>> (art. 211 c.p.p.).

Mettendo a confronto due o più persone, si può fare maggiore chiarezza in caso di dichiarazioni in contrasto, controllandole reciprocamente ³²⁰.

Il mezzo di prova può coinvolgere imputati/indagati (che hanno la facoltà di avvalersi del diritto al silenzio), i testimoni e le altre parti private. Possono richiederlo le parti o può essere disposto dal giudice in dibattimento *ex art. 507 c.p.p.*

Il centro gravitazionale del confronto è il giudice, o il pubblico ministero durante le indagini, a cui spettano una funzione di impulso e una funzione direttiva. Se, all'inizio, le dichiarazioni contrastanti sono confermate, il giudice invita le parti a contestarsi reciprocamente, riportando tutto quanto, compreso il contegno tenuto, nel verbale ³²¹.

³¹⁶ Così la relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale del 1988.

³¹⁷ G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, VII ed., Torino, 2008, p. 207.

³¹⁸ v. Capitolo I.

³¹⁹ O. DOMINIONI, *Il corpo del diritto delle prove. Disposizioni generali*, in O. DOMINIONI, P. CORSO, A. GAITO, G. SPANGHER, G. DEAN, G. GARUTI, O. MAZZA, *Procedura penale*, Torino, 2010, p. 234 - 235.

³²⁰ G. BELLAVISTA, *Confronto (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, VIII, 1961, p. 1044.

³²¹ P. TONINI, C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2022, p. 357 s.

Il confronto può essere assunto in dibattimento, durante le indagini preliminari, nell'incidente probatorio, in udienza preliminare, in sede di atti urgenti, in appello, nel giudizio di rinvio e di revisione.

Per l'assunzione in dibattimento, è escluso l'accompagnamento coattivo di consulenti tecnici, periti e testimoni, della parte civile non sentita in precedenza come testimone, della persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria e del responsabile civile, anche se è difficile che gli ultimi due rendano dichiarazioni di rilievo ³²².

L'imputato, invece, deve comparire, perché si tratta di una prova diversa dall'esame (art. 490 c.p.p.). Lo stesso vale per l'indagato: nel corso delle indagini, il pubblico ministero, autorizzato dal giudice, può disporre l'accompagnamento coattivo per il confronto. L'imputato, condotto con la forza o meno all'assunzione del mezzo, può comunque avvalersi del diritto a non smascherarsi, per evitare di autoincriminarsi ³²³.

Bisogna rilevare, come per l'interrogatorio, la mancanza di senso - e, in molti casi, di utilità - della previsione: costringere a presentarsi un soggetto che può non parlare, esaurisce la coazione in un formalismo. Tra l'altro, forzare la presenza di un soggetto che, nell'interrogatorio o nell'esame, può persino avvalersi del diritto di mentire, per essere eventualmente smentito nel confronto, è illogico e inaffidabile.

La scelta dovrebbe allora essere rimessa all'imputato, che dovrebbe intervenire del tutto libero all'assunzione del mezzo di prova.

Da qui anche la convenienza di non ricorrere al confronto: il giudice, non essendo obbligato a disporlo, valuterà le dichiarazioni divergenti secondo il proprio libero convincimento ³²⁴.

Ovviamente, se l'imputato non consente a sottoporsi all'esame, non è possibile aggirare il suo legittimo rifiuto disponendo il confronto ³²⁵.

³²² M. NIGRO, *Confronti*, in *Procedura penale*, a cura di G. SPANGHER, Milano, 2008, p. 294.

³²³ S. CAVINI, *Le riconoscizioni e i confronti*, in G. UBERTIS, G.P. VOENA (diretto da), *Trattato di procedura penale*, XVII, Milano, 2015, p. 172 s.

³²⁴ Cass., sez. I, 27 settembre 2013, n. 40290.

³²⁵ Cass., sez. I, 18 ottobre 2011, n. 2650, in *DeJure*.

2.2. *La ricognizione*

Il mezzo di prova della ricognizione può essere personale (art. 213 c.p.p.), avere ad oggetto il corpo del reato o altre cose pertinenti al reato (art. 215 c.p.p.), voci, suoni o altre percezioni sensoriali (art. 216 c.p.p.).

Anche in questo caso, come per il confronto, il giudice è il perno attorno a cui ruota l'assunzione e deve provvedere affinché, con la persona da riconoscere, si trovino altre persone simili, compreso per il modo in cui sono vestite (art. 214 c.p.p.).

Secondo la Cassazione, però, la violazione della previsione non causa né l'inutilizzabilità né la nullità dell'atto ³²⁶.

Nonostante l'obiettivo delle numerose garanzie previste dal legislatore sia limitare il rischio di condizionamenti esterni, soprattutto ogni sorta di pre-convincimento di chi deve procedere al riconoscimento, la genuinità della ricognizione solleva non pochi dubbi ³²⁷.

Ricordare e rievocare per riconoscere può far cadere facilmente in errore, come si comprende da ricerche empiriche e psicologiche ³²⁸. Tra gli accorgimenti per scongiurare il pericolo, il ricognitore dovrebbe essere messo allora al corrente che il sospettato potrebbe persino non essere tra le persone presenti ³²⁹.

Comunque, lo sviamento del ricognitore, anche involontario, non può essere del tutto eliminato: la sua memoria è circoscritta e ricostruttiva ³³⁰.

Il ricognendo può essere chiunque, a prescindere dal ruolo processuale ³³¹.

Quando il ricognendo è l'imputato, assume la funzione di oggetto di prova, che subisce l'assunzione del mezzo ³³², perciò non potrebbe rifiutarsi di esservi sottoposto: il giudice può ricorrere ai propri poteri coercitivi (art. 131 c.p.p.). Allo stesso modo, al pubblico ministero spettano poteri coercitivi quando procede all'individuazione.

³²⁶ Cass., sez. II, 13 luglio 2022, n. 35425, in *DeJure*.

³²⁷ M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, IX ed., Milano, 2022, p. 476 - 477. V. anche Cass., 2 luglio 2008, n. 32436.

³²⁸ C. PANSERI, in G. GULOTTA (a cura di), *La ricognizione di persone: aspetti psicologici e giuridici*, in *Trattato di psicologia giudiziaria nel sistema penale*, Milano, 1987, p. 553.

³²⁹ S. PRIORI, *La memoria di riconoscimento nell'atto di ricognizione*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 777.

³³⁰ R. L. TERRY, *Psychology cross-examines eyewitness testimony - How stages of memory can affect justice*, in *HQ Hanover Quarterly - Winter 96*, p. 18.

³³¹ v. N. TRIGGIANI, *Ricognizioni mezzo di prova nel nuovo processo penale*, Milano, 1998, p. 109.

³³² A. MELCHIONDA, *Ricognizioni (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 535.

Si può condividere l'opinione di chi ritiene che l'istituto non rientri nell'ambito applicativo del principio del *nemo tenetur se detegere*: il diritto a non smascherarsi presuppone un'attività del soggetto, qui assente, com'è quindi assente il presupposto per ricorrere al principio³³³.

Occorre piuttosto chiedersi se il diritto a non effettuare i movimenti necessari a fini istruttori, che entra in gioco proprio quando l'imputato ha un ruolo meramente passivo, si spinga fino a escluderne la costrizione della sottoposizione alla ricognizione.

Mentre nel confronto l'imputato, seppur costretto a presentarsi, potrebbe poi di fatto sottrarsi allo svolgimento del mezzo istruttorio restando in silenzio, nella ricognizione la presenza coattiva dell'imputato esaurisce l'ambito della sua partecipazione, cioè un contegno soltanto passivo, appunto: di conseguenza, l'intero mezzo di prova avrebbe carattere coattivo, non soltanto la sua instaurazione.

Bisogna però sottolineare che nel confronto si resta nella sfera delle dichiarazioni, che implicano una collaborazione attiva del dichiarante, quindi coperto dal principio del *nemo tenetur se detegere*. Nella ricognizione, invece, alla sottomissione istruttorie si potrebbe opporre un rifiuto se venissero intaccate le garanzie costituzionali a tutela della persona. Un atto coattivo, che si esaurisce nel costringere a sottoporsi al mezzo di prova, è ammesso.

Infatti, se all'imputato si impone soltanto di partecipare alla ricognizione, per essere eventualmente riconosciuto, nessuna garanzia viene lesa: a ben vedere, è intaccato solo il suo aspetto esteriore³³⁴, non abbastanza rilevante per rappresentare un freno per l'inquirente.

Discorso diverso se l'autorità, spingendosi oltre l'imposizione della mera presenza statica, richiedesse all'imputato qualcosa di più, come di assumere una determinata posa o un certo atteggiamento, pena la violazione della sua libertà di autodeterminazione e quindi l'inutilizzabilità della ricognizione³³⁵. Il diritto a non effettuare i movimenti necessari a fini istruttori impedisce che si possa chiedere al soggetto un comportamento attivo e, oltre tutto, anche quando, per così dire, resta fermo, lo protegge con una tutela minima.

³³³ S. CAVINI, *Le ricognizioni e i confronti*, cit., p. 140 - 141.

³³⁴ A. BERNASCONI, *La ricognizione di persone nel processo penale*, Torino, 2003, p. 86 - 87.

³³⁵ S. CAVINI, *Le ricognizioni e i confronti*, cit., p. 141.

In verità, potrebbe porsi l'esigenza di fare parlare l'individuo da identificare, quando bisogna riconoscere <<voci, suoni o quanto altro può essere oggetto di percezione sensoriale>> (art. 216 c.p.p.).

Davanti alla necessità di un suo comportamento collaborativo, ecco che appare il diritto a non effettuare i movimenti necessari a fini istruttori, per individuare presupposti, limiti e conseguenze di un eventuale dovere di cooperazione ³³⁶.

L'imputato/indagato non può di certo essere costretto fisicamente a parlare, né dal suo rifiuto possono discendere conseguenze negative sul piano giuridico ³³⁷.

La giurisprudenza ritiene legittimo, nel corso delle indagini preliminari, richiedere all'indagato di sottoporsi al riconoscimento vocale da parte della persona offesa, che sarebbe un atto atipico della polizia giudiziaria, che, in assenza di coercizione, non incide sulla libertà morale e che non richiede assistenza tecnica ³³⁸.

Anche se in questa ipotesi il soggetto collaborasse volontariamente, dovrebbe comunque essere informato della facoltà di farsi assistere dal difensore ³³⁹ e, per tutelare davvero la sua libertà di autodeterminazione, del modo in cui potrà essere utilizzato l'atto di indagine ³⁴⁰.

Nella prassi, in ogni caso, si ricorre più spesso a ricognizioni informali, per esempio utilizzando delle fotografie o avvalendosi dell'*identikit*.

I risultati di queste operazioni, però, pur essendosi la prassi orientata diversamente, non possono essere valutati come prove, né si possono eludere le garanzie previste per la ricognizione sfruttando l'individuazione di persone nelle indagini preliminari. Una soluzione potrebbe allora essere l'applicazione rigorosa della disciplina delle prove atipiche ³⁴¹, che dovrebbe applicarsi anche quando la ricognizione avvenga impiegando sistemi di riconoscimento controllati da un'intelligenza artificiale.

In questo modo, tuttavia, non potrebbe di certo aggirarsi la regolamentazione delle prove tipiche, aggiramento che invece la giurisprudenza ha reso possibile.

³³⁶ T. ALESCI, *Il corpo umano fonte di prova*, cit., p. 102 - 103.

³³⁷ A. CAMON, *La disciplina delle indagini genetiche*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 1443.

³³⁸ Cass., sez. II, 2 ottobre 2012, n. 41456, in *Proc. pen. giust.*, 2013, p. 40 s.

³³⁹ P. FELICIONI, *Riconoscimento della voce e indagini atipiche della polizia giudiziaria: la tutela dell'autodeterminazione dell'imputato*, in *Proc. pen. giust.*, 2013, p. 45.

³⁴⁰ T. ALESCI, *Il corpo umano fonte di prova*, cit., p. 104.

³⁴¹ M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, cit., p. 477.

Per esempio, la Suprema Corte ha affermato che il libero convincimento del giudice possa fondarsi sulla ricognizione effettuata in dibattimento dal testimone, dopo che abbia confermato, nel corso dell'esame, il riconoscimento informale compiuto durante le indagini preliminari ³⁴².

Così però, su ammissione della stessa Cassazione, vengono meno le garanzie dell'autentica ricognizione, elidendo la prudenza necessaria all'espletamento di un'operazione delicatissima, considerando pure la possibilità che l'imputato, in udienza, si presenti con caratteristiche diverse (potrebbe essere dimagrito, potrebbe avere un taglio di capelli diverso eccetera).

All'individuazione, nel corso delle indagini preliminari, procede il pubblico ministero (art. 361 c.p.p.), che può delegarla alla polizia giudiziaria, senza che l'indagato soggetto al riconoscimento abbia il diritto all'assistenza tecnica e senza la previsione dell'intera verbalizzazione delle operazioni.

La Suprema Corte, compromettendo nella prassi le tutele difensive, ha affermato che l'individuazione, sia personale sia fotografica, rientra nella categoria delle dichiarazioni, perciò la sua rilevanza a fini probatori non dipende dalle modalità formali previste per la ricognizione ³⁴³.

Le conseguenze sono critiche: basti pensare che, in materia di misure cautelari personali, dall'individuazione potrebbero ricavarsi gravi indizi di colpevolezza senza dovere verificare il rispetto dell'art. 213 c.p.p. ³⁴⁴

La giurisprudenza ha quindi dilatato l'istituto, acconsentendo a un collegamento diretto tra l'individuazione nelle indagini preliminari e la testimonianza a conferma dell'identificazione nel dibattimento. Così, a maggior ragione quando a procedere è la polizia giudiziaria ³⁴⁵, ogni garanzia viene annullata, condizionando per di più la persona che deve compiere l'attività ³⁴⁶: il corpo oggetto di prova è nudo davanti all'autorità.

³⁴² Cass., sez. I, 17 febbraio 2016, n. 37545.

³⁴³ Cass., sez. V, 10 luglio 2020, n. 23090, in *C.e.d.*

³⁴⁴ Cass., sez. II, 24 giugno 2020, n. 21325, in *Dir. e giust.*

³⁴⁵ Che secondo la giurisprudenza maggioritaria può procedere di propria iniziativa.

³⁴⁶ T. ALESCI, *Il corpo umano fonte di prova*, cit., p. 92 s.

2.3. *L'esperimento giudiziale*

Ai sensi dell'art. 218 c.p.p., l'esperimento giudiziale <<consiste nella riproduzione, per quanto è possibile, della situazione in cui il fatto si afferma o si ritiene essere avvenuto e nella ripetizione delle modalità di svolgimento del fatto stesso>> per <<accertare se un fatto sia o possa essere avvenuto in un determinato modo>>.

I fatti a cui si fa riferimento sono tutti quelli che possono rilevare, anche in maniera indiretta, per accertare la condotta di reato o a cui è collegata l'applicazione di una norma processuale ³⁴⁷.

A differenza dell'ispezione, che si rivolge all'attualità, non si può rivivere ogni avvenimento passato con esattezza: l'efficacia dell'esperimento giudiziale dipende allora dalla rilevanza del non riproducibile ³⁴⁸.

Se fatti rilevanti non possono essere riprodotti, l'esperimento giudiziale diventa inutile; se l'esperimento giudiziale non è sostanzialmente identico alle informazioni a cui è collegato, può rivelarsi fuorviante ³⁴⁹.

Il mezzo di prova deve comunque tendere all'originale, pur non potendolo replicare, in divenire ³⁵⁰, con totale fedeltà ³⁵¹.

L'esperimento giudiziale si fonda direttamente sulla logica del metodo scientifico falsificazionista, basato sulla deduzione piuttosto che sull'induzione ³⁵²: ipotizzando degli specifici rapporti causa-effetto occorsi nel caso di specie, attraverso una riproduzione controllata, accerta se davvero possano essersi verificati alle condizioni stabilite nel processo ³⁵³.

³⁴⁷ F. CORDERO, *Procedura penale*, VIII ed., Milano, 2006, p. 783.

³⁴⁸ A. CAMON, M. DANIELE, D. NEGRI, C. CESARI, M. L. DI BITONTO, P. P. PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, II ed., Milano, 2020, p. 347 - 348.

³⁴⁹ Cass., sez. II, 27 gennaio 1995, Amico, ANPP, 1995, p. 458.

³⁵⁰ G. BELLAVISTA, voce *Esperimento giudiziale (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XV, Milano, 1966, p. 747 s.

³⁵¹ F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 782.

³⁵² Per una confutazione del metodo induttivo, v. B. RUSSELL, *I problemi della filosofia*, Milano, 1988, p. 75. Il filosofo britannico racconta la storia del tacchino induttivista. L'animale, osservando che ogni giorno, alle nove del mattino, gli viene portato il cibo, elabora una legge generale: <<Tutti i giorni, alle nove, mi danno il cibo>>. Ma, alla vigilia di Natale, il tacchino induttivista viene ammazzato.

³⁵³ Cass., sez. IV, 11 maggio 2010, n. 20066.

Disponendo l'esperimento giudiziale, il giudice determina oggetto, giorno, ora e luogo dello svolgimento, eventualmente nominando un esperto (art. 219 comma 1 c.p.p.).

Inoltre, l'esperimento non può offendere sentimenti di coscienza né compromettere l'incolumità delle persone e la pubblica sicurezza (art. 219 comma 4 c.p.p.), senza che però siano previste conseguenze processuali per un'eventuale inosservanza ³⁵⁴.

Un esempio interessante di esperimento giudiziale proviene dalla Germania.

Una diciannovenne era stata violentata, strangolata e lasciata annegare nel fiume Dreisam, nei pressi di Friburgo. L'accusa era riuscita ad accedere all'iPhone del sospettato, accorgendosi che, nell'ora dell'omicidio, i suoi movimenti corrispondevano alla salita di due rampe di scale, ovvero, secondo la polizia, al percorso che aveva dovuto fare per trascinare il cadavere, liberarsene e risalire l'argine. Si era quindi fatto ricorso a un esperimento giudiziale: un agente, della stessa corporatura, si era recato sulla scena del crimine con un iPhone e aveva riprodotto lo sforzo del sospettato ³⁵⁵.

Il diritto alla riservatezza si ritrova impelagato nelle problematiche relative dell'accesso e utilizzo dei dati ai fini della repressione dei reati, interesse pubblico primario ³⁵⁶, affiancato però alle esigenze garantiste, che reclamano, almeno, una puntuale previsione legislativa, che sappia restare al passo.

Se l'esperimento giudiziale ha esito negativo, il fatto storico ripetuto, secondo le modalità con cui è stato riprodotto, deve ritenersi non verificato ³⁵⁷. Basta un fallimento per rilevare l'errore ricostruttivo.

In ogni caso, l'esperimento giudiziale è volto ad accertare solo una determinata possibilità di verifica ³⁵⁸, a causa dei limiti inerenti alla ri-creazione del passato.

La valutazione del mezzo di prova è rimessa al libero convincimento del giudice, che deve sempre rappresentare il filtro cognitivo e interpretativo di risultati che, per quanto scientifici, non possono mai essere oggettivi: il giudice motiverà adeguatamente,

³⁵⁴ F. CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., Milano, 2012, p. 784. Il codice di procedura penale del 1930, invece, all'art. 312 comma 3, prevedeva che <<sono vietati gli esperimenti che offendono il sentimento nazionale o religioso o di pietà verso i defunti o la moralità pubblica o che possono esporre a pericolo l'ordine pubblico>>.

³⁵⁵ M. BURGESS, *From Fitbits to PlayStations, the justice system is drowning in digital evidence*, in www.wired.co.uk (20 aprile 2018).

³⁵⁶ Corte cost., 23 luglio 1991, n. 366, in *Giur. cost.*, 1991, p. 2917.

³⁵⁷ F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 780.

³⁵⁸ V. ANDRIOLI, *Esperimento giudiziario*, NN.D.I., VI, Torino, 1968, p. 852.

argomentando, se dovesse essere in disaccordo con le conclusioni dell'esperimento giudiziale ³⁵⁹ (come, d'altronde, è tenuto a fare se dovesse adeguarvisi, non dovendole comunque recepire in modo acritico).

Si può ricorrere anche ad esperimenti giudiziali virtuali, per la ricostruzione digitale dei fatti, svolgendo delle simulazioni per mezzo di *software* adeguati ³⁶⁰.

Troverà applicazione l'art. 189 c.p.p. sulla prova atipica, ma potrebbe anche applicarsi, anzi sarebbe preferibile, la disciplina della perizia *ex art.* 220 c.p.p.

Se invece un accertamento non riproduce un fatto né coinvolge la partecipazione di un esperto, ma ha soltanto valenza descrittiva e statica, non si tratta di esperimento giudiziale, né tantomeno di perizia o accertamento tecnico non ripetibile ³⁶¹.

L'esperimento giudiziale non è coinvolto nemmeno quando un testimone si reca con la polizia giudiziaria sulla scena del crimine: si tratta di un completamento, descrittivo e informativo, delle sue dichiarazioni ³⁶².

Va infine evidenziata la prassi della sostituzione dell'esperimento giudiziale con l'esperimento investigativo, mezzo di prova atipico effettuato da un ufficiale di polizia giudiziaria, che rende poi testimonianza nel processo ³⁶³.

L'esperimento investigativo, circumnavigando un mezzo di prova tipico, annulla le garanzie dell'esperimento giudiziale, violando il principio del contraddittorio, che si configura come contraddittorio sulla prova, piuttosto che come contraddittorio per la prova³⁶⁴.

Perciò, nonostante la giurisprudenza sia di diverso avviso ³⁶⁵, non è ammissibile una evidente rottura con forme di tutela apprestate in primo luogo dalla Costituzione.

³⁵⁹ A. GAITO (diretto da), *La prova penale*, vol. II, in A. BARGI, B. BOCCHINI, S. BOLOGNINI, A. CAPPA, C. CARINI, D. CURTOTTI NAPPI, A. D'AVIRRO, A. DE CARO, T. DELL'ANNA, P. DELL'ANNO, C. FIORIO, S. FURFARO, F. GIUNCHEDI, E. N. LA ROCCA, S. LA ROCCA, S. LORUSSO, M. MONTAGNA, F. RIZZO, A. RUGGIERO, G. SAMBUCCO, L. SAPONARO (contributi di), *Le dinamiche probatorie e gli strumenti per l'accertamento giudiziale*, Milano, 2008, p. 645.

³⁶⁰ A. GAITO (diretto da), *La prova penale*, cit., p. 641.

³⁶¹ Cass., 19 gennaio 1996, Pezzatini.

³⁶² Cass., sez. IV, 24 maggio 2000, n. 7430, in *DeJure*.

³⁶³ C. VALENTINI, *La ricostruzione dinamico - fattuale mediante <<esperimento>> investigativo*, in *Le indagini atipiche*, cit., p. 244 s.

³⁶⁴ C. VALENTINI, *La ricostruzione dinamico - fattuale mediante <<esperimento>> investigativo*, cit., p. 246 s.

³⁶⁵ Cass., sez. II, 18 gennaio 1984, in *Cass. pen.*, 1985, p. 2086 - 2087.

2.4. *La perizia*

La perizia ha ad oggetto lo svolgimento di indagini o l'acquisizione di dati o valutazioni, quando sono necessarie particolari competenze tecniche, scientifiche o artistiche (art. 220 c.p.p.).

Accanto alla perizia, si collocano poi la consulenza tecnica di parte all'interno della perizia e la consulenza tecnica di parte al di fuori della perizia.

I consulenti tecnici di parte possono essere nominati dopo la disposizione della perizia (art. 225 comma 1 c.p.p.) e possono partecipare alle operazioni svolte dal perito, proporgli indagini specifiche, formulare riserve e osservazioni (art. 230 c.p.p.).

Il giudice può anche decidere di non nominare un perito, in caso di consulenza extraperitale, <<qualora le conclusioni fornite dai consulenti di parte gli appaiano oggettivamente fondate, esaustive e basate su argomenti convincenti>>³⁶⁶.

In merito all'opportunità di disporre il mezzo di prova quando bisogna servirsi di una legge scientifica, cioè di una legge che collega due fatti naturali attraverso un rapporto che sussiste con certezza o con probabilità statistica significativa, un esperto non è richiesto, se il giudice può direttamente applicarla, rientrando nel suo patrimonio di conoscenze non specifiche. Altrimenti bisognerà ricorrere a un esperto³⁶⁷.

La valutazione del confine mutevole tra specificità e non specificità va condotta con cautela, non essendo ammissibile aggirare le norme sulla perizia quando è necessario ricorrervi, nel rispetto della dialettica tra le parti³⁶⁸.

La perizia, infatti, si svolge in contraddittorio tra perito e consulenti tecnici, mentre il giudice formula i quesiti, <<sentiti il perito, i consulenti tecnici, il pubblico ministero e i difensori presenti>> (art. 226 c.p.p.).

Le disposizioni sull'esame dei testimoni, in quanto applicabili, regolano l'esame di periti e consulenti tecnici, ma questi possono consultare documenti, note scritte e pubblicazioni (art. 501 commi 1 e 2 c.p.p.).

³⁶⁶ Corte cost., 11 febbraio 1999, n. 33.

³⁶⁷ P. TONINI, C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, XXIII ed., Milano, 2022, p. 366.

³⁶⁸ Così Cass., 13 luglio 2017, n. 54795.

Secondo la giurisprudenza della Corte e.d.u., il diritto dell'accusato di contestare le dichiarazioni a carico è tutelato anche nei confronti del perito, non esaurendosi nel caso della testimonianza, a cui fa riferimento la lettera dell'art. 6 par. 3 lett. d C.e.d.u.³⁶⁹

Il perito, risolvendo le questioni di sua competenza e quindi affiancando il giudice, procede all'accertamento e alla valutazione dei risultati ottenuti; le parti possono invece dimostrare che la perizia è erronea o lacunosa. Il mezzo di prova dovrebbe quindi svolgersi come un dialogo tra esperti, rispondente al principio di economia, ed evitando che il perito possa essere parziale³⁷⁰.

Sono vietate le perizie volte a determinare <<l'abitudine o la professionalità nel reato, la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell'imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche>> (art. 220 comma 2 c.p.p.).

Le qualità psichiche dell'individuo, per salvaguardarne la libertà morale, non possono essere accertate dalla perizia³⁷¹.

È comunque necessario distinguere gli ambiti in cui si declina il divieto in parola.

Nell'esecuzione della sentenza di condanna, si può giudicare la personalità dell'interessato e il suo livello di recupero ai fini del reinserimento nella società, per attuare la funzione rieducativa della pena sancita dalla Costituzione³⁷² e perché la responsabilità è stata già accertata³⁷³.

Nel processo di cognizione, invece, il divieto si giustifica perché presupposto della perizia personologica sarebbe la collaborazione dell'imputato: l'imputato, però, potrebbe avvalersi del diritto a non collaborare, rendendo inattendibile il mezzo di prova.³⁷⁴

Per di più, la perizia personologica violerebbe la presunzione di innocenza, perché potrebbe insinuare un pregiudizio psicologico, al confine con la moralità, nella valutazione del giudice rispetto al principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio³⁷⁵.

Le perizie psichiatriche, a differenza delle perizie psicologiche, sono ammesse.

³⁶⁹ Corte e.d.u., 26 marzo 1996, Doorson c. Paesi Bassi.

³⁷⁰ P. TONINI, C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 366 - 367.

³⁷¹ C. TAORMINA, *Il regime della prova nel processo penale*, Torino, 2007, p. 365.

³⁷² P. TONINI, C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, I ed. agg., Milano, 2012, p. 304

³⁷³ M. MONTAGNA, *I confini dell'indagine personologica nel processo penale*, 2013, p. 23 s.

³⁷⁴ Il mezzo di prova potrebbe essere inattendibile anche per il tasso di aleatorietà che di per sé lo contraddistingue.

³⁷⁵ P. TONINI, C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 306.

Nel momento clinico-diagnostico, lo psichiatra procede a una diagnosi, e a una sua valutazione, in correlazione con la specifica vicenda di cui si tratta. Andrebbero impiegati protocolli psicodiagnostici abitualmente utilizzati, includendoli nella relazione del perito, accompagnati dal corretto ricorso ai criteri dell'APA e dell'OMS ³⁷⁶.

Vista però la flessibilità della linea di demarcazione tra psichiatria e psicologia, tra un'anomalia del carattere e una patologia mentale, la discrezionalità del giudice non è di certo ristretta, tant'è che sono diffuse le cosiddette false perizie, in cui il perito indaga anche su eventuali disturbi della psiche: il divieto di perizia psicologica è così eluso ³⁷⁷.

Riguardo alla definizione dello stato mentale idoneo ad intaccare la capacità di intendere e di volere, si è verificata un'evoluzione interpretativa che ha portato la Cassazione a ritenere che «<<anche i disturbi della personalità, come quelli da nevrosi e psicopatie, possono costituire causa idonea ad escludere o scemare grandemente, in via autonoma e specifica, la capacità di intendere e di volere di un soggetto agente ai fini degli artt. 88 e 89 c.p., sempre che siano di consistenza, rilevanza, gravità e intensità tali da concretamente incidere sulla stessa; per converso, non assumono rilievo ai fini dell'imputabilità le altre “anomalie caratteriali” e gli “stati emotivi e passionali”, che non rivestano i suddetti connotati di incisività sulla capacità di autodeterminazione del soggetto agente; è inoltre necessario che tra il disturbo mentale ed il fatto di reato sussista un nesso eziologico, che consenta di ritenere il secondo causalmente determinato dal primo>>» ³⁷⁸.

La diagnosi del perito si basa su fatti storici che, dovessero risultare erronei, comprometterebbero l'intera valutazione psichiatrica: in questi casi, il giudice dovrà allora discostarsene ³⁷⁹.

Nella ricerca della prova, invece, la criminologia è impiegata in maniera non indifferente, per esempio ricorrendo al *criminal profiling* ³⁸⁰. Vagliare la personalità dell'indagato serve ad orientare le indagini, formulando ipotesi al fine di trovare prove ³⁸¹.

³⁷⁶ L. DE CATALDO NEUBURGER, *La prova scientifica nel processo penale*, cit., p. 464 s.

³⁷⁷ A. CAMON, M. DANIELE, D. NEGRI, C. CESARI, M. L. DI BITONTO, P. P. PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, cit., p. 342.

³⁷⁸ Cass., Sez. un., 25 gennaio 2005, n. 9163.

³⁷⁹ Cass., sez. V, 30 gennaio 2019, n. 10638, in *DeJure*.

³⁸⁰ v. *infra*.

³⁸¹ P. TONINI, C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 308.

La scienza criminologica, coniugata con gli avanzamenti tecnologici, soprattutto l'intelligenza artificiale, mette a dura prova la tenuta della disciplina, con le garanzie che assicura (dovrebbe assicurare) alla persona.

Negli Stati Uniti si è introdotto l'uso di algoritmi che predicono il rischio di commettere di nuovo un reato.

Per esempio, nel caso *State v. Eric L. Loomis*, 881 NW 2d749 (Wis2016), la Corte, ai fini della commisurazione della pena, aveva utilizzato anche il programma COMPAS (*Correctional offender management profiling for alternative sanctions*), che aveva previsto un elevato rischio di recidiva dell'imputato.

È intervenuta la Corte Suprema del Wisconsin, secondo cui l'impiego di COMPAS è legittimo, nel rispetto di determinati limiti. Nella situazione di specie, il ricorso ai risultati di COMPAS per determinare la pena avrebbe avuto una rilevanza minima: per i giudici supremi, la pena sarebbe stata la stessa anche senza prendere in considerazione il programma ³⁸².

Gli algoritmi, sviluppati dagli Stati o dai privati, sono sempre più utilizzati nell'ordinamento statunitense e forniscono predizioni in tutte le fasi processuali. I *risk assessment tools* si sono diffusi anche in Europa, soprattutto in Inghilterra ³⁸³.

Consapevole delle discriminazioni e dell'assoluto determinismo che questi strumenti possono comportare, il Consiglio d'Europa, preoccupandosi della tutela dei diritti fondamentali, ha adottato la Carta etica europea per l'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi di giustizia ³⁸⁴.

La Carta fissa i punti di riferimento garantisti che devono illuminare l'uso dell'intelligenza artificiale: il diritto di accesso a un giudice; il diritto a un equo processo; il diritto a non essere discriminati; la qualità e la sicurezza dei sistemi impiegati; la trasparenza, l'imparzialità e la correttezza; l'effettiva autodeterminazione dell'utilizzatore dell'intelligenza artificiale.

³⁸² S. CARRER, *Se l'amicus curiae è un algoritmo: il chiacchierato caso Loomis alla Corte Suprema del Wisconsin*, in *Giurisprudenza penale web*, 2019, p. 4.

³⁸³ v. M. GIALUZ, *Quando la giustizia penale incontra l'intelligenza artificiale: luci e ombre dei risk assessment tools tra Stati Uniti ed Europa*, in *Dir. pen. cont.*, 2019.

³⁸⁴ v. M. GIALUZ, *Quando la giustizia penale incontra l'intelligenza artificiale: luci e ombre dei risk assessment tools tra Stati Uniti ed Europa*, cit.

Soltanto avvalendosi delle garanzie, infatti, si può evitare il completo asservimento della giustizia penale all'intelligenza artificiale ³⁸⁵.

In seguito agli accertamenti, il perito, con parere messo a verbale ³⁸⁶, deve rispondere ai quesiti che gli sono posti (art. 227 comma 1 c.p.p.).

Il giudice è *peritus peritorum*: può discostarsi dal parere del perito, ovviamente dandone conto in motivazione. L'esigenza del vaglio critico del giudice risulta evidente quando è esercitato in relazione allo scontro dialettico tra perito (o periti) e consulenti tecnici delle parti, che di solito forniscono argomentazioni differenti ³⁸⁷.

Inoltre, il controllo del giudice deve essere tanto più intenso quanto più sono nuovi i metodi scientifici utilizzati ³⁸⁸.

Al riguardo, la Cassazione ha messo in luce i criteri a cui deve fare riferimento il giudice nella scelta della legge scientifica da applicare. I criteri variano in relazione al grado di accettazione della teoria nella comunità scientifica, alla presenza di più teorie tra cui solo una appaia ragionevole e al contrasto tra pareri degli esperti che sono tutti plausibili in astratto: in questo modo, secondo la Suprema Corte, si deve scegliere tra la cosiddetta *good science* e la cosiddetta *junk science*. ³⁸⁹

Rispetto al controllo sulla nuova prova scientifica, che richiede un alto livello di specializzazione, è necessario seguire una serie di giudizi: procedere a una pre-valutazione in fase di ammissione della prova, scomponendo l'idoneità probatoria dello strumento tecnico-scientifico nei suoi elementi costitutivi; in fase di assunzione della prova, vigilare sull'esperto; valutare le conclusioni dell'esperto, per stabilirne l'attendibilità; ricavare il risultato di prova, inferito dall'elemento di prova, quando l'oggetto di prova non è un fatto

³⁸⁵ v. anche v. M. GIALUZ, *Quando la giustizia penale incontra l'intelligenza artificiale: luci e ombre dei risk assessment tools tra Stati Uniti ed Europa*, cit.

³⁸⁶ Il perito può anche presentare una relazione scritta, dovesse essere indispensabile (art. 227 comma 5 c.p.p.). Data la tecnicità della materia, la scrittura risulta spesso necessaria, come rilevato da M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, parte I, Milano, 1962, p. 117 s.

³⁸⁷ M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, cit., p. 473.

³⁸⁸ Cass., 16 aprile 1997, n. 2751, Vezzani.

³⁸⁹ Cass., sez. IV, 17 settembre 2010, Cozzini e altri, in S. ZIRULIA, *Dir. pen. cont.*, 12 gennaio 2011.

principale; soppesare l'efficacia del risultato di prova; verificare se il fatto da provare è confermato o meno ³⁹⁰.

La necessità di evitare la scienza spazzatura ha ispirato la visione, proposta dalla giurisprudenza statunitense, del giudice come custode (*gatekeeper*), che dovrebbe tenere alla larga esperti inaffidabili, dispensatori di opinioni prive di fondamento scientifico ³⁹¹.

In particolare, nel caso *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.* (1993), la Corte Suprema degli Stati Uniti ha sostenuto la discrezionalità del giudice nell'esame e nella valutazione della prova scientifica, dovendosi accertare che ragionamento e metodologia siano dotati di validità scientifica e se sia opportuno applicarli nel caso concreto ³⁹². Criteri analoghi sono stati espressi dalla Cassazione italiana ³⁹³.

Bisogna evidenziare il ruolo di chiusura della perizia, a tutela di un dichiarante che dovesse subire una tecnica riconducibile al divieto di cui all'art. 188 c.p.p. (<<non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interessata, metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti>>), come il poligrafo e la risonanza magnetica, che, tra le varie tecniche, meglio si prestano ad aggirarlo.

Il poligrafo, anche detto macchina della verità, registra simultaneamente pulsazioni o pressioni del dichiarante ³⁹⁴, correlati periferici dello stato emotivo ³⁹⁵. Lo strumento è utilizzato in numerosi Paesi, come Israele, Giappone, Filippine e Stati Uniti ³⁹⁶.

³⁹⁰ O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Milano, 2005, p. 44 - 45.

³⁹¹ L. DE CATALDO NEUBURGER, *Gli sviluppi della psicologia giuridica: la valutazione della qualità del contributo dell'esperto*, in L. DE CATALDO NEUBURGER (a cura di), *La prova scientifica nel processo penale*, cit., p. 513.

³⁹² v. S. ARCIERI, *Il giudice e la scienza. L'esempio degli Stati Uniti: il reference manual on scientific evidence*, in *Dir. pen. cont.*, 6 marzo 2017.

³⁹³ Cass., sez. IV, 17 settembre 2010, Cozzini e altri, in S. ZIRULIA, *Dir. pen. cont.*, 12 gennaio 2011.

³⁹⁴ v. poligrafo, in *treccani.it*.

³⁹⁵ P. PIETRINI, *Responsabilmente: dai processi cerebrali al processo penale. Prospettive e limiti dell'approccio neuroscientifico*, in L. DE CATALDO NEUBURGER (a cura di), *La prova scientifica nel processo penale*, cit., p. 328.

³⁹⁶ A. MEMON, A. VRIJ, R. BULL, *Psychology and law: truthfulness, accuracy and credibility*, II ed., Chichester, 2003, p. 21.

Si è sostenuto che il poligrafo, non oltrepassando la mera registrazione di alcuni parametri fisiologici, non violerebbe la libertà morale della persona, sempre che il dichiarante accetti di sottoporvisi ³⁹⁷.

Lo stesso potrebbe dirsi per la fMRI (*Functional Magnetic Resonance Imaging*), una tecnica che permette di misurare in modo diretto il flusso sanguigno nel cervello, fornendo informazioni sull'attività cerebrale ³⁹⁸.

Infatti, i neuroni, attraverso le connessioni delle sinapsi, generano potenziali d'azione e spendono l'energia prodotta bruciando glucosio e ossigeno. Di conseguenza, più aumenta l'attività neuronale, più aumenta il flusso di sangue in una regione, per trasportare glucosio e ossigeno sempre più richiesti ³⁹⁹.

Ora, se anche venissero ammesse le due tecniche, bisognerebbe poi richiedere a un perito di interpretare i risultati ottenuti, fornendo in questo modo un'opinione sulla sincerità della dichiarazione. Una soluzione del genere non può essere condivisa, perché in violazione del principio del contraddittorio ⁴⁰⁰, che trova il suo culmine nella *cross-examination* ⁴⁰¹.

Si impone, inoltre, un giudizio più generale.

Non sono più tanto utopistiche (o distopiche, dipende) le previsioni di un futuro in cui le neuroimmagini potranno stabilire se un imputato ha commesso un omicidio premeditato o un omicidio preterintenzionale ⁴⁰².

La tentazione è di cedere a tecniche che consentano di massimizzare la sicurezza, la repressione dei reati e le altre esigenze che, nel tutelare la collettività, trascendono l'individuo. Come più volte sottolineato, però, la salvaguardia della società non può mai prescindere dalla salvaguardia del singolo, sia pure il più spietato dei criminali.

In un ordinamento fondato sulla persona, bisogna fare i conti con la libertà, a cui va sempre assicurato un margine più o meno ampio di operatività, anche se la conseguenza dovesse

³⁹⁷ G. F. RICCI, *Le prove atipiche*, Milano, 1999, p. 543.

³⁹⁸ fMRI, in *collinsdictionary.com*.

³⁹⁹ P. PIETRINI, *Responsabilmente: dai processi cerebrali al processo penale. Prospettive e limiti dell'approccio neuroscientifico*, in L. DE CATALDO NEUBURGER (a cura di), *La prova scientifica nel processo penale*, cit., p. 320.

⁴⁰⁰ S. MAFFEI, *Ipnosi, poligrafo, narcoanalisi, risonanza magnetica: metodi affidabili per la ricerca processuale della verità?*, in L. DE CATALDO NEUBURGER (a cura di), *La prova scientifica nel processo penale*, cit., p. 425.

⁴⁰¹ J. WIGMORE, *Evidence in trials at common law*, J. H. CHADBOURN (ed. curata da), Boston, 1974, p. 159.

