

ORIENTAMENTI

GIANFEDERICO CECANESE

Il diritto al silenzio o a non partecipare dell'imputato e le regole del confronto

SOMMARIO: 1. Premessa: la ragion d'essere del confronto. - 2. La latitudine delle garanzie e lo sviluppo legislativo. - 3. Le modalità di attuazione delle garanzie. - 4. Un punto critico: il diritto dell'imputato di non partecipare e/o non rispondere.

1. Premessa: la ragion d'essere del confronto

Nel panorama della prova dichiarativa l'istituto del confronto tra più persone rappresenta un mezzo attraverso il quale il giudice è messo nelle condizioni di comprendere le dinamiche di un fatto storico attribuendo valore ad una prospettiva piuttosto che ad un'altra resa *ex adverso*.

Il confronto, infatti, si risolve in un interrogatorio contemporaneo tra due o più persone avente ad oggetto fatti e circostanze su cui vi è stata divergenza di racconto.

Più in particolare, esso riguarda le dichiarazioni rese da soggetti separatamente ma, allo stesso tempo, tra di loro discordanti su dati fattuali rilevanti per l'accertamento di un determinato reato¹.

Si tratta di un mezzo di prova che appartiene alla tradizione giuridica italiana con il quale, attraverso la contrapposizione dialettica, si tende a far emergere la verità processuale: il contatto tra le persone, lo scambio amichevole di idee ed impressioni, la rievocazione di ricordi unitamente all'urto aspro, ostile, violento tra i contendenti, possono, invero, favorire fecondi elementi di convincimento, dissipare dubbi e illuminare oscurità nella difficoltosa attività volta alla ricostruzione del fatto primo passo prodromico per accertare la verità².

Dunque, l'utilizzazione di questo strumento consente di individuare, evidenziare e risolvere le incongruenze e le contraddizioni insite nelle dichiarazioni rese da più persone e in ciò si differenzia dalla ricognizione personale ove, l'incontro tra i diversi soggetti è, invece, finalizzato al riconoscimento dell'uno da parte dell'altro.

Insomma, ciò che serve ad orientare il convincimento del giudice è l'attenta ponderazione delle circostanze e di tutti gli elementi utili a determinare la

¹ In argomento, ampiamente, LORUSSO, *Confronti*, in *La prova penale*, diretto da A. Gaito, Milano, 2008, 627.

² In questi termini si è espresso FLORIAN, *Delle prove penali*, III ed., a cura di Fedes, Varese-Milano, 1961, 642.

credibilità del dichiarante³.

Ovviamente, oltre ad esaminare la credibilità dei testimoni, il giudice è tenuto a scandagliare, accuratamente il tenore delle loro dichiarazioni privilegiando quella più verosimile e che, più delle altre, è riscontrabile con le diverse prove e circostanze del fatto di già esistenti.

Come si nota, nel confronto si attuano appieno i principi dell'oralità, dell'immediatezza e del contraddittorio tra le persone esaminate: d'altronde, eliminando tali prerogative e riducendo tale mezzo di prova alla sola lettura di quanto contenuto nei verbali, si correrebbe il rischio di fargli perdere il suo vigore di prova rendendolo scialbo⁴.

Un aspetto peculiare dell'istituto è rappresentato dal fatto che vi si può far ricorso a prescindere dall'esistenza di altre prove e ciò ne esalta la forza probatoria differenziandolo dai suoi omonimi disciplinati dai codici preesistenti⁵.

Infatti, nella struttura del vigente codice di rito, il confronto ha trovato una collocazione autonoma anche rispetto all'istituto della ricognizione cui era tradizionalmente connesso sin dal codice del 1865 (art. 245), forse anche a causa della commistione terminologica che spesso porta, soprattutto i non addetti ai lavori, a denominare le ricognizioni "confronti all'americana".

Tra l'altro, tale scelta legislativa valorizza l'ontologica diversità tra i citati mezzi di prova e segna la rottura di una risalente tradizione di sistema che rinveniva il proprio fondamento nella circostanza che, nell'età di mezzo, i due mezzi di prova erano spesso confusi tra di loro⁶.

Ed è proprio in virtù di ciò che l'istituto è stato ritenuto superfluo laddove si fosse attuata, all'interno del processo, quella pratica anglosassone dell'esame incrociato che si sarebbe risolta in confronti automatici⁷.

Anzi, poiché l'esame incrociato è deputato all'acquisizione di dati conoscitivi, previa meccanismi che consentono la verifica della credibilità del dichiarante, è ancora più evidente la diversità finalistica rispetto al confronto.

³ MITTERMAIER, *Teoria della prova*, Milano, 1858, 443, specifica che le diverse dichiarazioni potrebbero riguardare lo stesso fatto principale: in questo caso non erano da considerarsi contraddittorie anzi, necessarie per la ricostruzione del fatto. Se, invece, le dichiarazioni erano tra di loro in contraddizione tale da non poter convivere, allora ci si trovava in presenza di una vera e propria contraddizione.

⁴ Per una ricostruzione storica dell'istituto, cfr., MITTERMAIER, *Deutsches Strafverf.*, 1833, § 89.

⁵ Nel codice tedesco era, invero, previsto che il confronto con altri testimoni o con l'imputato nel periodo istruttorio era permesso solo nei casi in cui il medesimo non potesse essere differito sino al dibattimento senza pregiudizio della causa. Invece, nell'art. 245 codice del 1865 si precisava che il giudice non poteva usare tale facoltà quando poteva, in altro modo, procurarsi indizi sufficienti in ordine al reato e ai suoi autori. FLORIAN, *Prove penali*, cit. 549.

⁶ Ampiamente CUOSTA, voce *Confronti (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Giur. Treccani*, 2007, 1.

⁷ La critica è stata sollevata da, BELLAVISTA, voce *Confronto*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1961, 1043.

