SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA
CCLXIII

DAVIDE TASSINARI

NEMO TENETUR SE DETEGERE
La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato

BUP Bononia University Press

Bononia University Press
Via Farini 37, 40124 Bologna
tel. (+39) 051 232 882
fax (+39) 051 221 019

www.buponline.com
e-mail: info@buponline.com

© 2012 Bononia University Press
Tutti i diritti riservati

ISBN 978-88-7395-784-3

Impaginazione: Irene Sartini

Stampa: Editografica - Rastignano (BO)

Prima edizione: novembre 2012

SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

***

Per la presente monografia la Giunta di Dipartimento ha nominato la seguente Commissione di lettura:

Prof. Luigi Stortoni (Alma Mater Studiorum – Università di Bologna)
Prof. Gabriele Fornasari (Università degli Studi di Trento)
Prof. Michele Caianiello (Alma Mater Studiorum – Università di Bologna)

La presente monografia è stata sottoposta a una procedura di valutazione anonima.

Referees esterni per il Settore Scientifico Disciplinare IUS/17 Diritto penale:

Prof. Elio Belfiore (Università di Foggia)
Prof. Alberto Cadoppi (Università degli Studi di Parma)
Prof. Fausto Giunta (Università di Firenze)
Prof. Alessandro Melchionda (Università di Trento)
Prof. Lorenzo Picotti (Università degli Studi di Verona)

ai miei genitori, Arnaldo e Anna Maria

PREFAZIONE

Questo libro rappresenta la sintesi di ricerche e di riflessioni maturate nell'arco di alcuni anni, in Italia e negli Stati Uniti.

La parte del lavoro relativa ai sistemi di *common law* è la prima ad essere stata scritta. La sua stesura sarebbe stata impossibile senza l'ausilio pratico, le indicazioni ed i suggerimenti di alcuni eminenti giuristi. Fra questi ringrazio i Professori Finbarr McAuley e Yale Kamisar, nonché, particolarmente, il Prof. George P. Fletcher, al quale sono debitore di un breve ma decisivo colloquio che ebbe luogo presso il suo studio della Columbia University Law School quasi un decennio fa.

La mia profonda gratitudine va anche alla Professoressa Elisabeth Defeis della Seton Hall University, non solo per i suoi competenti insegnamenti sulla Costituzione americana, ma anche per la sua squisita ed impareggiabile ospitalità durante i miei soggiorni presso la biblioteca della Facoltà di Giurisprudenza.

Ricordo affettuosamente e con grande riconoscenza anche Eileen Denner, compianta bibliotecaria la cui gentilezza ed il cui sorriso sono ancora vivi nella mia memoria.

La seconda parte del libro, riguardante il sistema penale italiano, trae spunto dagli studi di *common law* e risulta ad essi saldamente legata nello sviluppo logico e nelle conclusioni.

Il lavoro nel suo assieme non sarebbe però mai giunto a compimento senza il contributo determinante del mio Maestro, il Professor Stefano Canestrari, e del Professor Luigi Stortoni.

A questi insigni penalisti sarò sempre grato per il loro incoraggiamento, per i loro dotti ed illuminanti consigli, per il sostegno e l'affetto che mi hanno dimostrato.

Ringrazio di cuore anche i Professori Gabriele Fornasari e Michele Caianiello per l'attenzione e lo scrupolo che hanno dedicato alla lettura del mio lavoro.

Sono assai grato, inoltre, alla Dott.ssa Antonietta Corea del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Bologna, per la sua pazienza e per la sua disponibilità nelle fasi preliminari alla pubblicazione del libro nella Collana del Dipartimento.

Infine (*but not least*), ringrazio mia moglie Federica, che ha ascoltato per anni le mie elucubrazioni sul *se detegere*.

Bologna, 10 ottobre 2012

INTRODUZIONE

ANNOTAZIONI METODOLOGICHE

L'impostazione di questo lavoro, la cui intera prima parte è stata dedicata all'analisi dell'operatività del *nemo tenetur* nei paesi di *common law*, è motivata dalla presa d'atto di come, nell'ambito di tali sistemi normativi, il principio sia stato oggetto di un'elaborazione estremamente ricca ed approfondita. È proprio in tali ordinamenti che esso, oltre ad essere stato per la prima volta riconosciuto[1], pare, infatti, essersi radicato in modo particolarmente saldo nella coscienza sociale. L'enunciazione del *privilege* nel quinto emendamento dell'*United States bill of rights* ha verosimilmente acuito la percezione, nel contesto politico e culturale della nascente federazione statunitense, della sua stretta inerenza ai diritti civili e del suo ruolo primario nella cornice dei diritti di libertà dell'individuo. Come ha rilevato un illustre Autore, si tratta di una garanzia difensiva «fondamentale, che illumina di sé l'intero sistema processuale nordamericano»[2].

---

[1] Cfr. V. Grevi, *"Nemo tenetur se detegere"*, Milano, 1972, p. 22, alla nota n. 34, il quale sottolinea come storicamente siano state proprio le costituzioni degli stati americani ad avere delineato per la prima volta i contorni del principio. In relazione alla genesi del principio nel sistema processuale inglese, si vedano anche G. Ubertis, voce *Giusto processo (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, II-1, 2008, p. 420, nonché C. Vettori, *Diritto dell'imputato a confrontarsi con colui che lo accusa e diritto al silenzio: l'ordinamento inglese*, in Aa.Vv., *Le nuove leggi penali. Abuso d'ufficio, dichiarazioni del coimputato, videoconferenze giudiziarie*, Padova, 1998, pp. 274-276.

[2] Cfr. V. Grevi, *"Nemo tenetur se detegere"*, cit., p. 83.

È forse per questa ragione che la varietà delle implicazioni storiche e filosofiche, ma anche politiche e sociologiche del principio paiono essere state colte dalla dottrina e dalla giurisprudenza d'oltre oceano con un'eccezionale ampiezza di riferimenti e con una incomparabile vivacità speculativa; ciò consente di considerare il complesso dei contributi d'indagine di lingua inglese come un punto di riferimento imprescindibile per uno studio volto ad approfondire le implicazioni del *se detegere* nel diritto penale sostanziale.