⁴⁰² V. S. RAMACHANDRAN, *The emerging mind*, Londra, 2003, tr. it., *Che cosa sappiamo della mente*, Milano, 2006.

essere la rinuncia a metodi che, seppure efficaci al massimo nell'accertamento, sviliscono lo spessore dell'essere umano, dotato di un'essenza intangibile, a prescindere da ogni determinazione.

La persona non può essere reificata al punto da essere sottomessa, senza via di scampo, alla macchina o all'esperto ⁴⁰³, che a sua volta, a ben vedere, dipende dalla macchina.

L'ingresso impetuoso delle neuroscienze nel processo penale, se incontrollato e acritico, rischia poi di condurre all'abdicazione della funzione effettiva del giudice, che rappresenta il *quid pluris* tra il mondo della tecnica e il mondo del diritto, a cui sottendono valori ulteriori, che non si esauriscono nel fare giustizia, ma comprendono soprattutto il modo in cui si fa giustizia, nell'attenta osservanza dei diritti fondamentali.

Un ideale in cui tutti i colpevoli sono puniti, in assenza però di un procedimento garantista, frustrato dalla resa incondizionata alle cosiddette conquiste del progresso, è il fallimento dello stato democratico.

E particolare attenzione alle garanzie va posta nei casi in cui la perizia incida sulla libertà personale dell'individuo, come per la prova del DNA, volta a stabilire la paternità di una traccia biologica rinvenuta sul corpo della vittima o sulla scena del crimine.

L'accertamento in questione ha il fine di prelevare il materiale biologico, per eseguire attività di ricerca o di analisi ⁴⁰⁴.

Nel 1988 la materia non era stata disciplinata, provocando incertezze ogni qual volta la persona si rifiutasse di collaborare alle attività peritali: unica via praticabile, allora, restava la coazione ⁴⁰⁵.

Si era quindi pronunciata la Corte Costituzionale: dato che il prelievo coattivo di materiale biologico intacca la libertà personale (art. 13 Cost.), la Consulta, rivoluzionando il binomio autorità - libertà ⁴⁰⁶, ha dichiarato incostituzionale l'art. 224 comma 2 c.p.p. <<nella parte in cui consente misure restrittive della libertà personale finalizzate alla esecuzione della perizia, ed in particolare il prelievo ematico coattivo, senza determinare la tipologia delle misure esperibili e senza precisare i casi e i modi in cui esse possono essere adottate>> ⁴⁰⁷.

⁴⁰³ F. G. PIZZETTI, *neuroscienze forensi e diritti fondamentali: spunti costituzionali*, Torino, 2012, p. 115.

⁴⁰⁴ v. P. FELICIONI, *La prova del DNA: profili giuridici*, in L. DE CATALDO NEUBURGER (a cura di), *Scienza e processo penale: linee guida per l'acquisizione della prova scientifica*, Padova, 2010, p. 411.

⁴⁰⁵ P. TONINI, C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 308 - 309.

⁴⁰⁶ v. R. E. KOSTORIS, *Alt ai prelievi di sangue coattivi*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 1094.

⁴⁰⁷ Corte cost., 27 giugno 1996, n. 238.

Il legislatore si è mosso, seguendo le indicazioni della Corte costituzionale, soltanto nel 2009⁴⁰⁸, recependo il Trattato di Prüm sul rafforzamento della cooperazione di polizia nella lotta al terrorismo, alla criminalità transfrontaliera e all'immigrazione clandestina⁴⁰⁹ e superando uno stallo del tutto insensato⁴¹⁰.

La legge ha introdotto l'art. 224 *bis* c.p.p., che fa riferimento agli <<atti idonei ad incidere sulla libertà personale, quali il prelievo di capelli, di peli o di mucosa del cavo orale su persone viventi ai fini della determinazione del profilo del DNA>>, in assenza del consenso della persona da sottoporre alla perizia.

Gli atti coattivi in questione non sembrerebbero tassativamente determinati, né sono specificate le modalità per eseguirli. Ricorrendo a un'interpretazione costituzionalmente orientata, però, si può considerare l'elenco tassativo⁴¹¹. Quanto alle modalità esecutive, questo è un campo in cui le nuove tecnologie possono essere impiegate sapientemente, consentendo un'invasione minima della persona⁴¹².

La stessa disciplina si applica agli accertamenti medici (art. 224 *bis* comma 2 c.p.p.), per esempio nel caso di una radiografia eseguita perché il sospettato potrebbe avere ingoiato stupefacenti⁴¹³. Non vi rientra, invece, l'alcoltest, che non presuppone competenze tecnico scientifiche e a cui procede la polizia giudiziaria di propria iniziativa⁴¹⁴.

Per gli accertamenti medici l'incertezza aumenta, perché il legislatore non ha fatto riferimento a specifici atti consentiti: di conseguenza, oltre al problema dell'assenza di un elenco, risulta difficile stabilirne le modalità di esecuzione⁴¹⁵.

L'art. 224 *bis* circoscrive la possibilità di procedere al prelievo del campione biologico in assenza del consenso della persona sottoposta alla perizia ai delitti non colposi puniti con la reclusione superiore nel massimo a tre anni, omicidio stradale, lesioni personali stradali

⁴⁰⁸ Con la legge 30 giugno 2009, n. 85.

⁴⁰⁹ v. C. FANUELE, *Dati genetici e procedimento penale*, Padova, 2009.

⁴¹⁰ ORLANDI, PAPPALARDO, *L'indagine genetica nel processo penale germanico: osservazioni su una recente riforma*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 762.

⁴¹¹ A. PRESUTTI, *L'acquisizione forzata dei dati genetici tra adempimenti costituzionali e obblighi internazionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 552.

⁴¹² P. TONINI, C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 314.

⁴¹³ A. CAMON, M. DANIELE, D. NEGRI, C. CESARI, M. L. DI BITONTO, P. P. PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, cit., p. 343.

⁴¹⁴ M. GIALUZ, *L'accesso al corpo tramite strumenti diagnostici*, cit. p. 305.

⁴¹⁵ P. TONINI, C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 314.

gravi o gravissime e agli altri casi previsti espressamente dalla legge. L'atto che incide sulla libertà personale deve poi essere assolutamente indispensabile ai fini della prova, prediligendo metodi alternativi se disponibili.

<<Non possono in alcun modo 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 entità>> (art. 224 *bis* comma 4 c.p.p.); inoltre, devono essere rispettati dignità e pudore della persona e <<a parità di risultato, sono prescelte le tecniche meno invasive>> (art. 224 *bis* comma 5 c.p.p.).

Si tratta di una materia in cui la sicurezza e l'efficienza si scontrano con valori primari di rango costituzionale, che pretende a gran voce un bilanciamento accurato ⁴¹⁶.

Ma i limiti previsti dalla legge, sommati all'indeterminatezza della disciplina, in realtà dilatano la possibilità di procedere agli accertamenti.

Quanto al comma 4, rimane aleatorio il livello di gravità, attualità e concretezza richiesto per ritenere presente un rischio per la vita, integrità fisica o salute della persona o del nascituro. Altre difficoltà interpretative pone il concetto di scienza medica, accostato alle sofferenze di non lieve entità. Da un lato, si rileva la genericità della nozione di scienza medica, dall'altro la soggettività della nozione di sofferenze di lieve entità ⁴¹⁷.

Il comma 4 avrebbe poi dovuto contenere il limite invalicabile del rispetto della dignità umana, invece collocato al comma 5, che ha ad oggetto soltanto le tecniche di esecuzione⁴¹⁸.

Per di più, dal principio di minima invasività del comma 5 deriva la permissione degli atti invasivi, almeno per gli accertamenti medici, che non sono neppure sottoposti a un vincolo teleologico e che quindi potrebbero essere effettuati per qualsiasi fine istruttorio ⁴¹⁹.

La perizia coattiva viene disposta con un'ordinanza motivata del giudice, anche d'ufficio (art. 224 *bis* comma 1 c.p.p.) ⁴²⁰.

⁴¹⁶ v. S. RODOTÀ, *Trasformazioni del corpo*, in *Pol. dir.*, 2006, p. 7.

⁴¹⁷ T. ALESCI, *Il corpo umano fonte di prova*, cit., p. 137.

⁴¹⁸ C. CONTI, *Accertamenti medici sulla persona e diritti fondamentali: il legislatore di fronte all'oceano*, in *Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, Milano, 2011.

⁴¹⁹ P. TONINI, C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 314 s.

⁴²⁰ La regola vale anche per la perizia generale: il giudice la dispone con ordinanza motivata, anche d'ufficio (art. 224 comma 1 c.p.p.).

Se la persona che deve essere sottoposta alla perizia non si presenta, senza legittimo impedimento, può essere disposto l'accompagnamento coattivo; se si presenta, ma fa resistenza all'accertamento, il giudice può ricorrere alla coercizione fisica per il tempo strettamente necessario (art. 224 *bis* comma 6 c.p.p.). La persona può essere tenuta a disposizione solo per lo svolgimento dell'atto previsto e degli atti consequenziali e non oltre le ventiquattro ore (art. 132 c.p.p.).

Il prelievo coattivo può anche essere disposto su richiesta del pubblico ministero al giudice; nei casi di urgenza, in cui un ritardo può comportare un grave o irreparabile pregiudizio per le indagini, il pubblico ministero può procedere con decreto motivato, che dovrà essere convalidato dal giudice (art. 359 *bis* commi 1 e 2 c.p.p.).

Anche se la disposizione rinvia all'art. 224 *bis*, gli accertamenti medici ne possono essere esclusi, sia perché la rubrica fa riferimento solo al "prelievo coattivo di campioni biologici su persone viventi"⁴²¹, sia perché le operazioni di cui all'art. 224 *bis* possono essere confinate esclusivamente al prelievo di capelli, peli o mucosa, sia perché il legislatore, quando ha ritenuto di dovere, ha fatto riferimento espresso sia ai prelievi che agli accertamenti⁴²².

Bisogna poi tenere presente che la disciplina, permettendo anche il prelievo coattivo da chi non è né indagato né imputato, presta il fianco alla possibilità di accertamenti di massa, come avvenuto nel caso Yara Gambirasio, in cui si sono confrontati migliaia di campioni genetici con il DNA ritrovato sugli slip della tredicenne, rapita e brutalmente assassinata⁴²³. Il prelievo coattivo dovrebbe allora essere legittimato non solo dalla sua assoluta necessità, ma anche dall'elevata probabilità in concreto di rivelarsi decisivo al fine dell'accertamento⁴²⁴.

Il legislatore ha ommesso di disciplinare il caso opposto del consenso dell'interessato all'accertamento. Bisogna colmare la lacuna includendo la materia nel perimetro dei poteri accertativi ordinari, ricordando che dignità, salute e integrità psicofisica non possono mai essere compromesse.

⁴²¹ T. ALESCI, *Il corpo umano fonte di prova*, cit., p. 139.

⁴²² M. GIALUZ, *Radiologia e accertamenti medici coattivi: il difficile equilibrio tra libertà della persona ed esigenze di prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 573.

⁴²³ T. ALESCI, *Il corpo umano fonte di prova*, cit., p. 135.

⁴²⁴ C. GABRIELLI, *Il prelievo coattivo di campioni biologici nel sistema penale*, Torino, 2012, p. 102.

La legge non ha neppure previsto che il consenso debba essere informato e volontario, evitando così di affrontare il problema della prassi dei prelievi occulti ⁴²⁵, ovvero degli espedienti per ottenere il campione biologico, per esempio facendo bere l'indagato e prelevando la saliva lasciata sul bordo del bicchiere ⁴²⁶.

Il prelievo occulto può avvenire ad opera della polizia giudiziaria sulla scena del crimine o manipolando l'interessato, che fornisce il campione biologico in modo inconsapevole.⁴²⁷

Possono persino agire altri soggetti, diversi dall'autorità, sempre all'oscuro dell'individuo, che collabora senza saperlo ⁴²⁸.

Se il paziente, per ragioni medico-diagnostiche personali, si sottopone al prelievo del campione biologico, in seguito acquisito dall'autorità precedente, il sistema delle prove stabilito dal legislatore non è rispettato: il campione biologico non è né corpo del reato né cosa pertinente al reato in questa fattispecie, quindi non è sequestrabile ⁴²⁹.

Per evitare l'elusione del contraddittorio, la perizia è l'unico mezzo di prova idoneo allo scopo, dovendosi escludere l'applicabilità della disciplina delle prove atipiche ⁴³⁰.

Per ricorrere all'art. 189 c.p.p., il prelievo occulto dovrebbe in primo luogo essere idoneo alla ricostruzione dei fatti, come richiesto dalla norma. Ma se il modo in cui avviene l'acquisizione rende i risultati ottenuti più o meno attendibili ⁴³¹, allora la tecnica più efficace discende dall'art. 224 *bis* c.p.p., potendosi avvalere di una cornice legislativa e di una dialettica tra le parti dall'inizio ⁴³².

Quanto all'altro requisito per l'ammissibilità della prova atipica, cioè il rispetto della libertà morale della persona, si deve constatare come il soggetto non possa mai autodeterminarsi se non è libero di scegliere perché manipolato sfruttando la sua

⁴²⁵ P. TONINI, C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 310 s.

⁴²⁶ Cass., 11 marzo 2003, Esposito, in *C.e.d.* 225265.

⁴²⁷ v. Cass., sez. V, 9 ottobre 2013, in *Giust. pen.*, 2013, p. 248, con nota di LEPORE, *Il prelievo di reperti organici all'insaputa dell'indagato: una prassi contra legem*.

⁴²⁸ MONTAGNA, *Accertamenti tecnici, accertamenti peritali occulti e prelievo del DNA*, in GATTO (a cura di), *La prova penale*, vol. II, *Le dinamiche probatorie e gli strumenti per l'accertamento giudiziale*, Torino, 2008, p. 86 s.

⁴²⁹ T. ALESCI, *Il corpo umano fonte di prova*, cit., p. 166.

⁴³⁰ v. C. FANUELE, *L'acquisizione occulta di materiale biologico*, in *Le indagini atipiche*, cit., p. 320.

⁴³¹ D. CURTOTTI, *Indagini sulla scena del crimine ed acquisizione dei dati probatori. Protocolli operativi ed utilizzabilità della prova: i profili processualistici*, in M. MONTAGNA (a cura di), *L'assassinio di Meredith Kercher. Anatomia del processo di Perugia*, Roma, 2012, p. 90 s.

⁴³² C. FANUELE, *L'acquisizione occulta di materiale biologico*, in *Le indagini atipiche*, cit., p. 319 - 320.

inconsapevolezza, quando dovrebbe invece essere informato riguardo alla natura e alle finalità dell'accertamento ⁴³³.

Prima della legge 23 marzo 2016, n. 41, che ha introdotto i delitti di omicidio stradale (art. 589 *bis* c.p.) e di lesioni personali stradali (art. 590 *bis* c.p.), il consenso era poi di sicuro indispensabile nel caso di prelievo ematico per accertare la guida in stato di ebbrezza, in seguito a un incidente stradale che avesse rese necessarie cure mediche per i conducenti. Su richiesta della polizia stradale, le strutture sanitarie di base o accreditate avrebbero dovuto verificare (e verificano) il tasso alcolemico (art. 186 comma 5 c.d.s.), misurando la concentrazione di alcol nell'aria espirata o in un campione di sangue prelevato ⁴³⁴.

Ma dato che l'art. 224 *bis* c.p.p. permette il prelievo coattivo solo per i reati previsti al comma 1, tra cui mancavano i delitti in esame, era appunto necessario il consenso dell'interessato ⁴³⁵, almeno quando si trattava di una richiesta dalla polizia giudiziaria esclusivamente rivolta ai fini dell'accertamento penale ⁴³⁶.

Per il prelievo ematico eseguito in una terapia sanitaria, invece, si riteneva di potersi fare a meno del consenso, perché gli elementi di prova qui derivano direttamente dalla documentazione medica relativa alle cure del paziente, a prescindere dall'accertamento corporale dell'autorità ⁴³⁷.

In realtà, la Suprema Corte aveva fatto vacillare la distinzione tra le due categorie di prelievo, sostenendo che, quando la polizia giudiziaria avesse richiesto di accertare il tasso alcolemico in seguito a incidente stradale, soltanto un dissenso esplicito avrebbe potuto ostare al prelievo ⁴³⁸.

L'interpretazione offerta dalla Suprema Corte era inaccettabile: ai fini dell'indagine penale, il consenso della persona doveva ritenersi ineludibile e la condizione di legittimità impossibile da aggirare ⁴³⁹. L'affermazione può essere ripetuta anche in seguito alla riforma.

⁴³³ C. FANUELE, *L'acquisizione occulta di materiale biologico*, in *Le indagini atipiche*, cit., p. 320.

⁴³⁴ Ai sensi del Protocollo operativo per gli accertamenti richiesti dall'art. 186 comma 5 c.d.s.

⁴³⁵ M. GIALUZ, *L'accesso al corpo tramite strumenti diagnostici*, cit. p. 306.

⁴³⁶ Cass., sez. IV, 29 ottobre 2009, n. 3559, in *Guida dir.*, 2010, p. 96.

⁴³⁷ Cass., sez. IV, 17 luglio 2012, n. 34519, in *Giur. it.*, 2013, p. 947, con nota di C. ANGELONI, *Prelievi ematici e consenso dell'interessato*.

⁴³⁸ Cass., sez. IV, 11 febbraio 2013, n. 6755, in *C.e.d.*, n. 254931.

⁴³⁹ M. STRAMAGLIA, *Revirement della Cassazione sulla legittimità dei prelievi ematici per l'accertamento del tasso alcolemico: non serve il consenso, basta che manchi il dissenso*, in *Dir. pen. cont.*, 2013.

La novella legislativa ha modificato l'art. 224 *bis* comma 1 c.p.p., aggiungendo al novero dei reati contemplati i delitti di cui agli artt. 589 *bis* e 590 *bis* c.p.

Il legislatore ha inoltre velocizzato la procedura *ex art. 359 bis*, il cui comma 3 *bis* permette, quando si procede per questi reati, davanti al rifiuto del conducente, di adottare oralmente, per poi confermarli per iscritto, il decreto di cui al comma 2 e gli altri provvedimenti previsti, in caso di urgenza e se il ritardo può fondatamente arrecare un pregiudizio grave o irreparabile per le indagini ⁴⁴⁰.

A differenza dell'accertamento della guida sotto influenza di sostanze stupefacenti o psicotrope, per cui basta il prelievo non invasivo della saliva, per lo stato di ebbrezza si pone ancora il problema della possibilità di procedere al prelievo coattivo per appurare il tasso alcolemico nel sangue ⁴⁴¹.

La soluzione, come già detto, deve essere negativa ⁴⁴².

Il prelievo ematico coattivo non è ricompreso nell'elenco di cui all'art. 224 *bis* c.p.p., che si limita al <<prelievo di capelli, di peli o di mucosa del cavo orale su persone viventi ai fini della determinazione del profilo del DNA o accertamenti medici>>, quando invece l'art. 13 Cost. vieta di restringere la libertà personale, se non nei <<casi e modi previsti dalla legge>> ⁴⁴³.

La Cassazione ha infine ritenuto acquisibile il materiale biologico distaccato dalla persona⁴⁴⁴, legittimandone il prelievo senza alcuna formalità, non essendo più parte del corpo umano ⁴⁴⁵, e aprendo la strada a modalità alternative di acquisizione probatoria, a insaputa dell'interessato ⁴⁴⁶.

In questo modo, tuttavia, si aggirano le previsioni legislative ⁴⁴⁷.

⁴⁴⁰ R. VALLI, *Il prelievo ematico coattivo per l'accertamento dei reati di lesioni e omicidio stradale colposi*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, n. 10, p. 5 s.

⁴⁴¹ R. VALLI, *Il prelievo ematico coattivo per l'accertamento dei reati di lesioni e omicidio stradale colposi*, cit., p. 15 s.

⁴⁴² v. G. AMATO, *Prevista l'aggravante per il reato commesso sotto l'effetto di alcool*, in *Guida al Dir.*, 2016, p. 62.

⁴⁴³ Così la circolare n.5 del 29 marzo 2016 della Procura della Repubblica di Trento.

⁴⁴⁴ Cass., sez. I, 5 dicembre 2013, n. 48907, in *Mass. uff.*, n. 258269.

⁴⁴⁵ v. UBALDI, *Campioni biologici reperiti all'insaputa dell'interessato: si può fare?*, in *Dir. giust.*, 2013, p. 1640.

⁴⁴⁶ Cass., sez. I, 5 dicembre 2013, cit.

⁴⁴⁷ SCALFATI, SERVI, *Premesse sulla prova penale*, in SCALFATI (a cura di), *Le prove*, in SPANGHER (diretto da), *Trattato di procedura penale*, vol. II, Torino, 2009, p. 26.

La collaborazione inconsapevole dell'individuo ha come conseguenza l'illiceità della prova raccolta per mezzo della frode. Inoltre, non sarebbe neppure necessario aggirare il soggetto, potendosi ricorrere all'art. 224 *bis* c.p.p. e all'art. 359 *bis* c.p.p.

Il prelievo occulto invece annichilisce la libertà morale, impedendo alla persona di autodeterminarsi.⁴⁴⁸

Ai sensi dell'art. 188 c.p.p., <<non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interessata, metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti>>.

Il divieto non può riferirsi soltanto alle dichiarazioni in senso stretto, quando l'imputato/ indagato è organo di prova ⁴⁴⁹; deve essere osservato anche quando l'imputato/indagato è oggetto di prova e parla con il proprio corpo, un nuovo oggetto giuridico ⁴⁵⁰, potendo partecipare all'accertamento probatorio contro di sé ⁴⁵¹.

Il legislatore ha istituito la banca dati nazionale del DNA, contenente profili genetici che possono essere confrontati con le tracce biologiche via via rinvenute.

Ai sensi dell'art. 9 della legge 30 giugno 2009, n. 85, sono sottoposti a prelievo, per l'inserimento del profilo del DNA nella banca dati, i soggetti ristretti nella libertà personale indicati dal comma 1, nei casi di delitti non colposi per cui è consentito l'arresto facoltativo in flagranza, escludendo i reati elencati dal comma 2.

Il prelievo viene così imposto in presenza di una restrizione attuale, anche non definitiva, della libertà personale e procedendo d'ufficio, in assenza del controllo dell'autorità giurisdizionale. Inoltre, il prelievo coattivo è ammesso, per i soggetti sottoposti a custodia in carcere o agli arresti domiciliari, prima dell'interrogatorio di garanzia, al termine del quale la misura potrebbe essere revocata ⁴⁵².

⁴⁴⁸ T. ALESCI, *Il corpo umano fonte di prova*, cit., p. 168.

⁴⁴⁹ Così, invece, P. FELICIONI, *Accertamenti sulla persona e processo penale: il prelievo di materiale biologico*, Milano, 2007, p. 36.

⁴⁵⁰ S. RODOTÀ, *Ipotesi sul corpo <<giuridificato>>*, in *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, p. 204.

⁴⁵¹ FANUELE, *L'acquisizione occulta di materiale biologico*, cit., p. 323.

⁴⁵² T. ALESCI, *Il corpo umano fonte di prova*, cit., p. 141 - 142.

3. *I mezzi di ricerca della prova*

I mezzi di ricerca della prova (Titolo III del Libro III del c.p.p.) <<non sono di per sé fonte di convincimento, ma rendono possibile acquisire cose materiali, tracce o dichiarazioni dotate di attitudine probatoria. Sono le variabili di un procedimento probatorio che fa della sorpresa il modo essenziale di reperire cose o tracce del reato o per ottenere dichiarazioni>>⁴⁵³.

I mezzi di ricerca della prova tracciano un disegno frammentario, giustapposti l'uno di fianco all'altro. Si rivolgono a dati precostituiti rispetto al processo e il loro luogo naturale, ma non esclusivo, sono le indagini preliminari⁴⁵⁴.

Ne fanno parte l'ispezione, la perquisizione, il sequestro e l'intercettazione di conversazioni o comunicazioni.

3.1. *Le ispezioni*

Le ispezioni hanno ad oggetto l'osservazione e la descrizione di persone, luoghi o cose, per accertare tracce e altri effetti materiali del reato (art. 244 comma 1 c.p.p.)⁴⁵⁵.

<<Se il reato non ha lasciato tracce o effetti materiali, o se questi sono scomparsi o sono stati cancellati o dispersi, alterati o rimossi, l'autorità giudiziaria descrive lo stato attuale e, in quanto possibile, verifica quello preesistente, curando anche di individuare modo, tempo e cause delle eventuali modificazioni>> e <<può disporre rilievi segnaletici, descrittivi e fotografici e ogni altra operazione tecnica, anche in relazione a sistemi informatici o telematici, adottando misure tecniche dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali e ad impedirne l'alterazione>> (art. 244 comma 2 c.p.p.).

L'ispezione può anche implicare la coazione, quando il soggetto non collabora⁴⁵⁶: il giudice (art. 131 c.p.p.) e il pubblico ministero (art. 378 c.p.p.) possono ricorrere alla polizia giudiziaria e, dovesse essere necessario, alla forza pubblica.

⁴⁵³ Così la relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale del 1988.

⁴⁵⁴ O. DOMINIONI, *Il corpo del diritto delle prove. Disposizioni generali*, p. 235.

⁴⁵⁵ v. P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, in G. UBERTIS, G. P. VOENA (diretto da), *Trattato di procedura penale*, XX, Milano, 2004

⁴⁵⁶ v. G. AMATO, *Legittimo il supplemento di ispezione sul soggetto che ingerisce ovuli di droga*, in *Guida dir.*, 2007, p. 63.

In particolare, l'ispezione personale (art. 245 c.p.p.) si indirizza al corpo o a parti del corpo di una persona vivente, in vista e non ⁴⁵⁷. Ci si spinge a sostenere che possa essere esaminato anche l'interno dell'organismo umano, utilizzando strumenti tecnici adatti ⁴⁵⁸.

In realtà, così facendo si espandono i limiti propri dell'ispezione, che dovrebbe essere circoscritta alla mera exteriorità. Comunque, se entrano in gioco competenze tecniche, subentra il problema della distinzione con il mezzo di prova della perizia ⁴⁵⁹.

La scelta dovrebbe essere guidata dall'urgenza di assicurare quante più garanzie possibile⁴⁶⁰. In particolare, riguardo all'estensione dei rilievi, bisogna chiedersi se l'ispezione sia confinata all'attività di rilevazione o includa anche un'attività valutativa. Valorizzandone la natura mista, l'operazione, quando è sdoppiata in una fase meccanica e una fase di valutazione, può essere ricondotta alla perizia ⁴⁶¹.

La Suprema Corte, nel 2005, ha ricompreso nell'ispezione gli accertamenti radiologici, negando che possa trattarsi di una tecnica invasiva del corpo, e considerando il diritto alla salute (art. 32 Cost.) rispettato ⁴⁶² e addirittura tutelato proprio in virtù dell'operazione, nel caso in cui si rinvenivano e vengano fatti espellere degli ovuli di sostanze stupefacenti ⁴⁶³.

Tuttavia, sarebbe stato più corretto qualificare l'accertamento come una perquisizione, trattandosi di ricercare e sequestrare il corpo del reato ⁴⁶⁴.

In ogni caso, dato che comunque l'atto coinvolge il sapere tecnico e specifico di un medico⁴⁶⁵, l'inquadramento nell'ispezione o nella perquisizione dovrebbe cedere il passo alla perizia⁴⁶⁶, nell'area degli accertamenti medici ⁴⁶⁷.

⁴⁵⁷ v. Cass., sez. IV, 2 dicembre 2005, Euchì Sami, in *Guida dir.*, 2006, 13, 102. Secondo alcuni, tuttavia, l'ispezione riguarda solo le parti celate alla vista (v., per esempio, A. DE MARSICO, *Diritto processuale penale*, G. D. PISAPIA (a cura di), Napoli, 1966, p. 196.

⁴⁵⁸ A. MASSARI, *Ispezione giudiziale*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1963, p. 201.

⁴⁵⁹ P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 109.

⁴⁶⁰ v. MORLACCHINI, *Ispezione, perquisizione e sequestro*, in SPANGHER (a cura di), *Soggetti. Atti. Prove*, in SPANGHER, MARANDOLA, GARUTI, KALB (diretto da), *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, Torino, 2015, p. 1152.

⁴⁶¹ v. A. MACCHIA, *L'indiziato e l'esame radiologico coattivo. Adesso serve un chiarimento legislativo*, in *Dir. giust.*, 2006, p. 50 s.

⁴⁶² Cass., sez. IV, 2 dicembre 2005, Euchì, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3555, con nota di S. RENZETTI.

⁴⁶³ Cass., sez. IV, 28 giugno 2007, H.U., in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 465, con nota di P. FELICIONI.

⁴⁶⁴ F. CASASOLE, *L'esame radiografico coattivo: qualificazione giuridica e limiti costituzionali*, in *Giur. it.*, 2007, p. 192.

⁴⁶⁵ v. *infra*.

⁴⁶⁶ Cass., Sez. un., 3 luglio 1971, Carpenito, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, p. 918.

⁴⁶⁷ S. RENZETTI, *Gli accertamenti corporali coattivi: una questione aperta*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3559.

Quanto all'affermazione secondo cui l'accertamento radiologico non avrebbe natura invasiva, non può essere condivisa, considerando l'utilizzo delle radiazioni ionizzanti⁴⁶⁸.

L'interpretazione appare pienamente confortata dall'introduzione della legge 30 giugno 2009, n. 85.⁴⁶⁹

Gli accertamenti medici coattivi, all'interno del nuovo quadro, intaccano sempre la libertà corporale e sono permessi solo per i reati previsti dall'art. 224 *bis* comma 1 c.p.p., a condizione che non costituiscano un pericolo per la vita, l'integrità fisica o la salute e osservando il principio della minima offensività. Se vi è il consenso, invece, si tratterà di accertamento tecnico irripetibile *ex art.* 360 c.p.p.⁴⁷⁰

Prima di procedere, bisogna avvertire il soggetto sottoposto al mezzo di ricerca della prova che ha la facoltà di farsi assistere da una persona di fiducia, purché prontamente reperibile e idonea (art. 245 comma 1 c.p.p.).

Limite allo svolgimento dell'ispezione personale è il rispetto della dignità umana. Per quanto possibile, altro limite è il rispetto del pudore (art. 245 comma 2 c.p.p.).

Se il pudore, in determinati casi, può essere leso, non può mai essere svilita la dignità dell'individuo, a cui si deve accordare il comportamento rispettoso adottato dall'autorità⁴⁷¹.

La Corte costituzionale, come la dottrina prevalente, mantiene la distinzione tra la nozione di dignità, limite assoluto, e la nozione di pudore, limite relativo. Secondo il giudice delle leggi, oltre alla dignità umana, gli accertamenti corporali si devono fermare davanti alla vita, all'integrità fisica e alla salute dell'essere umano: nessun riferimento al pudore⁴⁷².

La disciplina è poi integrata dall'art. 79 norme att. c.p.p.: di regola, l'ispezione personale deve essere eseguita da una persona dello stesso sesso di chi la subisce.

L'ispezione personale può anche essere eseguita da un medico: l'autorità giudiziaria, in questo caso, potrà non assistere alle operazioni (art. 245 comma 3 c.p.p.).

⁴⁶⁸ S. RENZETTI, *Gli accertamenti corporali coattivi*, cit., p. 3562.

⁴⁶⁹ v. *supra*.

⁴⁷⁰ M. GIALUZ, *L'accesso al corpo tramite strumenti diagnostici*, cit. p. 298 s.

⁴⁷¹ P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 185.

⁴⁷² Corte cost., 24 marzo 1986, n. 54 e Corte cost., 27 giugno 1996, n. 238.

La facoltà di astenersi dell'autorità giudiziaria si può trasformare in un dovere quando l'ispezione personale coinvolge il pudore della persona ⁴⁷³. Per la dignità il problema non si pone perché, come si è detto, non può mai essere intaccata.

Il termine “personale” evidenzia lo stretto collegamento dell'ispezione in esame con l'art. 13 Cost., tant'è che è stato introdotto in sostituzione del “corporale” utilizzato dal codice di procedura penale del 1930 ⁴⁷⁴.

Tuttavia, l'art. 13 Cost., che richiede un atto motivato dell'autorità giudiziaria per procedere all'ispezione (comma 2), è violato dall'assenza di una disposizione che preveda la consegna al soggetto ispezionato di una copia del decreto che dispone il mezzo di ricerca della prova, impedendogli di leggerne la motivazione ⁴⁷⁵.

La lacuna viola anche gli obblighi imposti dalla direttiva 2012/13/UE sul diritto all'informazione nei procedimenti penali (recepita, in parte, dal d.lgs. 1 luglio 2014, n. 101 ⁴⁷⁶), che richiede agli Stati membri di garantire l'informazione sui diritti processuali, l'informazione sull'accusa e l'accesso alla documentazione delle indagini.

A differenza dell'ispezione personale, quando sono necessari accertamenti o rilievi urgenti sulla persona, perché le tracce del reato possono alterarsi o disperdersi o modificarsi, la polizia giudiziaria può procedere di propria iniziativa ai sensi dell'art. 354 comma 3 c.p.p., fermi i limiti della dignità e del pudore e senza potere incidere sulla libertà individuale più del dovuto ⁴⁷⁷.

Quando ispeziona dei luoghi, invece, l'autorità giudiziaria può impedire che un soggetto si allontani prima della conclusione delle operazioni e, se si allontana, può farlo ricondurre sul posto coattivamente (art. 246 comma 2 c.p.p.).

L'ispezione reale può riguardare cose mobili o immobili, animali, documenti (per accertarne la contraffazione o il deterioramento), l'esteriorità di un cadavere ⁴⁷⁸.

L'ispezione informatica, infine, potrebbe essere ricollegata all'ispezione reale. Tuttavia, per la sua particolarità, può anche essere considerata una forma a sé stante di ispezione, sia

⁴⁷³ F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2003, p. 824.

⁴⁷⁴ C. BELLORA, *Ispezione giudiziale*, in *Dig. pen.*, vol. VII, Torino, 1993, p. 278.

⁴⁷⁵ C. BELLORA, *Ispezione giudiziale*, cit., p. 279.

⁴⁷⁶ v. P. BRONZO, *Nuove norme in tema di informazioni all'imputato*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 2765.

⁴⁷⁷ Cass., sez. III, 04 marzo 2020, n. 18452, in *C.e.d.*, 2020.

⁴⁷⁸ P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 85.

perché è effettuata su un sistema informatico o telematico, sia perché mira ad ottenere dati informatici ⁴⁷⁹.

Il concorso dell'imputato/indagato all'accertamento del fatto può essere ricondotto alla categoria dei doveri inderogabili di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., che gravano su tutti i cittadini ⁴⁸⁰.

Ora, come già ricordato, al soggetto che subisce il procedimento non è possibile imporre un obbligo attivo, imponendogli di agire, perché è protetto dal diritto di difesa.

Il suo dovere sociale si esaurisce nella mera passività, nella soggezione dell'oggetto di prova ⁴⁸¹, ovviamente a patto che le garanzie costituzionali vengano rispettate.

Non si potrebbe quindi chiedere all'individuo di attivarsi in qualche modo, ma soltanto costringerlo a subire, per esempio immobilizzandolo temporaneamente o svestendolo se si oppone ⁴⁸².

3.3. *Le perquisizioni*

La perquisizione è un mezzo di ricerca della prova volto a trovare il corpo del reato o cose pertinenti al reato, oppure volto ad arrestare l'imputato o l'evaso (art. 247 c.p.p.).

Deve esservi <<fondato motivo di ritenere che>> una persona stia occultando il corpo del reato o cose pertinenti al reato (perquisizione personale), così come deve esservi <<fondato motivo di ritenere che>> si trovino in un luogo, o che l'imputato o l'evaso si trovi in un luogo (perquisizione locale): devono cioè esserci degli indizi.

Per persona non bisogna intendere solo il corpo umano, ma anche le cose di sua pertinenza, come una borsa ⁴⁸³: se non venissero tutelate le cose di sua pertinenza, la libertà personale (art. 13 Cost.) sarebbe compromessa ⁴⁸⁴.

⁴⁷⁹ P. TONINI, C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 404.

⁴⁸⁰ A. DE CARO, *Libertà personale e sistema processuale penale*, Napoli, 2000, p. 187.

⁴⁸¹ P. FELICIONI, *L'esecuzione coattiva del prelievo ematico: profili problematici*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 317.

⁴⁸² P. FELICIONI, *Considerazioni sugli accertamenti coattivi nel processo penale: lineamenti costituzionali e prospettive di riforma*, in *Ind. pen.*, 1999, p. 508.

⁴⁸³ v. G. RICCIO, *Le perquisizioni nel codice di procedura penale*, Napoli, 1974, p. 21 s.

⁴⁸⁴ G. SANNA, *Note in materia di perquisizioni*, in *Giust. pen.*, 1967, p. 576.

Per procedere alla perquisizione, la *notitia criminis* deve avere un minimo di solidità, accompagnata dalla probabilità di ritrovare la cosa o la persona ⁴⁸⁵.

La perquisizione viene disposta con decreto motivato (art. 247 comma 2 c.p.p.), che può anche delegare l'atto alla polizia giudiziaria (art. 247 comma 3 c.p.p.).

La polizia giudiziaria può pure procedere alla perquisizione di propria iniziativa, in caso di flagranza di reato o di evasione, quando ha <<fondato motivo di ritenere che sulla persona si trovino occultate cose o tracce pertinenti al reato che possono essere cancellate o disperse ovvero che tali cose o tracce si trovino in un determinato luogo o che ivi si trovi la persona sottoposta alle indagini o l'evaso>> (art. 352 c.p.p.).

All'ipotesi vanno ricollegate le garanzie previste per l'esecuzione della perquisizione da parte dell'autorità giudiziaria, al fine di tutelare il diritto alla difesa e all'informazione del soggetto sottoposto al mezzo di ricerca della prova ⁴⁸⁶.

Se si sta ricercando una cosa determinata, l'autorità procedente può invitare a consegnarla e, se viene consegnata, non perquisisce, a meno che non lo esiga la completezza delle indagini (art. 248 comma 1 c.p.p.): l'esigenza di perquisire deve però manifestarsi proprio esaminando la cosa consegnata, altrimenti la disposizione scadrebbe nell'arbitrio ⁴⁸⁷.

L'autorità può anche rivolgersi a una banca, per farsi consegnare atti, documenti, corrispondenza, dati, informazioni e programmi informatici da vagliare. Se la banca si oppone, l'autorità perquisisce (art. 248 comma 2 c.p.p.).

Dalla previsione discende la prassi dei cosiddetti sequestri pioggia, cioè la diramazione rivolta alle banche dell'ordine di consegna. Così, tuttavia, la mera soggezione al mezzo di ricerca della prova diventa un dovere di collaborazione. Minacciata dalla perquisizione, la banca ottempererà. Sulla stessa linea d'onda è il blocco delle cassette di sicurezza: alla banca viene ordinato di non lasciare aprire al cliente la propria cassetta di sicurezza in assenza dell'autorità giudiziaria o della polizia giudiziaria, anche qui minacciata dall'eventuale perquisizione e costretta a collaborare ⁴⁸⁸.

⁴⁸⁵ A. CAMON, M. DANIELE, D. NEGRI, C. CESARI, M. L. DI BITONTO, P. P. PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, cit., p. 361.

⁴⁸⁶ A. SCAGLIONE, *L'attività ad iniziativa della polizia giudiziaria*, Torino, 2000, p. 128.

⁴⁸⁷ A. CAMON, M. DANIELE, D. NEGRI, C. CESARI, M. L. DI BITONTO, P. P. PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, cit., p. 363.

⁴⁸⁸ A. CAMON, M. DANIELE, D. NEGRI, C. CESARI, M. L. DI BITONTO, P. P. PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, cit., p. 363.

Secondo la Suprema Corte, si tratterebbe di un atto conoscitivo, privo di coercizione ⁴⁸⁹. La soluzione non può essere condivisa, perché, pur non essendo palese, la coercizione si annida nella minaccia, appunto.

Per le perquisizioni informatiche bisogna ricorrere a delle precauzioni per conservare i dati originali e fare in modo che non vengano alterati (art. 247 comma 1 *bis* c.p.p.). In questo modo si tutela l'integrità delle informazioni digitali.

Per la perquisizione personale, a differenza dell'ispezione personale, è prevista la consegna della copia del decreto che la dispone al soggetto da perquisire, che ha facoltà di farsi assistere da una persona fidata, prontamente reperibile e almeno quattordicenne (art. 249 comma 1 c.p.p.).

La dignità e, per quanto possibile, il pudore devono essere rispettati (art. 249 comma 2 c.p.p.). Al riguardo, la Suprema Corte ha affermato che la persona non possa essere denudata, quando la perquisizione può avvenire in altre forme ⁴⁹⁰, accorgimento che si può imporre pure per l'ispezione personale.

Anche per la perquisizione locale bisogna consegnare copia del decreto che la dispone (all'imputato e a chi ha l'attuale disponibilità del luogo), consentendosi la presenza di una persona fidata, prontamente reperibile e idonea (art. 250 comma 1 c.p.p.).