Quest'ultimo, invero, si caratterizza per la presenza di narrazioni inconciliabili ed è normativamente preordinato ad un allineamento delle stesse o, persistendo il contrasto, alla individuazione dell'ipotesi ricostruttiva da accreditarsi. Ciò non impedisce di pervenire al medesimo risultato utilizzando la tecnica dell'esame incrociato⁸: si può, invero, verificare che il dichiarante confermi la propria originaria dichiarazione eliminando le contraddizioni con le dichiarazioni rese da altro soggetto.

Tuttavia, l'esame incrociato⁹ è fortemente limitato nella parte in cui si risolve nella conferma delle differenti dichiarazioni rese dalle diverse parti.

A fronte di simili evenienze, invece, dovrebbe essere esaltata l'utilità del confronto: ancorché l'istituto non garantisca, sempre e comunque, un allineamento delle differenti versioni, la dialettica contrapposizione dei dichiaranti, che ne caratterizza la struttura, agevola il giudice nel delicato compito di accertare la verità processuale¹⁰.

D'altra parte, si deve riconoscere, da un lato, che più frequente è stato il ricorso al confronto negli ultimi anni, in regime di tendenziale separazione di processi altrimenti connessi o connettabili, e ciò con risultati non di rado soddisfacenti: dall'altro, occorre sottolineare che sarebbe un errore pensare a questo istituto sempre, e soltanto, come allo scontro drammatico tra soggetti tenacemente, ed aprioristicamente, attaccati a dichiarazioni già rese e mai modificabili, per ostinazione o per premeditato ed interessato mendacio¹¹.

Il confronto non è, necessariamente, l'urto fra contrastanti dichiarazioni, destinate all'immutabilità: esso è, invece, un utile mezzo di prova attraverso cui è possibile accertare un determinato fatto anche rievocando ricordi imperfetti o deformati¹².

⁸ In argomento la letteratura è ampia cfr., per tutti, AMODIO, *L'esame incrociato tra gli insegnamenti della prassi angloamericana e le scelte del legislatore italiano*, in STONE, *La cross-examination. Strategie e tecniche*, Milano, 1990, 34; CARPONI SCHITTAR, *Modi dell'esame e del controesame*, Milano, 2001, 22; FRIGO, *Sub artt. 496-499*, in *Comm. nuovo c.p.p. Chiavario*, Torino, 1991, 226; KALB, *Ruolo delle parti e poteri del giudice nello svolgimento dell'esame testimoniale*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 1553; RIZZO, *L'elaborazione della prova dichiarativa: il metodo dell'esame incrociato*, in *La prova penale*, diretto da A. Gaito, II, Torino, 2010, 520 e ss.; TAORMINA, *Il regime della prova nel processo penale*, Torino, 2007, 390; TONINI, *La prova penale*, Padova, 2000, 24.

⁹ Per un approfondimento delle problematiche ontologicamente connesse all'esame incrociato, MAFFEO, *L'esame incrociato tra legge e prassi*, Torino, 2013.

¹⁰ Secondo CUOSTA, *voce Confronti*, (*dir. proc. pen.*), in *EGT*, 2007, 2, i limitati ambiti applicativi della *direct and cross examination* e la eterogenea casistica che caratterizza lo sviluppo delle singole vicende procedurali, smentiscono la superfluità del confronto.

¹¹ In questi termini, MELCHIONDA, *Sub art. 211*, in *Comm. nuovo c.p.p. Chiavario*, Torino, 1990, 527.

¹² Secondo MELCHIONDA, *Sub art. 211*, cit., 527 in alcuni casi è stato dimostrato che, all'esito del confronto, uno dei soggetti, sollecitato da particolari riferimenti o da più dettagliate descrizioni provenienti dal contraddittore, ha rivissuto meglio mnemonicamente il fatto, finendo con l'ammettere che, tra i due ricordi divergenti, esatto era quello difforme dal proprio.

In una diversa prospettiva, è stato evidenziato che la *cross examination* rispetto ad una fonte di prova unica è differente dal contraddittorio tra le fonti di prova plurime, per cui il confronto si sostanzia in un'epifania tipica del diritto di difesa, nella sua accezione materiale (art. 24, co. 2, Cost.), attuativa delle regole costituzionalizzate del "giusto processo" (art. 111, co. 3, Cost.)¹³: si ritiene, invero, che la prima richiesta dell'imputato che si proclami innocente sia proprio quella preordinata a confrontarsi con il suo accusatore.

Tra l'altro, l'art. 111 Cost. nel riconoscere all'imputato la facoltà di interrogare o fare interrogare gli accusatori, ipotizza uno specifico spazio per l'intervento diretto dell'imputato nella formazione della prova dichiarativa il cui unico riferimento normativo è costituito proprio dalla disciplina inerente il confronto¹⁴.

2. La latitudine delle garanzie e lo sviluppo legislativo

Nel codice previgente l'operatività del confronto era subordinata alla presenza concomitante di tre presupposti: a) che le persone da sottoporvi fossero state già esaminate (se testimoni) o interrogate (se imputati)¹⁵; b) che le dichiarazioni rese in precedenza fossero tra di loro contrastanti; c) che il contrasto doveva essere circoscritto a fatti e circostanze importanti.

Di conseguenza, l'istituto poteva essere espletato tra imputati ed imputati, tra testimoni e testimoni, tra testimoni e imputati e per ogni ipotesi di reato essendo l'interesse alla verità sotteso tanto ai lievi quanto ai gravi fatti di reato¹⁶.

Tuttavia, il mezzo di prova *de quo* non andava confuso con quella particolare forma di contraddittorio¹⁷ che il giudice poteva instaurare con il denunciante, il querelante, l'offeso dal reato ed il reo: in questi casi, invero, non era necessario che le parti fossero già state sentite¹⁸ non essendo l'esame finalizzato a risolvere eventuali contraddizioni¹⁹.