Ben diversa è stata la storia del principio nel panorama italiano: esso è stato recepito, grazie all'influenza del pensiero illuministico, solamente a livello codicistico ed anche in esso, almeno inizialmente, ha ricevuto un riconoscimento alquanto limitato. Nell'ambito dei codici preunitari, la prima enunciazione del *se detegere*, peraltro frammentaria ed incerta, la si rinviene nel codice di procedura penale del Regno d'Italia del 1807, laddove si stabiliva il «divieto di deferire il giuramento dell'imputato» e di «far uso di qualunque falsa supposizione, seduzione o minaccia, onde ottenere una risposta diversa da quella che l'interrogato è disposto a fare spontaneamente»; in tale quadro, il diritto al silenzio dell'incolpato si evinceva, in termini oltretutto non chiari, dalla seguente proposizione «se l'imputato ricusi di rispondere, o per non rispondere si finga muto, il giudice l'eccita a rispondere, e lo avverte che si procederà oltre nell'istruzione, malgrado il suo silenzio»[3].

Alla luce di una così diversa retrospettiva storica e culturale, appare perciò comprensibile come l'analisi svolta dalla dottrina italiana, che si è occupata del problema in alcuni pregevoli – ma numericamente assai esigui – studi, se posta a confronto con il contesto nordamericano, risulti nettamente più limitata: ciò è in parte spiegabile laddove si tenga conto della notevole differenza fra il nostro sistema normativo e gli ordinamenti di *common law* e, soprattutto, dell'assenza, nella nostra Carta costituzionale, di un riconoscimento espresso del principio; occorre però anche rilevare come gli sforzi d'indagine degli studiosi del nostro paese si siano concentrati soprattutto sui contenuti e sui limiti di applicazione della (assai discussa) ipotesi di non punibilità di cui all'art. 384 c.p. Sia pure con alcune rilevanti

[3] Cfr. V. Grevi, *"Nemo tenetur se detegere"*, cit., p. 24.

eccezioni, gli studi condotti dalla dottrina italiana in relazione al versante sostanziale del *se detegere* sembrano essere stati condizionati dall'idea, così radicata da costituire quasi una premessa implicita all'esame del problema, che tale norma esaurisca il fenomeno dell'interazione del principio con il diritto penale sostanziale. Il preteso carattere (solo) scusante delle ipotesi contemplate in tale disposizione ha finito, peraltro, per far ristagnare il dibattito sul *se detegere* entro schemi estremamente limitanti: la natura esimente delle ipotesi di non punibilità in discorso precluderebbe la loro applicazione al di fuori dei limiti tassativamente indicati dalla legge; inoltre, laddove si ammettesse la scusabilità di condotte rientranti nella cornice del principio, si finirebbe, stando alle osservazioni della parte forse prevalente della dottrina, per ammettere l'esistenza di una sorta di "licenza" d'impunità criminale, con ricadute rovinose sull'intero sistema penale[4]. Le poche voci che hanno suggerito una diversa collocazione dogmatica del principio, ovvero il suo possibile inquadramento nell'ambito della causa di giustificazione dell'art. 51 c.p.[5], paiono, per contro, aver lasciato senza risposta due aspetti problematici di centrale rilievo: in primo luogo, l'individuazione dei criteri di bilanciamento che dovrebbero presiedere al funzionamento giustificante del *privilegio*; in secondo luogo, ma non secondariamente, la sua eventuale estensibilità ai concorrenti nel reato.

La valenza costituzionale espressamente riconosciuta al *se detegere* nel quinto emendamento della Costituzione americana e l'assenza degli orpelli interpretativi correlati all'art. 384 c.p. sembra, dunque, aver fatto sì che il principio potesse essere analizzato dalla dottrina e dalla giurisprudenza nordamericane nei suoi aspetti contenutistici e nei suoi riflessi sistematici con una maggiore immediatezza;

---

[4] Per una panoramica della dottrina sul punto si veda *infra*, parte seconda, capitolo primo.

[5] Cfr. la tesi di E. Infante, Nemo tenetur se detegere *in ambito sostanziale*: *fondamento e natura giuridica*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2001, p. 832, *passim*, nonché l'analisi svolta *infra*, nella parte seconda, capitolo primo, § 2; paiono altresì condividere l'idea che il principio possa essere ricostruito in chiave giustificante S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Bologna, 2007, p. 138 («il carattere di principio generale sotteso alla norma [di cui all'art. 384 c.p.] avvalora la tesi della sua applicazione analogica al di là del ristretto novero di reato che la disposizione contempla»).

invero, la soluzione dei problemi sollevati dalla dimensione sostanziale del *nemo tenetur* non ha risentito, in tale contesto, dell'ingombro di meccanismi logico-formali come quelli dell'interpretazione analogica o del principio di specialità, che hanno invece inaridito il dibattito dottrinale italiano.

Proprio prendendo le mosse dalla sua dimensione costituzionale, la natura ed il fondamento del principio, con un'intensità speculativa non riscontrabile nel nostro ordinamento, nel Nord-America sono stati, come si vedrà, lungamente dibattuti, né sono mancate tesi volte a propugnare l'abolizione[6] del *privilegio*; soprattutto ad opera della Corte suprema degli Stati Uniti, il principio è stato al contempo proiettato anche verso l'ambito extraprocessuale, in guisa tale da renderne evidenti le sfumature sistematiche e penali-sostanziali. Il *nemo tenetur*, nei molteplici casi nei quali la sua vigenza è stata affermata nell'ordinamento americano, presenta perciò significativi spunti d'interesse proprio per quanto attiene la sua, assai discussa, dimensione sostanziale; la lenta evoluzione giurisprudenziale che ha condotto la suprema Corte nordamericana ad un progressivo e controverso "ammodernamento" del *privilege* e che si analizzerà nella parte prima di questo lavoro pare, sul punto, estremamente suggestiva. Alcune delle categorie concettuali elaborate dalla Corte (segnatamente, la "*exculpatory no doctrine*", la "*statutory compulsion*" e la "*required records doctrine*"), denotano, come si vedrà, l'esistenza di un significativo sforzo della letteratura e della giurisprudenza degli Stati Uniti d'America nel risolvere casi problematici non molto differenti da quelli analizzati dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiane.