L'autorità giudiziaria sul luogo può pure perquisire le persone, dovesse ritenere che stiano occultando il corpo del reato o cose pertinenti al reato. Può impedire che qualcuno si allontani prima del termine delle operazioni (art. 250 comma 3).

Il corpo del reato o le cose pertinenti al reato trovati in seguito alla perquisizione vengono sequestrati. Se il ricercato viene trovato, si esegue l'ordinanza di custodia cautelare o il provvedimento di arresto o il provvedimento di fermo ⁴⁹¹.

La Cassazione ha ritenuto che si possa procedere alla perquisizione coattiva solo se la ricerca della prova sia concreta e specifica, altrimenti l'atto sarebbe un mezzo per acquisire una notizia di reato ⁴⁹². Considerazioni analoghe valgono per l'ispezione personale, vista la delicatezza con cui ci si dovrebbe approcciare alla materia.

⁴⁸⁹ Cass., 3 giugno 2005, p.m. in c. Rifqui, in *Arch. n. proc. pen.*, 2005, p. 587; Cass., 3 luglio 1996, Olivetti, in *C.e.d.*, n. 206521.

⁴⁹⁰ Cass., sez. I, 27 giugno 2013, n. 12286, in *Dir. giust.*, 2014, 14 marzo.

⁴⁹¹ P. TONINI, C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 385.

⁴⁹² Cass., sez. II, 10 settembre 1997, n. 84, in *Arch. n. proc. pen.*, 1998, p. 297.

L'imputato, oggetto di prova, ha diritto a non muoversi per l'accertamento probatorio. Ma può essere costretto a subire, restando fermo temporaneamente, per esempio ⁴⁹³.

Il giudice di legittimità ha inoltre fatto rientrare nella perquisizione l'acquisizione del materiale biologico ritrovato sugli effetti personali ⁴⁹⁴.

La Suprema Corte ha affermato che prelevare il DNA dell'indagato, sequestrando gli oggetti su cui sono rinvenute sue tracce biologiche, non si configurerebbe come un invasione della persona ⁴⁹⁵. E, ancora, essendo presupposto dell'accertamento tecnico, ha escluso l'osservanza delle garanzie di difesa previste in materia di accertamenti tecnici irripetibili *ex art. 360 c.p.p.* ⁴⁹⁶

Non è possibile accettare l'orientamento giurisprudenziale, in quanto, come ricordato, rientrano nella nozione di persona anche le cose di sua pertinenza, richiedendosi quindi pure qui l'osservanza delle cautele minime.

Le garanzie di difesa sono messe da parte anche in materia di stupefacenti: secondo la Cassazione, la polizia giudiziaria non deve avvisare della facoltà di farsi assistere da un difensore quando, di propria iniziativa, procede a un controllo su un mezzo di trasporto ⁴⁹⁷.

Il diritto all'assistenza tecnica viene di nuovo immolato sull'altare della repressione, quando, a ben vedere, non ci sarebbe motivo di sacrificarlo.

3.4. *Il sequestro probatorio*

Il sequestro probatorio (art. 253 c.p.p.) assicura una cosa mobile o immobile all'autorità procedente a fini istruttori, spossessandola coattivamente e gravandola di un vincolo di indisponibilità, per evitare eventuali modificazioni ⁴⁹⁸.

⁴⁹³ T. ALESCI, *Il corpo umano fonte di prova*, cit., p. 125.

⁴⁹⁴ Cass., sez. II, 19 ottobre 2007, Mallia, in *Giur. it.*, 2008, p. 2031.

⁴⁹⁵ Cass., sez. II, 13 marzo 2007, Minnella, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1812.

⁴⁹⁶ Cass., sez. IV, 12 febbraio 2009, Di Paola, in *C.e.d.*, rv. 244224.

⁴⁹⁷ Cass., sez. VI, 10 settembre 2019, n. 41986, in *C.e.d.*, 2019.

⁴⁹⁸ P. TONINI, C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 386 - 387.

Si deve trattare di un bene materiale, in particolare del corpo del reato ⁴⁹⁹, o di una cosa pertinente al reato ⁵⁰⁰, necessaria per accertare i fatti ⁵⁰¹.

Le cose vengono restituite se viene meno la necessità probatoria (art. 262 comma 1 c.p.p.), a meno che non venga disposto il sequestro preventivo (art. 262 comma 3 c.p.p.) o il sequestro conservativo (art. 262 comma 2 c.p.p.).

Se non sono confiscate, le cose vanno restituite dopo la sentenza irrevocabile (art. 262 comma 4 c.p.p.).

L'autorità può sequestrare lettere, pieghi, pacchi, valori, telegrammi o altra corrispondenza, anche se inoltrati per via telematica, presso i fornitori di servizi postali, telegrafici, telematici o di telecomunicazioni. Deve esservi un fondato motivo per ritenere che siano stati spediti dall'imputato o siano stati diretti all'imputato, oppure, in ogni caso, in connessione con il reato (art. 254 comma 1).

In merito al sequestro informatico, bisogna sottolineare come, grazie all'intervento della legge 18 marzo 2008, n. 48, l'oggetto del sequestro probatorio sia il documento digitale estratto dal supporto fisico, e non quest'ultimo ⁵⁰². Di conseguenza, se viene restituito l'hardware, trattenendo una copia clone, la copia clone dovrà considerarsi sequestrata per finalità probatorie ⁵⁰³.

La questione assume ancora più rilevanza in ottica garantista, perché i documenti informatici, ricavati, per esempio, da un cellulare, possono a buon diritto considerarsi, per così dire, prolungamenti dell'individuo nella dimensione virtuale, per la quantità e qualità di dati che contengono.

L'esigenza di stare al passo con il progresso tecnologico galoppante, per proteggere e promuovere la persona umana in ogni sua espressione, impone di rivedere e attualizzare le categorie classiche del diritto.

⁴⁹⁹ Vale a dire, ai sensi dell'art. 253 comma 2 c.p.p., <<le cose sulle quali o mediante le quali il reato è stato commesso nonché le cose che ne costituiscono il prodotto, il profitto o il prezzo>>.

⁵⁰⁰ Le cose pertinenti al reato devono avere un rilievo minimo per l'accertamento penale. Secondo la Corte costituzionale, 1 giugno 1998, n. 229, gli appunti dell'imputato, presi per rispondere nell'interrogatorio, non fanno parte delle cose pertinenti al reato.

⁵⁰¹ v. Cass., sez. un., 13 febbraio 2004, Ferrazzi, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1913.

⁵⁰² S. CARNEVALE, *Copia e restituzione di documenti informatici sequestrati: il problema dell'interesse ad impugnare*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 472.

⁵⁰³ In questo senso, Cass., sez. VI, 31 ottobre 2007, Sarzanini, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4276. In senso contrario, invece, Cass., Sez. un., 7 maggio 2008, Tehmil, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 472.

Al sequestro probatorio possono essere sottoposte le mail ricevute e spedite, archiviate nelle caselle di posta elettronica: si tratta di documenti.

Il sequestro informatico, infatti, è il risultato dell'ispezione/perquisizione informatica, avendo ad oggetto le mail al di fuori del traffico comunicativo ⁵⁰⁴, altrimenti troverebbe applicazione la disciplina delle intercettazioni informatiche o telematiche *ex art. 266 bis c.p.p.* ⁵⁰⁵, dovendosi rispettare l'art. 15 Cost., sulla libertà e la segretezza delle comunicazioni.

Le mail contengono numerose informazioni rilevanti ai fini dell'accertamento penale ⁵⁰⁶, perciò nell'accostarsi al messaggio elettronico ne deve essere garantita l'integrità ⁵⁰⁷, affinché la verifica dell'eventuale colpevolezza risulti attendibile ⁵⁰⁸.

La materia del sequestro probatorio non è immune a prassi discutibili, in contrasto con i principi costituzionali.

Per esempio, accade che il pubblico ministero, senza che il detenuto lo sappia, si faccia consegnare la sua corrispondenza. Dopo che la polizia ne ha estratto copia, la corrispondenza viene poi indirizzata al destinatario inconsapevole.

Vengono così messi insieme il sequestro di corrispondenza (art. 353 c.p.p.) e il visto di controllo sulla corrispondenza del detenuto (art. 18 *ter* ord. pen.), aggirando le tutele previste da entrambe le discipline ⁵⁰⁹.

Si potrebbe parlare di prova atipica, ma non è possibile rifarsi all'atipicità per aggirare la riserva di legge e la riserva di giurisdizione previste dall'art. 15 Cost.

Le Sezioni unite della Cassazione ⁵¹⁰ hanno escluso l'applicabilità della disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni per analogia, dovendosi tra l'altro comunicare al detenuto l'avvenuta interferenza. Da qui l'illegittimità dei controlli occulti

⁵⁰⁴ Cass., sez. VI, 28 maggio 2019 - 27 giugno 2019, n. 28269, in *C.e.d.*, n. 276227.

⁵⁰⁵ E. M. MANCUSO, *L'acquisizione di contenuti e-mail*, in *Le indagini atipiche*, cit., p. 81.

⁵⁰⁶ F. ZACCHÉ, *La prova documentale*, Milano, 2012, p. 27.

⁵⁰⁷ E. M. MANCUSO, *L'acquisizione di contenuti e-mail*, in *Le indagini atipiche*, cit., p. 55.

⁵⁰⁸ L. LUPÀRIA, *Computer crimes e procedimento penale*, in G. GARUTI (a cura di), *Modelli differenziati di accertamento*, in *Trattato di procedura penale*, G. SPANGHER (diretto da), vol. VII, Torino, 2011, p. 373.

⁵⁰⁹ Cass., sez. VI, 10 dicembre 2009, Giacalone, in *C.e.d.* 245183.

⁵¹⁰ Cass., Sez. un., 19 aprile 2012, n. 28997.

sulla corrispondenza del detenuto, da cui discende l'inutilizzabilità delle risultanze probatorie⁵¹¹.

Per di più, al detenuto, che per comunicare con l'esterno deve rimettersi all'amministrazione penitenziaria, va garantita una protezione particolarmente stringente, per evitare sconfinamenti dell'autorità giudiziaria più invadenti del necessario, che ne intaccano i diritti fondamentali⁵¹².

3.5. *Le intercettazioni di conversazioni o comunicazioni*

Il corpo non è oggetto di prova soltanto nei casi esaminati in precedenza, a cui più tradizionalmente si è ricondotta la funzione di soggezione passiva, vista la diretta incidenza sulla persona fisica. L'individuo si trasforma in un oggetto di prova, essendo quindi coperto dal diritto a non effettuare i movimenti necessari a fini istruttori, anche quando l'autorità ne cattura le diverse manifestazioni, nel loro dispiegarsi nello spazio e nel tempo⁵¹³.

Uno degli esempi più eclatanti è la materia delle intercettazioni.

Secondo la Corte costituzionale, in questo campo non viene in considerazione il diritto al silenzio⁵¹⁴. L'affermazione, però, non esclude la rilevanza del diritto a non collaborare, che emerge, appunto, sotto forma di diritto a non effettuare i movimenti necessari a fini istruttori.

Il soggetto qui non partecipa attivamente all'istruzione probatoria con le proprie dichiarazioni, come avviene quando la persona si configura come organo di prova, coperta dal principio del *nemo tenetur se detegere*: subisce l'istruzione probatoria attraverso la propria voce.

Le intercettazioni di conversazioni o comunicazioni costituiscono una limitazione della libertà fondamentale e della segretezza della corrispondenza e delle altre forme di comunicazione che, ai sensi dell'art. 15 Cost., sono inviolabili e che per essere limitate

⁵¹¹ G. LEO, *Le Sezioni unite escludono la legittimità di controlli occulti sulla corrispondenza dei detenuti (e non solo)*, in *Dir. pen. cont.*, 19 luglio 2012.

⁵¹² P. TONINI, C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit., p. 392.

⁵¹³ v. P. DI GERONIMO, *Il contributo dell'imputato all'accertamento del fatto*, Milano, 2009, p. 140.

⁵¹⁴ Corte cost., 4 aprile 1973, n. 34.

esigono un atto motivato dell'autorità giudiziaria e l'osservanza delle garanzie stabilite dalla legge.

Accostandosi alla materia, bisogna tenere a mente che <<la stretta attinenza della libertà e della segretezza della comunicazione al nucleo essenziale dei valori della personalità - attinenza che induce a qualificare il corrispondente diritto come parte necessaria di quello spazio vitale che circonda la persona e senza il quale questa non può esistere e svilupparsi in armonia con i postulati della dignità umana - comporta un particolare vincolo interpretativo, diretto a conferire a quella libertà, per quanto possibile, un significato espansivo>>⁵¹⁵.

Le Sezioni unite della Suprema Corte hanno definito l'intercettazione come <<l'apprensione occulta, in tempo reale, del contenuto di una conversazione o di una comunicazione in corso tra due o più persone da parte di altri soggetti, estranei al colloquio>>⁵¹⁶.

La Cassazione le ha poi distinte da altre forme di captazione di conversazioni o comunicazioni, come avviene quando un privato di sua iniziativa interloquisce in un colloquio registrandolo, a cui si applicano le disposizioni sui documenti, oppure, nell'ambito dell'attività investigativa della polizia giudiziaria, quando quest'ultima fornisce al privato degli strumenti per procedere alla registrazione⁵¹⁷.

Inoltre, ha stabilito che, se le parti ne consentono l'acquisizione al fascicolo dibattimentale, sono utilizzabili anche i cosiddetti brogliacci, che si hanno quando la polizia giudiziaria intercetta delle conversazioni al telefono e le trascrive in maniera informale⁵¹⁸.

Le intercettazioni possono riguardare conversazioni o comunicazioni al telefono oppure altre forme di telecomunicazione (art. 266 comma 1 c.p.p.).

Possono avere ad oggetto anche comunicazioni tra presenti: si tratta delle cosiddette intercettazioni ambientali, che nelle abitazioni, in altri luoghi di privata dimora e nelle loro pertinenze, sono vietate in assenza di un fondato motivo di ritenere che all'interno sia in corso di svolgimento un'attività criminosa (art. 266 comma 2 c.p.p.).

⁵¹⁵ Corte cost., 26 febbraio 1993, n. 81.

⁵¹⁶ Cass., Sez. un., 28 maggio 2003, n. 36747, Torcasio.

⁵¹⁷ Cass., 11 luglio 2017, n. 48084; Cass., 20 marzo 2015, n. 19158.

⁵¹⁸ Cass., 28 marzo 2018, n. 24744.

La giurisprudenza ha escluso vari luoghi dal concetto di privata dimora, come l'abitacolo di un autoveicolo ⁵¹⁹, l'ufficio del sindaco ⁵²⁰, la cella di un carcere ⁵²¹ e un'agenzia di pompe funebri ⁵²².

Le intercettazioni tra presenti possono essere eseguite pure collocando delle microspie in un luogo di privata dimora, venendo in rilievo l'interesse alla repressione dei reati ⁵²³.

Sempre in un luogo di privata dimora, nei delitti di criminalità organizzata, è possibile procedere all'intercettazione ambientale, utilizzando un captatore informatico installato in un dispositivo elettronico portatile, metodo di esecuzione a cui fa riferimento l'art. 266 comma 2 c.p.p., anche in mancanza di attività criminosa ⁵²⁴.

La segretezza delle comunicazioni e il giusto processo, sanciti dalla Costituzione e dagli obblighi internazionali, in primo luogo dalla C.e.d.u., richiedono una cautela particolarmente stringente in materia di ascolto occulto delle comunicazioni tra presenti ⁵²⁵. Infine, le intercettazioni possono afferire a comunicazioni informatiche o telematiche (art. 266 *bis* c.p.p.).

Com'è chiaro, la materia si colloca tra quelle che più risentono del progresso tecnologico, richiedendo un'attenzione particolare nell'adattarne costantemente l'estensione, per evitare anacronismi, come non ha mancato di fare la Corte e.d.u.

I giudici di Strasburgo, per esempio, hanno applicato i principi previsti per le intercettazioni telefoniche per ritenere violato l'art. 8 C.e.d.u. in un'operazione di polizia in cui erano state intercettate e registrate conversazioni tra apparecchi radio.

Secondo la Corte, il ricorrente non aveva goduto delle dovute garanzie mentre era soggetto all'arbitrio dell'autorità procedente, libera da condizioni, vincoli di scopo e modalità esecutive ben definite da seguire ⁵²⁶.

L'art. 8 C.e.d.u., a tutela del diritto al rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e della corrispondenza (par. 1), stabilisce che «non può esservi ingerenza di un'autorità

⁵¹⁹ Cass., sez. I, 22 gennaio 1996 - 17 febbraio 1996, n. 1904, CP 97, p. 1082.

⁵²⁰ Cass., sez. II, 21 aprile 1997 - 10 ottobre 1997, n. 2873, Viveri, in *C.e.d.* 208757.

⁵²¹ Cass., sez. II, 20 novembre 1996 - 19 febbraio 1998, n. 2103, Marras, in *C.e.d.*, n. 209929.

⁵²² Cass., sez. IV, 12 dicembre 2002 - 25 novembre 2003, n. 45323, in *C.e.d.*, n. 226887.

⁵²³ Cass., sez. VI, 10 novembre 1997 - 21 gennaio 1998, n. 4397, Greco, in *C.e.d.*, 210062.

⁵²⁴ Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, n. 26889, Scurato.

⁵²⁵ P. MAGGIO, *Ascolto occulto delle conversazioni tra presenti*, in *Le indagini atipiche*, cit., p. 105 - 106.

⁵²⁶ Corte e.d.u., 10 marzo 2009, Bykov c. Russia.

pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui>> (par. 2).

La materia delle intercettazioni oscilla tra la necessità di proteggere la sfera privata del cittadino e la necessità di utilizzare il mezzo di ricerca della prova ai fini della giustizia penale.

Al riguardo, la Corte e.d.u. ha sottolineato che, affinché lo strumento possa essere legittimamente impiegato, deve essere evitato qualsiasi abuso dell'autorità procedente, da valutarsi nel caso concreto, osservando il principio di proporzionalità ⁵²⁷ e delle garanzie minime, come l'imposizione di limiti alla durata dell'intercettazione e l'elencazione delle categorie di persone che possono essere intercettate ⁵²⁸.

La corrispondenza via posta, nell'ordinamento italiano, è invece rimasta esclusa dalla disciplina.

Sulla scia delle Sezioni unite della Cassazione, la Corte costituzionale ha distinto la nozione di intercettazione e la nozione di sequestro e ha escluso la violazione del principio di uguaglianza dovuta all'impossibilità di intercettare la corrispondenza postale, che può essere soltanto sequestrata ⁵²⁹.

La Corte costituzionale ha invece ricondotto alle intercettazioni ambientali la captazione di immagini in luoghi di privata dimora, almeno per i comportamenti comunicativi ⁵³⁰.

La libertà personale verrebbe qui limitata in maniera legittima, nel bilanciamento con l'esigenza di repressione dei reati, osservando le garanzie apprestate dagli artt. 14 e 15 Cost. e richiamate dalla motivazione del provvedimento inerente al mezzo di ricerca della prova ⁵³¹.

In merito ai comportamenti non comunicativi, invece, le Sezioni unite della Suprema Corte hanno ritenuto applicabile la disciplina delle prove atipiche *ex art. 189 c.p.p.*

⁵²⁷ Corte e.d.u., 8 aprile 2014, Blaj c. Romania.

⁵²⁸ Corte e.d.u., 4 dicembre 2015, Roman Zakharov c. Russia.

⁵²⁹ Corte cost., 7 dicembre 2016, n. 20.

⁵³⁰ Corte cost., 11 aprile 2002, n. 135.

⁵³¹ Cass., sez. I, 4 giugno 1992 - 3 agosto 1992, n. 2623, Filannino, in *C.e.d.*, n. 191552.

Come accennato prima, il giudice delle leggi ha poi ricollegato il caso in cui un interlocutore, senza che l'altro o gli altri lo sappiano, registri una conversazione, alla prova documentale e non alle intercettazioni ⁵³².

Quando il colloquio è videoregistrato dalla polizia giudiziaria, la Consulta ha distinto: se la videoregistrazione è effettuata in un luogo pubblico, aperto o esposto al pubblico, si tratterà di prova atipica (art. 189 c.p.p.); se la videoregistrazione è effettuata in un domicilio (art. 14 Cost.), si tratterà di una prova illecita e assolutamente vietata; se la videoregistrazione è effettuata in un luogo diverso dal domicilio dove però si svolgono attività particolarmente riservate e quindi protette dall'art. 2 Cost., è necessaria un' autorizzazione motivata dell'autorità giudiziaria ⁵³³.

La Cassazione non ha esteso la disciplina delle intercettazioni alla localizzazione ottenuta attraverso il cellulare di una persona (*positioning*) ⁵³⁴, al pari della localizzazione ottenuta attraverso il rilevamento satellitare del GPS ⁵³⁵.

La geolocalizzazione è poi sottoposta alla riserva di legge e al vincolo di scopo di cui all'art. 8 C.e.d.u., come anche la raccolta e l'uso di informazioni su data e durata delle chiamate, sui numeri digitati e altri dati personali inerenti all'uso del telefono conservati all'oscuro dell'utilizzatore ⁵³⁶.

Altro limite invalicabile in materia è la libertà morale (art. 188 c.p.p.): metodi o tecniche che ledono la libertà di autodeterminazione o la capacità di ricordare e valutare i fatti, soprattutto quando sono impiegati gli strumenti più tecnologici, sono vietati ⁵³⁷.

La Suprema Corte, per esempio, ha sancito l'inutilizzabilità delle conversazioni registrate in un ufficio della polizia, che aveva costretto il parlante a subire minacce e violenze ⁵³⁸.

Vista l'invasione delle intercettazioni, che si intromettono nelle relazioni interpersonali, il legislatore, all'art. 266 comma 1 c.p.p., aggiornato nel tempo, ha fornito un elenco tassativo dei reati per cui si può ricorrere al mezzo di ricerca della prova.

⁵³² Corte cost., 30 novembre 2009, n. 320. Sulla scia di Cass., Sez. un., 28 maggio 2003, n. 36747, Torcasio.

⁵³³ Ancora, Corte cost., 30 novembre 2009, n. 320.

⁵³⁴ Cass., 13 maggio 2008, n. 21366, S.

⁵³⁵ Cass., 7 gennaio 2010, n. 9416, Congia.

⁵³⁶ Corte e.d.u., 8 febbraio 2018, Ben Faiza c. Francia.

⁵³⁷ M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, cit., p. 507.

⁵³⁸ Cass., 18 dicembre 2013, Cinà, in *Mass. Uff.*, n. 258310.

La delimitazione normativa si riferisce sia alle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni telefoniche e di altre forme di telecomunicazione, sia alle intercettazioni ambientali (art. 266 comma 2 c.p.p.), sia alle intercettazioni di comunicazioni informatiche o telematiche, qui con l'aggiunta dei reati commessi utilizzando tecnologie informatiche o telematiche (art. 266 *bis* c.p.p.).

Le intercettazioni ambientali all'interno dell'abitazione o altro luogo di privata dimora o loro pertinenze, quando si procede per un delitto di criminalità organizzata, sono ammesse <<anche se non vi è motivo di ritenere che nei luoghi predetti si stia svolgendo l'attività criminosa>> (art. 13 comma 1 d.l. 152/1991, conv. in l. 203/1991).

L'impiego di un captatore informatico su dispositivo elettronico portatile, nell'abitazione o altro luogo di privata dimora o loro appartenenze, è sempre consentito <<nei procedimenti per i delitti di cui all'art. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*>> e per i delitti di una certa gravità commessi da pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione, ma giustificandone prima l'utilizzo (art. 266 comma 2 *bis* c.p.p.).

Ulteriori presupposti dell'intercettazione sono la presenza di gravi indizi di reato, che non fanno riferimento alla colpevolezza di una persona, ma alla sussistenza di un illecito penale⁵³⁹, e la sua assoluta indispensabilità per proseguire le indagini (art. 267 comma 1 c.p.p.).

Per quanto riguarda il procedimento, innanzitutto, il pubblico ministero deve richiedere al giudice di autorizzarlo, con decreto motivato, a disporre l'intercettazione (art. 267 comma 1 c.p.p.).

Se si tratta di intercettazione ambientale con impiego di captatore informatico inserito in un dispositivo elettronico portatile, il decreto autorizzativo deve illustrarne la necessità e, esclusi i casi di delitto ex art. 51 commi 3 *bis* e 3 *quater* e di delitto di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione di una certa gravità, deve consentire l'attivazione del microfono solo in relazione ai luoghi e al tempo indicati, anche in maniera indiretta (art. 267 comma 1 c.p.p.).

In caso di urgenza, in presenza di un potenziale grave pregiudizio per l'indagine dovuto al ritardo, il pubblico ministero procede con decreto motivato, che il giudice dovrà poi

⁵³⁹ Cass., sez. II, 22 luglio 2020 - 22 ottobre 2022, n. 29362, in *C.e.d.* 279815-01.

convalidare, a pena di inutilizzabilità dei risultati ottenuti dall'intercettazione (art. 267 comma 2 c.p.p.).

Nella procedura d'urgenza, quando è previsto l'uso del captatore informatico inserito in un dispositivo elettronico portatile, il pubblico ministero può procedere all'intercettazione ambientale, con suo decreto motivato, solo se si tratta di delitto *ex art. 51 commi 3 bis e 3 quater* c.p.p. o di delitto di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione di una certa gravità, chiarendo anche perché non sia possibile attendere l'autorizzazione del giudice (art. 267 comma 2 *bis* c.p.p.).

Il pubblico ministero, con decreto esecutivo, regola poi modalità e durata delle intercettazioni (art. 267 comma 3 c.p.p.)⁵⁴⁰.

Sono vietate le intercettazioni dei soggetti che partecipano alla funzione di difesa, in primo luogo, ovviamente, i difensori, anche quando le conversazioni o comunicazioni si svolgono con gli assistiti (art. 103 comma 5 c.p.p.).

Il pubblico ministero può direttamente procedere alle intercettazioni o avvalersi degli ufficiali di polizia giudiziaria (art. 267 comma 4 c.p.p.).

Per quanto riguarda la documentazione, le comunicazioni devono essere registrate e deve redigersi un verbale delle intercettazioni (art. 268 comma 1 c.p.p.), che ne riporta il contenuto, anche in modo sommario (art. 268 comma 2 c.p.p.).

Dal verbale sono bandite espressioni a danno della reputazione delle persone e le espressioni che riguardano dati personali sensibili, con la riserva della rilevanza per le indagini (art. 268 comma 2 *bis* c.p.p.).

Verbali e registrazioni sono trasmessi al pubblico ministero, che, successivamente, li deposita (art. 268 comma 4 c.p.p.).

Subito i difensori delle parti devono essere avvisati della facoltà di accedere per via telematica agli atti, ascoltare le registrazioni e prendere conoscenza delle comunicazioni informatiche o telematiche.

In seguito, il giudice dispone l'acquisizione dei materiali <<indicati dalle parti, che non appaiano irrilevanti, procedendo anche di ufficio allo stralcio delle registrazioni e dei

⁵⁴⁰ Secondo la regola generale, la durata massima delle intercettazioni è di quindici giorni. Secondo Cass., Sez. un., 23 febbraio 2000, n. 22501, il termine non decorre dalla data del provvedimento, ma dall'inizio delle operazioni. La Corte e.d.u., inoltre, ha ancorato la durata delle intercettazioni a un criterio flessibile, dipendente dalla complessità e dalla durata delle indagini e dalle esigenze dell'autorità (Corte e.d.u., 18 maggio 2010, Kennedy c. Regno Unito).

verbali di cui è vietata l'utilizzazione e di quelli che riguardano categorie particolari di dati personali, sempre che non ne sia dimostrata la rilevanza>> (art. 268 comma 6 c.p.p.).

Si trascrivono poi integralmente le registrazioni e si stampano in forma intellegibile le informazioni ottenute dai flussi di comunicazioni informatiche e telematiche. Vanno rispettati modi, forme e garanzie stabiliti per la perizia (art. 268 comma 7 c.p.p.).

L'art. 268 comma 8 c.p.p. garantisce infine la conoscibilità dei materiali acquisiti ai difensori.

La documentazione è conservata in un archivio apposito, costituito presso ogni procura della Repubblica (art. 269 comma 1 c.p.p.).

Nella materia delle intercettazioni la reificazione dell'imputato si manifesta in forma vocale. La voce è la chiave di accesso al suo corpo. Si può infatti porre l'esigenza di associare un'impronta vocale a una persona ⁵⁴¹, operazione non esente da rischi, considerando in primo luogo che la traccia fonica, a differenza di altri parametri biometrici, è mutevole o mutabile ⁵⁴².

Perciò, innanzitutto, il risultato delle intercettazioni deve risultare chiaro, decifrabile e non ambiguo, affinché la prova possa essere valutata correttamente, senza dubbi ⁵⁴³.

Secondo la Cassazione, il riconoscimento effettuato dall'ufficiale della voce dell'imputato, mentre ascoltava le registrazioni delle conversazioni al telefono, è idoneo a configurarsi come indizio ⁵⁴⁴.

Sono però necessarie delle cautele, svolgendo, appunto, un accertamento rischioso: procedere senza perdere tempo, per tenere fresca la memoria; non ripeterlo una seconda volta, per custodire la prima impressione; prevedere accorgimenti a garanzia della genuinità del ricordo ⁵⁴⁵.

Il riconoscimento della polizia giudiziaria, insieme, per esempio, al contenuto delle intercettazioni e alle intestazioni delle schede telefoniche, rappresenterebbe una valida

⁵⁴¹ T. ALESCI, *Il corpo umano fonte di prova*, cit., p. 97.

⁵⁴² v. M. NUNZIATI, *Note sul riconoscimento del parlante*, in www.teutas.it.

⁵⁴³ Cass., sez. VI, 3 maggio 2006 - 21 agosto 2006, n. 29350, in *C.e.d.*, n. 235088.

⁵⁴⁴ Cass., sez. I, 8 maggio 2013, Mavica, in *Mass. Uff.*, n. 257209.

⁵⁴⁵ M. BRIAL, *L'identificazione della voce nel processo penale: modelli, forme di accertamento, tutela dei diritti individuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1842.

alternativa alla perizia fonica, nel caso di contestazione dell'identificazione dei colloquanti ⁵⁴⁶.

In generale, la disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni non appare adeguata a tutelare pienamente i diritti della persona-oggetto di prova.

Dovrebbe essere attuata una riforma radicale, anche per scongiurare l'approccio eccessivamente dogmatico della giurisprudenza alla materia, tenendo in mente che le garanzie dell'indagato o imputato, nonostante limitino i poteri di indagine dell'autorità, non servono solo all'interessato, ma rappresentano un presupposto della validità del procedimento penale ⁵⁴⁷.

Da un lato va protetta la *privacy* del soggetto, dall'altro va assicurato un livello qualitativo appropriato dello svolgimento del mezzo di ricerca della prova, che si rifletterà poi sulla decisione del giudice ⁵⁴⁸.

Il diritto al rispetto della vita privata andrebbe maggiormente protetto, in particolare per evitare il rischio di rendere pubbliche informazioni non rilevanti ai fini del procedimento penale, sebbene qualche passo in avanti sia stato fatto con il nuovo segreto a tutela della riservatezza e il divieto speciale di pubblicazione, introdotti dal d.l. 30 dicembre 2019, n. 161, convertito dalla l. 28 febbraio 2020, n. 7 ⁵⁴⁹.

Proprio perché la persona è inconsapevole di essere oggetto di prova, il pericolo di esporre la sua intimità alla conoscenza altrui va sempre scongiurato.

4. *I mezzi atipici*

Le prove non disciplinate dal legislatore possono essere assunte, in contraddittorio davanti al giudice, a condizione che siano idonee ad accertare i fatti e che non pregiudichino la libertà morale della persona (art. 189 c.p.p.).

⁵⁴⁶ Cass., sez. V, 9 marzo 2021 - 25 maggio 2021, n. 20610, in *C.e.d.*, n. 281265.

⁵⁴⁷ O. MAZZA, *Amorfismo legale e adiaforia costituzionale nella nuova disciplina delle intercettazioni*, in *Proc. pen. giust.*, 2018.

⁵⁴⁸ O. MAZZA, *Amorfismo legale e adiaforia costituzionale nella nuova disciplina delle intercettazioni*, cit.

⁵⁴⁹ v. M. GIALUZ, *Segreto a tutela della riservatezza e divieto speciale di pubblicazione delle intercettazioni*, in M. GIALUZ (a cura di), L. AGOSTINO, M. PERALDO, L. BARONTINI, A. CABIALE, S. CIAMPI, J. DELLA TORRE, M. GIALUZ, M. MIRAGLIA (con i contributi di), *Le nuove intercettazioni. Legge 28 febbraio 2020, n. 7*, supplemento al fascicolo 3/2020.

Anche qui, come sottolineato per le intercettazioni, l'imputato o indagato può svolgere la funzione di oggetto di prova, venendo allora in rilievo il diritto a non effettuare i movimenti necessari a fini istruttori.

È ancora una volta la condotta dell'individuo, infatti, a essere scrutinata dall'autorità⁵⁵⁰ : il corpo in divenire.

Le prove atipiche, frutto del progresso tecnico-scientifico, presentano numerosi punti di frizione con le libertà fondamentali: perciò, addentrandosi in questo mondo, bisogna fare particolare attenzione.

Prima di tutto, la Cassazione ha stabilito che la prova atipica non possa eludere la disciplina della prova tipica, se ricollegabile alle sue regole, secondo il cosiddetto principio di non sostituibilità⁵⁵¹.

Se il mezzo non può invece essere ricondotto a nessuno strumento tipico, bisogna valutare il grado di incisione sui diritti fondamentali.

Se non li intacca, anche la polizia giudiziaria può legittimamente disporlo, come avviene per le videoriprese in luogo pubblico. Se li intacca, e in più i diritti fondamentali sono protetti dalla riserva di legge, come avviene per la segretezza delle comunicazioni, si presentano due ipotesi⁵⁵².

Se viene danneggiata l'essenza del diritto fondamentale, il mezzo atipico è inutilizzabile. Si pensi alle videoriprese non comunicative e non autorizzate da chi ha la disponibilità del domicilio privato in cui sono impiegate⁵⁵³.

Se il diritto fondamentale viene leso, ma non nella sua essenza, la prova atipica deve essere autorizzata da un provvedimento motivato del pubblico ministero, come nel caso in cui la polizia fornisca ad una persona un registratore, non ascoltando in tempo reale (agente segreto attrezzato per il suono)⁵⁵⁴.

Lo stesso vale per i mezzi atipici che intacchino diritti fondamentali non coperti da riserva di legge, per esempio se entra in gioco la riservatezza della vita privata⁵⁵⁵.

⁵⁵⁰ v. P. DI GERONIMO, *Il contributo dell'imputato*, cit., p. 140.

⁵⁵¹ Cass., Sez. un., 28 maggio 2003, Torcasio, in *Cass. pen.*, 2004, p. 30.

⁵⁵² P. TONINI, C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 446 - 447.

⁵⁵³ Cass., Sez. un., 28 luglio 2006, Prisco, in *Dir. proc. pen.*, 2003, n. 93, con nota di P. PERETOLI.

⁵⁵⁴ Cass., sez. II, 14 ottobre 2010 - 4 gennaio 2011, Biffis.

⁵⁵⁵ Cass., Sez. un., 28 luglio 2006, Prisco, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 1349.

Le prove atipiche adattano di continuo il sistema processuale alle nuove evenienze ⁵⁵⁶, sospingendolo nella corsa dei tempi, ma ogni abuso deve essere scongiurato ⁵⁵⁷, rintracciando gli attentati al garantismo mascherati da progresso.

4.1. *Le videoriprese*

Le videoriprese sono registrazioni di immagini all'insaputa di chi si trovi in un luogo pubblico o in un luogo di privata dimora.

Se è un privato a procedere alle operazioni, le videoriprese sono considerate documenti. È il caso dei sistemi di videosorveglianza installati dentro e fuori dagli edifici, che possono in seguito servire nelle indagini, ferma restando la natura di prova precostituita ⁵⁵⁸.

Le videoriprese private rientrano quindi nel campo dell'art. 234 comma 1 c.p.p.: <<è consentita l'acquisizione di scritti o di altri documenti che rappresentano fatti, persone o cose mediante la fotografia, la cinematografia, la fonografia o qualsiasi altro mezzo>>.

Se si tratta, invece, di una pubblica autorità nel corso del procedimento penale, bisogna verificare se le videoriprese riguardano comportamenti comunicativi o comportamenti non comunicativi ⁵⁵⁹.

La captazione di comportamenti comunicativi rientra nella regolamentazione delle intercettazioni, incidendo sulla libertà e sulla segretezza delle comunicazioni *ex art. 15 Cost.* ⁵⁶⁰

Per la captazione di comportamenti non comunicativi, invece, le Sezioni unite della Suprema Corte hanno distinto in base al luogo in cui si svolgono ⁵⁶¹.

Nel domicilio le videoriprese sono vietate, come già aveva argomentato la Corte costituzionale, constatando la compressione di un diritto fondamentale in assenza di una regolamentazione determinata ⁵⁶², a meno che non vi sia il consenso di chi ne abbia la

⁵⁵⁶ O. DOMINIONI, *In tema di nuova prova scientifica*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1061.

⁵⁵⁷ P. MAGGIO, *Ascolto occulto delle conversazioni tra presenti*, in *Le indagini atipiche*, cit., p. 115.

⁵⁵⁸ N. TRIGGIANI, *Le videoriprese investigative*, in *Le indagini atipiche*, cit., p. 143.

⁵⁵⁹ P. TONINI, C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 454.

⁵⁶⁰ Corte cost., 24 aprile 2002, n. 135, in *Giur. cost.*, 2002, p. 2176.

⁵⁶¹ Cass., Sez. un., 28 luglio 2006, Prisco, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 1349, con nota di C. CONTI.

⁵⁶² Corte cost., 24 aprile 2002, n. 135, in *Giur. cost.*, 2002, p. 1062, con note di A. PACE, *Le videoregistrazioni "ambientali" tra gli artt. 14 e 15 Cost.*, e di F. S. MARINI, *La costituzionalità delle riprese visive nel domicilio: ispezione o libertà "sotto-ordinata"?*.

disponibilità ⁵⁶³: il diritto di escludere chiunque altro dal proprio domicilio non può essere compresso se il legislatore non stabilisce i casi e i modi in cui la compressione possa avvenire ⁵⁶⁴.

Per i luoghi riservati, che richiedono la presenza del titolare per essere coperti dallo *ius excludendi alios*, la prova atipica è ammessa, purché vi sia un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria ⁵⁶⁵. Entra in gioco l'art. 2 Cost, al posto dell'art. 14 Cost.: l'aspettativa di riservatezza è inferiore e la riserva di legge non è rivendicata ⁵⁶⁶.

È difficile accettare una soluzione che non rispetta l'art. 8 C.e.d.u., per cui la vita privata può essere sì limitata, ma <<*in accordance with the law*>> ⁵⁶⁷.

Anche per i luoghi pubblici, infine, si fa riferimento all'art. 189 c.p.p., ma qui la polizia giudiziaria può svolgere l'attività di propria iniziativa ⁵⁶⁸.

La Corte costituzionale ha però precisato che, perché si applichi la tutela apprestata per il domicilio (art. 14 Cost.), il comportamento non deve potere essere osservato da chiunque in tutta libertà: il comportamento deve cioè essere riservato in concreto ⁵⁶⁹.

Se non lo è, si applicherà la disciplina relativa ai luoghi pubblici ⁵⁷⁰. Si pensi al proprietario di un'abitazione affacciato dal davanzale di una finestra ⁵⁷¹.

La Suprema Corte, tuttavia, espandendo eccessivamente l'ammissibilità delle videoriprese⁵⁷², ha fatto rientrare nella categoria le videoregistrazioni dell'ingresso e del piazzale di accesso di una società commerciale, non invadendo né una privata dimora né un domicilio ⁵⁷³; le videoregistrazioni di un'aula scolastica, non potendosi determinare chi

⁵⁶³ Cass., sez. II, 7 luglio 2015, n. 41332, in *C.e.d.*, n. 264889.

⁵⁶⁴ Cass., Sez. un., 28 marzo 2006, n. 26795, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3937, con note di F. RUGGIERI, *Riprese visive e inammissibilità della prova*, e di M. L. DI BITONTO, *Le riprese video domiciliari al vaglio delle Sezioni unite*.

⁵⁶⁵ Cass., sez. I, 10 luglio 2007, Sussini, in *C.e.d.* 237502.

⁵⁶⁶ Ancora, Cass., Sez. un., 28 luglio 2006, Prisco, in *Dir. pen. proc.*, cit.

⁵⁶⁷ A. CAMON, voce *Captazione di immagini (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Annali, Vol. VI, Milano, 2013, p. 145.

⁵⁶⁸ Cass., sez. II, 24 aprile 2007, Caruso e altri, in *C.e.d.*, n. 237848.

⁵⁶⁹ Corte cost., 149/2008, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4109.

⁵⁷⁰ Cass., sez. V, 17 luglio 2008, Biviera, in *C.e.d.* 241386.