¹³ FURGIUELE, *La prova per il giudizio nel processo penale*, Torino, 2007, 192.

¹⁴ In questi termini, FURGIUELE, *La prova per il giudizio nel processo penale*, cit., 192.

¹⁵ Nella *Relazione* al progetto del codice di procedura penale del 1905 era stato precisato che il sommario interrogatorio dell'arrestato unitamente alle sommarie informazioni testimoniali assunte dalla polizia giudiziaria quando fossero contrastanti potevano essere considerate valido presupposto ai fini del confronto soltanto nella successiva fase istruttoria, sommaria o formale.

¹⁶ Cass., 23.10.1920, in *La proc. pen.*, 1921, 392.

¹⁷ Secondo CARNELUTTI il termine adoperato nel testo sarebbe sinonimo improprio di confronto: v. *Principi del processo penale*, Napoli, 1960, 102. Sul punto cfr. altresì CONSO, *Considerazioni in tema di contraddittorio nel processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1966, 405.

¹⁸ Anzi, secondo taluni, il contraddittorio non doveva neppure essere realizzato attraverso la contemporanea presenza delle parti: cfr., in tal senso, GALATI, *L'interrogatorio a chiarimento*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1968, 972 ss.

¹⁹ Per ulteriori approfondimenti, CONSO, *Istituzioni di diritto processuale penale*, III ed., Milano, 1969, 153.

Eppure, tra i due atti era stata individuata una matrice comune almeno con riguardo all'applicazione delle medesime garanzie non rilevando la differenza normativamente esistente tra gli stessi e secondo la quale l'esame (art. 300 c.p.p. 1930)²⁰ si svolgeva senza alcuna formalità a differenza del confronto che, invece, richiedeva la verbalizzazione «delle domande rivolte dal giudice, delle dichiarazioni rese dalle persone» che partecipavano all'atto «e di quant'altro avveniva durante il confronto», con l'unica eccezione rappresentata dalle “impressioni” riportate dal giudice circa il contegno tenuto dalle parti private²¹.

Ciononostante, nel caso in cui le persone sottoposte al confronto avessero confermato le contraddizioni in ordine alle precedenti dichiarazioni al giudice non residuava altro potere che quello di controllare e osservarne il contegno: prerogative, queste ultime, connesse al suo intimo e libero convincimento²².

D'altronde, sarebbe stato pericoloso e, allo stesso tempo, insidioso verbalizzare le impressioni soggettive di un giudice che avrebbe potuto essere tratto in inganno²³ dalla sfrontatezza di un soggetto o dalla perplessità di un altro con grave nocimento per l'imparzialità dell'atto²⁴.

Ad ogni modo, le implicazioni connesse al confronto hanno indotto la dottrina a chiedersi se ad esso dovesse riconoscersi natura di mezzo probatorio autonomo ovvero se, viceversa, non si dovesse operare un opportuno distinguo almeno nei casi in cui all'atto istruttorio fosse chiamato a partecipare l'imputato.

La differenza non era di poco conto ma, anzi, si riverberava sulla sostanza del problema in quanto nel primo caso non erano applicabili quelle garanzie già previste per l'interrogatorio; nel secondo, invece, si riconosceva all'imputato il diritto all'avviso circa la facoltà di non rispondere (art. 78, co. 3, c.p.p. 1930), nonché il diritto a non collaborare e ad essere assistito da un difensore anche nell'ipotesi in cui fosse “parte” in un confronto²⁵.

²⁰ Secondo GREVI, *Nemo tenetur*, cit., 282, nessuna particolare differenza sembra intercorrere, sotto il profilo delle garanzie formali fra l'atto previsto dall'art. 300 c.p.p. e l'atto di confronto regolato dall'art. 364 c.p.p.: al punto da esser sostanzialmente assimilato all'interrogatorio libero disciplinato dall'art. 117 c.p.c. V., per tutti, ANDRIOLI, *Commento al Codice di procedura civile*, III ed., Napoli, 1961, 342.

²¹ BELLAVISTA, *Lezioni di diritto processuale penale*, Milano, 1960, 266; DE MARSICO, *Lezioni di diritto processuale penale*, IV ed., Torino, 1952, 184.

²² FROSALI, *Sistema del diritto processuale penale*, IV ed., Torino, 1958, 79.

²³ In questi termini cfr., *Relazione al progetto preliminare di un nuovo codice di procedura penale*, in *Raccolta*, VIII, Roma, 1930, 70.

²⁴ Secondo la dottrina prevalente la violazione del divieto, pur non specificatamente contemplata, renderebbe annullabile la sentenza per vizio *in iudicando*. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale*, cit., 184.

²⁵ MANZIONE, voce *Confronto*, in *Dir. pen.*, Torino, 1985, 58.

Tra l'altro, non ricorrendo alcuna equipollenza tra confronto ed interrogatorio, la posizione dell'imputato, chiamato al confronto, risultava più delicata, sia perché l'atto poteva essere sempre disposto durante il processo, sia perché la rilevanza del comportamento processuale dell'imputato rilevava in virtù di un espresso richiamo normativo.

Inoltre, contrariamente a quanto si verificava in tema d'interrogatorio, non incombeva all'imputato un obbligo di dire la verità²⁶ ne, tantomeno, si poteva attribuire una determinata rilevanza probatoria al suo silenzio o al mendacio; tuttavia, nel confronto l'atteggiamento processuale dell'imputato poteva contribuire al convincimento del giudice²⁷, certo non come prova²⁸, e nemmeno come indizio, ma come circostanza in grado di avvalorare elementi probatori desunti *aliunde*²⁹.

La problematica *de qua* non investiva il confronto cui partecipavano solamente i testimoni proprio perché la *suitas* che ricoprivano li vincolava ad osservare l'obbligo di verità.