Fermi restando i necessari accorgimenti dovuti alla marcata diversità del nostro assetto normativo, siffatti spunti di riflessione si sono rivelati assai utili, se non addirittura risolutivi, per delineare in modo maggiormente nitido i contorni del *nemo tenetur* anche nel nostro sistema penale.

Il principio, una volta che lo si riconsideri alla luce delle riflessioni svolte dalla letteratura di lingua inglese, risulta contrassegnato da una natura composita e da un'operatività multidimensionale: esso, in primo luogo, come ha evidenziato la dottrina d'oltreoceano,

[6] Si rinvia, sul punto, alla parte prima, capitolo terzo di questo lavoro.

non ha una matrice esclusivamente processuale, ma presenta un saldo ancoraggio logico nei principi-cardine del diritto penale sostanziale, in particolare nel principio di materialità del reato. Lo si scoprirà attraverso l'analisi della sua lenta evoluzione storica nei paesi di *common law*, giacché proprio essi per primi ne hanno colto la valenza libertaria, non solo nel processo, ma anche rispetto al diritto penale sostanziale; secondariamente, non pare che il principio si possa confinare entro categorie reciprocamente impermeabili, quali sono quelle delle cause scusanti e delle cause di giustificazione; esso, come emergerà nel corso dell'analisi, possiede in realtà caratteristiche proprie delle une e delle altre ed appare perciò in grado, a seconda dei contesti nei quali ne viene invocata l'applicazione, di esplicare effetti tanto giustificanti quanto scusanti.

Non è superflua un'ultima precisazione: la ricostruzione di queste complesse e coesistenti sfaccettature oggettivo-soggettive del *privilegio* sarebbe forse stata incompleta senza un cenno alle sue implicazioni filosofiche. In esso, infatti, gli aspetti sistematici coesistono con profili umanistici e pre-giuridici, che non solo valgono ad evidenziarne le ascendenze giusnaturalistiche, ma anche a dare conto della sua stretta inerenza alla teoria della politica.

Parte Prima

SVOLGIMENTO STORICO E ASPETTI SOSTANZIALI DEL *PRIVILEGE AGAINST SELF-INCRIMINATION* NEL PANORAMA ANGLO-AMERICANO

Capitolo I

L'ORIGINE DEL *PRIVILEGE* E LA SUA EVOLUZIONE STORICA NEI PAESI DI *COMMON LAW*

Sommario: 1. Le diverse opinioni della dottrina in merito alle ascendenze del principio. Le tradizionali tesi di Wingmore e Levy. – 1.1. La recente tesi che colloca le origini del principio nell'ambito del diritto comune. – 1.2. *Self-incrimination* e "*right to counsel*". – 1.3. Le ascendenze del principio nel diritto penale sostanziale. – 2. Il *se detegere* dalla "*glorious revolution*" inglese del 1688 alla Costituzione statunitense. – 3. Il *privilege against self-incrimination* nell'America del diciannovesimo secolo: in particolare i suoi legami con il diritto alla *privacy*. – 4. Il *se detegere* nel ventesimo secolo: cenni in merito alla sua evoluzione nella giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti d'America.

1. *Le diverse opinioni della dottrina in merito alle ascendenze del principio. Le tradizionali tesi di Wigmore e Levy*

Il tema delle origini storiche del *se detegere* è stato oggetto, nella letteratura anglo-americana, di numerose ed assai approfondite ricerche[1]. Benché gli studi compiuti sul punto abbiano posto in luce le

[1] Fra i principali studi della letteratura anglo-americana attinenti alle origini del principio si vedano: R.H. Helmholz *et al.*, *The privilege against self-incrimination. Its origins and development*, Chicago, 1997, *passim*; L.W. Levy, *The right against self-incrimination*, New York, 1968, *passim*; J.H. Wigmore, *Nemo tenetur seipsum prodere*, in *Harvard law review*, 1891, p. 71; Id., *The privilege against self-incrimination; its history*, in *Harvard law review*, 1902, p. 610; K.B. Hazlett, *The nineteenth century origins of the fifth amendment privilege against self-incrimination*, in *American journal of legal history*, 1998, p. 235; M.R.T. Macnair, *The early development of the privilege against self-incrimination*, in *Oxford journal of legal*

essenziali linee evolutive del principio, non v'è concordia in merito alle modalità con cui esso sarebbe stato inizialmente recepito nella *common law*. A questa incertezza sulle ascendenze ultime del *nemo tenetur* si accompagna, nella dottrina di lingua inglese, la consapevolezza di come la sua fisionomia originaria non ne riflettesse, se non in termini embrionali, gli attuali contenuti: essi paiono, infatti, essere il frutto di uno sviluppo giurisprudenziale avvenuto *per gradus* ed in tempi successivi[2].

Fra le diverse tesi propugnate dalla letteratura in rapporto all'inquadramento storico del *privilege agaist self incrimination*, possono individuarsi essenzialmente due scuole di pensiero. Secondo una prima, più tradizionale opinione, in passato sostenuta – con analoghe cadenze – soprattutto da Wigmore e Levy, il principio sarebbe entrato a far parte del *common law* inglese nel diciassettesimo secolo, in concomitanza con l'abbandono da parte dei tribunali ecclesiastici del così detto giuramento *ex officio*[3]. Era, questo, un controver-

---

studies, 1990, p. 66; A.W. Alschuler, *A peculiar privilege in historical perspective: the right to remain silent*, in *Michigan law review*, 1996, p. 2625; E. Moglen, *Taking the fifth: reconsidering the origins of the constitutional privilege against self-incrimination*, in *Michigan law review*, 1994, p. 1086; J.H. Langbein, *The historical origins of the privilege against self-incrimination at common law*, in *Michigan law review*, 1994, p. 1047; R.H. Helmholz, *Origins of the privilege against self-incrimination: the role of the European ius commune*, in *New York university law review*, 1990, p. 962; Id., *Continental law and common law: historical strangers or companions?*, in *Duke law journal*, 1990, p. 1207; G. Horowitz, *The privilege against self-incrimination. How did it originate?*, in *Temple law quarterly*, 1958, p. 123; E.S. Corwin, *The supreme court's construction of the self-incrimination clause*, in *Michigan law review*, 1930, p. 8; E.M. Morgan, *The privilege against self-incrimination*, in *Minnesota law review*, 1949, p. 9.