⁵⁷¹ In questo senso, Cass., sez. IV, 24 gennaio, 2012, n. 10697, in *Cass. pen.*, 2013, p. 3604.

⁵⁷² N. TRIGGIANI, *Le videoriprese investigative*, in *Le indagini atipiche*, cit., p. 159.

⁵⁷³ Cass., sez. I, 18 dicembre 2008, n. 4422, in *C.e.d.*, n. 242793.

possa entrarvi esattamente ⁵⁷⁴; le videoregistrazioni dell'area d'ingresso di un ufficio postale, che non rientrerebbe nella nozione di domicilio ⁵⁷⁵.

L'incertezza in materia non manca ⁵⁷⁶, residuando numerose zone grigie ⁵⁷⁷, in primo luogo per la labilità della distinzione tra comportamenti comunicativi e comportamenti non comunicativi ⁵⁷⁸.

Quanto all'oggetto delle videoriprese, pongono problemi i casi in cui si preveda di captare comportamenti comunicativi, finendo per ottenere la registrazione di comportamenti non comunicativi.

Al riguardo, secondo la Cassazione sono inutilizzabili le videoriprese di un reato all'interno di un'abitazione, se i dispositivi sono stati installati per effettuare delle intercettazioni ambientali ⁵⁷⁹.

Quindi, se durante la commissione del reato l'imputato ha compiuto altri comportamenti comunicativi, che da soli possono considerarsi prove, la sua punibilità ne sarà diretta e immediata conseguenza, quando il giudice non può basarsi su elementi ulteriori ⁵⁸⁰.

Il pericolo dietro l'angolo è la violazione dei diritti fondamentali della persona, dall'integrità psichica e fisica alla libertà morale ⁵⁸¹.

4.2. *Pedinamento elettronico tramite rilevatore satellitare*

Il controllo a distanza di una persona può avvenire attraverso il pedinamento elettronico, che, sfruttando la localizzazione satellitare, ne monitora gli spostamenti ⁵⁸².

⁵⁷⁴ Cass., sez. VI, 15 giugno 2012, n. 33593, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1506, con nota di C. COMUNALE, *Videoriprese in un'aula scolastica: è sufficiente il provvedimento autorizzativo del p.m.*

⁵⁷⁵ Cass., sez. VI, 4 giugno 2013, n. 30177, in *Studium iuris*, 2013, p. 1293.

⁵⁷⁶ A. BALSAMO, A. TAMIETTI, *Le intercettazioni, tra garanzie formali e sostanziali*, in A. BALSAMO, R. E. KOSTORIS, (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008, p. 462.

⁵⁷⁷ A. SCALFATI, O. BRUNO, *Orientamenti in tema di videoriprese*, in *Proc. pen. giust.*, 2011, n.1, p. 93.

⁵⁷⁸ A. CAMON, voce *Captazione di immagini (dir. proc. pen.)*, cit. , p. 144.

⁵⁷⁹ Cass., sez. VI, 8 novembre 2012, n. 1287, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1336, con nota di M. INGENITO, A. INNOCENTI, *La videoregistrazione di comportamenti comunicativi nella previsione e non comunicativi nei risultati*.

⁵⁸⁰ A. BALSAMO, A. TAMIETTI, *Le intercettazioni, tra garanzie formali e sostanziali*, in A. BALSAMO, R. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008, p. 463.

⁵⁸¹ A. BALSAMO, A. TAMIETTI, *Le intercettazioni, tra garanzie formali e sostanziali*, cit., p. 463.

⁵⁸² M. STRAMAGLIA, *Il pedinamento satellitare: ricerca ed uso di una prova atipica*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 213.

Secondo la Cassazione, l'uso del G.P.S. per pedinare un soggetto rientra tra i mezzi atipici di ricerca della prova ⁵⁸³. La Corte esclude quindi l'applicabilità della disciplina delle intercettazioni ⁵⁸⁴. Inoltre, lo strumento, nonostante la sua invasività ⁵⁸⁵, non intaccherebbe né la libertà personale né la segretezza delle comunicazioni ⁵⁸⁶.

L'assunto secondo cui il pedinamento elettronico tramite G.P.S. non lederebbe alcun diritto fondamentale, limitandosi a rilevare i movimenti di una persona, non può essere condiviso. Il pedinamento elettronico, è vero, non scalfisce il diritto alla libertà e alla segretezza delle comunicazioni (art. 15 Cost.), dato che non capta flussi comunicativi ⁵⁸⁷.

Incide, però, sul rispetto della vita privata, a cui anche la Corte e.d.u. l'ha ricondotto, richiamando l'art. 8 C.e.d.u.

Di conseguenza, ogni volta che il diritto viene limitato ⁵⁸⁸, devono applicarsi tutte le garanzie minime previste per una sua compressione, che può essere necessaria al fine di tutelare la società democratica, ma mai arbitraria ⁵⁸⁹.

Inoltre, la protezione dei dati personali, anche sotto il profilo della segretezza, è messa in pericolo quando una persona viene monitorata adoperando il G.P.S. ⁵⁹⁰

Per di più, escludendo l'applicabilità della disciplina delle intercettazioni, viene a mancare l'autorizzazione preventiva del giudice ⁵⁹¹.

Sarebbe allora auspicabile almeno la previsione di una verifica giudiziale successiva ⁵⁹², se non una cornice legislativa chiara e precisa, che rispetti i principi di adeguatezza e proporzionalità ⁵⁹³.

⁵⁸³ La localizzazione satellitare, comportando un'osservazione diretta del soggetto coinvolto, è stata anche ricondotta all'ispezione personale (L. CARLI, *Le indagini preliminari nel sistema processuale penale*, Milano, 2005, p. 333).

⁵⁸⁴ Infatti, la localizzazione satellitare non capta un flusso comunicativo, ma rileva delle coordinate spazio-temporali (v. C. BOTTI, *Ma il sensore posto nell'autoveicolo potrebbe violare il domicilio*, in *Dir. e giust.*, 2002, n. 22, p. 17).

⁵⁸⁵ Cass., sez. V, 27 febbraio 2002 - 2 maggio 2002, n. 16130, Bresciani, in *C.e.d.*, n. 221918.

⁵⁸⁶ Cass., sez. II, 4 aprile 2019, n. 23172, in *C.e.d.*, n. 276966.

⁵⁸⁷ T. BENE, *Il pedinamento elettronico: truismi e problemi spinosi*, in *Le indagini atipiche*, cit., p. 360.

⁵⁸⁸ Corte e.d.u., 15 maggio 2000, Khan c. Regno Unito.

⁵⁸⁹ Corte e.d.u., 2 settembre 2009, Uzun c. Germania.

⁵⁹⁰ T. BENE, *Il pedinamento elettronico: truismi e problemi spinosi*, in *Le indagini atipiche*, cit., p. 363.

⁵⁹¹ Cass., sez. V, 27 febbraio 2002 - 2 maggio 2002, cit.

⁵⁹² Ancora, Corte e.d.u., 2 settembre 2009, Uzun c. Germania.

⁵⁹³ v. R. E. KOSTORIS, *La lotta al terrorismo e alla criminalità organizzata tra speciali misure processuali e tutela dei diritti fondamentali nella risoluzione del XVIII Congresso internazionale di diritto penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 330.

Da tempo sono impiegati in Italia, e da più tempo ancora negli Stati Uniti, i cosiddetti *IMSI (International Mobile Subscriber Identity) catchers*.

Gli *IMSI catchers* sono degli strumenti portatili, che riescono a impossessarsi dei codici identificativi dei cellulari circostanti, simulando di essere un ponte radio. Così, per esempio, possono seguirsi gli spostamenti ⁵⁹⁴.

La Cassazione si è occupata della materia, affermando, appunto, che all'uso dell'*IMSI catcher* non è estensibile la disciplina delle intercettazioni, né lo si può paragonare all'acquisizione dei tabulati telefonici. Ma, soprattutto, secondo la Suprema Corte, non verrebbero lesi né principi costituzionali né principi sovranazionali. Lo strumento, per il giudice di legittimità, è un mezzo di ricerca della prova atipico, utilizzabile anche dalla polizia giudiziaria di propria iniziativa ⁵⁹⁵.

In realtà l'*IMSI catcher* costituisce un'ingerenza nel diritto al rispetto della vita privata che, a norma dell'art. 8 C.e.d.u., deve essere prevista dalla legge.

Ora, secondo la Corte e.d.u., nel concetto di legge rientra anche la giurisprudenza, ma deve trattarsi di un orientamento tanto stabile da permettere di prevedere quando il proprio diritto potrà essere leso ⁵⁹⁶.

Ma se, come affermato dalla Cassazione, l'*IMSI catcher* deve essere considerato uno strumento atipico, nel dominio dell'iniziativa della polizia giudiziaria, avrebbe un ambito di applicazione così ampio da non potere essere mai prevedibile, violando gli obblighi convenzionali ⁵⁹⁷.

La Suprema Corte, invece, in relazione all'utilizzo del numero IMEI, ha legittimato l'intercettazione delle conversazioni: essendo univoco, può individuare solo un apparato radiomobile, anche in caso di sostituzione della scheda telefonica ⁵⁹⁸.

Osservando dall'alto la materia, non si può che rimarcare l'inadeguatezza della situazione attuale: davanti alle sacrosante esigenze di salvaguardia collettiva, si sgretola il giusto processo e si sottovaluta un'intrusione nella *privacy* della persona ⁵⁹⁹.

⁵⁹⁴ v. A. CAMON, *Il cacciatore di IMSI*, in *Arch. pen.* 2020 n. 1.

⁵⁹⁵ Cass., sez. IV, 12 giugno 2018, n. 41385, in *Mass. Uff.*, n. 273929-01.

⁵⁹⁶ Corte e.d.u., 2 settembre 2010, Uzun c. Germania.

⁵⁹⁷ A. CAMON, *Il cacciatore di IMSI*, in *Arch. pen.* 2020 n. 1, p. 16.

⁵⁹⁸ Cass., sez. III, 15 febbraio 2005 - 21 marzo 2005, n. 10898, in *C.e.d.*, n. 231221.

⁵⁹⁹ T. BENE, *Il pedinamento elettronico: truismi e problemi spinosi*, in *Le indagini atipiche*, cit., p. 366.

Il legislatore dovrebbe quindi regolare la natura, lo scopo, la durata e i motivi per ricorrere al pedinamento elettronico, indicare chi deve autorizzarlo e vigilarne lo svolgimento, e precisare come può difendersi chi lo subisce, in caso di abusi ⁶⁰⁰.

4.3. *Il captatore informatico*

L'impiego del captatore informatico è stato considerato dal legislatore solo in connessione con la disciplina delle intercettazioni ambientali. Il captatore informatico può però essere utilizzato anche per sorvegliare un computer connesso alla rete (*online surveillance*) ⁶⁰¹.

A tal fine, si può agire sull'*hardware* o possono essere sfruttati i *malware*, insinuandosi nel dispositivo dell'utente attraverso un *virus trojan*, installato inconsapevolmente dall'interessato, che collabora senza saperlo all'accertamento penale ⁶⁰².

L'individuo - oggetto di prova, subendo l'intrusione dell'autorità, qui non si limita a soggiacere all'accertamento, ma coopera attivamente e, come se non bastasse, lo fa ignorando il proprio contributo. Il diritto a non effettuare i movimenti necessari a fini istruttori non può permetterlo.

Il captatore informatico si inquadra nella prova atipica, ma si possono dare ipotesi differenti in relazione all'uso concreto dello strumento ⁶⁰³.

Se si tratta di flussi di comunicazioni, quando sono acquisiti i contenuti di una chat in tempo reale, si può applicare la disciplina dettata per le intercettazioni telematiche ⁶⁰⁴.

Quando sono acquisiti dei file dall'archivio di un computer, invece, può rintracciarsi una base normativa nelle regole della perquisizione e del sequestro informatico ⁶⁰⁵.

⁶⁰⁰ Corte e.d.u., 2 settembre 2010, Uzun c. Germania.

⁶⁰¹ v. C. CONTI, *Prova informatica e diritti fondamentali: a proposito di captatore e non solo*, in *Dir. proc. pen.*, 2018, p. 1210.

⁶⁰² C. CONTI, M. TORRE, *Spionaggio informatico nell'ambito dei social network*, in *Le indagini atipiche*, cit., p. 415 - 416.

⁶⁰³ v. Corte cost., 7 dicembre 2016, n. 20.

⁶⁰⁴ Cass., sez. III, 10 novembre 2015 - 23 dicembre 2015, n. 50452, in *C.e.d.*, n. 265615.

⁶⁰⁵ P. TONINI, C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 457.

Nel caso di videoregistrazioni delle schermate di un computer o di decifrazione della digitazione sulla tastiera, la giurisprudenza ha fatto riferimento al tipo di dato in questione⁶⁰⁶.

Tuttavia, per proteggere la persona, andrebbe piuttosto evidenziata l'ingerenza dell'attività nella psiche: la valutazione del tipo di dato avviene quando è ormai troppo tardi, a diritto fondamentale già eventualmente violato ⁶⁰⁷.

Perciò, si dovrebbe configurare un argine invalicabile quando lo strumento tecnologico arriva a minacciare l'essenza della riservatezza, trasformandosi in una sentinella invisibile che sorveglia l'individuo ⁶⁰⁸.

In materia va certamente seguito l'insegnamento della Corte costituzionale federale tedesca, che ha fatto discendere dal diritto alla dignità il nuovo diritto fondamentale alla garanzia dell'integrità e della riservatezza dei sistemi informatici ⁶⁰⁹.

I cittadini devono essere protetti dall'autorità anche *online*: è impossibile ignorare che le persone, nella società dell'informazione, abitano sia lo spazio fisico sia lo spazio digitale⁶¹⁰, perciò le barriere protettive contro gli eccessi del potere vanno innalzate in entrambe le dimensioni.

D'altronde, l'esigenza di tutelare il domicilio informatico, al pari di quello materiale, è sempre più pressante.

Già, sul piano sostanziale, l'art. 615 *ter* c.p., introdotto dalla l. 23 dicembre 1993, n. 547, li equipara, stabilendo che <<chiunque abusivamente si introduce in un sistema informatico o telematico protetto da misure di sicurezza ovvero vi si mantiene contro la volontà espressa o tacita di chi ha il diritto di escluderlo, è punito con la reclusione fino a tre anni>> ⁶¹¹ .

⁶⁰⁶ Cass., sez. I, 7 ottobre 2021 - 1 febbraio 2022, n. 3591, Liuni, in *Penalista*, 14 marzo 2022, con nota contraria di L. FILIPPI.

⁶⁰⁷ P. TONINI, C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 458.

⁶⁰⁸ v. C. CONTI - M. TORRE, *Spionaggio digitale nell'ambito dei social network*, in AA. VV., *Le indagini atipiche*, II ed., A. SCALFATI (a cura di), Torino, 2019, p. 535 s.

⁶⁰⁹ Sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 27 febbraio 2008 sulla c. d. *online durchsuchung*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, p. 679 s., con nota di R. FLOR, *Brevi riflessioni a margine della sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla c.d. online durchsuchung*.

⁶¹⁰ W. ABEL, *La decisione della corte costituzionale tedesca sul diritto alla riservatezza ed integrità dei sistemi tecnologici d'informazione - un rapporto sul caso BVerfGE, NJW 2008, 822*, www.jei.it/approfondimentigiuridici/notizia.php?ID_articoli=601.

⁶¹¹ v. A. DI SANTO, *La protezione del domicilio informatico sul piano penale: un'intrinseca contraddizione?*, in *Altalex*, 12 maggio 2022.

Lo spionaggio informatico arriva a lambire le profondità psichiche più intime ⁶¹², proprio perché abitare nel domicilio digitale significa trasferire emozioni sentimenti pensieri attitudini interessi piaceri pulsioni al di là dello scrigno della mente.

Nell'ambito processuale, la sorveglianza può allora essere consentita solo entro limiti definiti dalla legge nel modo più puntuale possibile e in presenza di reati così gravi da giustificare un'intrusione del genere nella sfera individuale ⁶¹³, nella cornice di un chiaro schema giuridico ⁶¹⁴.

4.4. *L'intelligenza artificiale*

L'intelligenza artificiale è l'ambito in cui più si presenta il rischio che l'essere umano, da utilizzatore dello strumento, diventi strumento del proprio prodotto tecnico.

La questione, oltre a presentare evidenti ripercussioni sul piano filosofico, a cominciare dall'ontologia, ha una rilevanza estrema anche nel procedimento penale, chiamando in causa la tutela dei diritti fondamentali, messa a repentaglio soprattutto dagli usi più evanescenti della tecnologia.

In particolare, vanno sottolineati i metodi di controllo sociale sempre più diffusi, resi possibili proprio dagli sviluppi nel settore dell'intelligenza artificiale.

Al riguardo, va inoltre rimarcato che l'invasione della sfera individuale da parte dell'autorità - la reificazione dell'individuo nel suo farsi oggetto di prova - non può che comprendere anche la dimensione digitale.

Le invenzioni passate costituivano un superamento più o meno ampio dei limiti fisici dell'uomo (la ruota, la polvere da sparo e così via). Le nuove tecnologie, invece, non sono soltanto un'amplificazione e un potenziamento delle abilità umane: l'uomo vi trasferisce una parte di sé, umanizzandole, per così dire (e, quindi, disumanizzandosi).

Nei cellulari e nei computer riversiamo informazioni su informazioni sulla nostra esistenza quotidiana, sulle nostre idee, sulle nostre aspirazioni, sul nostro lavoro e sui nostri affetti.

⁶¹² C. CONTI - M. TORRE, *Spionaggio digitale nell'ambito dei social network*, cit., p. 428.

⁶¹³ C. CONTI - M. TORRE, *Spionaggio digitale nell'ambito dei social network*, cit., p. 428.

⁶¹⁴ G. VASSALLI, *La protezione della sfera della personalità nell'era della tecnica*, in AA.VV, *Studi in onore di Emilio Betti*, vol. V, Milano, 1962, p. 684.

E, nella realtà virtuale, dati personali su dati personali viaggiano, passano di mano in mano, vengono sfruttati e sorvegliati.

Si perde il confine tra pubblico e privato ⁶¹⁵, esponendo persino l'io più sensibile su un podio potenzialmente accessibile a chiunque ⁶¹⁶.

La rete, l'evoluzione delle città in *smart cities*, la domotica: le nuove tecnologie pervadono le nostre vite e risucchiano l'individuo, tassello dopo tassello.

Di conseguenza, la nozione di individuo non può più limitarsi alla fisicità, ma deve comprendere anche la sua esistenza digitale, nel puzzle di sfaccettature in cui si presenta, riconoscendogli anche un diritto all'anonimato, inteso come limite a un controllo pervasivo dello Stato ⁶¹⁷, inquadrabile nell'art. 2 Cost. ⁶¹⁸

Il *cyberspazio*, nuova forma di architettura ⁶¹⁹, è un'invenzione della mente umana, costantemente collegata al corpo umano. Una creazione virtuale, nata dalla separazione tra dati, informazione e forma, a cui si può accedere, in cui ci si può perdere, in cui si può vivere, sfidando i confini della realtà ⁶²⁰.

È chiaro allora come le esigenze di tutela si sdoppino, richiedendo un'attenzione ancora più pressante a ogni ingerenza intollerabile nella persona. Accanto al corpo fisico, si plasma un corpo immateriale e digitale, che può diventare oggetto di prova, richiamando l'argine del diritto a non effettuare i movimenti necessari a fini istruttori.

Nell'accertamento penale, il pericolo di sconfinare nella violazione della libertà, attraverso le nuove tecnologie, è sempre dietro l'angolo.

Negli Stati Uniti, per esempio, la società Axon, prima conosciuta come Taser International, ha offerto a ogni dipartimento di polizia delle *bodycam*, in cambio dell'accesso ai dati raccolti: un'immistione spregiudicata di un privato nel settore più delicato della cosa pubblica ⁶²¹.

⁶¹⁵ Z. BAUMAN, *Consumo, dunque sono*, Bari, 2007, p. 6.

⁶¹⁶ v. E. ENRIQUEZ, *L'idéaltype de l'individu hi per moderne, l'individu pervers?*, in N. AUBERT (a cura di), *L'individuhipermoderne*, Paris, 2004, p. 49.

⁶¹⁷ C. SLOBOGIN, *Public Privacy camera surveillance of public places and the right to anonymity*, in *Mississippi Law Journal*, 2002, p. 240.

⁶¹⁸ Corte cost., 12 aprile 1973, n. 38, in *Giust. cost.*, 1973, p. 354.

⁶¹⁹ M. NOVAK, *Architetture liquide nel cyberspazio*, in M. BENEDIKT (a cura di), *Cyberspace*, trad. it., Padova, 1993, p. 253.

⁶²⁰ S. TAGLIAGAMBE, *Il sogno di Dostoevskij. Come la mente emerge dal cervello*, Milano, 2002.

⁶²¹ R. BALKO, *Taser - now known as Axon - claims part ownership of the footage generated by its police body cameras. That's a huge problem*, in *The Washington Post*, 11 marzo 2017.

Nell'area della prevenzione rientrano i *software* di polizia predittiva, cioè l'anticipazione dei crimini attraverso il metodo statistico, la raccolta e l'analisi di dati, come quelli riguardanti reati commessi in precedenza e i profili di sospettati ⁶²².

Un esempio può essere PredPol, che ha adattato un modello di previsione dei terremoti alla criminalità: come un terremoto e le relative scosse di assestamento, così i crimini più piccoli sono collegati a crimini più grandi e si verificano in luoghi simili. Il sistema era stato adottato da diversi dipartimenti di polizia negli Stati Uniti, ricevendo non poche critiche ⁶²³.

Altro esempio è l'italiano KeyCrime, che, passando in rassegna dati su dati, collega crimini diversi per determinare quali sono stati commessi dalla stessa persona o dalle stesse persone, prevedendo dove avranno luogo le prossime azioni criminali ⁶²⁴.

E, ancora, XLaw, che, in base a calcoli probabilistici, fornisce dei modelli criminosi ⁶²⁵, e PELTA Suite, che sfrutta *big data* e dati forniti dalla polizia ⁶²⁶.

Intelligenza artificiale e banche dati sono impiegate, in diversi ordinamenti, per la profilazione degli autori di reato. Si possono citare i sistemi CASMIRC (*Child Abduction and Serial Murder Investigative Resource Center*) e VICAP (*Violent Criminal Apprehension Program*) negli Stati Uniti e il database VISOR (*Violent and Sexual Offender Register*) nel Regno Unito.

Il sistema italiano ha recepito le tendenze internazionali: l'Unità di analisi del crimine violento (UACV), all'interno della Direzione centrale anticrimine della Polizia di Stato, utilizza il Sistema di Analisi della Scena del Crimine (S.A.S.C.) ⁶²⁷.

⁶²² Polizia predittiva, in *Treccani*.

⁶²³ J. BHUIYAN, *LAPD ended predictive policing programs amid public outcry. A new effort shares many of their flaws*, in *The Guardian*, 8 novembre 2021.

⁶²⁴ A. D. SIGNORELLI, *Il software italiano che ha cambiato il mondo della polizia predittiva*, in *Wired*, 10 maggio 2019.

⁶²⁵ C. MORELLI, *X-Law, il brevetto italiano di polizia predittiva*, in *Altalex*, 7 novembre 2022.

⁶²⁶ L. BIARELLA, *Polizia predittiva: al via la sperimentazione a Caorle*, in *Altalex*, 24 maggio 2021.

⁶²⁷ L. LUPÁRIA, *Il profiling dell'autore di reato*, in *Le indagini atipiche*, cit., p. 335 - 336.

Il *criminal profiling*, però, può rivelarsi (e si rivela) impreciso⁶²⁸, complicato da interpretare⁶²⁹ e illusorio, perché, se la profilazione dovesse essere anche minimamente inadeguata, potrebbe essere fuorviante per l'autorità: non può essere accettato ciecamente un metodo su cui può essere difficile fare affidamento⁶³⁰.

E, ancora, non potendosi aggirare il divieto di perizia criminologica⁶³¹, il *criminal profiling* non può che essere circoscritto alla prima fase delle indagini preliminari, fungendo soltanto da impulso per le investigazioni successive⁶³².

Chi vuole ampliarne il campo di applicazione⁶³³ deve fare i conti con l'inviolabilità della psiche e i principi personalistici che garantiscono l'individuo da un'invasione sregolata del potere.

Nel contesto probatorio è da segnalare il ricorso al riconoscimento facciale, che permette di identificare una persona dai tratti del suo volto⁶³⁴.

La diffusione del riconoscimento facciale mette in pericolo diritti fondamentali come la riservatezza e la libera manifestazione del pensiero⁶³⁵.

In più, un controllo capillare degli individui, anche e soprattutto in ambito penale, pregiudica la libertà su cui la società democratica si fonda. Per giunta, si tratta di una sorveglianza decentralizzata, a cui partecipano singoli attori che perseguono il proprio interesse a discapito dei cittadini. Lo Stato dovrebbe allora porsi come limite a questa deriva, evitando al tempo stesso di incentivarla nel proprio raggio di azione.

⁶²⁸ L. ALISON, A. WEST, A. GOODWILL, *The academic and the practitioner: pragmatists' views of offender profiling*, in 10 *Psychology, Public Policy & Law*, 2004, p. 71.

⁶²⁹ R. N. KOCSIS, A.F. HAYES, *Believing is seeing? Investigating the perceived accuracy of criminal psychological profiles*, in 48 *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 2004, p. 149.

⁶³⁰ A. DAMONA MULLER, *Criminal profiling: Real science or just wishful thinking?*, in 4 *Homicide Studies*, 2000, p. 234.

⁶³¹ v. A. SCALFATI, voce *Perizia (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur.*, vol. XXIII, Roma, 1997, p. 5.

⁶³² A. CHELO, *Le prime indagini sulla scena del crimine. Accertamenti e rilievi urgenti di polizia giudiziaria*, Padova, 2014, p. 32.

⁶³³ v. D. BOSCO, A. ZAPPALÀ, *The Phenomenon of Serial Murder and the Judicial Admission of Criminal Profiling in Italy*, in R. N. KOCSIS (a cura di), *Criminal Profiling, International Theory, Research and Practice*, Totowa, 2007, p. 271.

⁶³⁴ v. G. MOBILIO, *Tecnologie di riconoscimento facciale. Rischi per i diritti fondamentali e sfide regolative*, Napoli, 2021.

⁶³⁵ M. COLACURCI, *Riconoscimento facciale e rischi per i diritti fondamentali alla luce delle dinamiche di relazione tra poteri pubblici, imprese e cittadini*, in *Sist. pen.*, 9/2022, p. 24 s.

Si pensi allo sviluppo, negli Stati Uniti, del *Biometric Optical Surveillance System* (Boss), capace di scansionare la folla e identificare automaticamente le persone in base al volto ⁶³⁶. All'interno dei confini nazionali, da segnalare la sanzione di venti milioni di euro del Garante per la protezione dei dati personali alla società americana Clearview AI che, con un database di miliardi e miliardi di immagini facciali raccolte dal web, conduceva un diffuso monitoraggio biometrico ⁶³⁷.

Come si accennava, il riconoscimento facciale minaccia diversi diritti fondamentali, in primo luogo il diritto alla riservatezza, tutelato dalla Costituzione, dalla C.e.d.u. e dalla Carta di Nizza.

In più, dal diritto europeo, in particolare dall'art. 10 della direttiva 2016/680 UE, derivano strette condizioni per autorizzare, tra gli altri dati personali, il trattamento dei <<dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica>>.

Si può citare, per comprendere i rischi insiti nel riconoscimento facciale, il Sistema Automatico di Riconoscimento delle Immagini (Sari), utilizzato dalla polizia italiana in diverse indagini.

Sari è un software capace di confrontare un volto, catturato dalle telecamere, con milioni di immagini contenute in una banca dati, in modo tale da segnalare i soggetti più simili. Il sistema può funzionare anche secondo un'altra modalità, sorvegliando in tempo reale i soggetti ripresi dalle telecamere e comparandoli con una *watch-list* ⁶³⁸: il Garante per la protezione dei dati personali ha espresso parere negativo sul suo utilizzo, perché, in assenza di una base giuridica, comporta un inammissibile controllo persistente e indiscriminato, causando una ingiustificata ingerenza nella vita privata delle persone ⁶³⁹.

La raccolta e l'utilizzo sempre più ampi dei dati biometrici conducono alla sorveglianza di massa ⁶⁴⁰, la degradazione delle società che si definiscono libere.

Dietro il più ottuso controllo sociale si rifugiano le tirannie, mentre si affannano per sopprimere la ribellione. In Iran, per esempio, le autorità hanno installato telecamere nei

⁶³⁶ C. SAVAGE, *Facial scanning is making gains in surveillance*, in *The New York Times*, 21 agosto 2013.

⁶³⁷ *Riconoscimento facciale: il Garante privacy sanziona Clearview per 20 milioni di euro. Vietato l'uso dei dati biometrici e il monitoraggio degli italiani*, in *garanteprivacy.it*.

⁶³⁸ M. ROMANDINI, *Come (non) funziona il sistema Sari di riconoscimento facciale*, in *wired.it*, 27 settembre 2018.

⁶³⁹ *Riconoscimento facciale: Sari Real Time non è conforme alla normativa sulla privacy*, in *garanteprivacy.it*.

⁶⁴⁰ v. S. RODOTÀ, *Trasformazioni del corpo*, in *Pol. dir.*, 2006, p. 3.

luoghi pubblici per identificare le donne che non indossano l'hijab: si tratta di una delle misure repressive adottate in seguito alle proteste scoppiate nel Paese dopo la morte di Mahsa Amini, la giovane arrestata dalla polizia morale perché non indossava il velo nel modo corretto ⁶⁴¹.

⁶⁴¹ *Telecamere intelligenti per scovare le donne senza velo in Iran*, in *ansa.it*.

CAPITOLO III

LA TUTELA MULTILIVELLO DEL DIRITTO A NON EFFETTUARE I MOVIMENTI NECESSARI A FINI ISTRUTTORI

SOMMARIO: 1. Il processo penale in Europa. - 2. La Corte europea dei diritti dell'uomo. - 2.1. Il diritto alla riservatezza a Strasburgo. - 2.2. La libertà personale a Strasburgo. - 2.3. La dignità e la salute a Strasburgo. - 3. Unione europea e diritti fondamentali. - 3.1. Corte di giustizia dell'Unione europea e diritto alla riservatezza. - 4. Il dialogo tra le Corti.

1. *Il processo penale in Europa*

Il processo penale non si nutre più soltanto della legislazione e della giurisprudenza nazionali, ma interagisce con le istanze sovranazionali.

In Europa l'incontro tra particolarismo e universalismo ha dato luogo a un esperimento (e, ormai, a una realtà) del tutto originale.

Già guardando alla storia del processo penale europeo, si delineano spinte, più o meno marcate, verso l'integrazione.

Tra il Basso Medioevo e l'Illuminismo, nonostante il proliferare di fonti locali, l'applicazione di un metodo comune tiene insieme il mosaico continentale. Tra l'era delle codificazioni e la seconda metà del XX secolo, invece, è lo Stato ad avere la meglio, trincerandosi nella sovranità. In epoca contemporanea, infine, la dimensione nazionale si apre all'esterno e si lascia compenetrare ⁶⁴².

In Inghilterra, nel frattempo, il sistema di *common law* si tramanda nei secoli, veicolato dalla bocca dei giudici. Nel XVII secolo, con il *writ of Habeas Corpus* (1679) e il *Bill of rights* (1689), il processo penale si arricchisce di garanzie imprescindibili, come il diritto alla libertà personale e il divieto di detenzione arbitraria, che raggiungeranno anche il continente ⁶⁴³.

Il percorso della giustizia penale fiorisce con la nascita del Consiglio d'Europa e dell'Unione europea: progetti consapevoli che, nell'Europa dei diritti, hanno il dovere di

⁶⁴² v. R. E. KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, in R. E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, V ed., Milano, 2022, p. 1 - 5.

⁶⁴³ R. E. KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, cit., p. 4.

spingersi sempre di più verso un incontro meditato e armonico delle garanzie del processo e delle esigenze repressive ⁶⁴⁴ .

Due sistemi, per certi versi contrapposti ⁶⁴⁵ , ma che, in una convergenza scandita dal dialogo necessario tra la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia dell'Unione europea, sono destinati a tutelare e promuovere i diritti fondamentali dell'individuo, su cui è edificato anche il diritto a non effettuare i movimenti necessari a fini istruttori ⁶⁴⁶ .

I diritti fondamentali godono di una tutela multilivello: la loro salvaguardia si avvale della collaborazione del piano nazionale e del piano sovranazionale ⁶⁴⁷ , all'interno di un insieme di istituti, di origine sia normativa sia giurisprudenziale, che hanno ad oggetto rapporti e competenza dei giudici, domestici e non ⁶⁴⁸ .

In particolare, sul gradino internazionale si collocano la C.e.d.u. e le pronunce della Corte e.d.u.; sul gradino comunitario trovano posto la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e le pronunce della Corte di giustizia; sul gradino nazionale si trovano le fonti domestiche, in primo luogo le Costituzioni ⁶⁴⁹ .

Al cospetto della normativa e, soprattutto, della giurisprudenza sovranazionali, la protezione della persona-oggetto di prova si rafforza, anche se le criticità non mancano.

Esaminando la casistica, emerge un ampliamento della difesa contro gli abusi del potere, con un'attenzione costante verso l'esigenza di sapere equilibrare l'interesse pubblico e l'interesse privato, segnando di volta in volta un confine che oscilla: tracciarlo significa aspirare a un'idea del giusto che non si accanisca sui singoli e, facendosi viva, non volti la faccia a nessun essere umano.

⁶⁴⁴ R. E. KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, cit., p. 4 - 5.

⁶⁴⁵ v. A. CONFALONIERI, *Europa e giusto processo. Istruzioni per l'uso*, Milano, 2010, p. 168.

⁶⁴⁶ v. *supra*, cap. II.

⁶⁴⁷ Per diverso tempo, tuttavia, si sono verificate delle resistenze. Per esempio, inizialmente i magistrati italiani erano restii ad applicare i principi dettati dalla C.e.d.u. (v. G. CONSO, *I diritti dell'uomo e il processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, p. 308).

⁶⁴⁸ v. M. CARTABIA, *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007.

⁶⁴⁹ V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, p. 194.

Così, gli ordinamenti nazionali devono conformarsi ai vincoli superiori, gli individui hanno ulteriori giudici a cui rivolgersi per le violazioni subite⁶⁵⁰: si intesse una trama, ricoperta dalla doppia veste del rapporto tra fonti e del rapporto tra giurisdizioni⁶⁵¹.

In ambito penale, la tutela multilivello dei diritti fondamentali rappresenta allora il punto di forza e la sfida incessante della C.e.d.u. e dell'Unione europea, della Corte di Strasburgo e della Corte di Lussemburgo⁶⁵², che arricchiscono e tutelano il panorama giuridico della materia⁶⁵³.

Le due Corti, che, ormai, svolgono una funzione normativa negli ordinamenti interni⁶⁵⁴, hanno avuto una genesi diversa.

La Corte e.d.u. è nata per la salvaguardia delle garanzie accordate agli individui e per farle rispettare dagli Stati, costituendo un sistema di protezione e di controllo e rappresentando un giudice di ultima istanza per le violazioni dei diritti⁶⁵⁵.

La Corte di giustizia, invece, ha sin da subito tutelato le posizioni giuridiche per rafforzare l'integrazione europea⁶⁵⁶, che all'inizio, tuttavia, si esauriva nella crescita economica⁶⁵⁷.

In merito ai diritti fondamentali, il coordinamento tra le giurisdizioni non è stato sempre agevole.

In un primo momento, la Corte e.d.u. aveva sostenuto di avere la precedenza nel giudicare sulle violazioni dei diritti convenzionali, anche nell'area delle materie comunitarie esclusive⁶⁵⁸.

⁶⁵⁰ v. G. CANESCHI, *L'imputato*, in G. UBERTIS e G. P. VOENA (diretto da), *Trattato di procedura penale*, VI, Milano, 2021, p. 15.

⁶⁵¹ v. M. CARTABIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, in A. BALSAMO, R. E. KOSTORIS (a cura di) *Giurisprudenza europea e processo penale italiano: nuovi scenari dopo il caso Dorigo e gli interventi della Corte costituzionale*, Torino, 2008, p. 36.

⁶⁵² R. E. KOSTORIS, *La tutela dei diritti fondamentali*, in R. E. KOSTORIS (a cura di), L. BACHMAIER-WINTER, A. BALSAMO, M. BARGIS, E. CALVANESE, M. DANIELE, G. DE AMICIS, M. GIALUZ, P. P. PAULESU, A. WEYEMBERGH (con la collaborazione di), *Manuale di procedura penale europea*, cit., p. 86.

⁶⁵³ A. GIARDINA, *La tutela internazionale dei diritti dell'uomo*, in L. LANFRANCHI (a cura di), *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, 1997, p. 241.

⁶⁵⁴ M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Milano, 2011, p. 49 s.

⁶⁵⁵ V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit., p. 195.

⁶⁵⁶ R. E. KOSTORIS, *La tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 88.

⁶⁵⁷ v. *infra*.

⁶⁵⁸ Corte e.d.u., 9 febbraio 1990, Melchers e Co. c. Germania.

La rivendicazione aveva provocato il risentimento della Corte di giustizia, avendo pure creato il rischio di pronunce sovrapponibili e differenti, provenienti da Strasburgo e da Lussemburgo ⁶⁵⁹ .

Lo spartiacque è la sentenza della Corte e.d.u., 30 giugno 2005, Bosphorus c. Irlanda: i giudici accettano di abdicare al proprio sindacato, quando uno Stato è vincolato, senza alcuna discrezionalità, ad eseguire direttamente un obbligo comunitario e, secondo la cosiddetta teoria dell'equivalenza, se i diritti fondamentali sono protetti - sostanzialmente e processualmente - in modo equivalente ⁶⁶⁰ alla C.e.d.u.

L'equivalenza, comunque, non è incontrovertibile, perché deve potere essere esaminata di continuo, considerando eventuali modifiche nella tutela dei diritti fondamentali ⁶⁶¹ .

Secondo la Corte e.d.u., l'Unione europea soddisfa i requisiti ⁶⁶² .

Da qui, la sintonia tra le due Corti si accresce, prendendosi cura, insieme, della libertà, che, passando per l'alterità, perviene a un'identità comune ⁶⁶³ .

2. La Corte europea dei diritti dell'uomo

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo è stata firmata nel 1950 dal Consiglio d'Europa, un'organizzazione internazionale istituita dopo la Seconda Guerra Mondiale.

Per la prima volta nella storia, degli Stati sovrani si vincolavano a garantire i diritti umani di tutte le persone all'interno della loro giurisdizione, permettendo ai propri cittadini di rivolgersi a un giudice sovranazionale in grado di accertare eventuali violazioni del trattato: la Corte europea dei diritti dell'uomo ⁶⁶⁴.

⁶⁵⁹ v. Corte giust. UE, 18 giugno 1991, C-260/89.

⁶⁶⁰ Nel senso che i due sistemi vanno comparati, non che la protezione debba essere identica (v. G. REPETTO, *La Corte di Strasburgo e il sindacato sugli atti comunitari: al solange non c'è mai fine?*, in *associazionedeicostituzionalisti.it*).

⁶⁶¹ Corte e.d.u., 30 giugno 2005, Bosphorus c. Irlanda, § 155.

⁶⁶² v. G. REPETTO, *La Corte di Strasburgo e il sindacato sugli atti comunitari: al solange non c'è mai fine?*, in *associazionedeicostituzionalisti.it*.

⁶⁶³ J. HABERMAS, J. DERRIDA, *Appello per una politica comune: il 15 febbraio ovvero quel che unisce gli europei*, in *Filosofia e questioni pubbliche*, 2004, p. 13 s.

⁶⁶⁴ D. J. HARRIS, M. O'BOYLE, E.P. BATES, C. M. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, II ed., Oxford, 2009, p. 1 - 3.

La libertà individuale e lo Stato di diritto, pilastri del sistema convenzionale, sgorgano dal patrimonio culturale collettivo dei fondatori: la filosofia greca, il diritto romano, i valori del cristianesimo, l'umanesimo rinascimentale e i principi della Rivoluzione francese ⁶⁶⁵.

Muovendosi tra le linee di questo disegno rivoluzionario, che collega occidente e oriente del continente, chi è membro dell'Unione Europea e chi non è membro, la Corte di Strasburgo ha assunto la funzione di corte costituzionale di ampio respiro, costringendo nella cornice della Convenzione l'esercizio del potere e spingendo le autorità pubbliche ad accettarne la supremazia ⁶⁶⁶.

Il ricorso individuale è il fulcro del sistema di Strasburgo e dove, come nell'ordinamento italiano, non è ammesso davanti alla Corte costituzionale, rende la Corte e.d.u. un giudice sussidiario della libertà ⁶⁶⁷.

E la vocazione alla libertà della Corte e.d.u. emerge con evidenza nella sua giurisprudenza in ambito processuale penale, compreso il diritto a non collaborare alla propria incriminazione, al cuore di un processo che possa definirsi equo ⁶⁶⁸.