Di conseguenza, l'atto in questione non sembrava poter essere considerato del tutto omogeneo a prescindere dai soggetti che vi partecipavano; non solo, ma in virtù di quel maggiore "assoggettamento" cui era sottoposto l'imputato, diventava necessario assicurargli il pieno rispetto delle garanzie difensive e tra di esse, in modo particolare, l'assistenza del difensore.

Tali argomentazioni non sono state condivise dalla Corte costituzionale la quale, chiamata a risolvere una questione di illegittimità delle norme contenute negli artt. 304-bis e 364 c.p.p. 1930 nella parte in cui impedivano all'imputato di farsi assistere da un difensore durante l'assunzione di un con-

²⁶ Secondo CORDERO, *Procedura penale*, VIII ed., Milano, 1985, 224, il giudice valuta la personalità del reo nell'universo dei suoi atteggiamenti, incluso il comportamento processuale, traccia utilissima per capire il giudicando; ma una simile premessa non basta a configurare un obbligo di agire in questo o quel modo. Situazioni del genere non evadono dalla logica dell'onere.

²⁷ Sul punto GREVI, *Nemo tenetur*, cit., 126, il quale, con riferimento all'interrogatorio, rileva come la *recusatio respondendi* dell'imputato possa produrre una "cattiva impressione" sull'animo del giudice "specie ove si tratti di un giudice poco sensibile alla esigenza di rispetto per la libertà morale dell'imputato, ma una simile impressione non potrebbe, in alcun modo, essere assunta tra le componenti del convincimento giudiziale, quale deve risultare, nel suo completo iter logico, dalla motivazione della sentenza".

²⁸ Nel senso che l'interrogatorio dell'imputato ha natura di mezzo di prova v. peraltro, Cass. Sez. IV, 30 settembre 1981, Marconi, in *Cass. pen.*, 1984, 605, con nota critica di GAZZANIGA, *In tema di utilizzabilità processuale delle dichiarazioni dell'imputato*.

²⁹ Secondo LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, vol. II, Napoli, 1961, 168, dal rifiuto di rispondere opposto dall'imputato all'interrogatorio può ricavarsi, al più, «un indizio fondato sulla considerazione che il rifiuto possa significare mancanza di elementi di discolora da contrapporre all'accusa».

fronto con altri imputati o con altri testimoni, non ha esitato a negare tale prerogativa³⁰.

Secondo il ragionamento seguito dalla Corte la presenza del difensore era necessaria soltanto per quegli atti di natura irripetibile e non per quelli ripetibili come, appunto, era stato considerato il confronto³¹.

La presenza del difensore sarebbe stata necessaria in sede di interrogatorio al fine di impostare la difesa ed indicare le prove poiché atto peculiare dell'inizio della fase istruttoria: argomentazione, quest'ultima, non estendibile al confronto perché atto inerente una fase investigativa successiva, più avanzata³².

In altre parole, il mancato intervento del difensore ai confronti doveva essere giustificato, soprattutto, in funzione del fatto che, in tali atti, non s'impostava – come, invece, nell'interrogatorio – il piano programmatico di difesa dell'imputato³³.

Nel codice del 1988 la disciplina del diritto di difesa in relazione al profilo dell'assistenza del difensore tecnico, delineata dall'attuale art. 364 c.p.p., è ricalcata sul disegno delineatosi nel vecchio codice a seguito delle pronunce della Corte Costituzionale³⁴.

Nell'epigrafe della norma – «nomina ed assistenza del difensore» viene indicato un contenuto solo parziale poiché, il realtà, esso è ben più complesso ed articolato³⁵: la norma, invero, disciplina l'esercizio del diritto di difesa nella fase delle indagini preliminari.

Profilo di notevole complessità tecnica in considerazione del fatto che, in un modello ideologicamente ispirato all'attuazione dei principi accusatori, gli atti compiuti durante le indagini preliminari non abbisognerebbero

³⁰ Più in particolare, con la sentenza della Corte cost. n. 63 del 1972, in *Giust. cost.*, 1982, 282, la Corte è stata investita di una questione, a più ampio raggio, riguardante l'esigenza di garantire l'intervento del difensore dell'imputato a tutti gli atti istruttori e preistruttori, con la possibilità di visionarli. In virtù di ciò l'illegittimità è stata dichiarata sulla base di un distinguo tra atti istruttori ripetibili come il confronto, ed atti irripetibili.

³¹ In quest'ultimo caso l'assenza del difensore non violava il diritto di difesa costituzionalmente tutelato e ciò in quanto l'esercizio di tale diritto poteva essere differito alla fase dibattimentale. BALLERO, *Tutela sostanziale del diritto di difesa e nuovo corso della giurisprudenza costituzionale*, in *Giust. cost.*, 1973, 1041.

³² Di contrario avviso, CHIAVARIO, *Ancora chiaroscuri nel processo di riassetto della normativa attinente alle garanzie difensive in fase istruttoria*, in *Giust. cost.*, 1973, 292; GABRIELI, voce *Prova in generale (dir. pen.)*, in *Nuovo Dig. It.*, X, Torino, 1939, 835.

³³ CHIAVARIO, *Ancora chiaroscuri nel processo di riassetto della normativa attinente alle garanzie difensive in fase istruttoria*, cit., 295.

³⁴ Si veda in particolare, la sentenza 3 agosto 1976, n. 218, in *Giust. cost.*, 1976, II, 1375.

³⁵ FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, Milano 2004, 213.

dell'intervento del difensore con funzione di difesa tecnica ma, al limite, di sola tutela della libertà morale dell'indagato.

Inoltre, la presenza difensiva si concilia solo con una tipizzazione accurata degli atti di indagine: ciò che, viceversa, non risulta essere affatto il genoma di un rito accusatorio che, proprio nella indagine a "forma libera" trova sinergie di snellezza, rapidità e, quindi, di efficienza³⁶.