[2] Cfr. H.E. Smith, *The modern privilege: its nineteenth-century origins*, in R.H. Helmholz *et al.*, *The privilege against self-incrimination*, cit., pp. 145-148; J.H. Langbein, *The historical origins*, cit., pp. 1065-1068; E. Moglen, *Taking the fifth*, cit., pp. 1092-1094.

[3] Cfr. J.H. Wigmore, *The privilege against self-incrimination*, cit., p. 627; Id., *Nemo tenetur seipsum prodere*, cit., p. 85; L.W. Levy, *Origins of the fifth amendment: the right against self-incrimination*, New York, 1968, pp. 216-218 e pp. 301-309. Fra le ricostruzioni storiche che riecheggiano la prospettiva suggerita dagli Autori anzidetti v. quella di C. Robbins, *Selden's Pills: State oaths in England, 1588-1714*, in *Huntington library quarterly*, 1972, pp. 303-321. Sul punto, recentemente, v. anche le annotazioni di E.L. Catalano, *Diritto al silenzio*, right not to be questioned *e tutela della autoincriminazione. Note storico-comparative*, in *Cass. Pen.*, 2011, p. 4020 ss. Per un'analisi della procedura applicata presso i tribunali eccles-

so istituto processuale a cui, durante il sedicesimo e diciassettesimo secolo, le giurisdizioni ecclesiastiche avevano fatto ampiamente ricorso al fine di obbligare l'imputato a rispondere secondo verità sul fatto proprio. L'apice di diffusione di una tale metodica processuale sarebbe stato raggiunto, nell'area anglosassone, innanzi alla così detta *Court of High Commission*, istituita al tempo dei Tudor e competente a conoscere dei più gravi reati a sfondo religioso[4]. A tale organo giudiziario erano stati attribuiti poteri ben più incisivi rispetto a quelli spettanti alle precedenti corti diocesane, le quali potevano comminare unicamente le pene della scomunica e della penitenza pubblica. Siffatti poteri comprendevano l'uso di strumenti coercitivi sulla persona dell'imputato e, essendo finalizzati ad agevolare la persecuzione dei dissidenti religiosi ovunque essi si trovassero all'interno del territorio dello stato, potevano essere esercitati anche al di fuori dei confini delle diocesi[5]. Le prove a sostegno della condanna venivano agevolmente ottenute, grazie alla metodica del giuramento *ex officio*, direttamente dall'imputato, che invariabilmente apparteneva all'area cattolica o a quella puritana, entrambe contrastate dalla chiesa d'Inghilterra[6].

La principale obiezione mossa, prevalentemente dall'area culturale puritana, ad un siffatto *modus procedendi* consisteva nella sua

---

istici, v. H.A. Kelly, *Inquisition and the prosecution of heresy; misconceptions and abuses*, in *Churh history*, 1989, pp. 446-451; M.H. Maguire, *Attack of the common lawyers on the oath ex officio as administered in the ecclesiastical courts in England*, in *Essays in history and political theory in honor of Charles Howard McIlwain*, 1936, p. 199. Per un quadro critico delle tesi di Wigmore e Levy, nonché delle analogie e differenze ravvisabili nelle rispettive posizioni di tali Autori, v. M.R.T. Macnair, *The early development*, cit., pp. 67-70 e p. 78.

[4] In proposito, v. R.G. Usher, *The rise and fall of the high commission*, London, 1913, pp.145-146. Sul ruolo svolto da tale organo giurisdizionale nella storia del *se detegere*, v., per tutti, M.R.T. Macnair, *The early development*, cit., p. 67; A.W. Alschuler, *A peculiar privilege*, cit., p. 2641; C.M. Gray, *Self-incrimination in interjurisdictional law, the sixteenth and seventeenth century*, in R.H. Helmholz *et al.*, *The privilege against-self incrimination*, cit., p. 49.

[5] Cfr. R. G. Usher, *The rise and fall*, *ult. loc. cit.*; R.H. Helmholz, *Origins of the privilege*, cit., p. 965.

[6] Cfr. H.A. Kelly, *op. loc. cit.*; L.W. Levy, *Origins of the Fifth Amendment*, cit., p. 222; W.J. Stuntz, *The substantive origins of criminal procedure*, in *The Yale law journal*, 1995, p. 412. Durante il regno della regina Maria, com'è agevole intuire, le persecuzioni vennero però rivolte verso i fedeli della chiesa anglicana.

applicabilità a prescindere da una formale contestazione all'imputato dell'addebito e finanche in mancanza di un pur vago *fumus* d'accusa. La *High Commission*, infatti, ricorreva al giuramento *ex officio* – denominato nel diritto canonico *de veritate dicenda* – anche prendendo spunto da voci correnti nel pubblico, senza che vi fosse la necessità di corredare l'accusa di un più specifico *plafond* probatorio[7].