Infatti, le disposizioni della C.e.d.u. devono essere lette insieme alle pronunce dei giudici di Strasburgo, che rendono effettiva la tutela degli individui, orientano le previsioni legislative nazionali ⁶⁶⁹ e a cui gli Stati sono obbligati a conformarsi, in base agli artt. 41 (equa soddisfazione) e 46 (forza vincolante ed esecuzione delle sentenze) della Convenzione ⁶⁷⁰, che è in continua evoluzione, seguendo la coscienza comune ⁶⁷¹.

La Corte e.d.u. intende il diritto penale come mezzo per la salvaguardia dei diritti fondamentali, capovolgendo la loro tradizionale contrapposizione: di conseguenza, è

⁶⁶⁵ H. ROBERTSON, *The Council of Europe: Its Structure, Functions and Achievements*, II ed., 1961, p. 2.

⁶⁶⁶ S. GREER, A. WILLIAMS, *Human rights in the Council of Europe and the EU: towards "individual", "constitutional" or institutional justice?*, in *European Law Journal*, Vol. 15, No. 4, July 2009, p. 470.

⁶⁶⁷ V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit., p. 197.

⁶⁶⁸ Corte e.d.u., 8 ottobre 2002, Beckles c. Regno Unito.

⁶⁶⁹ G. CANESCHI, *L'imputato*, cit., p. 17.

⁶⁷⁰ v. G. BARTOLINI, sub art. 41, e P. PIRRO, sub art. 46, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, p. 703 s. e p. 744 s.

⁶⁷¹ A. PERNA, *Situazione carceraria e divieto di tortura: il caso Sulejmanovic dinanzi alla Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. III, 2009, p. 5.

aumentato il numero di condanne indirizzate agli Stati per non avere previsto o attuato una tutela penale efficace nei singoli casi, ognuno con le proprie specificità ⁶⁷² .

La Corte di Strasburgo, formando precedenti di volta in volta e senza distinguere tra *civil law* e *common law*, ha quindi un ruolo “creativo” e integrativo della C.e.d.u.: ne fornisce l’interpretazione corrente e vincolante per tutti gli Stati, su cui gravano obblighi negativi - gli organi statali non devono violare i diritti fondamentali - e obblighi positivi - gli organi statali, come si diceva prima, devono prevenire e reprimere le violazioni dei diritti fondamentali ⁶⁷³ .

A parte l’evenienza delle cosiddette sentenze pilota ⁶⁷⁴ , in cui è stabilito un termine entro cui lo Stato deve provvedere a colmare le lacune strutturali del proprio ordinamento, emerse dalla notevole quantità di ricorsi ricevuti dalla Corte e.d.u. che lamentano le stesse violazioni, si va diffondendo un’adesione spontanea alla giurisprudenza convenzionale ⁶⁷⁵ .

La tendenza ad accettare i dettami di Strasburgo anche quando non si è costretti a farlo, comunque, deve sempre essere vagliata criticamente, non potendosi esaurire in un suo recepimento passivo, pena la sospensione del principio di legalità ⁶⁷⁶ .

Nello specifico, per quanto riguarda il diritto a non effettuare i movimenti necessari a fini istruttori, si segnalano gli orientamenti della Corte e.d.u. volti a preservare le garanzie fondamentali a protezione dell’individuo trasformato in oggetto di prova, cioè il diritto alla riservatezza, la libertà personale, la dignità e, indirettamente, la salute.

Quando l’indagato o imputato subisce l’accertamento penale, si pone il problema della sua autodeterminazione.

⁶⁷² V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, cit., p. 245.

⁶⁷³ V. C. TALAMO, *Obblighi europei di tutela penale*, in A. MASSARO (a cura di), *Diritto penale europeo. Effetti e conseguenze sul sistema penale nazionale*, in S. M. TOTARO, G. IAPPELLI (collana diretta da), *Legal research groups di Elsa Italia*, Padova, 2020, p. 20 - 21.

⁶⁷⁴ v. art. 61 Regolamento della Corte e.d.u.

⁶⁷⁵ G. CANESCHI, *L’imputato*, cit., p. 26 s.

⁶⁷⁶ v. P. FERRUA, *L’interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell’uomo e il preteso monopolio della Corte di Strasburgo*, in *Proc. pen. giust.*, 2001, n. 4, p. 116.

I giudici di Strasburgo hanno stabilito che il diritto di non autoincriminarsi non esclude l'utilizzo, a fini probatori, di informazioni, come le registrazioni vocali, che esistono indipendentemente dalla volontà dell'interessato⁶⁷⁷, anche se acquisite con la forza⁶⁷⁸.

Si tratterà allora, ancora una volta, di esaminare come la verità (relativa) vada raggiunta nel rispetto della persona, percorrendo il cammino garantistico che distingue uno Stato di liberi cittadini da uno Stato totalitario⁶⁷⁹.

2.1. *Il diritto alla riservatezza a Strasburgo*

L'art. 8 C.e.d.u. tutela il diritto al rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e della corrispondenza (par. 1): si tratta di un'area di rilievo nel campo di applicazione del diritto a non effettuare i movimenti necessari a fini istruttori, specialmente per quanto riguarda le tecniche, adottate nel corso del procedimento penale, di controllo individuale. Avvalendosi della giurisprudenza convenzionale, che ha espanso la definizione degli interessi protetti⁶⁸⁰, è possibile, analizzando gli snodi più significativi, definire meglio i poteri e i limiti entro cui si muove l'autorità, quando entra in collisione con l'intimità della persona.

I giudici di Strasburgo hanno cercato di stabilire garanzie adeguate e concrete contro l'uso abusivo delle nuove tecnologie, che permettono di sorvegliare segretamente gli individui nel nome dell'interesse pubblico e che possono finire per compromettere i valori democratici, mentre fingono di promuoverli⁶⁸¹.

⁶⁷⁷ Così anche la direttiva 2016/343/UE sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali.

⁶⁷⁸ Corte e.d.u., 29 giugno 2007, O'Holloran e Francis c. Regno Unito.

⁶⁷⁹ Per comprendere la differenza, si pensi alle dichiarazioni del ministro Alfredo Rocco: «<Le applicazioni processuali delle dottrine demo-liberali, per cui l'individuo è posto contro lo Stato, l'Autorità è considerata come insidiosa sopraffattrice del singolo e l'imputato, quand'anche sorpreso in flagranza, è presunto innocente, sono del tutto eliminate, insieme a quella generica tendenza favorevole per i delinquenti, frutto di un sentimentalismo aberrante e morboso, che ha tanto indebolito la repressione e favorito il dilagare della criminalità>> (*Redazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, VIII, Roma, 1929, p. 22).

⁶⁸⁰ D. J. HARRIS, M. O'BOYLE, E.P. BATES, C. M. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, cit., p. 361.

⁶⁸¹ Corte e.d.u., 13 settembre 2018, Big Brother Watch c. Regno Unito, § 339.

Il rispetto dell'art. 8 C.e.d.u. ha due facce: l'esclusione di ogni ingerenza dettata dall'arbitrio e l'effettività della protezione, che richiede allo Stato di difendere l'individuo anche da terzi.

La giurisprudenza convenzionale ha dilatato la norma, facendovi rientrare la tutela dei dati personali e il prelievo e la conservazione dei profili del DNA, delle impronte digitali e dei campioni cellulari ⁶⁸².

Pure le nozioni di corrispondenza e domicilio sono state allargate: la prima a tutte le comunicazioni private ⁶⁸³, il secondo per comprendere, ad esempio, la sede sociale ⁶⁸⁴.

Innanzitutto, secondo la Corte di Strasburgo, il monitoraggio e la registrazione di comunicazioni nel corso del procedimento penale ad opera di un interlocutore, che si avvalga dell'assistenza tecnica dell'autorità, si configurano come interferenza nella vita privata.

Come fanno notare i giudici nel caso del 25 ottobre 2007, Van Vondel c. Olanda, l'intromissione nella *privacy* può essere giustificata, in base all'art. 8 C.e.d.u., soltanto se prevista dalla legge, se conforme ai principi dello Stato di diritto ⁶⁸⁵, e se necessaria, nel contesto di una società democratica, per uno degli scopi indicati dal secondo paragrafo della disposizione ⁶⁸⁶, pena l'annullamento delle garanzie minime a protezione dell'interessato ⁶⁸⁷.

La Corte e.d.u. inoltre espande la nozione di vita privata, che comprende <<*the right to establish and develop relationships with other human beings; furthermore, there is no reason of principle to justify excluding activities of a professional or business nature from the notion of "private life". There is therefore a notion of interaction of a person with others, even in a public context, which may fall within the scope of "private life"*>> ⁶⁸⁸.

⁶⁸² v. A. BALSAMO, *Il contenuto dei diritti fondamentali*, in R. E. KOSTORIS (a cura di), L. BACHMAIER-WINTER, A. BALSAMO, M. BARGIS, E. CALVANESE, M. DANIELE, G. DE AMICIS, M. GIALUZ, P. P. PAULESU, A. WEYEMBERGH (con la collaborazione di), *Manuale di procedura penale europea*, cit., p. 183 - 184.

⁶⁸³ Corte e.d.u., 3 aprile 2007, Copland c. Regno Unito.

⁶⁸⁴ Corte e.d.u., 16 aprile 2002, Société Colas Est e altri c. Francia.

⁶⁸⁵ Corte e.d.u., 2 agosto 1984, Malone c. Regno Unito, § 67.

⁶⁸⁶ Corte e.d.u., 10 febbraio 2009, Iordachi c. Moldavia.

⁶⁸⁷ Corte e.d.u., 25 ottobre 2007, Van Vondel c. Olanda, § 50.

⁶⁸⁸ Corte e.d.u., 25 ottobre 2007, Van Vondel c. Olanda, § 48. V. anche Corte e.d.u., 16 dicembre 1992, Niemietz c. Germania.

Costringere una persona a collaborare alla propria incriminazione, senza che nemmeno lo sappia e deviando dalla retta via del giusto procedimento, costituisce infatti un palese aggiramento delle tutele predisposte dal diritto a non effettuare i movimenti necessari a fini istruttori.

Per le intercettazioni, in cui l'imputato si fa oggetto di prova attraverso la propria voce, un abuso del genere non può essere consentito.

Nel caso dell'8 aprile 2003, M.M. c. Paesi Bassi, la polizia aveva suggerito a un privato di registrare le conversazioni telefoniche con il ricorrente, spingendolo a fare riferimento alle proposte sessuali che aveva avanzato in precedenza e ad ammettere le proprie colpe⁶⁸⁹: anche qui, i giudici di Strasburgo individuano una misura priva di base legale, dunque inammissibile⁶⁹⁰.

Per di più, il legislatore, disciplinando il potere di intercettare conversazioni o comunicazioni, deve indicare, con sufficiente precisione, finalità e modalità di esecuzione del mezzo di ricerca della prova, vincolando di conseguenza l'autorità procedente⁶⁹¹.

La Corte e.d.u. sottolinea pure che, trattandosi di un'attività caratterizzata dalla segretezza, deve essere evitato ogni abuso, affinché possa essere rispettato anche il secondo requisito imposto dall'art. 8 C.e.d.u. (vale a dire, la necessità dell'intercettazione per determinati scopi): per quanto si possa trattare, soprattutto per i reati più gravi, di uno strumento imprescindibile, la condizione non può mai essere calpestata⁶⁹².

Nel caso Uzun c. Germania, del 2 settembre 2009, il ricorrente era stato sorvegliato utilizzando il sistema GPS: i dati sui suoi spostamenti, per circa tre mesi, erano stati raccolti, archiviati e utilizzati per ricostruire una mappa dei suoi movimenti, affinché si potessero reperire altre prove nei luoghi in cui si era recato. Secondo la Corte di Strasburgo, si trattava di una interferenza con la sua vita privata (art. 8 C.e.d.u.)⁶⁹³.

Dopo avere accertato che la sorveglianza fosse <<*in accordance with the [German] law*>> (art. 8 par. 2 C.e.d.u.), i giudici esaminano lo scopo e la necessità della misura, ordinata dal Procuratore generale federale presso la Corte federale di giustizia, durante le indagini su

⁶⁸⁹ Corte e.d.u., 8 aprile 2003, M.M. c. Paesi Bassi, § 37.

⁶⁹⁰ Corte e.d.u., 8 aprile 2003, M.M. c. Paesi Bassi, § 45.

⁶⁹¹ Corte e.d.u., 2 agosto 1984, Malone c. Regno Unito, § 70.

⁶⁹² Corte e.d.u., 2 agosto 1984, Malone c. Regno Unito, § 81.

⁶⁹³ Corte e.d.u., 2 settembre 2009, Uzun c. Germania, § 49 - 53.

diversi attentati rivendicati da un gruppo terroristico, per tutelare la sicurezza nazionale e la pubblica sicurezza e per permettere la prevenzione di ulteriori crimini e la protezione dei diritti delle vittime ⁶⁹⁴.

La Corte e.d.u. ricorda poi la definizione di <<*necessary in a democratic society*>> (art. 8 par. 2 C.e.d.u.), che richiede la presenza di esigenze sociali pressanti a cui fare fronte e che le operazioni siano proporzionate all'obiettivo legittimo perseguito ⁶⁹⁵.

Le autorità tedesche, all'inizio, si erano servite di metodi di investigazione meno invasivi, risultati però poco efficaci: avevano installato dei trasmettitori e, per farli funzionare, avevano bisogno di sapere dove potesse trovarsi, più o meno, l'interessato. I trasmettitori erano stati distrutti dal ricorrente e dal suo complice ⁶⁹⁶.

Il monitoraggio satellitare si inseriva all'interno di una sorveglianza più generale, che comprendeva intercettazioni telefoniche e postali: l'impiego del GPS richiedeva una giustificazione ancora più stringente allora.

Visti però l'utilizzo limitato del mezzo, la gravità dei reati in oggetto e il fallimento delle tecniche a cui si era fatto ricorso in precedenza, il pedinamento, nelle circostanze concrete, doveva considerarsi necessario in una società democratica. L'art. 8 C.e.d.u. non è quindi violato ⁶⁹⁷.

La Corte di Strasburgo, nella sentenza dell'8 febbraio 2018, *Ben Faiza c. Francia*, ribadisce come l'utilizzo del GPS nell'accertamento penale costituisca un'interferenza nella vita privata, invadendo sistematicamente la *privacy* dell'interessato: sacrificabile, a determinate condizioni, di certo, ma non totalmente ⁶⁹⁸.

Ma mentre nel caso *Uzun c. Germania* la geolocalizzazione trovava una base legale sufficientemente definita, nel caso *Ben Faiza c. Francia* i giudici non possono sostenere altrettanto: l'art. 81 del codice di procedura penale francese, allora in vigore, aveva una portata fin troppo vaga, permettendo al giudice di ricorrere agli <<*actes d'information*

⁶⁹⁴ Corte e.d.u., 2 settembre 2009, *Uzun c. Germania*, § 64 - 77.

⁶⁹⁵ v. anche Corte e.d.u., 26 marzo 1987, *Leander c. Germania*, § 58.

⁶⁹⁶ Corte e.d.u., 2 settembre 2009, *Uzun c. Germania*, § 77 - 78.

⁶⁹⁷ Corte e.d.u., 2 settembre 2009, *Uzun c. Germania*, § 79 - 81.

⁶⁹⁸ v. L. FILIPPI, *La disciplina italiana dei tabulati telefonici e telematici contrasta con il diritto UE*, in *Diritto di Difesa*, 20 marzo 2021.

qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité>>, configurandosi di conseguenza come una norma del tutto imprevedibile, inammissibile dall'art. 8 C.e.d.u.⁶⁹⁹

Infatti, *<<ces éléments suffisent à la Cour pour considérer que dans le domaine des mesures de géolocalisation, le droit français, écrit et non écrit⁷⁰⁰, n'indiquait pas, au moment des faits d'espèce, avec assez de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré. Elle conclut que le requérant n'a pas joui du degré minimal de protection voulu par la prééminence du droit dans une société démocratique et qu'il y a donc eu violation de l'article 8 de la Convention, sans qu'il soit besoin de trancher les autres conditions posées par l'article 8, à savoir que l'ingérence doit viser un but légitime et être nécessaire, dans une société démocratique>>⁷⁰¹.*

I giudici di Strasburgo sono invece pervenuti a conclusioni differenti, rispetto alla violazione della *privacy*, nella sentenza dell'11 giugno 2013, Donato D'Auria e Balsamo c. Italia.

I ricorrenti, intercettati telefonicamente, lamentavano la violazione dell'art. 8 C.e.d.u. Appurata l'esistenza di un'intromissione da parte dell'autorità⁷⁰², la Corte ritiene però che fosse prevista dalla legge e necessaria in una società democratica: di conseguenza, giustificata.

Infatti, le intercettazioni erano state disposte in conformità del codice di procedura penale e della legge 12 luglio 1991, n. 203, che aveva convertito il decreto legge 13 maggio 1991, n. 152, contenente *<<provvedimenti urgenti in in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa>>⁷⁰³.*

Il quadro legislativo, inoltre, era accessibile e permetteva di prevedere il risultato della sua applicazione⁷⁰⁴.

⁶⁹⁹ Corte e.d.u., 8 febbraio 2018, Ben Faiza c. Francia, § 56 - 58.

⁷⁰⁰ Si ricorda che, secondo la Corte e.d.u., nella nozione di legge rientra anche, a determinate condizioni, la giurisprudenza (v., per esempio, Corte e.d.u., 26 aprile 1979, Sunday Times c. Regno Unito).

⁷⁰¹ Corte e.d.u., 8 febbraio 2018, Ben Faiza c. Francia, § 60.

⁷⁰² v. anche Corte e.d.u., 30 luglio 1998, Valenzuela Contreras c. Spagna.

⁷⁰³ v. Testo coordinato del decreto legge 13 maggio 1991, n. 152, in *gazzettaufficiale.it*.

⁷⁰⁴ Corte e.d.u., 11 giugno 2013, Donato D'Auria e Balsamo c. Italia, § 29 - 31.

Per quanto riguarda la necessità delle operazioni, il ricorso alle intercettazioni si presentava come una misura fondamentale per accertare la verità ⁷⁰⁵, specialmente se era stata favorita un'organizzazione criminale ⁷⁰⁶.

La Corte fa notare che i ricorrenti avevano la possibilità di sporgere denuncia per intercettazioni illegali, dopo avere saputo della disposizione del mezzo di ricerca della prova, la cui durata rispettava il principio di proporzionalità, considerato anche che bisognava scoprire se dei magistrati stessero agendo nell'interesse di associazioni mafiose⁷⁰⁷.

L'interesse pubblico, raggiunto nel rispetto di tutte le garanzie, può così prevalere, a differenza delle situazioni opposte esaminate, dove il percorso seguito dall'autorità lascia a desiderare.

L'esercizio occulto del potere esige la delimitazione della discrezionalità dell'autorità, la determinazione precisa del modo in cui sarà impiegato il mezzo di ricerca della prova, specificando quando vi si può ricorrere ⁷⁰⁸.

E, ancora, le intercettazioni devono essere sottoposte a una sorveglianza costante, non solo nel momento in cui vengono disposte, ma anche nel corso del loro svolgimento e dopo la fine delle operazioni ⁷⁰⁹.

La segretezza è l'eccezione in un ordinamento democratico: se in determinate circostanze bisogna ricorrervi, lo si deve fare solo per esigenze legate al bene comune e adottando cautele imprescindibili.

Perciò, il legislatore, in materia di intercettazioni, deve precisare la natura dei reati che giustificano il ricorso alla misura; quali comunicazioni e quali persone possono subire il mezzo di ricerca della prova; i limiti temporali delle operazioni; come vanno conservati, esaminati, utilizzati, comunicati, distrutti e come si può accedere ai dati raccolti (e, prima ancora, alle comunicazioni); come autorizzare e controllare le intercettazioni; che rimedi

⁷⁰⁵ Corte e.d.u., 11 giugno 2013, Donato D'Auria e Balsamo c. Italia, § 36 - 38.

⁷⁰⁶ v. anche Corte e.d.u., 10 aprile 2007, Panarisi c. Italia.

⁷⁰⁷ Corte e.d.u., 11 giugno 2013, Donato D'Auria e Balsamo c. Italia, § 39 - 40.

⁷⁰⁸ A. BALSAMO, *Il contenuto dei diritti fondamentali*, cit., p. 187.

⁷⁰⁹ Corte e.d.u., 4 dicembre 2015, Roman Zakharov c. Russia.

ha a disposizione l'interessato (che, evidentemente, è stato informato di essere stato intercettato) ⁷¹⁰ .

Lo stesso vale per l'acquisizione dei tabulati telefonici ⁷¹¹ e per il cosiddetto monitoraggio strategico, ovvero l'intercettazione di telecomunicazioni per scongiurare rischi come attacchi armati sul territorio di uno Stato o attentati terroristici ⁷¹² .

Ulteriore esempio delle vie tortuose del potere è l'inosservanza, accertata dalla Corte e.d.u., della libertà d'espressione di una giornalista, dovuta all'accesso, da parte dell'autorità, ai dati sulle sue comunicazioni telefoniche in possesso del suo operatore ⁷¹³ .

La ricorrente, testimone in un procedimento penale, lamentava quindi non tanto la violazione dell'art. 8 C.e.d.u., ma dell'art. 10 C.e.d.u., che tutela, appunto, la libertà d'espressione e consente di interferirvi solo rispettando, di nuovo, i requisiti della previsione legislativa e della necessità in una società democratica ⁷¹⁴ .

In particolare, secondo la Corte e.d.u., le autorità nazionali non avevano giustificato a sufficienza l'intromissione, che, per altro, era nettamente sproporzionata, non eliminando la possibilità di accedere a informazioni sulle fonti segrete della giornalista, utilizzabili al di là del procedimento penale in questione ⁷¹⁵ .

Anche quando la Corte di appello ucraina aveva rilasciato una nuova autorizzazione, circoscritta alla geolocalizzazione della ricorrente, le perplessità non mancavano.

Il provvedimento permetteva di accedere ai dati dell'interessata per sedici mesi e in un'area abbastanza estesa, cioè il centro di Kiev: di conseguenza, le autorità avrebbero potuto raccogliere informazioni del tutto irrilevanti rispetto all'accertamento ⁷¹⁶ .

Per di più, la Corte di appello ucraina non aveva spiegato come mai l'interesse a non rivelare i dati personali dovesse soccombere nel bilanciamento con l'urgenza di ricorrere al mezzo di ricerca della prova, né si era posta il problema dell'esistenza di misure meno invasive ⁷¹⁷ .

⁷¹⁰ A. BALSAMO, *Il contenuto dei diritti fondamentali*, cit., p. 187 - 188.

⁷¹¹ Corte e.d.u., 1 marzo 2007, Heglas c. Repubblica Ceca.

⁷¹² Corte e.d.u., 29 giugno 2006, Weber e Saravia c. Germania.

⁷¹³ Corte e.d.u., 1 aprile 2021, Sedletska c. Ucraina.

⁷¹⁴ Corte e.d.u., 1 aprile 2021, Sedletska c. Ucraina, § 57.

⁷¹⁵ Corte e.d.u., 1 aprile 2021, Sedletska c. Ucraina, § 64 - 65.

⁷¹⁶ Corte e.d.u., 1 aprile 2021, Sedletska c. Ucraina, § 69 - 71.

⁷¹⁷ Corte e.d.u., 1 aprile 2021, Sedletska c. Ucraina, § 71.

I giudici identificavano così una violazione dell'art. 10 C.e.d.u.⁷¹⁸

Accanto agli attentati virtuali al diritto alla riservatezza, si collocano le minacce nel mondo fisico, altrettanto drammatiche.

La Corte di Strasburgo ha ravvisato una violazione dell'art. 8 C.e.d.u. in un caso in cui, invadendo la vita privata del ricorrente in maniera non conforme alla legge, le autorità avevano prelevato coattivamente un campione del suo DNA.

Infatti, il suo consenso al prelievo era del tutto irrilevante, perché avvenuto dietro minaccia dell'uso della forza⁷¹⁹. Il sospettato dell'omicidio su cui si stava indagando, inoltre, ignorava di essere tale⁷²⁰.

La raccolta e la conservazione dei profili di DNA rappresenta un'interferenza significativa con il rispetto della vita privata, avendo un impatto diretto sugli interessi dell'individuo, a prescindere dall'uso che si possa fare successivamente dei dati personali⁷²¹.

Conservare a tempo indefinito informazioni del genere, comprese impronte digitali e immagini di un condannato, senza considerare la gravità del reato, l'effettivo bisogno di una misura non determinata nella durata e senza possibilità di metterla in discussione, non si accorda all'art. 8 C.e.d.u.⁷²²

Accertare una violazione, inoltre, esige di restare al passo con l'avanzamento tecnologico: tra il momento in cui le corti nazionali esaminano la questione e il momento in cui la esamina la Corte, le tecnologie utilizzabili possono essersi evolute, anche drasticamente, per esempio nel settore dell'elaborazione delle immagini⁷²³.

In un caso più in linea con il diritto a non effettuare i movimenti necessari a fini istruttori, che riguardava, appunto, degli ex sospettati, le autorità avevano conservato impronte digitali, campioni cellulari e profili di DNA dei ricorrenti, nonostante questi ne avessero richiesto la distruzione dopo la fine dei procedimenti, a cui non aveva fatto seguito il giudizio⁷²⁴.

⁷¹⁸ Corte e.d.u., 1 aprile 2021, Sedletska c. Ucraina, § 72 - 73.

⁷¹⁹ Corte e.d.u., 14 aprile 2020, Dragan Petrović c. Serbia, § 79 - 84.

⁷²⁰ Corte e.d.u., 14 aprile 2020, Dragan Petrović c. Serbia, in *Proc. pen. e giust.*

⁷²¹ Corte e.d.u., 13 febbraio 2020, Trajkovski e Chipovski c. Macedonia del Nord, § 50 - 51.

⁷²² Corte e.d.u., 13 febbraio 2020, Gaughran c. Regno Unito.

⁷²³ Corte e.d.u., 13 febbraio 2020, Gaughran c. Regno Unito.

⁷²⁴ Corte e.d.u., 4 dicembre 2008, S. e Marper c. Regno Unito.

I giudici di Strasburgo hanno affermato che i campioni cellulari contengono dati sensibili di un individuo, comprese informazioni sulla sua salute: perciò, la loro conservazione interferisce con la *privacy* degli interessati.

Vale lo stesso per le impronte digitali e i profili di DNA, utilizzati per stabilire relazioni genetiche ⁷²⁵ (per questi ultimi la Corte ha però ammesso, pur con alcune ambiguità, la legittimità, sotto il profilo del diritto a non collaborare, di atti di acquisizione di campioni esistenti e acquisibili indipendentemente dalla volontà dell'interessato).

Secondo la Corte, le garanzie individuali sarebbero significativamente ridotte se le nuove tecnologie fossero usate in maniera spregiudicata e senza ricercare un bilanciamento tra i vantaggi che offrono e gli interessi di natura privata; equilibrio di cui, tra l'altro, ha la responsabilità ogni Stato che le sviluppa ⁷²⁶.

Anche qui, i giudici di Strasburgo sottolineano l'assenza di limiti ben definiti alla conservazione delle informazioni personali. All'indeterminatezza, però, si aggiunge il rischio della stigmatizzazione dei ricorrenti, ex sospettati protetti dalla presunzione di innocenza e invece trattati come colpevoli.

Ancora più grave il comportamento delle autorità se si considera che uno dei ricorrenti era un minore: la conservazione dei suoi dati rappresentava un pregiudizio significativo alla sua integrazione nella società ⁷²⁷.

Infine, motivi di attrito con l'art. 8 C.e.d.u. sono emersi anche nel caso del 27 settembre 2018, *Brazzi c. Italia*.

Il ricorrente aveva subito una perquisizione domiciliare, di cui si era lamentato, senza successo, davanti alla Cassazione.

Si era così rivolto alla Corte e.d.u. che, in effetti, l'ha ritenuta in violazione del suo diritto al rispetto della vita privata e del domicilio, per la mancanza di un controllo di legalità precedente alle operazioni e di un sindacato successivo sulla legittimità del mezzo di ricerca della prova ⁷²⁸.

⁷²⁵ Corte e.d.u., 4 dicembre 2008, *S. e Marper c. Regno Unito*.

⁷²⁶ Corte e.d.u., 4 dicembre 2008, *S. e Marper c. Regno Unito*.

⁷²⁷ Corte e.d.u., 4 dicembre 2008, *S. e Marper c. Regno Unito*.

⁷²⁸ v. D. CARDAMONE, *La sentenza della Cedu Brazzi c. Italia: sono arbitrarie le perquisizioni disposte dall'Autorità giudiziaria?*, in *questionegiustizia.it*.

I giudici di Strasburgo evidenziano come le perquisizioni non possano essere arbitrarie: il legislatore deve prevedere gli accorgimenti necessari per evitare abusi, tra cui l'effettività del controllo sul loro svolgimento, affinché lo Stato di diritto possa venire rispettato ⁷²⁹ .

Proprio per questo motivo, nell'ordinamento italiano, il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 (cosiddetta riforma Cartabia) ha introdotto il rimedio dell'opposizione al decreto di perquisizione emesso dal pubblico ministero (art. 252 *bis* c.p.p.), conformandosi alle indicazioni sovranazionali.

Data la strettissima connessione tra domicilio e individuo, invadere il primo significa invadere il secondo: di conseguenza, il diritto a non effettuare i movimenti necessari a fini istruttori si estende alla proiezione spaziale del soggetto e lo tutela dagli sconfinamenti indebiti dell'autorità.

2.2. *La libertà personale a Strasburgo*

Ai sensi dell'art. 5 C.e.d.u., nessuno può essere privato della libertà arbitrariamente ⁷³⁰ .

I giudici di Strasburgo, indipendentemente dalle determinazioni domestiche ⁷³¹, forniscono un'interpretazione ampia ⁷³² della nozione di privazione della libertà personale, che può anche essere estremamente circoscritta nel tempo ⁷³³.

Secondo la Corte e.d.u., l'art. 5 C.e.d.u. non può essere violato soltanto in caso di arresto o di detenzione illegittimi ⁷³⁴.

Considerando tutte le circostanze della situazione concreta, assumono rilevanza diversi elementi, in particolare il tipo, la durata, gli effetti e le modalità di attuazione della misura adottata dall'autorità ⁷³⁵.

⁷²⁹ Corte e.d.u., 27 settembre 2018, Brazzi c. Italia, § 41.

⁷³⁰ v. *Guida all'articolo 5 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *echr.coe.int*

⁷³¹ Corte e.d.u., 15 dicembre 2016, Khlaifia e altri c. Italia, § 71.

⁷³² v. *Guida all'articolo 5 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *echr.coe.int*

⁷³³ T. ALESCI, *Il corpo umano fonte di prova*, in A. GIARDA, G. SPANGHER, P. TONINI (studi raccolti da), *Problemi attuali della giustizia penale*, Milano, 2017, p. 14.

⁷³⁴ Corte e.d.u., 6 novembre 1980, Guzzardi c. Italia, § 95.

⁷³⁵ Corte e.d.u., 22 maggio 2008, Ilya Stefanov c. Bulgaria, § 71.

Le possibili limitazioni della libertà personale differiscono per intensità, ma sono accomunate nella sostanza ⁷³⁶.

Non potrebbe essere altrimenti: la libertà, in una società democratica ⁷³⁷, è imprescindibile, ispira lo Stato di diritto e, quindi, non può mai essere scalfita arbitrariamente ⁷³⁸.

Interferire con la libertà personale, inoltre, significa interferire con altri diritti, come il rispetto della vita privata e familiare, la libertà di espressione e la libertà di movimento, esponendo la fragilità dell'essere umano ⁷³⁹.

La misura che limita la libertà personale deve essere calata nel suo contesto specifico, a prescindere dall'essere imprigionati in una cella: <<*situations commonly occur in modern society where the public may be called on to endure restrictions on freedom of movement or liberty in the interests of the common good*>> ⁷⁴⁰.

È necessario soffermarsi sulla giurisprudenza riguardo alla privazione della libertà personale - il più alto grado di imposizione proveniente dall'autorità e diretta all'individuo - perché ne discendono spunti interessanti per l'analisi del diritto a non collaborare.

Secondo la Corte e.d.u., dato che l'interessato può scegliere di cooperare (o per altri motivi, che qui rilevano meno), all'oggettivo stato di soggezione nello spazio e nel tempo deve affiancarsi l'assenza del consenso della persona, perché possa davvero parlarsi di una privazione della libertà personale ⁷⁴¹.

Il consenso, tuttavia, deve essere valido, altrimenti la persona perderebbe la protezione che le è garantita. Per esempio, lo stato di incapacità impedisce di acconsentire alla propria detenzione ⁷⁴², anche se bisogna sempre esaminare le circostanze concrete ⁷⁴³.

Sull'elemento della coercizione i giudici di Strasburgo si sono soffermati a più riprese.

⁷³⁶ Corte e.d.u., 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia, § 80.

⁷³⁷ v. Corte e.d.u., 16 giugno 2005, Storck c. Germania.

⁷³⁸ Corte e.d.u., 8 giugno 1976, Engel e altri c. Olanda.

⁷³⁹ M. CORVINO, *L'art. 3 Cedu: un banco di prova per l'ordinamento penale italiano*, in A. MASSARO (a cura di), *Diritto penale europeo. Effetti e conseguenze sul sistema penale nazionale*, in S. M. TOTARO, G. IAPPELLI (collana diretta da), *Legal research groups di Elsa Italia*, Padova, 2020, p. 265.

⁷⁴⁰ Corte e.d.u., 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia, § 81.

⁷⁴¹ Corte e.d.u., 16 giugno 2005, Storck c. Germania, § 74.

⁷⁴² Corte e.d.u., 17 gennaio 2012, Stanev c. Bulgaria, § 119.

⁷⁴³ Corte e.d.u., 14 febbraio 2012, D.D. c. Lituania, § 150.

Nel caso *Foka c. Turchia* la ricorrente aveva opposto resistenza all'accompagnamento presso una stazione di polizia, venendo quindi costretta a salire a bordo della vettura degli agenti.

Secondo la Corte, l'uso della forza avrebbe trasformato la restrizione della libertà di movimento dell'interessata in una restrizione della sua libertà personale ⁷⁴⁴.

Stesso discorso in materia di perquisizione personale, che rileva immediatamente ai fini del diritto a non effettuare i movimenti necessari a fini istruttori, come evidenziato nel caso *Gillan e Quinton c. Regno Unito*, dove i ricorrenti erano stati immobilizzati per meno di trenta minuti ⁷⁴⁵.

L'ampio spettro dell'art. 5 C.e.d.u. emerge pure nella prospettiva della tutela dei diritti umani dei migranti, che fin troppo spesso sono stati e sono negati.

Soffermando l'attenzione, tra i vari scenari mortificanti per il genere umano, sulla loro reclusione nei centri di accoglienza, la Corte e.d.u., per distinguere tra la mera restrizione della libertà di movimento e la vera e propria privazione della libertà personale, ha elencato diversi fattori: la situazione individuale del ricorrente e le sue scelte; il regime giuridico nazionale applicabile e il suo scopo; la durata della misura, in relazione alla protezione goduta; la natura e il grado delle restrizioni effettivamente imposte o subite dal ricorrente ⁷⁴⁶.

Uno degli insegnamenti ricavabili dalla giurisprudenza convenzionale, nell'accostarsi al diritto a non collaborare all'accertamento penale contro di sé, è quindi l'attenzione costante per il contesto concreto, per il quadro fattuale specifico davanti a cui si trova chi indaga e con cui si relaziona chi decide.

Le aggressioni alla libertà personale spesso avvengono ignorando - o peggio, volendo ignorare - proprio le circostanze della situazione, cioè gli individui in carne e ossa, promuovendo un'idea di giustizia riluttante a calarsi nella sostanza.

⁷⁴⁴ Corte e.d.u., 24 giugno 2008, *Foka c. Turchia*, § 78.

⁷⁴⁵ Corte e.d.u., 12 gennaio 2010, *Gillan e Quinton c. Regno Unito*, § 57.

⁷⁴⁶ Corte e.d.u., 21 novembre 2019, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, § 217.

2.3. *La dignità e la salute a Strasburgo*

Ai sensi dell'art. 3 C.e.d.u., <<nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti>>: si tratta di un principio fondamentale delle società democratiche ⁷⁴⁷.

La disposizione stabilisce una garanzia assoluta, nucleo della civiltà ⁷⁴⁸ e innalzata al grado di jus cogens del diritto internazionale⁷⁴⁹, a cui non si può derogare né in tempo di guerra né nel corso di qualsiasi altra emergenza ⁷⁵⁰, neppure se si tratta di lotta al terrorismo ⁷⁵¹ o alla criminalità organizzata ⁷⁵².

Proprio per l'assolutezza del divieto, la sua violazione deve raggiungere una soglia minima di gravità, che comprende durata e conseguenze psicofisiche della tortura (e, in alcune circostanze, età, sesso e condizioni di salute della vittima): lo standard, oltre a impedire di minimizzare il valore categorico della proibizione, serve a delimitare i confini (sempre mutevoli) tra tortura, pena o trattamento inumano e pena o trattamento degradante ⁷⁵³.

Per esempio, un trattamento premeditato, che, dopo ore di inflizione, abbia provocato lesioni al corpo o acute sofferenze psicofisiche è stato qualificato come inumano. Invece, un trattamento che abbia causato paura, angoscia e senso di inferiorità, umiliando una persona e annullandone la sopportazione psicofisica, in modo tale da costringerla a compiere un'azione, è stato qualificato come degradante ⁷⁵⁴.

La tortura, infine, è la condotta più grave: esige l'accertamento del dolo e del fine perseguito dall'agente, che però possono ritenersi impliciti nella violenza inflitta alla vittima ⁷⁵⁵.

⁷⁴⁷ Corte e.d.u., 5 aprile 2011, Sarigiannis c. Italia.

⁷⁴⁸ Corte e.d.u., 18 dicembre 1996, Aksoy c. Turchia.

⁷⁴⁹ v. Tribunale Penale Internazionale per l'ex-Jugoslavia, 10 dicembre 1998, Furundzija.

⁷⁵⁰ v. art. 15 C.e.d.u.

⁷⁵¹ Corte e.d.u., 27 agosto 1992, Tomasi c. Francia.

⁷⁵² Corte e.d.u., 28 luglio 1999, Selmouni c. Francia.

⁷⁵³ M. CORVINO, *L'art. 3 Cedu: un banco di prova per l'ordinamento penale italiano*, cit., p. 264.

⁷⁵⁴ M. CORVINO, *L'art. 3 Cedu: un banco di prova per l'ordinamento penale italiano*, cit., p. 264.

⁷⁵⁵ M. CORVINO, *L'art. 3 Cedu: un banco di prova per l'ordinamento penale italiano*, cit., p. 264.

L'art. 3 C.e.d.u., inoltre, è un modello di protezione di portata internazionale, che si rinviene in vari strumenti, come il Patto internazionale sui diritti civili e politici (1966) e la Convenzione americana sui diritti umani (1969)⁷⁵⁶.

Secondo la giurisprudenza convenzionale, il divieto fa riferimento alla salvaguardia della dignità umana, cioè al diritto di ogni essere umano di venire riconosciuto nella sua essenza⁷⁵⁷, e rappresenta il nucleo della tutela del corpo e della psiche della persona, prolungandone, appunto, la gittata oltre la lettera della disposizione⁷⁵⁸: lo si può notare, con evidenza, riportando la memoria ai fatti del G8 di Genova del 2001.

La Corte di Strasburgo, con la sentenza del 7 aprile 2015, *Cestaro c. Italia*, si è occupata delle violenze commesse dalle forze dell'ordine italiane durante le proteste in occasione del *summit*.

Alcuni ragazzi, estranei ai disordini, stavano passando la notte all'interno della scuola Diaz-Pertini, autorizzati dal comune.

A mezzanotte, era il 21 luglio, la polizia, armata di caschi, scudi e manganelli, fece irruzione nell'edificio, scagliandosi sugli occupanti. Non a caso, si sarebbe poi parlato di "macelleria messicana". Gli agenti iniziarono a colpire, a ferire, a fratturare, a pestare.

Davanti all'impotenza delle vittime, i poliziotti si inebriarono degli istinti più bassi, bastonando teste spalle polsi, facendosi beffe dello Stato di diritto⁷⁵⁹.

Il ricorrente, senza nemmeno opporre resistenza, riportò fratture multiple, aggredito mentre si trovava a piano terra, durante la cosiddetta perquisizione⁷⁶⁰.

La Corte e.d.u., qualificando le violenze come atti di tortura, ha individuato una violazione dell'art. 3 C.e.d.u., per la gravità delle sofferenze, intenzionalmente inflitte⁷⁶¹.

⁷⁵⁶ Corte e.d.u., 7 luglio 1989, *Soering c. Regno Unito*.

⁷⁵⁷ v. J. HERSCH, *I diritti umani da un punto di vista filosofico*, Milano, 2008, p. 62.

⁷⁵⁸ A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2011: il divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti (art. 3 Cedu)*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, p. 215.