La soluzione adottata dal legislatore del 1988 si basa sulla differenziazione tra atti c.d. garantiti - con obbligo di preventivo avviso al difensore prima del compimento dell'atto (art. 364 c.p.p.) e senza avviso in caso di atti irripetibili (art. 365 c.p.p.) - e atti c.d. non garantiti ai quali il difensore dell'indagato non ha diritto di assistere³⁷.

Con il conio dell'art. 364 c.p.p., in realtà il legislatore delegato ha costruito una norma complessa con riflessi connessi su istituti processuali differenti.

La norma contenuta nel comma 1 dell'art. 364 c.p.p., invero, richiama l'invito a comparire, disciplinato dall'art. 375 c.p.p. che deve essere notificato all'indagato solo nel caso in cui il pubblico ministero ritenga di procedere all'espletamento dei tre atti tipici ivi indicati, e cioè l'interrogatorio, il confronto e l'ispezione³⁸.

L'invito è correlato alla necessità di ottenere la presenza fisica dell'indagato - attraverso il richiamo all'art. 375 c.p.p. e, quindi, alle forme con le quali tale presenza può essere disposta, eventualmente anche in modo coattivo - e non a informare il soggetto del compimento dell'atto³⁹.

In verità l'autentico problema ermeneutico posto dall'art. 364 c.p.p. riguarda, piuttosto, la qualifica da riconoscere a ciascun atto, posto che è proprio dalla riconducibilità all'una o all'altra delle categorie tipiche che discende il diritto di partecipazione difensiva⁴⁰.

³⁶ Al riguardo, GAETA, Sub art. 364, in *C.p.p. comm. Giarda, Spangher*, Torino, 2010, 4435.

³⁷ Si tratta di quegli atti ricavati in via interpretativa che non rientrano tra quelli indicati negli artt. 364 e 365 c.p.p. come, ad esempio, le sommarie informazioni testimoniali, le intercettazioni, e le individuazioni. In argomento, MICONI, *Le indagini soggettive: interrogatori, sommarie informazioni, confronti e individuazione nell'investigazione penale*, Torino, 2001, 102.

³⁸ La norma in oggetto deve, necessariamente, essere coordinata con quella contenuta nel successivo co. 3 dell'art. 364 c.p.p., in modo che risulta evidente che l'elencazione degli atti ha il solo effetto di indicare quelli per i quali deve essere inviato avviso al difensore. V., FRIGO, *La posizione del difensore nel nuovo processo penale*, in *Giust. pen.*, 1988, I, 588.

³⁹ È vero che l'art. 375 c.p.p. prevede, espressamente, che nell'invito sia indicato l'atto al cui compimento esso è finalizzato, ma tale informazione è correlata alla disponibilità fisica del soggetto. In argomento, ampiamente, SALVI, Sub art. 364, in *Comm. nuovo c.p.p. Chiavario*, cit., 240.

⁴⁰ In dottrina, cfr., MANZIONE, *L'attività del pubblico ministero*, in *Indagini preliminari e instaurazione del processo*, coordinato da M. Aimonetto, in *Giurisprudenza sistematica del diritto processuale penale*, diretta da M. Chiavario, E. Marzaduri, Torino, 1999, 250.

E se per l'interrogatorio e il confronto la linea di confine è netta e inequivoca, profili di maggiore problematicità presenta l'esatta definizione della galassia costituita dagli ulteriori atti.

In verità, ciò che in questa sede appare opportuno approfondire è il peculiare sistema inerente la scansione dei tempi dell'avviso al difensore sotteso all'art. 364 c.p.p.

La norma, invero, contempla una regola temporale di carattere generale - avviso notificato almeno 24 ore prima del compimento dell'atto - che si modula, poi, su due eccezioni.

La prima, contenuta nella parte iniziale del co. 5 e che riguarda tutti gli atti contemplati nel comma 1 (interrogatori, confronti ed ispezioni), prevede la possibilità di derogare al termine fissato in caso di assoluta urgenza dovuta alla necessità di raccogliere la prova: in questo caso, il difensore deve essere avvisato «senza ritardo e, comunque, tempestivamente»⁴¹.

La seconda, disciplinata dall'ultima parte del co. 5, si riferisce soltanto all'ispezione e alla possibilità di derogare all'avviso in presenza di un fondato motivo tale da ritenere che le tracce o gli altri effetti materiali del reato possano essere alterati⁴².

Come si nota, la presenza del difensore agli atti su indicati è importante e non si risolve solo in un intervento limitato alla tutela della libertà morale delle persone⁴³, ma si estende anche a una funzione difensiva vera e propria.

Infatti, il difensore può intervenire all'atto attivamente potendo presentare al pubblico ministero richieste, osservazioni e riserve delle quali deve essere fatta menzione nel verbale (art. 364, co. 7, c.p.p.).

Non solo. Ma il diritto di difesa e, in specie, la facoltà di assistere agli atti rileva poiché ontologicamente connesso con il regime di utilizzabilità degli atti di indagine.

La norma contenuta nell'art. 503, co. 5, c.p.p., invero, prevede che «le dichiarazioni alle quali il difensore aveva diritto di assistere (tra cui l'interrogatorio e il confronto) assunte dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria su delega del pubblico ministero (artt. 350, 351, co. 1-bis, e 370 c.p.p.), sono acquisi-

⁴¹ BONZANO, *Attività del pubblico ministero*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. SPANGHR, VIII, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, a cura di G. Garuti, Torino, 2009, 245.

⁴² La norma contenuta nel comma 5 va coordinata con il successivo comma 6 che contempla una specifica ipotesi di nullità in caso di omessa indicazione dei motivi della deroga o dalle modalità dell'avviso. In argomento, FELICIONI, *Ispezioni e perquisizioni*, cit., 123 e ss. In giurisprudenza si segnala Cass., Sez. II, 21 maggio 2009, Di Palo, in *Mass. Uff.*, n. 35939.