Benché alla metodica processuale del giuramento si facesse ricorso in un numero di ipotesi più ampio di quelle in materia religiosa demandate alla *High Commission*, le obiezioni mossegli dai suoi detrattori dell'epoca paiono aver tratto prevalentemente spunto dai processi per eresia. Durante il regno di Enrico VIII e di Carlo I, numerose sentenze di condanna – non di rado sfociate in esecuzioni capitali – vennero pronunciate in virtù dell'unica prova rappresentata dalle dichiarazioni rese dall'imputato sotto giuramento[8]. Ad avviso dei suoi critici, siffatta pratica processuale non solo rappresentava, in senso sostanziale, una sorta di "tortura dell'anima"[9], ma neppure si sottraeva ad obiezioni più strettamente procedurali. I tempi che caratterizzavano il giuramento, infatti, erano volutamente scanditi in modo che l'imputato, non avendo modo di conoscere preventivamente le contestazioni mossegli, fosse facile preda di domande a sorpresa[10]. Il giuramento si presentava, in questo modo, come un utile

---

[7] Cfr. R.H. Helmholz, *The privilege and the ius commune: The middle ages to the seventeenth century*, in R.H. Helmholz *et al.*, *The privilege against self-incrimination*, cit., pp. 18, 29; W.J. Stuntz, *The substantive origins of criminal procedure*, cit., p. 412. Alcuni Autori hanno rilevato, peraltro, come la metodica del giuramento fosse all'epoca assai più efficace di quanto non lo sia attualmente: ciò sia in ragione della solennità delle forme a cui esso si accompagnava, sia perché era assai più diffusa la convinzione che giurare il falso comportasse un'eterna dannazione dell'anima (cfr. A.W. Alschuler, *A peculiar privilege*, cit., pp. 187, 189). L'eventuale rifiuto di prestare il giuramento, peraltro, veniva considerato un oltraggio ed era punito con la prigionia (cfr. J.H. Langbein, *The privilege and common law of criminal procedure: the sixtheenth to the eighteenth centuries*, in R.H. Helmholz *et al.*, *The privilege against self-incrimination*, cit., p. 101).

[8] Cfr., in particolare, W.J. Stuntz, *The substantive origins of criminal procedure*, cit., p. 412.

[9] Cfr. L.W. Levy, *Origins of the fifth Amendment*, cit., p. 177. L'Autore cita una dichiarazione resa all'incirca nel 1591 da Thomas Cartwright ed altri puritani con lui inquisiti prima di essere sottoposti alla metodica del giuramento *ex officio*.

[10] Cfr. L.W. Levy, *Origins of the fifth Amendment*, cit., p. 150.

strumento per compiere, anche in assenza di una *notitia criminis*, "*fishing expeditions*" nei confronti di chi fosse meramente sospettato di eterodossia religiosa[11].

Nonostante la maturazione in seno alla società inglese di un sentore ostile rispetto al crudele metodo di accertamento rappresentato dal giuramento *ex officio*, le critiche mosse all'indirizzo di tale istituto – forse in ragione dei tempi e del contesto politico – inizialmente non sortirono alcun effetto. Da una parte, infatti, la lamentata assenza di una previa contestazione, in un clima laddove l'imputato ben poteva immaginare quale fosse l'oggetto dell'accusa, assumeva una valenza assai più formale che sostanziale[12]. Dall'altra, l'argomento offerto dai tribunali ecclesiastici a sostegno della metodica del giuramento appariva dotato, in quell'*habitat* culturale, di una logica tanto marcatamente inquisitoria quanto all'apparenza inattaccabile: solamente un colpevole, dati i propri precedenti crimini, poteva avere motivo di temere il giuramento[13].

Stando alla ricostruzione offerta da Levy, solo allorché alcuni insigni giuristi – fra i quali spicca il nome di Sir Edward Coke – decisero di fare proprie le contestazioni mosse all'indirizzo dell'istituto del giuramento, quest'ultimo sarebbe stato gradualmente abbandonato. Il merito di siffatta evoluzione sarebbe ascrivibile, in particolare, alla sensibilità dei giudici di *common law*[14]. Essi, in aperta polemica con i poteri ecclesiastici e sollecitati da un favorevole clima progres-

---

[11] L.W. Levy, *Origins of the fifth Amendment*, cit., p. 137; R.H. Helmholz, *The privilege and the ius commune: the middle ages to the seventeenth century*, in R.H. Helmholz *et al.*, *The privilege against self-incrimination*, cit., p. 29.

[12] Cfr. W.J. Stuntz, *The substantive origins of criminal procedure*, cit., p. 412.

[13] Cfr. L.W. Levy, *Origins of the fifth Amendment*, cit., pp. 159-161.

[14] Cfr. L.W. Levy, *Origins of the fifth Amendment*, cit., p. 216; J.H. Wigmore, *A treatise on evidence*, a cura di J.T. McNaughton, Boston, 1960, Vol. VIII, § 2250 e spec. pp. 289-290. Il pensiero di quest'ultimo Autore in merito alle origini del *se detegere* è enucleabile, oltre che alla luce del trattato del 1940 avente ad oggetto la *judicial evidence*, successivamente pubblicato a cura di McNaughton, anche sulla base dei due ampi articoli apparsi sulla *Harvard law review* nel 1891 e nel 1902 citati alla nota n.1. Per un'efficace sintesi della posizione di Wigmore, v. M.R.T. Macnair, *The early development*, cit., p. 67. Sul punto si vedano anche J. Eusden, *Puritans, lawyers, and politics in early seventeenth-century England*, Oxford, 1958, pp. 123, 126; C. Hill, *Society and Puritanism in pre-revolutionary England*, London, 1964, pp. 344-353; R.G. Usher, *The rise and fall*, cit., pp. 180-221.

sivamente diffusosi nell'opinione pubblica, si sarebbero spinti sino ad affermare il diritto dei cittadini inglesi a *not be compelled to give evidence against themselves* e ne avrebbero imposto il rispetto agli stessi membri della *High Court*[15]. La prima affermazione del principio avrebbe dato luogo, dunque, ad un conflitto di giurisdizioni, segnatamente fra la giurisdizione ecclesiastica ed il *common law* inglese[16], culminato con l'abolizione, nel 1640, delle corti ecclesiastiche[17]. A partire da tale momento, il principio si sarebbe così fortemente radicato nel diritto consuetudinario inglese da non essere più messo in discussione, neppure in occasione della successiva restaurazione, nel 1660, dei tribunali ecclesiastici. Persino nello *statute* che ripristinò la giurisdizione ecclesiastica era, infatti, contenuto un espresso divieto di ricorrere al giuramento *ex officio* rivolto ad ogni «arcibishop, bishop, vicar-generall, chancellor, commissary or any other spirituall or ecclesiasticall judge, officer or minister»[18].