⁷⁵⁹ N. DAVIES, *The bloody battle of Genoa*, in *The Guardian*, trad. it. di M. G. CAVALLO, *Le ferite di Genova*, 7 aprile 2015, in *Internazionale*.

⁷⁶⁰ Corte e.d.u., 7 aprile 2015, *Cestaro c. Italia*, § 34 - 35.

⁷⁶¹ F. VIGANÒ, *La difficile battaglia contro l'impunità dei responsabili di tortura: la sentenza della Corte di Strasburgo sui fatti della scuola Diaz e i tormenti del legislatore italiano*, 9 aprile 2015, in *Dir. pen. cont.*

Per di più, in assenza di previsioni legislative adeguate, la polizia ha potuto rifiutare di collaborare alla successiva identificazione dei responsabili, che hanno persino beneficiato della prescrizione o dell'indulto ⁷⁶².

Continuando con l'analisi, i giudici di Strasburgo, come già ricordato ⁷⁶³, hanno considerato una violazione della dignità umana anche la somministrazione coattiva di un emetico, ritenendolo un trattamento inumano o degradante ⁷⁶⁴.

Lo Stato tedesco ricollegava l'utilizzo dell'emetico a ragioni mediche, dato che il ricorrente aveva ingerito degli stupefacenti, rischiando di avvelenarsi.

Secondo le corti domestiche, tuttavia, come per la Corte e.d.u., l'autorità procedente avrebbe agito in base all'art. 81a c.p.p., ricercando coattivamente la prova all'interno del corpo umano (e, quindi, non per evitare un danno alla salute imminente) ⁷⁶⁵.

Anche se gli accertamenti medici coattivi non possono essere banditi totalmente dall'accertamento penale, richiedono particolari cautele, incidendo sulla integrità psico-fisica della persona: i giudici di Strasburgo le rintracciano nel grado di necessità dell'intervento a fini probatori; nei rischi per la salute e negli effetti sulla salute dell'interessato; negli accorgimenti adottati nel corso delle operazioni; nel livello delle sofferenze psichiche e fisiche causate e della supervisione medica ⁷⁶⁶.

La Corte e.d.u., esaminando singolarmente i fattori appena elencati, ritiene violato l'art. 3 C.e.d.u.: contro la propria volontà, il ricorrente è stato costretto ad espellere la prova.

Le autorità avrebbero potuto fare ricorso a metodi meno invasivi, evitando di umiliarlo, angosciarlo e spaventarlo ⁷⁶⁷.

Il diritto a non effettuare i movimenti necessari a fini istruttori sorge a protezione dell'essenza umana maltrattata dal potere, che, inseguendo la giustizia, dimentica le garanzie della procedura per perseguirla.

⁷⁶² Corte edu, 7 aprile 2015, Cestaro c. Italia, in *proc. pen. e giust.*

⁷⁶³ v. *supra* cap. II.

⁷⁶⁴ Corte e.d.u., 11 giugno 2006, Jalloh c. Germania.

⁷⁶⁵ Corte e.d.u., 11 giugno 2006, Jalloh c. Germania § 75.

⁷⁶⁶ Corte e.d.u., 11 giugno 2006, Jalloh c. Germania § 76.

⁷⁶⁷ Corte e.d.u., 11 giugno 2006, Jalloh c. Germania § 82 - 83.

La dignità, da cui sgorgano i principi dell'ordinamento democratico, precede e fonda lo Stato costituzionale. È il metro invalicabile dei diritti fondamentali, bilanciati di continuo, e di ogni espressione dell'autorità. La dignità non può mai essere immolata ⁷⁶⁸.

Il diritto alla salute, invece, altra coordinata del diritto a non effettuare i movimenti necessari a fini istruttori, non ha un posto espressamente riservato nella C.e.d.u.

I giudici di Strasburgo, però, l'hanno rapportato a diverse disposizioni convenzionali, come gli artt. 3 e 8 C.e.d.u.⁷⁶⁹

Si tratta, comunque, di una garanzia riflessa, perché, quando viene violata, deve essere violato anche uno dei diritti previsti in modo esplicito ⁷⁷⁰.

3. *Unione europea e diritti fondamentali*

L'Unione europea è considerata un modello unico di giustizia transnazionale in moto, con un approccio costituzionale al rispetto dei diritti umani ⁷⁷¹.

La Corte di giustizia dell'Unione europea, nel parere 2/94 sull'adesione alla C.e.d.u., ha affermato che <<i>diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l'osservanza. A tal fine, il giudice comunitario si ispira alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alle indicazioni fornite dai trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo a cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito>> ⁷⁷².

Nonostante l'affermazione di principio, la Corte di Lussemburgo, in quest'area, storicamente si è mossa entro stretti confini, che però, per quanto angusti, non vanno di certo ignorati ⁷⁷³.

⁷⁶⁸ G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere (Intervento del Presidente Silvestri al Convegno "Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torregiani della CEDU" Roma, Carcere di Rebibbia, 28 maggio 2014)*.

⁷⁶⁹ F. CECCHINI, *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, 23 gennaio 2017, in *Dir. pen. cont.*

⁷⁷⁰ A. GUAZZAROTTI, *Giurisprudenza CEDU e giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali a confronto*, in www.gruppodipisa.it, maggio 2012, p.2

⁷⁷¹ S. BENHABIB, *Another Cosmopolitanism*, Oxford, 2006.

⁷⁷² Parere 2/94, in eur-lex.europa.eu, par. 5.

⁷⁷³ S. GREER, A. WILLIAMS, *Human rights in the Council of Europe and the EU: towards "individual", "constitutional" or institutional" justice?*, cit., p. 474.

La Corte di giustizia ha nel tempo esteso la protezione dei diritti dell'uomo in ambito comunitario, di conseguenza espandendo anche la riflessione in merito.

Inizialmente, nella sentenza *Stork*, la Corte di giustizia si dichiara incompetente al riguardo, perché i diritti fondamentali non rappresenterebbero un parametro di riferimento per la Comunità (non esistendo un elenco comune) ⁷⁷⁴ : così, la Corte di giustizia abdica in favore delle corti nazionali, che ne limitano il potere ⁷⁷⁵ .

Ma con il caso *Van Gend en Loos* il giudice di Lussemburgo comincia a cambiare rotta, prendendo atto che il Trattato è un «ordinamento giuridico di nuovo genere nel diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti, non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini. Pertanto il diritto comunitario, indipendentemente dalle norme emananti dagli Stati membri, nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi» ⁷⁷⁶ .

In seguito, la Corte di giustizia proclama il primato del diritto comunitario sul diritto degli ordinamenti nazionali: perciò, uno Stato membro non può opporvi un provvedimento interno, altrimenti verrebbe meno il fondamento giuridico della Comunità ⁷⁷⁷ .

La Corte di Lussemburgo, quindi, sottrae la normativa europea al sindacato di legittimità basato sui diritti fondamentali sanciti dalle singole Costituzioni, per evitare un'applicazione disomogenea del diritto europeo e per non sminuirne la rilevanza ⁷⁷⁸, e se ne attribuisce la competenza, considerando i diritti fondamentali come principi generali del diritto comunitario ⁷⁷⁹ .

Successivamente, la Corte di giustizia allarga l'orizzonte dei diritti fondamentali: ai principi generali del diritto comunitario aggiunge le tradizioni costituzionali comuni agli

⁷⁷⁴ Corte giust. UE, 4 febbraio 1959, C-1/58.

⁷⁷⁵ M. DAUSES, *The protection of the Fundamental Rights in the legal order of the European Union*, Munchen, 2012.

⁷⁷⁶ Corte giust. UE, 5 febbraio 1963, C-26/62.

⁷⁷⁷ Corte giust. UE, 15 luglio 1964, C-6/64.

⁷⁷⁸ F. PAOLUCCI, *Il cammino dei diritti umani nella cornice dell'Unione Europea*, in A. MASSARO (a cura di), *Diritto penale europeo. Effetti e conseguenze sul sistema penale nazionale*, in S. M. TOTARO, G. IAPPELLI (collana diretta da), *Legal research groups di Elsa Italia*, Padova, 2020, p. 215.

⁷⁷⁹ Corte giust. UE, 12 novembre 1969, C-29/69.

Stati membri, da cui trarre ispirazione, e i trattati internazionali sulla protezione dei diritti umani a cui hanno aderito, che possono fungere da guida ⁷⁸⁰.

A questo fine, la Corte di giustizia fa poi espresso riferimento alla C.e.d.u. ⁷⁸¹, fino ad attribuirle uno *status* privilegiato ⁷⁸², di orientamento per il diritto europeo ⁷⁸³, nonostante il parere negativo sull'adesione alla Convenzione ⁷⁸⁴.

Il giudice di Lussemburgo si interessa ancora e ancora ai diritti fondamentali, a cui devono conformarsi gli atti comunitari ⁷⁸⁵ e a cui non è possibile derogare ⁷⁸⁶.

Così la Corte di giustizia si è fatta promotrice di cambiamenti profondi nell'ordinamento dell'Unione europea ⁷⁸⁷: il fulcro della sua forza creativa si ritrova nella Carta di Nizza che, alla luce della sua giurisprudenza, miscela i diritti riconosciuti nelle Costituzioni nazionali e negli accordi europei e internazionali ⁷⁸⁸.

Le istituzioni comunitarie recepiscono l'insegnamento del giudice di Lussemburgo: nel 1977, il Parlamento, il Consiglio e la Commissione si vincolano a rispettare i diritti fondamentali ⁷⁸⁹, responsabilità ribadita nell'Atto Unico Europeo ⁷⁹⁰, che fa riferimento alle Costituzioni e alle tradizioni nazionali, alla C.e.d.u. e alla Carta Sociale Europea ⁷⁹¹.

Quello che finora era rimasto un dovere si trasforma a pieno titolo in un obbligo con il Trattato di Maastricht ⁷⁹², in cui, ancora, sono richiamate la C.e.d.u. e le tradizioni

⁷⁸⁰ Corte giust. UE, 14 maggio 1974, C-4/73.

⁷⁸¹ Corte giust. UE, 28 ottobre 1975, C-36/75.

⁷⁸² Corte giust. UE, 28 marzo 2000, C-7/98.

⁷⁸³ Corte giust. UE, 11 luglio 2002, C-60/00.

⁷⁸⁴ Parere della Corte giust. UE, 28 marzo 1996, 2/94.

⁷⁸⁵ N. NAPOLETANO, *L'evoluzione della tutela dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, in A. CALIGIURI, G. CATALDI, N. NAPOLETANO (a cura di), *La tutela dei diritti umani in Europa. Tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, Padova, 2010, p. 1 s.

⁷⁸⁶ Corte giust. UE, 3 settembre 2008, C-402/05, C-415/05.

⁷⁸⁷ F. PAOLUCCI, *Il cammino dei diritti umani nella cornice dell'Unione Europea*, cit., p. 219.

⁷⁸⁸ G. DE BURCA, *The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi*, Harvard, 2010.

⁷⁸⁹ Dichiarazione comune del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione sui diritti fondamentali del 5 aprile 1977, in GU C 103, 27 aprile 1977.

⁷⁹⁰ Atto Unico Europeo (AUE), entrato in vigore l'1 luglio 1987.

⁷⁹¹ La Carta Sociale Europea è un trattato del Consiglio d'Europa a protezione dei diritti umani (v. Carta Sociale Europea, in *rm.coe.int*).

⁷⁹² F. PAOLUCCI, *Il cammino dei diritti umani nella cornice dell'Unione Europea*, cit., p. 220.

costituzionali comuni agli Stati membri ⁷⁹³ , potenziando la protezione dei diritti fondamentali ⁷⁹⁴ .

Con il Trattato di Amsterdam ⁷⁹⁵ le istituzioni comunitarie e gli Stati membri (e gli Stati che vorrebbero diventare membri) sono assoggettati senza distinzioni ai principi e ai valori alla base dell'organizzazione ⁷⁹⁶ .

Il Consiglio europeo di Colonia del 4 giugno 1999 prende poi atto della necessità di codificare i diritti fondamentali, rendendoli manifesti per iscritto.

Si mette al lavoro una Convenzione, formata da un rappresentante per Stato membro, da un rappresentante della Commissione, da sedici parlamentari europei e da trenta parlamentari nazionali ⁷⁹⁷ .

Nasce così la Carta dei diritti fondamentali, proclamata il 7 dicembre 2000 a Nizza: per acquisire valore vincolante, però, dovrà attendere un decennio ⁷⁹⁸ .

Il Trattato di Lisbona, per concludere, è un grande passo avanti nell'integrazione degli Stati membri, che, nel preambolo, dichiarano di ispirarsi ai <<valori universali dei diritti inviolabili e inalienabili della persona, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza e dello Stato di diritto>>, a cui confermano la propria fedeltà ⁷⁹⁹ .

A maggior ragione in questo rinnovato clima, sarà ancora missione della Corte di giustizia l'assicurazione del più alto grado di tutela ai diritti fondamentali ⁸⁰⁰ .

Quanto ai rapporti tra diritto europeo e diritto penale nazionale, alla netta separazione iniziale ha fatto seguito un costante avvicinamento, all'insegna della necessità di consentire la più ampia protezione ai diritti fondamentali.

⁷⁹³ v. E. PAGANO, *Diritti fondamentali nella Comunità europea dopo Maastricht*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1996.

⁷⁹⁴ R. MASTROIANNI, *La tutela dei diritti nell'ordinamento comunitario: alcune osservazioni critiche*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2008, p. 851 s.

⁷⁹⁵ Il Trattato di Amsterdam, firmato il 2 ottobre 1997, ha modificato il Trattato sull'Unione Europea, i Trattati che hanno istituito le Comunità europee e degli atti connessi. È entrato in vigore l'1 maggio 1999 (v. Trattato di Amsterdam, in *europarl.europa.eu*).

⁷⁹⁶ N. NAPOLETANO, *L'evoluzione della tutela dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, cit.

⁷⁹⁷ La tutela dei diritti fondamentali nell'UE, in *leg16.camera.it*.

⁷⁹⁸ v. *infra*.

⁷⁹⁹ Il Trattato di Lisbona si compone del Trattato sull'Unione europea (TUE) e del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). È stato firmato il 13 dicembre 2007, è entrato in vigore l'1 dicembre 2009 (v. Il Trattato di Lisbona, in *europarl.europa.eu*).

⁸⁰⁰ F. PAOLUCCI, *Il cammino dei diritti umani nella cornice dell'Unione Europea*, cit., p. 222.

Osservando da vicino il processo penale e la sua evoluzione nel contesto dell'Unione europea, si deve ammettere che, anche qui, il primo impulso alla tutela dei diritti umani è stato di stampo pretorio ⁸⁰¹, seppure originariamente si badasse, più che altro, agli interessi economici comunitari ⁸⁰².

L'organizzazione, d'altronde, era nata in funzione del mercato ⁸⁰³ - massima priorità ⁸⁰⁴ - e, inizialmente, puntando la lente sul diritto a non effettuare i movimenti necessari a fini istruttori, non si è interessata alle garanzie dell'indagato o imputato.

Per dire, la decisione quadro del 15 marzo 2001, n. 2001/220/GAI, nel contesto dell'armonizzazione in materia di processo penale, si occupava soltanto della persona offesa ⁸⁰⁵.

E, ancora, l'istituzione di Eurojust ed Europol, per combattere gravi reati transnazionali, non era accompagnata dalla previsione di prerogative difensive opponibili dai privati ⁸⁰⁶.

Ma già nel XX secolo - l'età dei diritti ⁸⁰⁷ - si intuisce che, per promuovere la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali (i punti cardinali del mercato comune), bisogna promuovere i diritti umani ⁸⁰⁸, anche per legittimare democraticamente ⁸⁰⁹ un'organizzazione regionale che assorbe ampie fette della sovranità dei suoi membri.

Negli anni, pur sulla strada del mutuo riconoscimento delle decisioni, sboccia l'idea di dotarsi di valori condivisi, ravvisabile in embrione nel Libro verde sulle garanzie processuali in favore di indagati e imputati in procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea ⁸¹⁰ e nella proposta di decisione quadro volta a stabilire diritti

⁸⁰¹ v. F. PAOLUCCI, *Il cammino dei diritti umani nella cornice dell'Unione Europea*, cit., p. 213.

⁸⁰² G. CANESCHI, *L'imputato*, cit., p. 29.

⁸⁰³ v. M. DELMAS-MARTY, *Ordine giuridico mondiale e pace positiva*, in *Le Monde diplomatique*, 2003, n. 7, p. 4.

⁸⁰⁴ G. DE BURCA, *The evolution of EU Human Rights Law*, in *The Evolution of EU Law*, Oxford, 2011.

⁸⁰⁵ O. MAZZA, *Presunzione d'innocenza e diritto di difesa*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 1402.

⁸⁰⁶ F. SIRACUSANO, *Il diritto all'assistenza del difensore nel procedimento di esecuzione del mandato di arresto europeo*, in D. NEGRI, P. RENON (a cura di), *Nuovi orizzonti del diritto alla difesa tecnica*, 2017, p. 212.

⁸⁰⁷ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 2014.

⁸⁰⁸ F. PAOLUCCI, *Il cammino dei diritti umani nella cornice dell'Unione Europea*, cit., p. 211 - 212.

⁸⁰⁹ S. RODOTÀ, *Il diritto a avere diritti*, Bari, 2014.

⁸¹⁰ COMMISSIONE EUROPEA [COM (2003) 75 def.], *Libro verde della Commissione europea dedicato alle garanzie procedurali a favore di indagati e imputati in procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea*, 19 febbraio 2003.

processuali nei procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea ⁸¹¹ , iniziative in seguito naufragate ⁸¹² .

Il Trattato di Lisbona ⁸¹³ ha posto fine al sistema dei Pilastri ⁸¹⁴ e ha riconosciuto <<i>diritti, le libertà e i principi sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati>> (art 6 par. 1 TUE) e che, in quanto catalogo scritto, segna il passaggio a un approccio alla materia in linea con il sistema di *civil law* ⁸¹⁵ .

La concretizzazione delle garanzie previste dalla Carta di Nizza non si traduce nell'imposizione allo Stato di una norma a cui sono ricollegati direttamente degli effetti penali, piuttosto impone uno standard sovranazionale a tutela dei diritti fondamentali previsti, che, per finire, vincola il legislatore domestico. Al riguardo, si è parlato di effetti riflessi ⁸¹⁶ .

Inoltre, <<i>diritti fondamentali garantiti dalla C.e.d.u. e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali>> (art. 6 par. 3 TUE).

Con il Trattato di Lisbona l'Unione europea abbandona la sua essenza principalmente economica e, rompendo con l'approccio seguito fino a quel momento, trasforma i diritti fondamentali nella pietra con cui costruire uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, slegandoli dall'ottica di promozione esclusiva della libera circolazione di merci, servizi, capitali e persone, su cui si basa il mercato interno ⁸¹⁷, e colmando in questo modo le originarie lacune in materia ⁸¹⁸ .

Un'altra tappa del cammino garantista dell'Unione europea è la risoluzione del Consiglio del 30 novembre 2009 su una tabella di marcia per rafforzare i diritti procedurali di

⁸¹¹ COMMISSIONE EUROPEA [COM (2004) 328 def.], *Proposta di Decisione Quadro del Consiglio in materia di determinati diritti processuali in procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea*, 28 aprile 2004.

⁸¹² G. CANESCHI, *L'imputato*, cit., p. 31 - 32.

⁸¹³ v. *supra*.

⁸¹⁴ I Pilastri erano: la Comunità europea (primo pilastro), la politica estera e di sicurezza comune (secondo pilastro), la cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni (terzo pilastro); v. *I trattati di Maastricht e di Amsterdam*, in *europarl.europa.eu*.

⁸¹⁵ F. PAOLUCCI, *Il cammino dei diritti umani nella cornice dell'Unione Europea*, cit., p. 213.

⁸¹⁶ F. PAOLUCCI, *Il cammino dei diritti umani nella cornice dell'Unione Europea*, cit., p. 222.

⁸¹⁷ F. PAOLUCCI, *Il cammino dei diritti umani nella cornice dell'Unione Europea*, cit., p. 221.

⁸¹⁸ N. NAPOLETANO, *L'evoluzione della tutela dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, cit.

indagati o imputati nel procedimento penale ⁸¹⁹, correlata al Programma di Stoccolma, volto a potenziare lo spazio europeo di giustizia, libertà e sicurezza a vantaggio dei cittadini ⁸²⁰.

Le buone intenzioni si sono concretizzate in sei direttive ⁸²¹, per certi aspetti spinose.

Un problema rilevante, per esempio, è la scelta di utilizzare formule aperte, come i richiami all'equità processuale, che si espongono al rischio di interpretazioni imprudenti⁸²².

Alle corti domestiche è allora affidato il compito di relazionarsi alla materia sapientemente, potendosi avvalere della giurisprudenza di Lussemburgo e ricorrendo all'interpretazione conforme - dove conformante e conformato sono collegati da un rapporto logico ⁸²³ - che permette di armonizzare e integrare i singoli ordinamenti processuali, orientandosi nel labirinto delle fonti ⁸²⁴ e risolvendo o eludendo i contrasti tra norme ⁸²⁵.

Il raggio di azione di questa tecnica ermeneutica, comunque limitata dalla certezza del diritto e dall'irretroattività della norma penale ⁸²⁶, è stato via via espanso fino a comprendere l'intero diritto domestico ⁸²⁷.

L'interpretazione conforme e il mutuo riconoscimento, preservando la promessa di un paradigma processuale interamente comune, fanno da ponte tra giurisdizioni nazionali e ordinamento europeo, che, nonostante i differenti presupposti, riescono così a conciliarsi⁸²⁸.

⁸¹⁹ Ris., 30 novembre 2009, in G.U.U.E., 4 dicembre 2009 n. C. 295.

⁸²⁰ Programma di Stoccolma del 10 dicembre 2009, in G.U.U.E., 4 maggio 2010, n. C. 115.

⁸²¹ dir. 20 ottobre 2010, n. 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali; dir. 22 maggio 2012, n. 2012/13/UE sul diritto all'informazione nei procedimenti penali; dir. 22 ottobre 2013, n. 2013/48/UE sul diritto all'accesso ad un difensore e il diritto a comunicare con terzi dopo l'arresto; dir. 9 marzo 2016, n. 2016/343/UE sul rafforzamento della presunzione di innocenza e del diritto a presenziare al processo; dir. 11 maggio 2016, n. 2016/800/UE sulle garanzie procedurali per i minori indagati e imputati; dir. 26 ottobre 2016, n. 2016/1919/UE sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato per indagati e imputati nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato di arresto europeo (v. G. CANESCHI, *L'imputato*, cit., p. 35 - 36).

⁸²² G. CANESCHI, *L'imputato*, cit., p. 35 - 36.

⁸²³ P. GAETA, *Dell'interpretazione conforme alla C.E.D.U.: ovvero, la ricombinazione genica del processo penale*, in *Arch. pen.*, 2012, p. 3.

⁸²⁴ V. C. TALAMO, *Obblighi europei di tutela penale*, cit. p. 23.

⁸²⁵ V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, p. 48.

⁸²⁶ Corte giust. UE, 16 giugno 2005, C-105/03.

⁸²⁷ V. MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Arch. pen.*, 2012, p. 11.

⁸²⁸ P. GAETA, *Dell'interpretazione conforme alla C.E.D.U.: ovvero, la ricombinazione genica del processo penale*, cit., p. 1.

Infine, i diritti fondamentali dell'indagato o imputato - e quindi, per discendenza diretta, il diritto a non effettuare i movimenti necessari a fini istruttori - devono essere osservati anche dall'Ufficio della Procura Europea, istituito dal regolamento UE del 12 ottobre 2017, n. 2017/1939, che è <<competente per individuare, perseguire e portare in giudizio gli autori dei reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione [...] e i loro complici>>, e perciò <<svolge indagini, esercita l'azione penale ed esplica le funzioni di pubblico ministero dinanzi agli organi giurisdizionali competenti degli Stati membri fino alla pronuncia del provvedimento definitivo>> (art. 4) ⁸²⁹.

Il regolamento ricollega diverse garanzie procedurali alle attività del Procuratore europeo, che <<si svolgono nel pieno rispetto dei diritti degli indagati e degli imputati sanciti dalla Carta, in particolare il diritto a un giudice imparziale e i diritti della difesa>>.

L'indagato o imputato è quindi tutelato dal diritto dell'UE e dal diritto nazionale, potendo godere di un equo procedimento ⁸³⁰, così come regolato dall'art. 6 C.e.d.u., che non è limitato alla fase dibattimentale, ma si estende anche alle indagini preliminari ⁸³¹.

3.1. *Corte di giustizia dell'Unione europea e diritto alla riservatezza*

Nell'ambito del diritto a non collaborare, la Corte di giustizia offre spunti significativi. L'area in cui ha dato il contributo più rilevante appartiene al diritto alla riservatezza, che si estende in numerose direzioni, dettate anche dai mutamenti della tecnologia ⁸³².

In questo campo, l'autorità attinge all'esistenza dei cittadini, potendo scoprire le loro preferenze, le loro convinzioni politiche, le loro abitudini ⁸³³.

Esaminando la casistica, si delinea un reticolato di tutele di cui può avvalersi la persona quando viene violata nel profondo, pur non mancando momenti di attrito.

⁸²⁹ v. I. MORELLI, *La procura europea: approdi e prospettive*, in A. MASSARO (a cura di), *Diritto penale europeo. Effetti e conseguenze sul sistema penale nazionale*, in S. M. TOTARO, G. IAPPELLI (collana diretta da), *Legal research groups di Elsa Italia*, Padova, 2020, p. 56.

⁸³⁰ I. MORELLI, *La procura europea: approdi e prospettive*, cit., p. 56.

⁸³¹ Corte e.d.u., 21 settembre 2006, Pandy c. Belgio, § 50.

⁸³² v. A. MASSARO, *Diritto penale e privacy: alla ricerca di un "equilibrio punitivo"*, in A. MASSARO (a cura di), *Diritto penale e privacy*, Pisa, 2020, p. 9.

⁸³³ v. M. DANIELE, *Intercettazioni ed indagini informatiche*, in R. E. KOSTORIS (a cura di), L. BACHMAIER-WINTER, A. BALSAMO, M. BARGIS, E. CALVANESE, M. DANIELE, G. DE AMICIS, M. GIALUZ, P. P. PAULESU, A. WEYEMBERGH (con la collaborazione di), *Manuale di procedura penale europea*, cit., p. 529.

La Corte, nel caso Digital Rights c. Irlanda, ha annullato la direttiva 2006/24/CE, nota come direttiva Frattini, che, nel contesto della fornitura di servizi di comunicazione elettronica, disponeva, per tutelare la pubblica sicurezza, la conservazione dei dati telefonici e telematici e sulla localizzazione e l'identificazione degli abbonati ⁸³⁴.

Secondo la Corte, il controllo continuativo dell'autorità sul cittadino inconsapevole, così come configurato, rappresentava un'intromissione nella vita privata non rispettosa del principio di proporzionalità ⁸³⁵.

Il giudice europeo è tornato sull'argomento con la pronuncia del 21 dicembre 2016, C-203/15 e C-698/15, Tele2 Sverige AB c. Post- och telestyrelsen e Secretary of State for the Home Department c. Tom Watson e altri, affermando che il diritto dell'Unione Europea «<osta ad una normativa nazionale la quale preveda, per finalità di lotta contro la criminalità, una conservazione generalizzata e indifferenziata dell'insieme dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione di tutti gli abbonati e utenti iscritti riguardante tutti i mezzi di comunicazione elettronica>> e «<la quale disciplini la protezione e la sicurezza dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione, e segnatamente l'accesso delle autorità nazionali competenti ai dati conservati, senza limitare, nell'ambito della lotta contro la criminalità, tale accesso alle sole finalità di lotta contro la criminalità grave, senza sottoporre detto accesso ad un controllo preventivo da parte di un giudice o di un'autorità amministrativa indipendente, e senza esigere che i dati di cui trattasi siano conservati nel territorio dell'Unione>> ⁸³⁶.

Come evidenziato nelle conclusioni dell'Avvocato generale ⁸³⁷, la questione oscilla tra la necessità di sorvegliare i governati a fini repressivi e l'esigenza di preservare un loro diritto fondamentale, cioè la loro *privacy*.

La Corte di giustizia, così, ha vincolato sia le istituzioni europee sia i legislatori nazionali a salvaguardare il più possibile il diritto alla riservatezza, che non può essere compreso illimitatamente nel bilanciamento con i fini di pubblica sicurezza.

⁸³⁴ La sentenza della Corte di giustizia sulla data retention, in *garanteprivacy.it*.

⁸³⁵ Corte giust. UE, 8 aprile 2014, C-293/12 e C-594/12, Digital Rights c. Irlanda.

⁸³⁶ Corte giust. UE, 21 dicembre 2016, C-203/15 e C-698/15, Tele2 Sverige AB c. Post- och telestyrelsen e Secretary of State for the Home Department c. Tom Watson e altri.

⁸³⁷ Conclusioni dell'Avvocato generale Saugmandsgaard Øe, 19 luglio 2016.

Nello specifico, si pongono come robusta barriera difensiva individuale e faro ispiratore della materia gli artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, a tutela del rispetto della vita privata e familiare e della protezione dei dati personali ⁸³⁸.

Inoltre, più recentemente, il giudice europeo ha sottolineato come soltanto le forme gravi di criminalità e le gravi minacce alla sicurezza pubblica possano giustificare l'accesso dell'autorità ai dati sul traffico o sull'ubicazione, da cui si possono ricavare informazioni sulla vita privata dell'utente.

La Corte di giustizia ha affermato anche che, nel contesto dell'accertamento penale, l'accesso non può essere autorizzato dal pubblico ministero, ma da un giudice o da un'autorità amministrativa indipendente ⁸³⁹.

Il muro eretto a difesa dei dati personali dei cittadini europei è completato dalla sentenza del 6 ottobre 2015, C-362/14, Maximillian Schrems c. Data Protection Commissioner, e dalla sentenza del 16 luglio 2020, C-311/18, Data Protection Commissioner c. Facebook Ireland e Maximillian Schrems, in cui la Corte si è preoccupata di proteggerli da minacce esterne ai confini comunitari.

Infatti, nel primo caso, il giudice di Lussemburgo ha invalidato l'accordo *Safe Harbor* tra Stati Uniti e Unione Europea, che permetteva il trasferimento dei dati personali dall'Europa agli USA e considerava la legislazione americana in linea con la normativa europea ⁸⁴⁰.

Per la Corte di giustizia, invece, i dati personali non erano sufficientemente protetti oltreoceano, rischiando di essere controllati in maniera indebita dalle autorità statunitensi. Ancora, ha ribadito che ogni interferenza con i diritti fondamentali degli individui esige l'imposizione di garanzie minime; in particolare, si può interferire con il rispetto della vita privata dei cittadini solo se strettamente necessario ⁸⁴¹.

In seguito alla sentenza, si pervenne a un altro accordo, chiamato *Privacy Shield*, che di nuovo riteneva adeguata la protezione dei dati personali offerta dagli Stati Uniti.

Non secondo la Corte di giustizia, che ha annullato la decisione ⁸⁴².

⁸³⁸ O. POLLICINO, M. BASSINI, *La Corte di giustizia e una trama ormai nota: la sentenza Tele2 Sverige sulla conservazione dei dati di traffico per finalità di sicurezza e ordine pubblico*, in *Dir. pen. cont.*

⁸³⁹ Corte giust. UE, 2 marzo 2021, C-746/18, H.K.

⁸⁴⁰ Corte giust. UE, 6 ottobre 2015, C-362/14, Maximillian Schrems c. Data Protection Commissioner

⁸⁴¹ v. *Schrems v. Data Protection Commissioner*, in *globalfreedomofexpression.columbia.edu*.

⁸⁴² v. *Data Protection Commissioner v. Facebook (Schrems II)*, in *globalfreedomofexpression.columbia.edu*.

Il trasferimento dei dati personali può però essere disciplinato dalle cosiddette *Standard Contractual Clauses* (SCC), ovvero clausole contrattuali che assicurino una tutela adeguata ai dati personali trasferiti dall'Unione europea a Paesi terzi ⁸⁴³.

In ogni caso, il livello di tutela offerto all'estero deve essere verificato volta per volta, cosicché gli standard europei vengano sempre osservati e si scongiuri il pericolo della sorveglianza di massa da parte delle autorità straniere ⁸⁴⁴.

Ritornando sul terreno più strettamente inerente all'accertamento penale, la Corte di giustizia ha sostenuto che le intercettazioni telefoniche illegittime, perché autorizzate da un'autorità giudiziaria incompetente sulla base di provvedimenti immotivati, devono essere escluse dal procedimento, anche se si tratta degli unici elementi in grado di provare la commissione di reati in materia di IVA.

Davanti agli interessi finanziari dell'Unione europea, infatti, non soccombono i diritti fondamentali contenuti nella Carta di Nizza, protetti dal principio di proporzionalità ⁸⁴⁵.

La pronuncia è di sicuro un esempio dell'abbandono da parte dell'Unione europea della corsia unica del mercato, per aprirsi a un'integrazione onnicomprensiva ⁸⁴⁶.

Il giudice di Lussemburgo si è poi occupato dei dati sul traffico di comunicazioni elettroniche anche in merito alla loro acquisizione a fini probatori e all'emissione di un ordine europeo di indagine penale (OEI), strumento di cooperazione giudiziale che permette l'acquisizione transnazionale delle prove e degli atti investigativi per mezzo di un unico titolo giudiziale ⁸⁴⁷.

Utilizzando l'ordine europeo di indagine penale, si possono disporre intercettazioni e indagini informatiche transnazionali, quando uno Stato membro necessita dell'assistenza di un altro Stato membro o quando le fonti di prova/elementi di prova si trovano in un altro Stato membro ⁸⁴⁸.

⁸⁴³ *Standard Contractual Clauses (SCC)*, in *commission.europa.eu*.

⁸⁴⁴ *Data Protection Commissioner v. Facebook (Schrems II)*, in *globalfreedomofexpression.columbia.edu*.

⁸⁴⁵ Corte giust. UE, 17 gennaio 2019, C-310/16, in *Arch. pen.*

⁸⁴⁶ v. *supra*.

⁸⁴⁷ v. A. TINOCO PASTRANA, *L'ordine europeo di indagine penale*, in *Proc. pen. e giust.*

⁸⁴⁸ M. DANIELE, *Intercettazioni ed indagini informatiche*, cit., p. 528 - 529.

I soggetti che le subiscono, assumendo la funzione di oggetto di prova, godono delle garanzie che discendono dall'art. 8 C.e.d.u. e dall'art. 7 della Carta di Nizza, sul rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e delle comunicazioni.

Di conseguenza, le previsioni del legislatore sulla disciplina dei mezzi di ricerca della prova devono essere chiare e precise; devono imporre un'autorizzazione o un controllo susseguente di un giudice per procedere; devono escludere ogni possibilità di abuso o arbitrio, così da non rendere mai ingiustificate le operazioni; devono rispettare le garanzie della difesa, nello specifico il controllo del difensore dopo lo svolgimento delle intercettazioni o delle indagini informatiche⁸⁴⁹.

Nel caso del 16 dicembre 2021, C-724/19, HP, un pubblico ministero della Bulgaria non aveva chiesto l'autorizzazione a un giudice per emettere un ordine europeo di indagine penale, diretto a Svezia, Austria, Belgio e Germania, per acquisire dei tabulati⁸⁵⁰.

Interpellata con un rinvio pregiudiziale, la Corte di giustizia ha escluso che un pubblico ministero possa emettere un ordine europeo di indagine penale per acquisire i dati menzionati quando, in una procedura domestica analoga, un giudice sarebbe competente a provvedere a un atto di indagine del genere⁸⁵¹.

Inoltre, se lo Stato di emissione dell'ordine europeo di indagine penale, in una procedura domestica analoga, esige l'autorizzazione di un giudice per l'acquisizione dei dati sul traffico di comunicazioni elettroniche, la previsione non può essere aggirata sostituendo l'intervento dell'organo giurisdizionale con il riconoscimento dell'ordine europeo di indagine penale da parte dell'autorità di esecuzione⁸⁵².

Se la ricerca della prova, soprattutto scavando nell'intimo digitale della persona, supera oggi i metodi di indagine più classici per lambire o addirittura annientare la libertà individuale, la Corte di giustizia ha dimostrato di non essere sorda alle nuove istanze di tutela dei diritti fondamentali all'interno dell'accertamento penale.

⁸⁴⁹ M. DANIELE, *Intercettazioni ed indagini informatiche*, cit., p. 529 - 530.

⁸⁵⁰ M. DANIELE, *Il controllo giurisdizionale sull'emissione dell'ordine europeo di indagine: la necessaria simmetria con la disciplina nazionale nei casi interni analoghi*, in *Sist. pen.*, 31 marzo 2022.

⁸⁵¹ Corte giust. UE, 16 dicembre 2021, C-724/19, HP.

⁸⁵² Corte giust. UE, 16 dicembre 2021, C-724/19, HP.

La garanzia del controllo giurisdizionale impedisce qui che, in determinate situazioni, la *privacy* possa essere compressa senza rispettare, in primo luogo, ancora, il principio di proporzionalità⁸⁵³.

Il giudice europeo, sempre in relazione all'ordine europeo di indagine penale, si è poi occupato di garantire un ricorso giurisdizionale effettivo.

Nel caso *Gavanozov*, con l'ordine europeo di indagine penale il Tribunale speciale per i procedimenti penali bulgaro richiedeva alle autorità della Repubblica Ceca di procedere a perquisizioni e sequestri probatori e a un'audizione testimoniale in videoconferenza⁸⁵⁴.

Il giudice precedente, però, decideva di rivolgersi alla Corte di giustizia, avendo dei dubbi in merito alla compilazione della sezione dedicata ai mezzi di impugnazione all'interno dell'allegato A della direttiva 2014/41/UE, che regola l'ordine europeo di indagine penale⁸⁵⁵.

La Corte sosteneva che non è necessario indicare nella sezione i mezzi di impugnazione previsti contro l'emissione dell'ordine europeo di indagine penale⁸⁵⁶, sacrificando quindi, in un primo momento, la possibilità di mettere in discussione un provvedimento per tutelare i propri diritti fondamentali a un procedimento senza intoppi⁸⁵⁷.

Le difficoltà rilevate dal Tribunale speciale per i procedimenti penali nascevano dall'impossibilità di impugnare, nell'ordinamento bulgaro, la disposizione di perquisizioni o sequestri o audizioni testimoniali o l'emissione di ordini europei di indagine penale⁸⁵⁸. Perciò, il giudice chiedeva alla Corte di giustizia di vagliare la compatibilità del diritto bulgaro con il diritto dell'Unione europea e, in caso di contrasto, se fosse possibile emettere un ordine europeo di indagine penale per svolgere gli atti in questione⁸⁵⁹.

⁸⁵³ M. DANIELE, *Il controllo giurisdizionale sull'emissione dell'ordine europeo di indagine: la necessaria simmetria con la disciplina nazionale nei casi interni analoghi*, cit.

⁸⁵⁴ Corte giust. UE, 11 novembre 2021, C-852/19, *Gavanozov*, § 16 - 18.

⁸⁵⁵ Corte giust. UE, 11 novembre 2021, C-852/19, *Gavanozov*, § 19.

⁸⁵⁶ Corte giust. UE, 24 ottobre 2019, C-324/17, *Gavanozov*.

⁸⁵⁷ C. DE LUCA, *La Corte di giustizia si pronuncia nuovamente sull'ordine europeo di indagine penale: la tutela dei diritti fondamentali prevale sull'efficienza investigativa*, in *Sist. pen.*, 9 marzo 2022.

⁸⁵⁸ Corte giust. UE, 11 novembre 2021, C-852/19, *Gavanozov*, § 21.

⁸⁵⁹ Corte giust. UE, 11 novembre 2021, C-852/19, *Gavanozov*, § 22 - 23.

Il giudice europeo rileva che, a ben vedere, dall'art. 47 della Carta di Nizza deriva l'obbligo, per gli Stati membri, di attuare la normativa dell'Unione europea garantendo il diritto a un ricorso effettivo ⁸⁶⁰.

Ora, se un ordine europeo di indagine penale ha ad oggetto una perquisizione o un sequestro, l'interessato deve appunto beneficiare di una tutela giurisdizionale effettiva, perché questi mezzi di ricerca della prova si intromettono nella sua vita privata e familiare, nel suo domicilio, nelle sue comunicazioni e nella proprietà dei suoi beni ⁸⁶¹.

Allo stesso modo, organizzare una videoconferenza per l'assunzione di una testimonianza può comportare un pregiudizio per il dichiarante: il testimone, tutelato dall'art. 47 della Carta di Nizza, deve quindi potere impugnare l'atto che la dispone ⁸⁶².

Di conseguenza, il diritto europeo <<osta alla normativa di uno Stato membro di emissione di un ordine europeo di indagine la quale non preveda alcun mezzo d'impugnazione contro l'emissione di un ordine europeo di indagine avente ad oggetto lo svolgimento di perquisizioni e di sequestri nonché l'organizzazione di un'audizione di testimoni mediante videoconferenza>> ⁸⁶³.