⁴³ Ciò si verificava nel codice previgente. Cfr., AMODIO, *La fase anteriore al dibattimento nella nuova legge delega per il codice di procedura penale*, in *Giust. pen.*, 1982, III, 511.

te nel fascicolo per il dibattimento (art. 431 c.p.p.), se sono state utilizzate per le contestazioni previste dal comma 3»⁴⁴.

Pertanto, il regime di utilizzabilità dibattimentale degli atti varia a seconda del regime garantistico dell'atto: ad esempio, il verbale relativo al confronto tra soggetti diversi dall'indagato, pur essendo strutturalmente identico al confronto indicato nell'art. 364 c.p.p., non può essere allegato al fascicolo per il dibattimento anche se utilizzato a norma dell'art. 500 c.p.p.

In questo caso i riflessi sul piano probatorio sono notevoli giacchè il giudice può servirsi degli atti contenuti nel fascicolo per il dibattimento ai fini della decisione: viceversa, gli atti utilizzati per le contestazioni ricevono un differente trattamento probatorio⁴⁵.

3. Le modalità di attuazione delle garanzie

Oltre alla novità di carattere sistematico, il legislatore del 1988 ha dettato per il confronto una disciplina lievemente più articolata, soprattutto per quanto concerne le modalità di assunzione della prova e gli adempimenti che incombono sul giudice, rispetto a quella contenuta all'art. 364 c.p.p. 1930 anche se nella sostanza, il mezzo di prova rimane, pressoché, invariato per quanto concerne i presupposti e le finalità⁴⁶.

Queste ultime, al pari di quanto previsto dalla normativa previgente, sono rappresentate dalla necessità di addivenire all'accertamento di una verità processuale rimuovendo, attraverso una verifica di attendibilità del materiale valutabile ai fini della pronuncia di responsabilità, ogni possibile incongruenza ovvero a far emergere ulteriori elementi di riscontro di una delle due differenti versioni rimasti prima in ombra⁴⁷.

Per assumere tale mezzo di prova è, quindi, necessario che i protagonisti siano stati già interrogati in precedenza ed abbiano reso dichiarazioni tra loro divergenti su temi di prova centrali della vicenda per cui il processo è in corso⁴⁸.

⁴⁴ In argomento la dottrina è ampia per cui si segnalano, per tutti, BARBIERI, *Interrogatorio nel diritto penale*, in *Dir. pen.*, Torino, 1993, 221; CARCANO, MANZIONE, *Il giusto processo. Commento alla legge 1° marzo 2001 n. 63*, Milano, 2001, 206; SCALFATI, *Aspetti dell'acquisizione dibattimentale di fonti dichiarative*, in *Ind. pen.*, 2003.

⁴⁵ SALVI, *Sub art. 364*, cit., 247.

⁴⁶ Per un'analisi della disciplina dei confronti sotto la vigenza del codice di rito del 1930, v. BELLAVISTA, voce *Confronto (dir. proc. pen.)*, cit., 1043.

⁴⁷ MELCHIONDA, *Confronti*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, diretta da M. CHIAVARIO, E. MARZADURI, Torino, 1999, 283.

⁴⁸ APRILE, *La prova penale*, Milano, 2002, 217.

Il confronto è ammesso non solo tra testimoni, tra parti private, tra imputati, tra imputati in un procedimento connesso, ma anche tra questi nelle più varie combinazioni⁴⁹.

Gli arresti giurisprudenziali hanno messo in rilievo che il richiamo all'interrogatorio (contenuto nell'art. 211 c.p.p.), quale strumento deputato all'acquisizione di contenuti dichiarativi nell'ambito di segmenti procedimentali distinti dal giudizio ed anteriori ad esso, contraddice quegli orientamenti inclini ad escludere l'operatività del confronto quando i soggetti interessati alla loro assunzione, non siano stati esaminati in dibattimento, essendo l'esame delle parti o dei testimoni il primo sistema volto all'eliminazione dei contrasti stessi⁵⁰.

Inoltre, se il soggetto si è legittimamente rifiutato di sottoporsi all'esame, non può essere disposto il confronto del medesimo con altro soggetto, poiché il rifiuto di essere esaminato si estende a tale atto, proprio perché questo mezzo di prova, in sostanza, si risolve nella prosecuzione di un atto di esame o di interrogatorio già svolto⁵¹.

Si tratta di argomentazioni che hanno il pregio di ricondurre a maggiore razionalità la disposizione normativa contenuta nell'art. 211 c.p.p. la quale, interpretata in diverso modo, metterebbe in crisi la scelta legislativa: invece, essa amplia le potenzialità operative dell'istituto estendendole anche a quelle situazioni che sarebbe irragionevole escludere dall'ambito di prensione⁵².

Insomma, per integrare il presupposto *de quo* non rileva che l'audizione si sia verificata nel dibattimento secondo le modalità tipiche di esso, quanto, piuttosto, che le dichiarazioni⁵³ risultino ritualmente acquisite alla conoscenza del giudice a prescindere dal momento e dalle modalità di formazione⁵⁴.

⁴⁹ Se opportuno ai fini dell'accertamento è possibile procedere al confronto anche tra più di due persone. MENNA, Sub art. 211, in *C.p.p. comm. Giarda, Spangher*, cit., 2149.

⁵⁰ Cass., Sez. VI, 23 maggio 1997, Nappa, in *Mass. Uff.*, n. 209325.

⁵¹ Secondo Cass., Sez. I, 23 gennaio 2012, Russano, in *Mass. Uff.*, n. 251823, il giudice non può ammettere il confronto qualora l'imputato, limitandosi a rendere dichiarazioni spontanee, si è rifiutato di sottoporsi ad esame, in quanto tale rifiuto si estende anche al confronto, che in sostanza altro non è che la prosecuzione di un atto di esame.