1.1. La recente tesi che colloca le origini del principio nell'ambito del diritto comune

La ricostruzione storica che si è appena riferita è stata per lungo tempo considerata dalla dottrina di *common law* come la più attendibile spiegazione circa le origini del principio; essa, anzi, si è a tal punto consolidata nella *communis opinio* della letteratura di lingua inglese da divenire una sorta di punto fermo nell'intelaiatura culturale del *se detegere*. In tempi recenti, tuttavia, soprattutto ad opera di Richard Helmholz[19], la netta contrapposizione che questa tesi tra-

---

[15] Cfr. R.H. Helmholz, *Origins of the privilege against self-incrimination*, cit., p. 966; J.H. Langbein, *The privilege and common law of criminal procedure*, cit., p. 101; C.M. Gray, *Prohibitions and the privilege against self-incrimination*, in Aa.Vv., *Tudor tule and revolution*, Cambridge, 1982, p. 345.

[16] Per questo profilo, v. in particolare C.M. Gray, *Self-incrimination in interjurisdictional law: the sixteenth and seventeenth centuries*, cit., pp. 47-53.

[17] Cfr. R.G. Usher, *The rise and fall*, cit., 316, pp. 333-334. J.H. Langbein, *The privilege and common law of criminal procedure*, cit., 101; Id., *The historical origins*, cit., p. 1073.

[18] Cfr. R.H. Helmholz, *Origins of the privilege against self-incrimination*, cit., p. 976; M.R.T. Macnair, *The early development*, cit., p.79.

[19] Di quest'Autore, si vedano soprattutto R.H. Helmholz, *The privilege and the ius commune*, cit., pp. 17-46; Id., *Origins of the privilege against self-incrim-*

dizionale postula fra il *common law* inglese ed il sistema inquisitorio continentale delle corti ecclesiastiche è stata sottoposta ad un approfondito vaglio critico. La posizione "classica", in effetti, sembra peccare di un eccesso di dualismo: essa contrappone, in modo agiografico, un'emergente – e pressoché spontanea – inclinazione del diritto inglese alla tutela delle *civil liberties* alla tirannia del sistema giuridico ecclesiastico e del diritto canonico[20].

La stessa terminologia utilizzata dai giuristi inglesi del passato per esprimere il principio, da essi usualmente sintetizzato nella massima latina *nemo tenetur seipsum prodere*, pare, per contro, sottintenderne una più complessa origine, che ne lascia intravedere le radici nello stesso sistema di *civil law*[21]. La massima del *prodere seipsum* risale, in effetti, a tempi di gran lunga precedenti rispetto alle vicende inglesi del giuramento *ex officio*, ed appare in alcuni fondamentali testi del diritto canonico, fra i quali la *Glossa ordinaria ai decreti* di Papa Gregorio IX del 1234; essa, inoltre, figura negli scritti di insigni giuristi del diritto canonico medievale, come Innocenzo IV e Panormitano[22]. Assai copiose tracce del *se detegere* si rinvengono, all'epoca del diritto comune, nel *Syntagma communium opinionum*, nonché nei più diffusi manuali di procedura penale e civile dell'Europa continentale[23]. L'analisi delle fonti compiuta da Helmholz ha evidenziato, inoltre, come il dibattito relativo all'embrionale idea del *se detegere* avviatosi al tempo della *High Commission* traesse spunto non tanto da una supposta contrarietà del giu-

---

ination, cit., pp. 964-987. Pressoché contemporaneamente alla pubblicazione dei primi studi di Helmholz, un altro Autore, Michael Macnair è, peraltro, pervenuto in modo indipendente ad analoghe conclusioni circa l'origine del *se detegere*, cfr. M.R.T. Macnair, *The early development*, cit., p. 84.

[20] Cfr. E. Moglen, *Taking the fifth*, cit., p. 1086; J.H. Langbein, *The historical origins*, cit., p. 1072.

[21] Cfr. R.H. Helmholz, *Origins of the privilege against self-incrimination*, cit., p. 967; M.R.T. Macnair, *The early development*, cit., p. 70.

[22] R.H. Helmholz, *loc. ult. cit.*, ed alla nota 25, laddove l'Autore riesamina in chiave critica il diverso percorso interpretativo suggerito da Levy.

[23] Cfr. R.H. Helmholz, *loc. ult. cit.*; M.R.T. Macnair, *loc. ult. cit.* Nella dottrina processualistica italiana, per una ricostruzione storico-epistemologica della confessione dell'accusato nel processo penale di diritto comune v. Marchetti, Testis contra se, *L'imputato come fonte di prova nel processo penale dell'età moderna*, Milano, 1994, p. 20 ss.

ramento *ex officio* ai *common law principles*, ma piuttosto da una sua lamentata illegittimità rispetto alle stesse fonti canonistiche. Nel 1592, il puritano James Morice, unitamente ad altri critici del giuramento *ex officio*, sottolineava come questo fosse «repugnant to the rules and canons of the Antichristian churc of Rome» ed «against the cannon law itself»[24]. Secondo Helmholz, numerose fonti relative ai processi svoltisi innanzi alle corti ecclesiastiche ed alla stessa *High Commission* indicherebbero come proprio nell'ambito di queste corti – e non di quelle di *common law* – abbia preso corpo il dibattito sull'*ex officio oath*. Alcuni fra i *civilian lawyers* impegnati nella difesa relativa ai processi svoltisi innanzi alla giurisdizione ecclesiastica avrebbero argomentato proprio in tale sede la loro contrarietà al giuramento[25]: ciò mediante il richiamo ai trattati di insigni giuristi continentali del quindicesimo e del sedicesimo secolo, quali Panormitano, Bartolo da Sassoferrato, Antonio Gabrieli, Giulio Claro ed altri ancora. In particolare, due sarebbero state le motivazioni evinte dal diritto comune ed addotte da questi difensori a sostegno del diritto degli imputati a non rispondere sotto giuramento. La prima traeva fondamento dal principio processuale, di matrice canonistica, del *nemo punitur sine accusatore* ed era volta a porre in dubbio la legittimità del ricorso al giuramento nelle ipotesi di eresia fondate sul mero *public gossip*; la seconda – assai più incisiva – si richiamava al precetto del *nemo tenetur detegere turpitudinem suam*[26].