Dall'affermazione discende che, finché l'ordinamento interno non assicuri una tutela giurisdizionale effettiva, l'emissione di un ordine europeo di indagine penale rappresenta una violazione intollerabile dell'art. 47 della Carta di Nizza e dei principi di fiducia reciproca e di leale collaborazione tra gli Stati membri: lo strumento, allora, non può essere utilizzato ⁸⁶⁴.

I diritti fondamentali risultano così vincitori nel bilanciamento con le esigenze investigative, spesso favorite senza scrupoli.

La Corte di giustizia lancia poi un messaggio elementare, non sempre recepito però: la cooperazione tra Stati membri può realizzarsi solo se ciascuno Stato assicura il rispetto dei diritti fondamentali sanciti, tra l'altro, dal diritto primario dell'Unione.

⁸⁶⁰ Corte giust. UE, 11 novembre 2021, C-852/19, Gavanozov, § 28 - 30.

⁸⁶¹ Corte giust. UE, 11 novembre 2021, C-852/19, Gavanozov, § 31 - 32.

⁸⁶² Corte giust. UE, 11 novembre 2021, C-852/19, Gavanozov, § 42 - 49.

⁸⁶³ Corte giust. UE, 11 novembre 2021, C-852/19, Gavanozov, § 50.

⁸⁶⁴ Corte giust. UE, 11 novembre 2021, C-852/19, Gavanozov, § 51 - 62.

Nella situazione esaminata, sarebbe ingiusto che chi deve eseguire l'ordine possa ritrovarsi a pagare per le carenze di chi l'ha emesso ⁸⁶⁵.

In un'altra pronuncia, invece, la Corte di giustizia ha stabilito che il pubblico ministero di uno Stato membro, anche se sottoposto a immistioni dirette o indirette del potere esecutivo, ha il potere di emanare l'ordine europeo di indagine penale.

Secondo il giudice di Lussemburgo, infatti, la libertà personale non sarebbe scalfita dagli atti investigativi veicolati dallo strumento, persino se l'invasione dell'individuo dovesse risultare abbastanza marcata ⁸⁶⁶. Discorso diverso per il mandato di arresto europeo, volto ad esercitare l'azione penale o eseguire una pena o una misura di sicurezza privativa della libertà ⁸⁶⁷.

A differenza della giurisprudenza finora esaminata, che valorizza le garanzie necessarie, non si possono condividere le conclusioni appena esposte.

Come si è visto, la Corte e.d.u. ha giustamente sottolineato come la libertà non venga violata solo in caso di arresto o detenzione: deve essere tutelata pure in presenza di diverse limitazioni, come quando viene disposta e si svolge una perquisizione.

Perciò, rifacendosi all'orientamento di Strasburgo, è possibile criticare l'arresto della Corte di giustizia, arenata qui su un'interpretazione restrittiva della nozione, da cui potrebbero discendere abusi, specialmente se l'accusa non è indipendente dal potere esecutivo.

4. *Il dialogo tra le Corti*

La tormentata vicenda dell'adesione dell'Unione europea alla C.e.d.u. è ben racchiusa nei pareri 2/94 ⁸⁶⁸ e 2/13 ⁸⁶⁹ della Corte di giustizia, che hanno sbarrato la strada alla costituzione di uno spazio europeo di protezione dei diritti fondamentali di portata ancora più vasta e armoniosa ⁸⁷⁰: oltre al valore simbolico ⁸⁷¹, l'adesione assicurerebbe un doppio

⁸⁶⁵ C. DE LUCA, *La Corte di giustizia si pronuncia nuovamente sull'ordine europeo di indagine penale: la tutela dei diritti fondamentali prevale sull'efficienza investigativa*, cit.

⁸⁶⁶ Corte giust. UE, 8 dicembre 2020, C-584/19, in *Proc. pen. e giust.*

⁸⁶⁷ *Mandato di arresto europeo*, in *e-justice.europa.eu*.

⁸⁶⁸ Parere della Corte giust. UE 2/94, 28 marzo 1996.

⁸⁶⁹ Parere della Corte giust. UE 2/13, 18 dicembre 2014.

⁸⁷⁰ v. A. F. MASIERO, *L'adesione dell'Unione europea alla Cedu. Profili penali*, in *dir. pen. cont.*

⁸⁷¹ S. DOUGLAS-SCOTT, *Opinion 2/13 on the EU accession to the ECHR: a Christmas bombshell from the European Court of Justice*, in <http://ukconstitutionallaw.org>, dicembre 2014.

standard di tutela ⁸⁷² e consentirebbe di sindacare eventuali atti delle istituzioni in violazione dei diritti fondamentali su cui non è intervenuta la Corte di giustizia ⁸⁷³ .

Il primo parere affermava l'incompetenza dell'organizzazione in merito alla ratifica delle convenzioni internazionali (con il Trattato di Lisbona, in ogni caso, si è poi attribuita personalità giuridica all'Unione europea) ⁸⁷⁴ .

Il secondo parere rappresentava un'altra chiusura del giudice di Lussemburgo al processo di adesione, alla luce del *Report finale sul quinto incontro di negoziati per l'adesione dell'Unione europea alla Convenzione dei diritti dell'uomo* ⁸⁷⁵ .

Infatti, per la Corte di giustizia, il progetto di accordo aggirava l'art. 53 della Carta di Nizza; non rispettava la fiducia reciproca tra gli Stati membri; poteva pregiudicare il meccanismo del rinvio pregiudiziale; violava l'art. 344 TFUE, permettendo un sindacato esterno della Corte e.d.u.; si intrometteva nella ripartizione delle competenze; non garantiva che l'istituzione competente decidesse in merito all'attivazione del coinvolgimento preventivo della Corte di giustizia, tra l'altro escluso per l'interpretazione del diritto secondario, né, nel caso, prevedeva vincoli di sorta per la Corte e.d.u.; infine, il progetto di accordo permetteva alla Corte di Strasburgo di sindacare l'osservanza della Convenzione in materia di politica estera e di sicurezza comune, anche quando la Corte di giustizia non avrebbe potuto verificarne la compatibilità con la normativa primaria e interposta ⁸⁷⁶ .

Tuttavia, la comunicazione, all'insegna della cooperazione, tra Corte e.d.u. e Corte di giustizia, tra Consiglio d'Europa e Unione europea, è essenziale per assicurare effettività e legittimazione a due sistemi già di successo nella protezione individuale ⁸⁷⁷ .

⁸⁷² A. F. MASIERO, *L'adesione dell'Unione europea alla Cedu. Profili penali*, cit.

⁸⁷³ F. TULKENS, *La protection des droits fondamentaux avant et après l'adhésion de l'Union européenne des droits de l'homme: le point de vue de la Cour européenne des droits de l'homme*, in J. ILIOPOULOS-STRANGAS, V. PEREIRA DA SILVA, M. POTACS (a cura di), *L'adhésion de l'Union européenne à la CEDH*, Zurigo, 2013, p. 159 s.

⁸⁷⁴ F. PAOLUCCI, *Il cammino dei diritti umani nella cornice dell'Unione Europea*, cit., p. 225.

⁸⁷⁵ Fifth negotiation meeting between the CDDH *ad hoc* negotiation group and the European Commission on the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Strasbourg, 5 April 2013, in archiviodpc.dirittopenaleuomo.org.

⁸⁷⁶ E. LONGO, *Corte di giustizia (Sezione plenaria), parere 2/13, Adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea sui diritti umani*, 18 dicembre 2014 [1] - (1/2015), in osservatoriosullefonti.it.

⁸⁷⁷ S. GREER, A. WILLIAMS, *Human rights in the Council of Europe and the EU: towards "individual", "constitutional" or institutional" justice?*, cit., p. 462.

Un risultato dell'interazione tra piano nazionale e piano sovranazionale è la proliferazione dei punti di contatto tra diritto sostanziale, in declino, e diritto processuale, sempre più centrale ⁸⁷⁸.

Se la giurisprudenza diventa la sede principale del sistema giuridico multilivello, le Corti europee, a maggior ragione, devono essere sentinelle dialoganti, a guardia degli individui, unità di misura di una società vasta e complessa, e guida per i giudici domestici, che, ogni giorno, devono applicare gli strumenti sovranazionali, perfezionando gradualmente il sistema penale integrato ⁸⁷⁹ e senza cadere nella trappola del reticolato multiforme delle fonti, pronto a risucchiarli al minimo errore ⁸⁸⁰.

Un esempio di proficua collaborazione tra livello sovranazionale e livello nazionale è la sentenza della Corte di giustizia, 2 febbraio 2021, C-481/19 D. B. c. Consob: il giudice europeo, interpellato dalla Corte costituzionale italiana, ha esteso l'ambito applicativo del diritto al silenzio alle procedure che possono concludersi con l'imposizione di una sanzione amministrativa a carattere penale ⁸⁸¹.

Entrando in gioco la parola, si pongono le fondamenta per creare un nuovo spazio relazionale, dove il potere è prodotto dall'azione e si basa sulla persuasione, essendo il risultato della coesione razionale di più attori con un obiettivo politico comune e allontanandosi così dalla forza, di proprietà esclusiva del singolo, e dalla violenza, che si esaurisce nella coercizione ⁸⁸².

Diretta conseguenza del movimento comunicativo appena emerso è un equilibrio armonico tra autorità e individuo.

L'autorità agisce nell'interesse del bene comune, che può arrivare a richiedere il sacrificio delle prerogative di un suo componente. Ma l'individuo non può essere trasceso completamente, dell'individuo si deve sempre tenere conto, perché è il postulato della giustificazione di ogni forma di potere.

⁸⁷⁸ F. MAZZACUVA, D. VOZZA, "Alla prova dei fatti": i rapporti tra diritto penale e processo nello scenario internazionale ed europeo, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2016, p. 6.

⁸⁷⁹ V. C. TALAMO, *Obblighi europei di tutela penale*, cit., p. 18.

⁸⁸⁰ V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., p. 90.

⁸⁸¹ v. *supra* Capitolo I.

⁸⁸² Hannah Arendt, in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2019.

Come questa relazione è plasmata dal linguaggio, così, ovviamente, dal linguaggio è plasmata la calibrazione della tensione tra i due termini, ad opera di istituzioni nate proprio per assolvere uno scopo ben preciso: permettere l'esistenza di una collettività, facendo in modo che nessuno ne resti schiacciato.

Se il significato dipende dall'uso particolare del linguaggio in ogni particolare contesto ⁸⁸³, la Corte e.d.u. e la Corte di giustizia, per cooperare, devono ritrovarsi su un terreno comune, finalizzato alla realizzazione di un ambiente in cui l'individuo non resta isolato, ma, impugnando lo scudo delle tutele accordategli, partecipa a una società di eguali, che, nella sfera pubblica, si incontrano, si riconoscono, dialogano.

Il diritto vivente, infatti, non abita un castello astratto e lontano, ma cammina sul tessuto sociale di cui fa parte: può ispirarlo e indirizzarlo, preservando i diritti fondamentali e promuovendone il rispetto contro l'arbitrio.

Nell'accertamento penale, dove il rapporto tra potere e individuo emerge in tutta la sua drammaticità, la Corte e.d.u. e la Corte di giustizia sono chiamate a fare da bussola nella difesa della persona, che, se si può trasformare in oggetto di prova, non può però subire soprusi. A richiederlo è la libertà, anima degli esseri umani.

⁸⁸³ L. WITTGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen*, trad. it., *Ricerche filosofiche*, Torino, 2021.

CONCLUSIONI

Il presente lavoro si prefiggeva di fornire una visione completa del diritto a non collaborare, nelle diramazioni del diritto a non smascherarsi e del diritto a non effettuare i movimenti necessari a fini istruttori.

Particolare attenzione è stata riservata alla giurisprudenza, nazionale e sovranazionale, per comprendere come il diritto a non collaborare si manifesti nel diritto vivente, che ha il dovere di assicurarne il rispetto effettivo, promuovendo i diritti fondamentali che lo costituiscono.

Dall'analisi sono emersi sia elementi di svalutazione della tutela individuale, sia conquiste del garantismo già raggiunte, sia spunti significativi per una protezione completa della persona, rilevante ora come organo di prova ora come oggetto di prova.

Il diritto a non smascherarsi ha conosciuto degli sviluppi considerevoli, soprattutto grazie alla Corte costituzionale e alla Corte di giustizia dell'Unione europea.

Frutto tangibile del dialogo tra i due giudici è l'estensione del diritto al silenzio alle procedure che possono concludersi con una sanzione amministrativa a carattere penale ⁸⁸⁴.

Nella tendenza garantista, però, si inseriscono diverse pronunce della Cassazione che, valutando negativamente il diritto al silenzio, ne vanificano il riconoscimento.

Su questa linea si attestano anche la Corte e.d.u. e la direttiva 2016/343/UE sul rafforzamento della presunzione d'innocenza e del diritto di presenziare al processo.

Il diritto a non smascherarsi è così messo in pericolo. E i motivi di preoccupazione aumentano se si considerano la complessa disciplina sulle dichiarazioni sul fatto altrui risultante dalla legge 1 marzo 2001, n. 63 e gli ostacoli che l'assistenza linguistica deve ancora fronteggiare.

La Corte di cassazione dovrebbe abbandonare ogni tentativo di ricavare conseguenze nefaste dalla legittima autodifesa dell'indagato o imputato.

La Corte e.d.u. dovrebbe fungere, nel frattempo, da guida, per tutelare pienamente la presunzione di innocenza e il giusto processo. In più, potrebbe assumere un ruolo di indirizzo normativo, indicando la via da seguire ai legislatori nazionali.

⁸⁸⁴ v. Corte giust. UE, 2 febbraio 2021, C-481/19, DB c. Consob.

La legge dovrebbe infatti prevedere espressamente, come già avviene per la riparazione per l'ingiusta detenzione ⁸⁸⁵, che dall'esercizio del diritto al silenzio non può discendere un pregiudizio per l'interessato.

È vero che, come afferma la Corte e.d.u., il diritto al silenzio non è assoluto ⁸⁸⁶. Ma, se viene limitato, deve essere bilanciato razionalmente con esigenze opposte: non è possibile rivestirlo di una diffidenza quasi ontologica.

Per quanto riguarda il diritto a non effettuare i movimenti necessari a fini istruttori, si è messo in guardia dal fattore di rischio più considerevole per le garanzie dell'imputato o indagato-oggetto di prova, cioè una ricezione acritica del progresso nel procedimento penale, specialmente nel raggio d'azione della prova atipica.

Dall'esame dei mezzi di prova e dei mezzi di ricerca della prova emerge l'inclinazione, sul piano nazionale, a sacrificare, certe volte, la tutela individuale in maniera ingiustificata.

Per il confronto si è sottolineata la mancanza di senso della previsione dell'accompagnamento coattivo, che dovrebbe quindi essere eliminato.

Nell'ambito della ricognizione si è criticata la sua progressiva sostituzione con i riconoscimenti informali, in un contesto di frequente aggiramento del mezzo di prova tipico. Si tratta di una prassi discutibile, che potrebbe essere corretta.

Stesso discorso per l'esperimento giudiziale, che spesso viene scavalcato dall'esperimento investigativo.

Nel campo della perizia si è rilevata la violazione del divieto di perizia psicologica e la diffusione della criminologia nella ricerca della prova che, se non tenuta a bada, potrebbe avere delle ripercussioni inconciliabili con l'ordine costituzionale.

Si è sottolineato come il giudice debba approcciarsi criticamente alla perizia, soprattutto facendo i conti con le sfide poste dalla nuova prova scientifica e dall'introduzione di tecniche che possono violare l'autodeterminazione dell'individuo.

Per i prelievi coattivi e, soprattutto, per gli accertamenti medici, per fare fronte alle lacune della disciplina attuale, il legislatore dovrebbe introdurre disposizioni più precise.

La legge dovrebbe poi disciplinare anche i casi in cui, invece, è presente il consenso dell'interessato e affrontare la questione dei prelievi occulti.

⁸⁸⁵ D. lgs. 8 novembre 2021, n. 188.

⁸⁸⁶ Corte e.d.u., 8 febbraio 1986, John Murray c. Regno Unito.

Passando ai mezzi di ricerca della prova, in materia di ispezioni e di perquisizioni sono stati messi a fuoco altri snodi problematici.

I confini dell'ispezione sono stati dilatati, a volte non distinguendola adeguatamente dalla perizia, specialmente nell'area degli accertamenti medici.

Per quanto riguarda la perquisizione, si è criticata l'ammissibilità dell'acquisizione del materiale biologico ritrovato sugli effetti personali ⁸⁸⁷.

Per il sequestro probatorio, si sono registrati casi di controlli occulti sulla corrispondenza dei detenuti, giustamente ritenuti illegittimi dalla Cassazione ⁸⁸⁸.

Nel caso delle intercettazioni, è risultata particolarmente rilevante, a chiusura del sistema, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia dell'Unione europea sul diritto alla riservatezza.

La casistica dei giudici di Strasburgo, poi, ha fornito ulteriori spunti - imprescindibili - nell'area della libertà personale, della dignità umana e del diritto alla salute.

Infine, nel settore della prova atipica, si è messo in luce come qui, ancora più che altrove, il progresso tecnico-scientifico metta in pericolo il diritto a non collaborare.

L'esame delle videoriprese ha fatto emergere che la distinzione tra i luoghi in cui possono svolgersi per registrare comportamenti non comunicativi potrebbe essere più rigorosa, evitando di espandere eccessivamente l'ammissibilità del mezzo.

L'invasività del pedinamento elettronico è stata sottovalutata dalla giurisprudenza domestica: anche in questo caso, il legislatore dovrebbe intervenire per regolare e limitare.

Riguardo al captatore informatico, bisognerebbe seguire l'esempio della Corte costituzionale federale tedesca, riconoscendo il diritto fondamentale alla garanzia dell'integrità e della riservatezza dei sistemi informatici ⁸⁸⁹.

L'intelligenza artificiale, infine, è il ramo che si presta al maggior numero di tentazioni di sacrificare le garanzie procedurali e venire accecati da fini repressivi sconsiderati.

⁸⁸⁷ Cass., sez. II, 19 ottobre 2007, Mallia, in *Giur. it.*, 2008, p. 2031.

⁸⁸⁸ G. LEO, *Le Sezioni unite escludono la legittimità di controlli occulti sulla corrispondenza dei detenuti (e non solo)*, in *Dir. pen. cont.*, 19 luglio 2012.

⁸⁸⁹ Sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 27 febbraio 2008 sulla c. d. *online durchsuchung*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, p. 679 s., con nota di R. FLOR, *Brevi riflessioni a margine della sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla c.d. online durchsuchung*.

Si è suggerito che il dialogo tra Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte di giustizia dell'Unione europea - e tra le due Corti e i giudici nazionali - può guidare verso una tutela più ampia del diritto a non collaborare - e dei diritti fondamentali che ne formano la base.

Potrà così poi essere favorita un'osmosi sempre più marcata tra ordinamenti nazionali e sistema sovranazionale, ponendo al centro la protezione e la libertà della persona.

L'integrazione europea non può prescindere da un movimento culturale che abbracci l'intero continente, alimentando uno spirito comune, respirato anche nelle aule dei tribunali, dove deve vivere un diritto aperto all'incontro, attento alle nuove sfide della scienza e della tecnica e in simbiosi con le istanze sociali.

BIBLIOGRAFIA

- AMODIO A., *Giusto processo, diritto al silenzio e obblighi di verità sul fatto altrui*.
- APRILE E., P. SILVESTRI, *Il giudizio dibattimentale*, in O. FANELLI (seconda serie diretta da), *Pratica giuridica. Dottrina e giurisprudenza nella casistica*, Milano, 2006.
- AMATO G., *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1976.
- AMATO G., *Prevista l'aggravante per il reato commesso sotto l'effetto di alcool*, in *Guida al Dir.*, 2016.
- AMATO G., *Legittimo il supplemento di ispezione sul soggetto che ingerisce ovuli di droga*, in *Guida dir.*, 2007.
- ALICI L., *Il paradosso del potere. Paul Ricoeur tra etica e politica*, Milano, 2007.
- ALISON L., A. WEST, A. GOODWILL, *The academic and the practitioner: pragmatists' views of offender profiling*, in 10 *Psychology, Public Policy & Law*, 2004.
- ALEXY R., *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, 1994, ed. it., Bologna, 2012.
- ARCIERI S., *Il giudice e la scienza. L'esempio degli Stati Uniti: il reference manual on scientific evidence*, in *Dir. pen. cont.*, 6 marzo 2017.
- ALESCI T., *Il corpo umano fonte di prova*, in A. GIARDA, G. SPANGHER, P. TONINI (studi raccolti da), *Problemi attuali della giustizia penale*, Milano, 2017.
- ANDRIOLI V., *Esperimento giudiziario, NN.D.I.*, VI, Torino, 1968.
- ABEL W., *La decisione della corte costituzionale tedesca sul diritto alla riservatezza ed integrità dei sistemi tecnologici d'informazione - un rapporto sul caso BVerfGE, NJW 2008, 822*, www.jei.it/approfondimentigiuridici/notizia.php?ID_articoli=601.
- BERNASCONI A., *La ricognizione di persone nel processo penale*, Torino, 2003.
- BALSAMO A., A. TAMIETTI, *Le intercettazioni, tra garanzie formali e sostanziali*, in A. BALSAMO A., R. E. KOSTORIS, (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008.
- BALSAMO A., *Il contenuto dei diritti fondamentali*, in R. E. KOSTORIS (a cura di), L. BACHMAIER-WINTER, A. BALSAMO, M. BARGIS, E. CALVANESE, M. DANIELE, G. DE AMICIS, M. GIALUZ, P. P. PAULESU, A. WEYEMBERGH (con la collaborazione di), *Manuale di procedura penale europea*, Milano, 2022.

- BARBERA A., *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967.
- BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, 1764.
- BELLORA C., *Ispezione giudiziale*, in *Dig. pen.*, vol. VII, Torino, 1993.
- BOTTI C., *Ma il sensore posto nell'autoveicolo potrebbe violare il domicilio*, in *Dir. e giust.*, 2002, n. 22.
- BOSCO D., A. ZAPPALÀ, *The Phenomenon of Serial Murder and the Judicial Admission of Criminal Profiling in Italy*, in R. N. KOCSIS (a cura di), *Criminal Profiling, International Theory, Research and Practice*, Totowa, 2007.
- BLOCH E., *Naturrecht und menschliche Würde*, Frankfurt am Main, 1961, ed. it., Torino, 2005.
- BELLAVISTA G., *Confronto (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, VIII, 1961.
- BELLAVISTA G., voce *Esperimento giudiziale (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XV, Milano, 1966.
- BARTOLINI G., sub *art. 41*, e P. PIRRONE, sub *art. 46*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012.
- BRANNAN J., *Raising the standard of language assistance in criminal proceedings: from the rights under article 6(3) ECHR to Directive 2010/64/EU*, in *Cyprus Human Rights Law Review*, 2012.
- BHUIYAN J., *LAPD ended predictive policing programs amid public outcry. A new effort shares many of their flaws*, in *The Guardian*, 8 novembre 2021.
- BIARELLA L., *Polizia predittiva: al via la sperimentazione a Caorle*, in *Altalex*, 24 maggio 2021.
- BIRAL M., *L'overall examination: nuove frontiere sul diritto a confrontarsi con i testimoni*, in *Arch. pen.*, 2013.
- BIRAL M., *L'identificazione della voce nel processo penale: modelli, forme di accertamento, tutela dei diritti individuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015.
- BURGESS M., *From Fitbits to PlayStations, the justice system is drowning in digital evidence*, in *www.wired.co.uk* (20 aprile 2018).
- BOBBIO N., *L'età dei diritti*, Torino, 2014.
- BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984.

- BRONZO P., *Nuove norme in tema di informazioni all'imputato*, in *Cass. pen.*, 2014.
- BIN R., G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2018.
- BALKO R., *Taser - now known as Axon - claims part ownership of the footage generated by its police body cameras. That's a huge problem*, in *The Washington Post*, 11 marzo 2017.
- BENHABIB S., *Another Cosmopolitanism*, Oxford, 2006.
- BAUMAN Z., *Consumo, dunque sono*, Bari, 2007.
- CAMON A., M. DANIELE, D. NEGRI, C. CESARI, M. L. DI BITONTO, P. P. PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, II ed., Milano, 2020.
- CAMON A., *La disciplina delle indagini genetiche*, in *Cass. pen.*, 2014.
- CAMON A., voce *Captazione di immagini (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Annali, Vol. VI, Milano, 2013.
- CAMON A., *Il cacciatore di IMSI*, in *Arch. pen.* 2020 n. 1.
- CASSESE A., *L'esperienza del male. Guerra, tortura, genocidio, terrorismo alla sbarra. Conversazione con Giorgio Acquaviva*, Bologna, 2011.
- CHELO A., *Le prime indagini sulla scena del crimine. Accertamenti e rilievi urgenti di polizia giudiziaria*, Padova, 2014.
- COLELLA A., *La giurisprudenza di Strasburgo 2011: il divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti (art. 3 Cedu)*, in *Dir. pen. cont.*, 2012.
- CONFALONIERI, *Europa e giusto processo. Istruzioni per l'uso*, Milano, 2010.
- CONTI C., *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, in A. GIARDA, G. SPANGHER, P. TONINI (collana diretta da), *Problemi attuali della giustizia penale*, Verona, 2007.
- CONTI C., voce *Giusto processo (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 2001.
- CONTI C., *Accertamenti medici sulla persona e diritti fondamentali: il legislatore di fronte all'oceano*, in *Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, Milano, 2011.
- CONTI C., *Prova informatica e diritti fondamentali: a proposito di captatore e non solo*, in *Dir. proc. pen.*, 2018.
- CONTI C. - M. TORRE, *Spionaggio digitale nell'ambito dei social network*, in AA. VV., *Le indagini atipiche*, II ed., A. SCALFATI (a cura di), Torino, 2019.

CURTOTTI D., *Indagini sulla scena del crimine ed acquisizione dei dati probatori. Protocolli operativi ed utilizzabilità della prova: i profili processualistici*, in M. MONTAGNA (a cura di), *L'assassinio di Meredith Kercher. Anatomia del processo di Perugia*, Roma, 2012.

CARDAMONE D., *La sentenza della Cedu Brazzi c. Italia: sono arbitrarie le perquisizioni disposte dall'Autorità giudiziaria?*, in *questionegiustizia.it*.

CORDERO F., *Codice di procedura penale*, Torino, 1992.

CORDERO F., *Procedura penale*, IX ed., Milano, 2012.

CARNELUTTI F., *Lezioni sul processo penale*, II, Roma, 1946.

CASASOLE F., *L'esame radiografico coattivo: qualificazione giuridica e limiti costituzionali*, in *Giur. it.*, 2007.

CECCHINI F., *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, 23 gennaio 2017, in *Dir. pen. cont.*

CANESCHI G., *L'imputato*, in G. UBERTIS e G. P. VOENA (diretto da), *Trattato di procedura penale*, VI, Milano, 2021.

CONSO G., *I diritti dell'uomo e il processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 1968.

CARLI L., *Le indagini preliminari nel sistema processuale penale*, Milano, 2005.

CARBONI L., *La valutazione probatoria del silenzio: critiche e prospettive*, in *Proc. pen. giust.*, 2018.

CAPPELLETTI M., *Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale, (art. 24 Cost. e <<due process of law clause>>)*, in *Giur. cost.*, 1961.

CAPPELLETTI M., *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, parte I, Milano, 1962.

CHIAVARIO M., *Garanzie individuali ed efficienze del processo*, in *Cass. pen.*, 1998.

CHIAVARIO M., *Diritto processuale penale*, IX ed., Milano, 2022, p. 476 - 477.

COLACURCI M., *Riconoscimento facciale e rischi per i diritti fondamentali alla luce delle dinamiche di relazione tra poteri pubblici, imprese e cittadini*, in *Sist. pen.*, 9/2022.

CARTABIA M., *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007.

CARTABIA M., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, in BALSAMO, R. E. KOSTORIS (a cura di) *Giurisprudenza europea e processo penale italiano: nuovi scenari dopo il caso Dorigo e gli interventi della Corte costituzionale*, Torino, 2008.

CORVINO M., *L'art. 3 Cedu: un banco di prova per l'ordinamento penale italiano*, in A. MASSARO (a cura di), *Diritto penale europeo. Effetti e conseguenze sul sistema penale nazionale*, in S. M. TOTARO, G. IAPPELLI (collana diretta da), *Legal research groups di Elsa Italia*, Padova, 2020.

CARETTI P., U. DE SIERVO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 2008.

CARETTI P., *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2011.

CORSO P., *Diritto al silenzio: garanzia da difendere o ingombro processuale da rimuovere?*, in *Ind. pen.*, 1999.

CAVINI S., *Le ricognizioni e i confronti*, in G. UBERTIS, G.P. VOENA (diretto da), *Trattato di procedura penale*, XVII, Milano, 2015.

CARRER S., *Se l'amicus curiae è un algoritmo: il chiacchierato caso Loomis alla Corte Suprema del Wisconsin*, in *Giurisprudenza penale web*, 2019.

CARNEVALE S., *Copia e restituzione di documenti informatici sequestrati: il problema dell'interesse ad impugnare*, in *Dir. pen. proc.*, 2009.

CORBETTA S., *La lettura dei verbali di dichiarazioni rese dall'imputato e dal coimputato nel contesto della riforma del "giusto processo" (art. 513 c.p.p.)*, in P. TONINI (a cura di), *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova (legge 1 marzo 2001, n. 63)*, Padova, 2001.

DE CARO A., *Libertà personale e sistema processuale penale*, Napoli, 2000.

DE CARO A., *Poteri probatori del giudice e diritto alla prova*, Napoli, 2003.

DAMONA MULLER A., *Criminal profiling: Real science or just wishful thinking?*, in *4 Homicide Studies*, 2000.

DI SANTO A., *La protezione del domicilio informatico sul piano penale: un'intrinseca contraddizione?*, in *Altalex*, 12 maggio 2022.

DE LUCA C., *La Corte di giustizia si pronuncia nuovamente sull'ordine europeo di indagine penale: la tutela dei diritti fondamentali prevale sull'efficienza investigativa*, in *Sist. pen.*, 9 marzo 2022.

DE LUCA G., *La cultura della prova e il nuovo processo penale*, in M. C. BASTIONI, A. R. LATAGLIATA, A. M. STILE (a cura di), *Scritti in onore di Giuliano Vassalli. Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale*, II, *Politica criminale e criminologia. Procedura penale*, Milano, 1991.

DOLCINI E., *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, 1979.

DE BURCA G., *The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi*, Harvard, 2010.

DE BURCA G., *The evolution of EU Human Rights Law*, in *The Evolution of EU Law*, Oxford, 2011.

DELLA TORRE J., *Il paradosso della direttiva sul rafforzamento della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo: un passo indietro rispetto alle garanzie convenzionali?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016.

DELLA TORRE J., *Le Sezioni Unite sulla violazione della disciplina di cui agli articoli 210, comma 6 e 197 bis c.p.p.: un'occasione (parzialmente) perduta per ristabilire la legalità processuale?*, in *Dir. pen. cont.*, 2015.

DE CATALDO NEUBURGER L., *La prova scientifica nel processo penale*, in M. CHERIF BASSIOUNI (collana diretta da), *Atti e documenti*, Padova, 2007.

D'ANDRIA M., *Art. 503 c.p.p.*, in *Comm. LATTANZI - LUPO*, 2 ed., VII, Milano, 2003.

DONINI M., *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Milano, 2011.

DAUSES M., *The protection of the Fundamental Rights in the legal order of the European Union*, Munchen, 2012.

DELMAS-MARTY M., *Ordine giuridico mondiale e pace positiva*, in *Le Monde diplomatique*, 2003, n. 7, p. 4.

DANIELE M., *Intercettazioni ed indagini informatiche*, in R. E. KOSTORIS (a cura di), L. BACHMAIER-WINTER, A. BALSAMO, M. BARGIS, E. CALVANESE, M. DANIELE, G. DE AMICIS, M. GIALUZ, P. P. PAULESU, A. WEYEMBERGH (con la collaborazione di), *Manuale di procedura penale europea*.

DANIELE M., *Il controllo giurisdizionale sull'emissione dell'ordine europeo di indagine: la necessaria simmetria con la disciplina nazionale nei casi interni analoghi*, in *Sist. pen.*, 31 marzo 2022.

DAVIES N., *The bloody battle of Genoa*, in *The Guardian*, trad. it. di M. G. CAVALLO, *Le ferite di Genova*, 7 aprile 2015, in *Internazionale*.

DOMINIONI O., *Il corpo del diritto delle prove. Disposizioni generali*, in O. DOMINIONI, P. CORSO, A. GAITO, G. SPANGHER, G. DEAN, G. GARUTI, O. MAZZA, *Procedura penale*, Torino, 2010.

DOMINIONI O., *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Milano, 2005.

DOMINIONI O., *In tema di nuova prova scientifica*, in *Dir. pen. proc.*, 2001.

DOMINIONI O., *Imputato*, in *Enc. giur.*, XX, Milano, 1970.

DI GERONIMO P., *Il contributo dell'imputato all'accertamento del fatto*, Milano, 2009.

DOUGLAS-SCOTT S., *Opinion 2/13 on the EU accession to the ECHR: a Christmas bombshell from the European Court of Justice*, in <http://ukconstitutionallaw.org>, dicembre 2014.

ENRIQUEZ E., *L'idéaltype de l'individu hi per moderne, l'individu pervers?*, in N. AUBERT (a cura di), *L'individuhipermoderne*, Paris, 2004.

FRANCHI B., *Riforma carceraria scientifica, manicomio e misure di sicurezza*, in *Scuola pos.*, 1908.

FALBO C., *La comunicazione interlinguistica in ambito giuridico. Temi, problemi e prospettive di ricerca*, Trieste, 2013.

FANUELE C., *Dati genetici e procedimento penale*, Padova, 2009.

FOSCHINI G., *Sistema di diritto processuale penale*, I, Milano, 1965.

FERRAJOLI L., *Diritti fondamentali*, in *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. VITALE, Roma - Bari, 2001.

FERRAJOLI L., *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, Napoli, 2014.

FILIPPI L., *La disciplina italiana dei tabulati telefonici e telematici contrasta con il diritto UE*, in *Diritto di Difesa*, 20 marzo 2021.

FOUCAULT M., *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Parigi, 1975, ed. it., Torino, 2014.

FERRUA P., *Processo penale e verità*, in *Dem. dir.*, 2000.

- FERRUA P., *Il “giusto” processo tra modelli, regole e principi*, in *Dir. pen. proc.*, 2004.
- FERRUA P., *Epistemologia scientifica ed epistemologia giudiziaria: differenze, analogie, interrelazioni*, in L. DE CATALDO NEUBURGER, *La prova scientifica nel processo penale*, in M. CHERIF BASSIOUNI (collana diretta da), *Atti e documenti*, Padova, 2007.
- FERRUA P., *L’interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell’uomo e il preteso monopolio della Corte di Strasburgo*, in *Proc. pen. giust.*, 2001, n. 4.
- FELICIONI P., *Brevi osservazioni sull’esame dibattimentale dell’imputato: l’operatività del diritto al silenzio*, in *Cass. pen.*, 1992.
- FELICIONI P., *Riconoscimento della voce e indagini atipiche della polizia giudiziaria: la tutela dell’autodeterminazione dell’imputato*, in *Proc. pen. giust.*, 2013.
- FELICIONI P., *La prova del DNA: profili giuridici*, in L. DE CATALDO NEUBURGER (a cura di), *Scienza e processo penale: linee guida per l’acquisizione della prova scientifica*, Padova, 2010.
- FELICIONI P., *Accertamenti sulla persona e processo penale: il prelievo di materiale biologico*, Milano, 2007.
- FELICIONI P., *Le ispezioni e le perquisizioni*, in G. UBERTIS, G. P. VOENA (diretto da), *Trattato di procedura penale*, XX, Milano, 2004.
- FELICIONI P., *L’esecuzione coattiva del prelievo ematico: profili problematici*, in *Cass. pen.*, 1997.
- FELICIONI P., *Considerazioni sugli accertamenti coattivi nel processo penale: lineamenti costituzionali e prospettive di riforma*, in *Ind. pen.*, 1999.
- GIALUZ M., *La riforma dell’assistenza linguistica: l’Europa chiedeva un intervento più attento all’effettività della garanzia*, in C. CONTI, A. MARANDOLA, G. VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale. Liberazione anticipata, stupefacenti, traduzione degli atti, irreperibili, messa alla prova, deleghe in tema di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio*, in C. CONTI, A. GIARDA, A. MARANDOLA, G. SPANGHER, P. TONINI, G. VARRASO (collana diretta da), *Problemi attuali della giustizia penale*, Padova, 2014.

GIALUZ M., *Sub art. 5 CEDU*, in BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012.

GIALUZ M., *L'accesso al corpo tramite strumenti diagnostici*, in SCALFATI (a cura di), *Le indagini atipiche*, Torino, 2014.

GIALUZ M., *Radiologia e accertamenti medici coattivi: il difficile equilibrio tra libertà della persona ed esigenze di prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012.

GIALUZ M., *L'assistenza linguistica nel processo penale. Un meta-diritto fondamentale tra paradigma europeo e prassi italiana*, in S. ALLEGREZZA, M. GIALUZ, K. LIGETI, L. LUPÁRIA, G. ORMAZABAL, R. PARIZOT, *Giustizia penale europea*, Milano, 2018.

GIALUZ M., *Quando la giustizia penale incontra l'intelligenza artificiale: luci e ombre dei risk assessment tools tra Stati Uniti ed Europa*, in *Dir. pen. cont.*, 2019.

GAITO A. (diretto da), *La prova penale*, vol. II, in A. BARGI, B. BOCCHINI, S. BOLOGNINI, A. CAPPÀ, C. CARINI, D. CURTOTTI NAPPI, A. D'AVIRRO, A. DE CARO, T. DELL'ANNA, P. DELL'ANNO, C. FIORIO, S. FURFARO, F. GIUNCHEDI, E. N. LA ROCCA, S. LA ROCCA, S. LORUSSO, M. MONTAGNA, F. RIZZO, A. RUGGIERO, G. SAMBUCCO, L. SAPONARO (contributi di), *Le dinamiche probatorie e gli strumenti per l'accertamento giudiziale*, Milano, 2008.

GIARDINA A., *La tutela internazionale dei diritti dell'uomo*, in L. LANFRANCHI (a cura di), *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, 1997.

GUAZZAROTTI A., *Giurisprudenza CEDU e giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali a confronto*, in www.gruppodipisa.it, maggio 2012, p.2.

GABRIELLI C., *Il prelievo coattivo di campioni biologici nel sistema penale*, Torino, 2012.

GIOSTRA G., *Analisi e prospettive di un modello probatorio incompiuto*, in *Quest. giust.*, 2001.

GADAMER H. G., in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2022.

GIANNITI P., *La valutazione della prova penale. Fascicolo del dibattito - Verbali - Testimonianza - Esame dell'imputato - Chiamata di correo - Perizia - Consulenza tecnica - Prova documentale - Intercettazioni - Indizi - Prove atipiche - Sentenze*, in P. CENDON (collana diretta da), *Giurisprudenza critica*, Torino, 2005.

GROSSI P., *La dignità nella Costituzione italiana*, in CECCHERINI (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli, 2008.

GAETA P., *Dell'interpretazione conforme alla C.E.D.U.: ovvero, la ricombinazione genica del processo penale*, in *Arch. pen.*, 2012.

GREER S., A. WILLIAMS, *Human rights in the Council of Europe and the EU: towards "individual", "constitutional" or institutional" justice?*, in *European Law Journal*, Vol. 15, No. 4, July 2009.

GREVI V., <<*Nemo tenetur se detegere*>>. *Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972.

HABERMAS J., J. DERRIDA, *Appello per una politica comune: il 15 febbraio ovvero quel che unisce gli europei*, in *Filosofia e questioni pubbliche*, 2004.

HARRIS D. J., M. O'BOYLE, E.P. BATES, C. M. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, II ed., Oxford, 2009.

HERSCH J., *I diritti umani da un punto di vista filosofico*, Milano, 2008.

HOBBS T., *Leviatano*, 1651.

ILLUMINATI G., *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979.

KANT I., *Fondazione della metafisica dei costumi*, in *Scritti morali*, trad. it., 1995.

KOSTORIS R. E., *Alt ai prelievi di sangue coattivi*, in *Dir. pen. proc.*, 1996.

KOSTORIS R. E., *La lotta al terrorismo e alla criminalità organizzata tra speciali misure processuali e tutela dei diritti fondamentali nella risoluzione del XVIII Congresso internazionale di diritto penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2010.

KOSTORIS R. E., *Diritto europeo e giustizia penale*, in R. E. KOSTORIS (a cura di), L. BACHMAIER-WINTER, A. BALSAMO, M. BARGIS, E. CALVANESE, M. DANIELE, G. DE AMICIS, M. GIALUZ, P. P. PAULESU, A. WEYEMBERGH (con la collaborazione di), *Manuale di procedura penale europea*, V ed., Milano, 2022.