⁵² Se è indubbio che con l'esame si possono superare le eventuali inconciliabili contraddizioni, subordinare l'operatività del confronto all'audizione dibattimentale dei dichiaranti può, talora, pregiudicare la funzione gnoseologica del processo. Si pensi alle letture ex art. 513, co. 1, c.p.p. ove l'eventuale deficit di conoscenze determinato dall'impossibilità di procedere all'esame incrociato dell'imputato risulterebbe ulteriormente aggravato dalla conseguente inapplicabilità degli artt. 211 e 212 c.p.p. In tal senso CUOSTA, voce *Confronti*, cit., 2.

⁵³ CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006, 266, il quale ritiene che le dichiarazioni possano avere una valenza probatoria omogenea.

⁵⁴ È stato osservato in dottrina che non è possibile mettere a confronto la persona che ha reso sommarie informazioni, ai sensi degli artt. 350 e 351 c.p.p., con il testimone o con la parte privata esaminata. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 766.

4. Un punto critico: il diritto dell'imputato di non partecipare e/o non rispondere

A fronte di una disciplina alquanto lineare della materia si sono poste, all'attenzione dell'interprete, alcune problematiche in relazione ad un aspetto peculiare del confronto: in particolare, si è chiesto se fosse possibile disporre l'accompagnamento coatto dell'imputato all'espletamento dell'atto qualora lo stesso, già contumace, avesse manifestato la volontà di avvalersi del diritto al silenzio e se fosse da ritenersi legittimo il suo accompagnamento coattivo tenuto conto del ruolo preminente che lo stesso esercita all'interno del processo accusatorio.

Il ruolo e le modalità di partecipazione dell'imputato al processo assume una duplice connotazione⁵⁵ con differenti implicazioni a seconda che viene considerato oggetto ovvero organo di prova⁵⁶.

Nel primo caso, non essendo richiesto al *facere*, il soggetto subisce la prova da altri formata come, ad esempio, nella ricognizione.

Invece, all'imputato inteso come organo di prova sono connesse tutte quelle attività preordinate all'autodifesa con cui si può apportare un contributo all'accertamento dei fatti come l'interrogatorio, l'esame o il confronto se non si ricorre all'esercizio del diritto al silenzio.

Quest'ultima è una prerogativa che il legislatore riconosce all'indagato-imputato dichiarante di non collaborare, quale estrinsecazione dommatica del diritto al silenzio, riconosciuta dalla Carta costituzionale⁵⁷ e dalla Carte internazionale dei diritti dell'uomo⁵⁸.

La *ratio* sottesa al riconoscimento di tale opzione fonda sulla necessità di evitare l'acquisizione di dichiarazioni rese a seguito di costringimenti fisici⁵⁹ e ciò

⁵⁵ L'imputato si qualifica come il centro di una costellazione di poteri, soggezioni e diritti. Per un'ampia e sistematica trattazione del tema non si può prescindere dai lavori di CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Milano, 1969, 23 e ss.; DOMINIONI, voce *Imputato*, in *Enc. Dir.*, XX, Milano, 1970, 789; GIARDA, *Persistendo il reo nella negativa*, Milano, 1980, 5.

⁵⁶ La distinzione in esame e la relativa terminologia non sono espressamente previste dal diritto positivo, ma sono elaborate dalla dottrina in misura più o meno esplicita. Per un ampio inquadramento dell'argomento, CAVALLARI, *La capacità dell'imputato*, Milano, 1968, 180; FOSCHINI, *L'imputato*, *Studi*, Milano, 1956, 73; GUGLIELMO SABATINI, *Principi di diritto processuale penale*, III ed., Catania, 1948, 101.

⁵⁷ Il diritto di non collaborare è inteso quale corollario della presunzione di innocenza consacrata Sub art. 24, co. 2, Cost., in *Comm. Cost. Branca*, Bologna, 1981, 82.

⁵⁸ CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, Milano, 1977, 12 e ss; Id., *Le garanzie fondamentali del processo nel patto internazionale sui diritti civili e politici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, 465.

⁵⁹ Testualmente, AMODIO, *Diritto al silenzio o dovere di collaborazione?*, in *Riv. dir. pen.*, 1974, 408. BETTIOL, *Istituzioni di diritto p procedura penale*, Torino, 1966, 204. CARNELUTTI, *Principi del processo penale*, Napoli, 1960, 186.

anche quando la persona deve essere sottoposta a confronto rimanendo, tuttavia, libera di decidere di rispondere o, al contrario, di avvalersi del diritto al silenzio.

Queste argomentazioni non possono essere estese all'atto con il quale si deve garantire la presenza al confronto dell'imputato dichiarante: l'accompagnamento coattivo.

L'istituto è disciplinato dall'art. 132 c.p.p. che conferisce al giudice il potere di disporlo avvalendosi della polizia giudiziaria o della forza pubblica⁶⁰, e dall'art. 490 c.p.p. che, con riferimento alla sola fase dibattimentale, attribuisce al giudice il potere di disporre l'accompagnamento coattivo dell'imputato, assente o contumace, quando la sua presenza è necessaria al fine di assicurare una prova diversa dall'esame che, in quanto tale, si caratterizza proprio per il fatto di non obbligare l'imputato a sottoporvisi⁶¹.

Ora, se è unanimemente condiviso il principio secondo cui l'imputato contumace può essere coattivamente condotto al confronto, non altrettanto pacifiche sono le conseguenze derivanti dall'esercizio del diritto al silenzio⁶².

Da un lato, invero, è stato valorizzato il silenzio dell'imputato condotto coattivamente al confronto attribuendogli il valore di argomento di prova con applicazione analogica della norma contenuta nell'art. 209, co. 2, c.p.p.⁶³.