Alla stregua del principio del *sine accusatore*, nessun tipo di procedimento poteva essere iniziato per mera iniziativa inquisitoria, cioè in assenza di un quadro indiziario e della formulazione di un'accusa da parte di soggetti dotati di un'apprezzabile interesse al-

---

[24] R.H. Helmholz, *loc. ult. cit.*

[25] Ad avviso di Helmholz, anche a prescindere dal particolare tema dello sviluppo del *se detegere*, i *common lawyers*, in questo periodo, sarebbero stati assai più aperti alla utilizzazione delle fonti del diritto continentale di quanto comunemente ritengono gli storici del diritto. Fra la *civil* e la *common law*, infatti, non vi sarebbe stata la netta separazione che caratterizza l'epoca moderna (cfr. R.H. Helmholz, *Continental law and common law: historical strangers or companions?*, in *Duke law journal*, 1990, p. 1208).

[26] Cfr. R.H. Helmholz, *Origins of the privilege against self-incrimination*, cit., pp. 968-987; Id., *The privilege and the ius commune*, cit., p. 21 e p. 26; si vedano, inoltre, le osservazioni di A.W. Alschuler, *A peculiar privilege*, cit., p. 2639.

la condanna dell'incolpato[27]. La regola del *sine accusatore*, presente nella *Roman law* e tradizionalmente ascritta al diritto naturale, costituiva un corollario logico dei principi di imparzialità-terzietà del giudice: l'assenza di uno degli indefettibili componenti del "trittico" processuale, l'accusatore, avrebbe prodotto nell'organo giudicante un inevitabile squilibrio, risultandogli impossibile il mantenimento della necessaria equidistanza fra le parti[28]. Il richiamo del principio in discorso appariva assai conferente in rapporto ai processi per eresia, che erano non di rado iniziati senza prove e sulla base di semplici *rumors*; esso, peraltro, risultava ancor più calzante nelle ipotesi in cui all'incolpato non fosse stata data – e così avveniva nella più gran parte dei casi – una copia del capo d'imputazione prima che egli prestasse giuramento. Le fonti, infatti, indicano come la stessa Rota romana, alla cui giurisprudenza i *civil lawyes* si sarebbero sovente richiamati, avesse stabilito una precisa scansione procedurale fra la formalizzazione scritta dell'accusa, la sua consegna all'imputato e la pratica del giuramento[29].

Le repliche degli inquisitori ecclesiastici, sostenute anch'esse dal richiamo al diritto comune, si concentravano sulla scarsa portata applicativa del *sine accusatore*. Le deroghe al principio, assai abbondanti nel diritto comune – ben sessantatre, tenendo conto del solo elenco formulato da Roberto Maranta – riducevano sensibilmente la tenuta del principio, rendendone dubbia la stessa portata generale[30]. Una fra le più importanti eccezioni alla regola del *sine accusatore* era rappresentata dall'ipotesi in cui l'imputazione fosse sostenibile per *fama publica*[31]. La presenza di un diffuso vociare pubblico in merito all'esistenza di un *crimen* a sfondo religioso poteva assolvere alla stessa funzione che sarebbe spettata ad un accusatore, in un certo senso esercitandone le veci. Un ultimo argomento a supporto della legittimità della tecnica probatoria *ex officio* era individuato

---

[27] Cfr. R.H. Helmholz, *Origins of the privilege against self-incrimination*, cit., p. 975.

[28] R.H. Helmholz, *loc. ult. cit.*

[29] R.H. Helmholz, *Origins of the privilege against self-incrimination*, cit., p. 976.

[30] R.H. Helmholz, *loc. ult. cit.*

[31] R.H. Helmholz, *The privilege and the ius commune*, cit., p. 23. Si veda altresì M.R.T. Macnair, *The early development*, cit., p. 72.

dai suoi sostenitori nell'eccezionalità dei poteri attribuiti ai membri della *High Commission*, i quali potevano, in deroga allo stesso diritto comune ed al principio del *sine accusatore*, decidere dei crimini ecclesiastici con «full power and authority […] according to [their] discretion»[32].

Assai significativa è la seconda fra le argomentazioni fatte proprie dagli avversari del giuramento, quella fondata sul canone «nemo tenetur detegere turpitudinem suam». Essa pare aver avuto, se paragonata a quella poc'anzi esaminata, maggior fortuna; il principio a cui essa si richiama riveste, inoltre, anche in rapporto alla sua formulazione letterale, una maggiore vicinanza al *privilege*. Siffatta variante lessicale del *se detegere* sarebbe stata elaborata da Guglielmo Durantis, giurista annoverato fra i più eminenti studiosi medievali di procedura civile, ed avrebbe in seguito trovato ampio accoglimento nella manualistica europea continentale del sedicesimo e diciassettesimo secolo[33]. La regola in esame sarebbe stata estrapolata da Durantis da un commentario ascrivibile al padre della chiesa San Giovanni Crisostomo ed avente ad oggetto una lettera di San Paolo apostolo ai giudei. Il passo decisivo sarebbe il seguente: «non ti chiedo di tradire tè stesso in pubblico, né di accusare tè stesso di fronte agli altri, ma di obbedire all'insegnamento del profeta quando egli ha detto: confessati a Dio». Da quest'insegnamento religioso, Durantis avrebbe evinto l'esistenza di un ben preciso canone, alla stregua del quale, pur costituendo la confessione dei propri peccati a Dio una doverosa pratica di penitenza, nessuno avrebbe potuto essere costretto a rivelare le proprie colpe ad altri. La *ratio* giuridica della regola, ad avviso dei commentatori medievali, andrebbe ricercata nel fatto che, non esistendo uomini esenti da colpe, un generale dovere di confessione pubblica finirebbe per esporre tutti gli appartenenti al genere umano al pericolo di un processo[34]. A ciò non so-

---

[32] R.H. Helmholz, *Origins of the privilege against self-incrimination*, cit., p. 977 ed alla nota 73.