KOSTORIS R. E., *La tutela dei diritti fondamentali*, in R. E. KOSTORIS (a cura di), L. BACHMAIER-WINTER, A. BALSAMO, M. BARGIS, E. CALVANESE, M. DANIELE, G. DE

AMICIS, M. GIALUZ, P. P. PAULESU, A. WEYEMBERGH (con la collaborazione di), *Manuale di procedura penale europea*.

KOCSIS R. N., A.F. HAYES, *Believing is seeing? Investigating the perceived accuracy of criminal psychological profiles*, in 48 *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 2004.

KUHN T., *The structure of Scientific Revolutions*, 1962, trad. it., *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, 2009.

LONGO E., *Corte di giustizia (Sezione plenaria), parere 2/13, Adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea sui diritti umani*, 18 dicembre 2014 [1] - (1/2015), in *osservatoriosullefonti.it*.

LEO G., *Forme invasive di indagine, diritti della persona e principio di legalità, Relazione svolta all'Incontro di studio organizzato dal CSM sul tema "Le recenti modifiche al sistema penale"*, Roma, 25-27 gennaio 2010.

LEO G., *Le Sezioni unite escludono la legittimità di controlli occulti sulla corrispondenza dei detenuti (e non solo)*, in *Dir. pen. cont.*, 19 luglio 2012.

LOZZI G., *Lezioni di procedura penale*, VII ed., Torino, 2008.

LUPÁRIA L., *Computer crimes e procedimento penale*, in G. GARUTI (a cura di), *Modelli differenziati di accertamento*, in *Trattato di procedura penale*, G. SPANGHER (diretto da), vol. VII, Torino, 2011.

LUPÁRIA L., *Il profiling dell'autore di reato*, in SCALFATI (a cura di), *Le indagini atipiche*, Torino, 2014.

MANGIARACINA A., *Nuove fisionomie del diritto al silenzio. Un'occasione per riflettere sui vuoti domestici...e non solo*, in *Proc. pen. giust.*, 2021.

MARANDOLA A. (a cura di), *Misure cautelari. Indagini preliminari. Giudizio*, V. II, in G. SPANGHER, A. MARANDOLA, G. GARUTI, L. KALB (diretto da), *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, Milano, 2015.

MELCHIONDA A., *Ricognizioni (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989.

MEMON A., A. VRIJ, R. BULL, *Psychology and law: truthfulness, accuracy and credibility*, II ed., Chichester, 2003.

- MASSARI A., *Ispezione giudiziale*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1963.
- MASSARO A., *Diritto penale e privacy: alla ricerca di un "equilibrio punitivo"*, in A. MASSARO (a cura di), *Diritto penale e privacy*, Pisa, 2020.
- MACCHIA A., *L'indiziato e l'esame radiologico coattivo. Adesso serve un chiarimento legislativo*, in *Dir. giust.*, 2006.
- MASIERO A. F., *L'adesione dell'Unione europea alla Cedu. Profili penali*, in *dir. pen. cont.*
- MONTESQUIEU C. L., *Lo spirito delle leggi*, 1784.
- MORELLI C., *X-Law, il brevetto italiano di polizia predittiva*, in *Altalex*, 7 novembre 2022.
- MARZADURI E., *Commento all'art. 1 l. cost. 23 novembre 1999 n. 2 - Inserimento dei principi del giusto processo nell'art. 111 della Costituzione*, in *Leg. pen.*, 2000.
- MARZADURI E., *L'identificazione del contenuto del diritto di difesa nell'ambito della previsione dell'art. 6 n. 3 lett. c) della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, in *Arch. pen.*, 1996.
- MAZZACUVA F., D. VOZZA, *"Alla prova dei fatti": i rapporti tra diritto penale e processo nello scenario internazionale ed europeo*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2016.
- MOBILIO G., *Tecnologie di riconoscimento facciale. Rischi per i diritti fondamentali e sfide regolative*, Napoli, 2021.
- MORELLI I., *La procura europea: approdi e prospettive*, in A. MASSARO (a cura di), *Diritto penale europeo. Effetti e conseguenze sul sistema penale nazionale*, in S. M. TOTARO, G. IAPPELLI (collana diretta da), *Legal research groups di Elsa Italia*, Padova, 2020.
- MORLACCHINI, *Ispezione, perquisizione e sequestro*, in SPANGHER (a cura di), *Soggetti. Atti. Prove*, in SPANGHER, MARANDOLA, GARUTI, KALB (diretto da), *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, Torino, 2015.
- MAZZA O., *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, in G. UBERTIS e G. P. VOENA (diretto da), *Trattato di procedura penale*, VII.1, Milano, 2004.
- MAZZA O., *Presunzione d'innocenza e diritto di difesa*, in *Proc. pen. giust.*, 2014.
- MAZZA O., *Amorfismo legale e adiaforia costituzionale nella nuova disciplina delle intercettazioni*, in *Proc. pen. giust.*, 2018.
- MOSCARINI P., *Il silenzio dell'imputato sul fatto proprio secondo la Corte di Strasburgo e nell'esperienza italiana*, in *Riv. it. proc. pen.*, 2006.

- MAGGIO P., *Ascolto occulto delle conversazioni tra presenti*, in SCALFATI (a cura di), *Le indagini atipiche*, Torino, 2014.
- MASTROIANNI R., *La tutela dei diritti nell'ordinamento comunitario: alcune osservazioni critiche*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2008.
- MAFFEI S., *Ipnosi, poligrafo, narcoanalisi, risonanza magnetica: metodi affidabili per la ricerca processuale della verità?*, in L. DE CATALDO NEUBURGER (a cura di), *La prova scientifica nel processo penale*, in M. CHERIF BASSIOUNI (collana diretta da), *Atti e documenti*, Padova, 2007.
- MANES V., V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011.
- MANES V., *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012.
- MANES V., *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Arch. pen.*, 2012.
- MONTAGNA M., *Accertamenti tecnici, accertamenti peritali occulti e prelievo del DNA*, in GATTO (a cura di), *La prova penale*, vol. II, *Le dinamiche probatorie e gli strumenti per l'accertamento giudiziale*, Torino, 2008.
- MONTAGNA M., *I confini dell'indagine personologica nel processo penale*, 2013.
- NICOTRA I., *Diritto pubblico e costituzionale*, Torino, 2010.
- NOBILI M., *Giusto processo e indagini difensive: verso una nuova procedura penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 5.
- NOBILI M., *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Bologna, 1989, p. 55 - 56.
- NIGRO M., *Confronti*, in *Procedura penale*, a cura di G. SPANGHER, Milano, 2008, p. 294.
- NUNZIATI M., *Note sul riconoscimento del parlante*, in www.teutas.it.
- NOVAK M., *Architetture liquide nel cyberspazio*, in M. BENEDIKT (a cura di), *Cyberspace*, trad. it., Padova, 1993.
- NAPOLETANO N., *L'evoluzione della tutela dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, in A. CALIGIURI, G. CATALDI, N. NAPOLETANO (a cura di), *La tutela dei diritti umani in Europa. Tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, Padova, 2010.

- ORLANDI R., *Dichiarazioni dell'imputato su responsabilità altrui: nuovo statuto del diritto al silenzio e restrizioni in tema d'incompatibilità a testimoniare*, in R. E. KOSTORIS (a cura di), *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, Torino, 2002.
- ORLANDI, PAPPALARDO, *L'indagine genetica nel processo penale germanico: osservazioni su una recente riforma*, in *Dir. pen. proc.*, 1999.
- ONIDA V., *Le Costituzioni. I principi fondamentali della Costituzione italiana*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, I, Bologna, 1997.
- PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali*, I, Padova, 1992.
- PRESUTTI A., *L'acquisizione forzata dei dati genetici tra adempimenti costituzionali e obblighi internazionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010.
- PERNA A., *Situazione carceraria e divieto di tortura: il caso Sulejmanovic dinanzi alla Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. III, 2009.
- PANSERI C., in G. GULOTTA (a cura di), *La ricognizione di persone: aspetti psicologici e giuridici*, in *Trattato di psicologia giudiziaria nel sistema penale*, Milano, 1987.
- PARESCHE E., *Dogmatica giuridica*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964.
- PAGANO E., *Diritti fondamentali nella Comunità europea dopo Maastricht*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1996.
- PAGANO F. M., *Principj del codice penale e logica de' probabili*, 1819.
- PIZZETTI F. G., *Neuroscienze forensi e diritti fondamentali: spunti costituzionali*, Torino, 2012.
- PAOLUCCI F., *Il cammino dei diritti umani nella cornice dell'Unione Europea*, in A. MASSARO (a cura di), *Diritto penale europeo. Effetti e conseguenze sul sistema penale nazionale*, in S. M. TOTARO, G. IAPPELLI (collana diretta da), *Legal research groups di Elsa Italia*, Padova, 2020.
- POPPER K., *Alla ricerca di un mondo migliore*, Roma, 1989.
- POPPER K., *Il futuro è aperto*, Milano, 1989.
- POPPER K., *Logik der Forschung*, Wien, 1935, trad. it., *Logica della scoperta scientifica*, Torino, 1970.
- PIALLI L., *Fenomenologia del fragile: fallibilità e vulnerabilità tra Ricoeur e Lévinas*, Napoli, 1998.

- PANZAVOLTA M., *Il profilo dell'istituto*, in *Giur. it.*, 2010.
- POLLICINO O., M. BASSINI, *La Corte di giustizia e una trama ormai nota: la sentenza Tele2 Sverige sulla conservazione dei dati di traffico per finalità di sicurezza e ordine pubblico*, in *Dir. pen. cont.*
- PIETRINI P., *Responsabilmente: dai processi cerebrali al processo penale. Prospettive e limiti dell'approccio neuroscientifico*, in L. DE CATALDO NEUBURGER (a cura di), *La prova scientifica nel processo penale*, in M. CHERIF BASSIOUNI (collana diretta da), *Atti e documenti*, Padova, 2007.
- PRIORI S., *La memoria di riconoscimento nell'atto di ricognizione*, in *Dir. pen. proc.*, 2009.
- PATANÈ V., *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Torino, 2006.
- RUSSELL B., *I problemi della filosofia*, Milano, 1988.
- ROSSO E., *Reato continuato e diritto al silenzio. A proposito di una sorprendente sentenza*, *GP*, 2012, II, 239.
- RICCI G. F., *Nuovi rilievi sul problema della "specificità" della prova giuridica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2000.
- RICCI G. F., *Le prove atipiche*, Milano, 1999.
- RICCIO G., *Le perquisizioni nel codice di procedura penale*, Napoli, 1974.
- REPETTO G., *La Corte di Strasburgo e il sindacato sugli atti comunitari: al solange non c'è mai fine?*, in *associazione de icostituzionalisti.it*
- ROBERTSON H., *The Council of Europe: Its Structure, Functions and Achievements*, II ed., 1961, p. 2.
- ROMANDINI M., *Come (non) funziona il sistema SARI di riconoscimento facciale*, in *wired.it*, 27 settembre 2018.
- RICOEUR P., *Le Juste I*, Paris, 1995, trad. it., *Il Giusto*, Vol. 1, Torino, 2005.
- RODOTÀ S., *Trasformazioni del corpo*, in *Pol. dir.*, 2006.
- RODOTÀ S., *Ipotesi sul corpo <<giuridificato>>*, in *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995.
- RODOTÀ S., *Il diritto a avere diritti*, Bari, 2014.
- RENZETTI S., *Gli accertamenti corporali coattivi: una questione aperta*, in *Cass. pen.*, 2006.

RAFARACI T., *Ricognizione informale dell'imputato e (pretesa) fungibilità delle forme probatorie*, in *Cass. pen.*, 1998.

RAMACHANDRAN V. S., *The emerging mind*, Londra, 2003, tr. it., *Che cosa sappiamo della mente*, Milano, 2006.

STOPPATO A., *Sul fondamento scientifico della procedura penale*, in *Riv. pen.*, 1940.

SCALFATI A., O. BRUNO, *Orientamenti in tema di videoriprese*, in *Proc. pen. giust.*, 2011, n.1.

SCALFATI A., voce *Perizia (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur.*, vol. XXIII, Roma, 1997.

SCALFATI A., SERVI, *Premesse sulla prova penale*, in SCALFATI (a cura di), *Le prove*, in SPANGHER (diretto da), *Trattato di procedura penale*, vol. II, Torino, 2009.

SIGNORELLI A. D., *Il software italiano che ha cambiato il mondo della polizia predittiva*, in *Wired*, 10 maggio 2019.

SCAGLIONE A., *L'attività ad iniziativa della polizia giudiziaria*, Torino, 2000.

SLOBOGIN C., *Public Privacy camera surveillance of public places and the right to anonymity*, in *Mississippi Law Journal*, 2002.

SAVAGE C., *Facial scanning is making gains in surveillance*, in *The New York Times*, 21 agosto 2013.

SIRACUSANO D., *Gli atti del dibattito*, in SIRACUSANO - GALATI - TRANCHINA - ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, II, Milano, 2011.

SIRACUSANO F., *Il diritto all'assistenza del difensore nel procedimento di esecuzione del mandato di arresto europeo*, in D. NEGRI, P. RENON (a cura di), *Nuovi orizzonti del diritto alla difesa tecnica*, 2017.

SALVI G., *sub artt. 358, 361, 362, 364-370, 373-378 c.p.p.*, in *Commento Chiavario*, IV, Torino, 1990.

SILVESTRI G., *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, in *Dir. pubb.*, 2004.

SILVESTRI G., *La dignità umana dentro le mura del carcere (Intervento del Presidente Silvestri al Convegno "Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torregiani della CEDU" Roma, Carcere di Rebibbia, 28 maggio 2014)*.

- SCAPARONE M., *Il secondo comma dell'articolo 24. Il diritto di difesa nel processo penale*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna - Roma, 1981, p. 82.
- STRAMAGLIA M., *Revirement della Cassazione sulla legittimità dei prelievi ematici per l'accertamento del tasso alcolemico: non serve il consenso, basta che manchi il dissenso*, in *Dir. pen. cont.*, 2013.
- STRAMAGLIA M., *Il pedinamento satellitare: ricerca ed uso di una prova atipica*, in *Dir. pen. proc.*, 2011.
- SANNA G., *Note in materia di perquisizioni*, in *Giust. pen.*, 1967.
- TINOCO PASTRANA A., *L'ordine europeo di indagine penale*, in *Proc. pen. e giust.*
- TAORMINA C., *Silenzio e mendacio dell'imputato sui suoi procedimenti penali*, in *Giur. cost.*, 1976.
- TAORMINA C., *Il regime della prova nel processo penale*, Torino, 2007.
- TUROLDO F., *Verità del metodo. Indagini su Paul Ricoeur*, Padova, 2000.
- TULKENS F., *La protection des droits fondamentaux avant et après l'adhésion de l'Union européenne des droits de l'homme: le point de vue de la Cour européenne des droits de l'homme*, in ILIOPOULOS-STRANGAS J., V. PEREIRA DA SILVA, M. POTACS (a cura di), *L'adhésion de l'Union européenne à la CEDH*, Zurigo, 2013.
- TRIGGIANI N., *Ricognizioni mezzo di prova nel nuovo processo penale*, Milano, 1998.
- TONINI P., C. CONTI, *Lineamenti di diritto processuale penale*, Milano, 2022.
- TONINI P., C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, XXIII ed., Milano, 2022.
- TONINI P., C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, I ed. agg., Milano, 2012.
- TERRY R. L., *Psychology cross-examines eyewitness testimony - How stages of memory can affect justice*, in *HQ Hanover Quarterly - Winter 96*.
- TAGLIAGAMBE S., *Il sogno di Dostoevskij. Come la mente emerge dal cervello*, Milano, 2002.
- TALAMO V. C., *Obblighi europei di tutela penale*, in A. MASSARO (a cura di), *Diritto penale europeo. Effetti e conseguenze sul sistema penale nazionale*, in S. M. TOTARO, G. IAPPELLI (collana diretta da), *Legal research groups di Elsa Italia*, Padova, 2020.

UBALDI A., *Campioni biologici reperiti all'insaputa dell'interessato: si può fare?*, in *Dir. giust.*, 2013.

UBERTIS G., *Sistema di procedura penale, I, Principi generali*, Torino, 2007.

VALENTINI C., *La ricostruzione dinamico - fattuale mediante <<esperimento>> investigativo*, in *Le indagini atipiche*, II ed., A. SCALFATI (a cura di), Torino, 2019.

VIGONI D., *La fisionomia tridimensionale della presunzione d'innocenza: profili di sviluppo della disciplina codicistica*, in *Proc. pen giust.*, 2023.

VIGONI D., *Ius tacendi e diritto al confronto dopo la l. n.63 del 2001: ipotesi ricostruttive e spunti critici*, in *Dir. pen. proc.*, 2002.

VIGANÒ F., *La difficile battaglia contro l'impunità dei responsabili di tortura: la sentenza della Corte di Strasburgo sui fatti della scuola Diaz e i tormenti del legislatore italiano*, 9 aprile 2015, in *Dir. pen. cont.*

VASSALLI G., *La protezione della sfera della personalità nell'era della tecnica*, in AA.VV, *Studi in onore di Emilio Betti*, vol. V, Milano, 1962.

VERVAELE J., *Extraordinary rendition e sparizione forzata transnazionale nel diritto penale e nel diritto internazionale dei diritti umani*, in *Criminalia*, 2012.

VALLI R., *Il prelievo ematico coattivo per l'accertamento dei reati di lesioni e omicidio stradale colposi*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, n. 10.

WIGMORE J., *Evidence in trials at common law*, J. H. CHADBOURN (ed. curata da), Boston, 1974.

WITTGENSTEIN L., *Philosophische Untersuchungen*, trad. it., *Ricerche filosofiche*, Torino, 2021.

ZAPPALÀ E., *Il principio di tassatività dei mezzi di prova nel processo penale*, Milano, 1982.

ZACCHÉ F., *La prova documentale*, Milano, 2012.

GIURISPRUDENZA

CORTE COSTITUZIONALE

Corte cost., 30 aprile 2021, n. 84

Corte cost., 23 maggio 2019, n. 124.

Corte cost., 10 maggio 2019, n. 117

Corte cost., 26 gennaio 2017, n. 21.

Corte cost., 7 dicembre 2016, n. 20.

Corte cost., 25 marzo 2015, n. 45.

Corte cost., 11 febbraio 2013, n. 23.

Corte cost., 21 luglio 2010, n. 265.

Corte cost., 22 aprile 2009, n. 173.

Corte cost., 30 novembre 2009, n. 320.

Corte cost., 6 luglio 2007, n. 254.

Corte cost., 4 giugno 2003, n. 191.

Corte cost., 11 aprile 2002, n. 135.

Corte cost., 26 giugno 2002, n. 291

Corte cost., 26 novembre 2002, n. 485.

Corte cost., 26 febbraio 2002, n.32.

Corte cost., 12 novembre 2002, n. 451.

Corte cost., 24 aprile 2002, n. 135.

Corte cost., 22 marzo 2001, n. 105.

Corte cost., 11 febbraio 1999, n. 33.

Corte Cost., 23 gennaio 1997, n.10.

Corte cost., 27 giugno 1996, n. 238.

Corte cost., 22 ottobre 1996, n. 353.

Corte Cost., 30 giugno 1994, n. 267.

Corte cost., 19 gennaio 1993, n. 10.

Corte cost., 26 febbraio 1993, n. 81.

Corte cost., 3 giugno 1992, n. 255.
Corte cost., 24 maggio 1991, n. 221.
Corte cost., 23 luglio 1991, n. 366.
Corte cost., 24 marzo 1986, n. 54
Corte Cost., 6 aprile 1973, n. 34.
Corte cost., 12 aprile 1973, n. 38.
Corte cost., 14 luglio 1971, n. 175
Corte cost., 22 marzo 1971, n.55.
Corte cost., 9 giugno 1971, n. 126.
Corte. cost., 19 febbraio 1965, n.5.
Corte cost., 18 marzo 1957, n. 46.
Corte cost., 19 giugno 1956, n. 11.

CORTE DI CASSAZIONE

Cass., sez. I, 11 marzo 2022, Campisi, in *CED Cass.*, n. 282963.
Cass., sez. IV, 20 gennaio 2022, Pacifico, in *CED Cass.*, n. 282581.
Cass., sez. II, 13 luglio 2022, n. 35425, in *DeJure*.
Cass., sez. II, 2 novembre 2022, n. 3490.
Cass., sez. IV, 12 aprile 2022, Perelli, in *CED Cass.*, n. 283241.
Cass., sez. III, 31 marzo 2021, D., in *CED Cass.*, n. 281631.
Cass., sez. III, 19 gennaio 2021, Loussaief Boulbaba, n. 9345.
Cass., sez. V, 6 dicembre 2021, n. 4264.
Cass., sez. V, 9 marzo 2021 - 25 maggio 2021, n. 20610, in *C.e.d.*, n. 281265.
Cass., sez. I, 7 ottobre 2021 - 1 febbraio 2022, n. 3591, Liuni, in *Penalista*, 14 marzo 2022.
Cass., sez II, 12 febbraio 2020, n. 16036.
Cass., sez. VI, 19 febbraio 2020, Prota Donato, in *CED Cass.*, n. 278878.
Cass., sez. IV, 2 dicembre 2020, Gallo, in *CED Cass.*, n. 280082.
Cass., sez. V, 10 luglio 2020, n. 23090, in *C.e.d.*
Cass., sez. II, 24 giugno 2020, n. 21325, in *Dir. e giust.*
Cass., sez. VI, 19 novembre 2020, n. 1885, in *DeJure*.

Cass., sez. II, 22 luglio 2020 - 22 ottobre 2022, n. 29362, in *C.e.d.* 279815-01.

Cass., sez. III, 4 marzo 2020, n. 18452, in *C.e.d.*, 2020.

Cass., sez. VI, 28 maggio 2020, n. 20709, in *DeJure*.

Cass., sez. I, 28 gennaio 2020, n. 8591, in *DeJure*.

Cass., sez. III, 14 novembre 2019, n. 2294, in *DeJure*.

Cass., sez. IV, 2 ottobre 2019, n. 41308, in *DeJure*.

Cass., sez. V, 11 marzo 2019, Nasim Karima, in *CED Cass.*, n. 275103.

Cass., sez. VI, 10 settembre 2019, n. 41986, in *C.e.d.*, 2019.

Cass., sez. VI, 28 maggio 2019 - 27 giugno 2019, n. 28269, in *C.e.d.*, n. 276227.

Cass., sez. II, 4 aprile 2019, n. 23172, in *C.e.d.*, n. 276966.

Cass., sez. III, 17 settembre 2019, Ceballo Hernandez Jose Miguel, in *CED Cass.*, n. 277279.

Cass., sez. V, 30 gennaio 2019, n. 10638, in *DeJure*.

Cass., sez. III, 4 giugno 2019, Di Vico, in *CED Cass.*, n. 276679.

Cass., sez. II, 11 aprile 2019, n. 32732.

Cass., sez. V, 22 gennaio 2019, n. 2929.

Cass., sez. III, 19 settembre 2019, C., in *CED Cass.*, n. 277259.

Cass., sez. IV, 11 aprile 2018, n. 31663.

Cass., sez. I, 23 febbraio 2018, Ognyanov, in *CED Cass.*, n. 272835.

Cass., sez. IV, 12 giugno 2018, n. 41385, in *Mass. Uff.*, n. 273929-01.

Cass., 28 marzo 2018, n. 24744.

Cass., 11 luglio 2017, n. 48084; Cass., 20 marzo 2015, n. 19158.

Cass., 13 luglio 2017, n. 54795.

Cass., sez. V, 14 settembre 2017, n. 57703.

Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, n. 26889, Scurato.

Cass., sez. I, 17 febbraio 2016, n. 37545.

Cass., sez. I, 13 maggio 2015, Tornicchio e altri, in *CED Cass.*, n. 264746.

Cass., sez. VI, 16 aprile 2015, n. 18755.

Cass., sez. II, 28 gennaio 2015, n. 6348.

Cass. pen., sez. II, 22 gennaio 2015, n. 5364.

Cass., Sez. un., 29 luglio 2015, n. 33583.

Cass., sez. II, 7 luglio 2015, n. 41332, in *C.e.d.*, n. 264889.

Cass., sez. III, 10 novembre 2015 - 23 dicembre 2015, n. 50452, in *C.e.d.*, n. 265615.

Cass. sez. III, 30 settembre 2014, Yordanov, in *CED Cass.*, n. 260967.

Cass. pen., sez. V, 18 settembre 2014, n. 1200.

Cass. pen., sez. I, 23 settembre 2014, n. 41745.

Cass., sez. II, 9 aprile 2014, Morinelli e altro, in *CED Cass.*, n. 259654.

Cass., sez. VI, 8 gennaio 2014, n. 283.

Cass., sez. III, 14 novembre 2013, Geloso, in *CED Cass.*, n. 258001.

Cass., sez. I, 27 settembre 2013, n. 40290.

Cass., sez. I, 27 giugno 2013, n. 12286, in *Dir. giust.*, 2014, 14 marzo.

Cass., sez. V, 9 ottobre 2013, in *Giust. pen.*, 2013, p. 248. Cass., sez. I, 8 maggio 2013, Mavica, in *Mass. Uff.*, n. 257209.

Cass., 18 dicembre 2013, Cinà, in *Mass. Uff.*, n. 258310.

Cass., sez. VI, 4 giugno 2013, n. 30177, in *Studium iuris*, 2013, p. 1293.

Cass., sez. IV, 11 febbraio 2013, n. 6755, in *C.e.d.*, n. 254931.

Cass., sez. I, 5 dicembre 2013, n. 48907, in *Mass. uff.*, n. 258269.

Cass., sez. IV, 17 luglio 2012, n. 34519, in *Giur. it.*, 2013, p. 947.

Cass., Sez. un., 19 aprile 2012, n. 28997.

Cass., sez. VI, 15 giugno 2012, n. 33593, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1506.

Cass., sez. IV, 24 gennaio 2012, n. 10697, in *Cass. pen.*, 2013, p. 3604.

Cass., sez. VI, 8 novembre 2012, n. 1287, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1336.

Cass., sez. I, 23 gennaio 2012, n. 2653.

Cass., sez. II, 2 ottobre 2012, n. 41456, in *Proc. pen. giust.*, 2013, p. 40 s.

Cass., sez. I, 11 gennaio 2012, Spaccino, in *CED Cass.*, n. 252599.

Cass., Sez. un., 24 maggio 2012, Biondi, in *CED Cass.*, n. 253152.

Cass., sez. I, 26 ottobre 2011, M., in *CED Cass.*, n. 251828.

Cass., sez. IV, 16 febbraio 2011, Zamboni, in *CED Cass.*, n. 250570.

Cass., sez. I, 18 ottobre 2011, n. 2650, in *DeJure*.

Cass., sez. I, 26 ottobre 2011, n. 2653.

Cass., sez. IV, 11 maggio 2010, n. 20066.

Cass. 19 gennaio 2010, n. 9239, in *CED Cass.*, n. 246233.

Cass., sez. II, 14 ottobre 2010 - 4 gennaio 2011, Biffis.

Cass., 7 gennaio 2010, n. 9416, Congia.

Cass., sez. II, 21 aprile 2010, Di Perna, in *CED Cass.*, n. 247426.

Cass., sez. IV, 17 settembre 2010, Cozzini e altri, in S. ZIRULIA, *Dir. pen. cont.*, 12 gennaio 2011.

Cass., sez. IV, 29 ottobre 2009, n. 3559, in *Guida dir.*, 2010, p. 96.

Cass., sez. IV, 12 febbraio 2009, Di Paola, in *C.e.d.*, rv. 244224.

Cass., sez. VI, 10 dicembre 2009, Giacalone, in *C.e.d.* 245183.

Cass., sez. II, 9 luglio 2009, Pietrosanto, in *CED Cass.*, n. 245597.

Cass., sez. II, 1 luglio 2009, n. 28620, Ostuni, Rv. 244730.

Cass., sez. I, 4 marzo 2008, Abbrescia, in *CED Cass.*, n. 240114.

Cass., sez. VI, 13 maggio 2008, n. 240790.

Cass. pen. sez. IV, 29 ottobre 2008, n. 242755

Cass., sez. I, 18 dicembre 2008, n. 4422, in *C.e.d.*, n. 242793.

Cass., sez. V, 17 luglio 2008, Biviera, in *C.e.d.* 241386.

Cass., Sez. un., 7 maggio 2008, Tchmil, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 472.

Cass. pen., sez. VI, 4 luglio 2008, n. 34171.

Cass., sez. V, 8 aprile 2008, Notaro, in *CED Cass.*, n. 240443.

Cass., 13 maggio 2008, n. 21366.

Cass. pen., sez. V, 25 settembre 2007, n. 39050.

Cass., sez. IV, 28 giugno 2007, H.U., in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 465.

Cass., sez. II, 19 ottobre 2007, Mallia, in *Giur. it.*, 2008, p. 2031.

Cass., sez. II, 13 marzo 2007, Minnella, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1812.

Cass., sez. VI, 31 ottobre 2007, Sarzanini, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4276.

Cass., sez. I, 10 luglio 2007, Sussini, in *C.e.d.* 237502.

Cass., sez. II, 24 aprile 2007, Caruso e altri, in *C.e.d.*, n. 237848.

Cass., sez. III, 14 febbraio 2007, Mandarano, in *CED Cass.*, n. 237614.

Cass., Sez. un., 28 marzo 2006, n. 26795, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3937.

Cass., Sez. un., 28 luglio 2006, Prisco, in *Dir. proc. pen.*, 2003, n. 93.

Cass., sez. VI, 3 maggio 2006 - 21 agosto 2006, n. 29350, in *C.e.d.*, n. 235088.

Cass., Sez. un., 25 gennaio 2005, n. 9163.

Cass., sez. III, 15 febbraio 2005 - 21 marzo 2005, n. 10898, in *C.e.d.*, n. 231221.

Cass., 3 giugno 2005, p.m. in c. Rifqui, in *Arch. n. proc. pen.*, 2005, p. 587.

Cass. pen., sez. II, 25 ottobre 2005, n. 41052.

Cass., sez. IV, 2 dicembre 2005, Euchì, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3555.

Cass. pen., sez. III, 11 giugno 2004, n. 38748.

Cass., sez. un., 13 febbraio 2004, Ferrazzi, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1913.

Cass., Sez. un., 24 settembre 2003, n. 36747.

Cass., 11 marzo 2003, Esposito, in *C.e.d.* 225265.

Cass., sez. VI, 20 novembre 2003, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3847.

Cass., Sez. un., 28 maggio 2003, n. 36747, Torcasio.

Cass., sez. V, 27 febbraio 2002 - 2 maggio 2002, n. 16130, Bresciani, in *C.e.d.*, n. 221918.

Cass., sez. IV, 12 dicembre 2002 - 25 novembre 2003, n. 45323, in *C.e.d.*, n. 226887.

Cass., sez. I, 20 novembre 2002, Falcicchio, in *Arch. n. proc. pen.*, 2003, p. 388.

Cass., sez. IV, 24 maggio 2000, n. 7430, in *DeJure*.

Cass., sez. VI, 10 marzo 1998, Russo e altri, in *Giur. it.*, 1999, p. 1279 s.

Cass., 22 dicembre 1998, n. 2337, in *Cass. pen.*, 2000, p. 725.

Cass., sez. III, 6 novembre 1997, n. 9981.

Cass., sez. II, 10 settembre 1997, n. 84, in *Arch. n. proc. pen.*, 1998, p. 297.

Cass., sez. I, 22 maggio 1997, n. 4790.

Cass., sez. II, 27 febbraio 1997, Zampella, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 1120.

Cass., sez. VI, 10 novembre 1997 - 21 gennaio 1998, n. 4397, Greco, in *C.e.d.*, 210062.

Cass., sez. II, 21 aprile 1997 - 10 ottobre 1997, n. 2873, Viveri, in *C.e.d.* 208757.

Cass., sez. III, 4 aprile 1997, Tasselli, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2413.

Cass., 16 aprile 1997, n. 2751, Vezzani.

Cass., sez. I, 22 gennaio 1996 - 17 febbraio 1996, n. 1904, CP 97, p. 1082.

Cass., sez. II, 20 novembre 1996 - 19 febbraio 1998, n. 2103, Marras, in *C.e.d.*, n. 209929.

Cass., 3 luglio 1996, Olivetti, in *C.e.d.*, n. 206521.

Cass., Sez. un., 9 ottobre 1996, Carpanelli e altri, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2429.

Cass., 19 gennaio 1996, Pezzatini.

Cass., sez. I, 21 febbraio 1995, n. 1699.

Cass., sez. II, 27 gennaio 1995, Amico, ANPP, 1995, p. 458.

Cass. sez. III, 26 ottobre 1995, Flamini, in *Cass. pen.*, 1997, p. 988, m. 587.
Cass., sez. I, 21 ottobre 1994, Riola, in *CED Cass.*, n. 200072.
Cass., Sez. un., 22 febbraio 1993, *MCP*, 192469.
Cass., sez. III, 15 ottobre 1993, n. 1877, Maiolo.
Cass., sez. I, 4 giugno 1992 - 3 agosto 1992, n. 2623, Filannino, in *C.e.d.*, n. 191552.
Cass., sez. II, 9 ottobre 1992, n. 2980, Capasso.
Cass. sez. VI, 22 gennaio 1992, Frati, in *Riv. pen.*, 1993, p. 129 - 130.
Cass., sez. I, 18 marzo 1992, n. 3209, Matha.
Cass., sez. VI., 16 ottobre 1989, Battaglia, in *Riv. pen.*, 1990, p. 1076.
Cass., sez. I, 24 novembre 1986, Pravatà e altri, in *Foro.it*, 1987, II, c. 416.
Cass., sez. II, 18 gennaio 1984, in *Cass. pen.*, 1985, p. 2086 - 2087.
Cass., sez. VI, 16 febbraio 1984, Rampuglia, in *Riv. pen.*, 1985, p. 94.
Cass., sez. III, 1 marzo 1982, Di Bitetto, in *Cass. pen.*, 1997, p. 1078, m. 669.
Cass., Sez. un., 3 luglio 1971, Carpenito, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, p. 918.

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

Corte e.d.u., 15 marzo 2022, Bjarki H. Diego c. Islanda.
Corte e.d.u., 1 aprile 2021, Sedletska c. Ucraina.
Corte e.d.u., 14 aprile 2020, Dragan Petrović c. Serbia.
Corte e.d.u., 13 febbraio 2020, Trajkovski e Chipovski c. Macedonia del Nord.
Corte e.d.u., 13 febbraio 2020, Gaughran c. Regno Unito.
Corte e.d.u., 21 novembre 2019, Ilias e Ahmed c. Ungheria.
Corte e.d.u., 24 gennaio 2019, Knox c. Italia.
Corte e.d.u., 8 febbraio 2018, Ben Faiza c. Francia.
Corte e.d.u., 27 settembre 2018, Brazzi c. Italia.
Corte e.d.u., 13 settembre 2018, Big Brother Watch c. Regno Unito.
Corte e.d.u., 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia.
Corte e.d.u., 15 dicembre 2016, Khlaifia e altri c. Italia.
Corte e.d.u., 4 dicembre 2015, Roman Zakharov c. Russia.
Corte e.d.u., 7 aprile 2015, Cestaro c. Italia.

Corte e.d.u., 7 aprile 2015, O'Donnel c. Regno Unito.
Corte e.d.u., 8 aprile 2014, Blaj c. Romania.
Corte e.d.u., 8 gennaio 2013, Torreggiani c. Italia.
Corte e.d.u., 18 aprile 2013, M.K. c. Francia.
Corte e.d.u., 11 giugno 2013, Donato D'Auria e Balsamo c. Italia.
Corte e.d.u., 17 gennaio 2012, Stanev c. Bulgaria.
Corte e.d.u., 14 febbraio 2012, D.D. c. Lituania.
Corte e.d.u., 24 maggio 2011, Konstas c. Grecia.
Corte e.d.u., 5 aprile 2011, Sarigiannis c. Italia.
Corte e.d.u., 12 gennaio 2010, Gillan e Quinton c. Regno Unito.
Corte e.d.u., 10 marzo 2009, Bykov c. Russia.
Corte e.d.u., 2 settembre 2009, Uzun c. Germania.
Corte e.d.u., 10 febbraio 2009, Iordachi c. Moldavia.
Corte e.d.u., 4 dicembre 2008, S. e Marper c. Regno Unito.
Corte e.d.u., 22 maggio 2008, Ilya Stefanov c. Bulgaria.
Corte e.d.u., 24 giugno 2008, Foka c. Turchia.
Corte e.d.u., 1 marzo 2007, Heglas c. Repubblica Ceca.
Corte e.d.u., 10 aprile 2007, Panarisi c. Italia.
Corte e.d.u., 3 aprile 2007, Copland c. Regno Unito.
Corte e.d.u., 29 giugno 2007, O'Holloran e Francis c. Regno Unito.
Corte e.d.u., 25 ottobre 2007, Van Vondel c. Olanda.
Corte e.d.u., 29 giugno 2006, Weber e Saravia c. Germania.
Corte e.d.u., 11 giugno 2006, Jalloh c. Germania.
Corte e.d.u., 21 settembre 2006, Pandy c. Belgio.
Corte e.d.u., 16 giugno 2005, Storck c. Germania.
Corte e.d.u., 8 aprile 2003, M.M. c. Paesi Bassi.
Corte e.d.u., 16 aprile 2002, Société Colas Est e altri c. Francia.
Corte e.d.u., 8 ottobre 2002, Beckles c. Regno Unito.
Corte e.d.u., 16 marzo 2000, Camilleri c. Malta.
Corte e.d.u., 21 dicembre 2000, Heaney e McGuinness c. Irlanda.
Corte e.d.u., 2 maggio 2000, Condron c. Regno Unito.

Corte e.d.u., 6 aprile 2000, Labita c. Italia.
Corte e.d.u., 15 maggio 2000, Khan c. Regno Unito.
Corte e.d.u., 28 luglio 1999, Selmouni c. Francia.
Corte e.d.u., 30 luglio 1998, Valenzuela Contreras c. Spagna.
Corte e.d.u., 18 dicembre 1996, Aksoy c. Turchia.
Corte e.d.u., 26 marzo 1996, Doorson c. Paesi Bassi.
Corte e.d.u., 25 febbraio 1993, Funke c. Francia.
Corte e.d.u., 16 dicembre 1992, Niemietz c. Germania.
Corte e.d.u., 27 agosto 1992, Tomasi c. Francia.
Corte e.d.u., 9 febbraio 1990, Melchers e Co. c. Germania.
Corte e.d.u., 19 dicembre 1989, Kamasinski c. Austria.
Corte e.d.u., 7 luglio 1989, Soering c. Regno Unito.
Corte e.d.u., 26 marzo 1987, Leander c. Germania.
Corte e.d.u., 8 febbraio 1986, John Murray c. Regno Unito.
Corte e.d.u., 2 agosto 1984, Malone c. Regno Unito.
Corte e.d.u., 25 marzo 1983, Minelli c. Svizzera.
Corte e.d.u., 6 novembre 1980, Guzzardi c. Italia.
Corte e.d.u., 13 maggio 1980, Artico c. Italia.
Corte e.d.u., 26 aprile 1979, Sunday Times c. Regno Unito.
Corte e.d.u., 28 novembre 1978, Luedicke, Belkacem and Koç v. Germany.
Corte e.d.u., 8 giugno 1976, Engel e altri c. Paesi Bassi.

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

Corte giust. UE, 16 dicembre 2021, C-724/19, HP.
Corte giust. UE, 2 marzo 2021, C-746/18, H.K.
Corte giust. UE, 16 febbraio 2021, C-72/10 e C-77/10, Costa - Cifone.
Corte giust. UE, 8 dicembre 2020, C-584/19, in *Proc. pen. e giust.*
Corte giust. UE, 17 gennaio 2019, C-310/16, in *Arch. pen.*
Corte giust. UE, 24 ottobre 2019, C-324/17, Gavanozov.

Corte giust. UE, 21 dicembre 2016, C-203/15 e C-698/15, Tele2 Sverige AB c. Post- och telestyrelsen e Secretary of State for the Home Department c. Tom Watson e altri.

Corte giust. UE, 6 ottobre 2015, C-362/14, Maximillian Schrems c. Data Protection Commissioner

Corte giust. UE, 8 aprile 2014, C-293/12 e C-594/12, Digital Rights c. Irlanda.

Corte giust., 18 dicembre 2014, parere 2/13

Corte giust. UE, 3 settembre 2008, C-402/05, C-415/05.

Corte giust. UE, 16 giugno 2005, C-105/03.

Corte giust. UE, 11 luglio 2002, C-60/00.

Corte giust. UE, 28 marzo 2000, C-7/98.

Corte giust. UE, 28 marzo 1996, parere 2/94.

Corte giust. UE, 18 giugno 1991, C-260/89.

Corte giust. UE, 28 ottobre 1975, C-36/75.

Corte giust. UE, 14 maggio 1974, C-4/73.

Corte giust. UE, 12 novembre 1969, C-29/69.

Corte giust. UE, 15 luglio 1964, C-6/64.

Corte giust. UE, 5 febbraio 1963, C-26/62.

Corte giust. UE, 4 febbraio 1959, C-1/58.