Quest'ultima norma, postulando la necessaria verbalizzazione del rifiuto delle parti di rispondere a singole domande, attribuisce rilevanza probatoria al silenzio dell'imputato, perché potrebbe essere valutato dal giudice in sede decisoria come argomento di prova a carico⁶⁴.

E, atteso il rapporto di stretta connessione tra l'art. 208 c.p.p. e l'art. 209, co. 2, c.p.p., l'applicazione di quest'ultima norma si giustifica nella misura in cui

⁶⁰ In relazione al rapporto tra contumacia e accompagnamento coattivo si segnalano le riflessioni di, CONSO, *L'accompagnamento coattivo dell'imputato in udienza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, 341; DE LUCA, voce *Accompagnamento coattivo*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, 294; GARINO, *Contumacia nel diritto processuale penale*, in *Dir. pen.*, III, Torino, 1989, 145.

⁶¹ Al riguardo diffusamente FELICIONI, *Brevi note sul rapporto fra diritto a silenzio e accompagnamento coattivo dell'imputato per il confronto*, in *Cass. pen.*, 2005, 3475.

⁶² FELICIONI, *Brevi note sul rapporto fra diritto a silenzio e accompagnamento coattivo dell'imputato per il confronto*, cit., 3476.

⁶³ Trib. Milano, 11 maggio 1994, Molino, in *Cass. pen.*, 1995, 2310.

⁶⁴ In questi termini CATALANO, *Confronti coatti e libertà morale dell'imputato*, in *Cass. pen.*, 1995, 2238. Nel senso di una pur limitata rilevanza probatoria del rifiuto di rispondere dell'imputato, cfr., Corte costituzionale sentenza 24 maggio 1991, n. 221, in *Cass. pen.*, 1991, 549. Contrariamente, cfr., ORLANDI, *Sub art. 209*, in *Comm. nuovo c.p.p. Chiavario*, cit., 507, esclude ogni valenza probatoria del rifiuto di rispondere dell'imputato in forza dell'operatività del diritto al silenzio di quest'ultimo, ipotizzando un uso delle mancate risposte meramente indiretto, interno all'atto istruttorio e relativo all'attendibilità dell'esaminato.

si ammetta, preventivamente, l'estensione al confronto della necessità del consenso dell'imputato.

Dall'altro, invece, viene negata qualsiasi rilevanza probatoria al silenzio serbato dall'imputato in sede di confronto nel caso in cui questi si sia già rifiutato di sottoporsi ad esame⁶⁵.

Sul punto è, però, necessario evidenziare alcune distinzioni.

Infatti, nell'ipotesi in cui l'accusato si fosse deliberatamente sottratto all'esame, l'art. 188 c.p.p. precluderebbe la possibilità di poter disporre l'accompagnamento coatto ai fini del confronto⁶⁶: l'atto forzoso nei riguardi dell'imputato contumace sarebbe, invece, giustificato dalla norma contenuta nell'art. 490 c.p.p.⁶⁷.

Infine, senza operare alcuna distinzione di situazioni, sono state ritenute applicabili, al caso di specie, le norme contenute negli artt. 132 e 133 c.p.p., in relazione agli artt. 376 e 377 c.p.p. per la fase delle indagini preliminari, all'art. 399 c.p.p. per l'incidente probatorio e all'art. 490 c.p.p. per la fase dibattimentale⁶⁸.

Rebus sic stantibus, non si può non sottolineare che, pur in assenza di un divieto espresso di legge, si deve ritenere valutabile, ai fini probatori, il rifiuto di rispondere opposto dall'imputato in occasione del confronto coatto⁶⁹.

Il legislatore del 1988, in attuazione dei principi accusatori, ha riconosciuto all'imputato la possibilità di scegliere di collaborare o, viceversa, di stare in silenzio senza attribuire alcun valore probatorio a quest'ultima scelta.

Vero è che l'accompagnamento coattivo e la valenza *contra se* del silenzio eventualmente opposto in sede di confronto coatto, lungi dal risolversi in una violazione del principio, si innestano su pregresse scelte difensive, rinvenendo in esse la propria legittimazione: sottoponendosi all'interrogatorio l'imputato opta per una strategia probatoria che annovera tra le sue conseguenze sia l'eventuale recupero dibattimentale delle sue precedenti dichiarazioni ex art. 513 c.p.p., sia il rischio di una sua forzata sottoposizione a confronto con conseguente valutazione, ai fini probatori, del comportamento serbato in quella sede.

Per contro, nel caso ritenga di fornire il suo apporto alla ricostruzione dei fatti dedotti in giudizio, subirà le conseguenze che l'ordinamento ricollega allo

⁶⁵ Cass., Sez. VI, 31 gennaio 1995, Ligresti, in *Cass. pen.*, 1995, 2297.

⁶⁶ NAPPI, *Liberò convincimento, regole di esclusione regole di assunzione*, in *Cass. pen.*, 1991, 1517.

⁶⁷ Laddove l'imputato scelga di sottoporsi ad esame (art. 208 c.p.p.) sarebbe da ritenere legittimo il confronto coatto. Al riguardo, cfr., FURGIUELE, *La prova per il giudizio*, in RICCIO, SPANGHER, *La procedura penale*, Napoli, 2002, 479.

⁶⁸ MELCHIONDA, *Sub art. 212*, cit., 534.

⁶⁹ In questi termini, CUOSTA, voce *Confronti*, cit., 4.

strumento di volta in volta prescelto, con conseguente compressione della propria libertà di autodeterminazione.

Del resto, analogamente a quanto si verifica nel caso di esame, rimesso all'esercizio di una facoltà dell'imputato, ove questi ne consenta l'espletamento, potrà rifiutarsi di rispondere a singole domande ma non senza conseguenze: infatti, l'art. 209, co. 2, c.p.p, nel prevedere la verbalizzazione del rifiuto, eleva l'opzione difensiva al rango di argomento di prova liberamente valutabile dal giudice in sede di decisione finale.