[33] R.H. Helmholz, *op. ult. cit.*, p. 981.

[34] R.H. Helmholz, *Origins of the privilege against self-incrimination*, cit., p. 982. Cfr., altresì, A.W. Alschuler, *A peculiar privilege*, cit., p. 2641. Secondo alcuni commentari, l'origine ultima di tale regola andrebbe rintracciata nella Bibbia: cfr. I.M. Rosenberg, Y.L. Rosenberg, *In the beginning: the talmudic rule against self-incrimination*, cit., p. 955.

lo conseguirebbe un deteriore effetto di disordine sociale, ma anche una confusione fra il foro interiore e quello esterno, pubblico della dimensione umana. Un ulteriore aspetto qualificante del principio sarebbe il seguente: obbligare taluno, sotto giuramento, a rivelare i propri misfatti, finirebbe per creare un'occasione – se non addirittura un'istigazione – rispetto al compimento del *peccatum* di falsa testimonianza – *perjury*[35] –. Sia pure nell'ambito di un non più attuale quadro di riferimento religioso, quest'ultima parte dell'antica struttura argomentativa del *se detegere* consente persino di scorgere un accenno dei suoi tratti moderni, quali sono oggi evincibili nel panorama anglo-americano. L'argomento relativo alla *perjury* riecheggia, infatti, la definizione, assai cara alla cultura giuridica anglosassone, di «cruel trilemma» offerta dalla Corte suprema degli Stati Uniti con riferimento al *privilege*. Secondo la Corte, l'obbligo di testimoniare a carico dell'imputato finirebbe per porre quest'ultimo innanzi ad una scelta disumana: incorrere nel reato di *contempt of the court* per aver disatteso l'ordine del giudice, commettere l'ancor più grave *criminal offence* di falsa testimonianza ovvero auto-accusarsi[36].

Com'è agevolmente intuibile, neppure il richiamo alla matrice canonistica del *se detegere* andò esente dalle serrate censure dei sostenitori del paradigma del giuramento. I contro-argomenti utilizzati da costoro facevano leva soprattutto sull'inapplicabilità del canone del *nemo tenetur* ai procedimenti penali, inapplicabilità che veniva affermata sul presupposto di una sua – supposta – esclusiva attinenza alle *public utterances* extra-giudiziarie. In nessun caso (continua-

[35] R.H. Helmholz, *loc. ult. cit.* Cfr. anche A.W. Alschuler, *A peculiar privilege*, cit., p. 2645; M.R.T. Macnair, *The early development*, cit., p. 71.

[36] La Corte Suprema federale degli Stati Uniti si è riferita al così detto «cruel trilemma» come ad una giustificazione del principio nel caso *Murphy v. Waterfront Commission* del 1964. Per una disamina del caso e degli orientamenti interpretativi adottati dalla Corte, v. R.J. Allen *et. al.*, *Comprehensive criminal procedure*, New York, 2001, pp. 638, 642; Y. Kamisar *et. al.*, *Modern criminal procedure*, 10ª ed., Saint Paul, 2002, p. 747. Per una più approfondita analisi della pronuncia e per gli ulteriori richiami bibliografici, v. *infra*, § 4. Va rilevato, peraltro, come il medesimo argomento a sostegno del *se detegere* descritto nel testo sia stato non di rado propugnato anche in epoca moderna. Ciò è accaduto, nel panorama nordamericano, con riferimento agli obblighi di autodenuncia sottesi alla legislazione fiscale: cfr. R. Stanley, *Dimensions of law in the service of order: origins of the federal income tax, 1861-1913*, Oxford, 1993, p. 47.

vano i difensori dell'*ex officio oath*) il "privilegio" avrebbe potuto applicarsi all'imputato sotto accusa per *fama publica*: altrimenti ragionando, si sarebbe determinata una paralisi del diritto punitivo, a tutto vantaggio di criminali pubblicamente noti[37]. Al fine di vanificare la più importante obiezione mossa dai critici della giurisdizione ecclesiastica, quella fondata sul pericolo che la *compulsion* processuale sull'imputato conducesse quest'ultimo alla *perjury*, i difensori del giuramento si richiamarono ad un'altra regola, anch'essa mutuata dal diritto canonico. Quest'ultimo, infatti, grazie ad una specifica *immunity* processuale, proibiva la punizione per falsa testimonianza di colui che avesse falsamente risposto, in veste di testimone, a domande autoincriminanti[38]. Su queste basi sarebbe stata articolata

[37] R.H. Helmholz, *Origins of the privilege against self-incrimination*, cit., pp. 983-984.

[38] R.H. Helmholz, *Origins of the privilege against self-incrimination*, cit., p. 985. Questo aspetto delle ricerche compiute da Helmholz appare assai significativo. Non è azzardato supporre che la regola del diritto canonico inerente alla non punibilità della falsa testimonianza realizzata per evitare l'autoincriminazione sia in qualche misura collegata al successivo sviluppo, nel panorama storico-normativo del nostro Paese, del così detto *ius mentiendi*. Siffatta evoluzione del principio, peraltro, non ha interessato il mondo di *common law*: il diritto al silenzio è qui costantemente posto in una rigida alternativa con l'obbligo di verità (in proposito v. *infra*, capitolo quarto, § 2). Un'analisi volta a rintracciare le origini ultime del *nemo tenetur* nel sistema legislativo italiano, per quanto presenti notevoli aspetti di interesse, fuoriesce dagli scopi del presente lavoro, anche in ragione del carattere verosimilmente incerto e dispersivo che una tale ricerca presenterebbe. Sul punto si vedano, però, i rilievi di V. Grevi, Nemo tenetur se detegere, cit., pp. 5-6 e spec. nota 1, il quale richiama il pensiero di A. Kohl, *Procés civil et sincerité*, Liége, 1971, p. 15: «le principe exprimé par l'adage "nemo tenetur edere contra se" appartient à ces règles générales de droit dont il est impossibile de retrouver l'origine précise». Da un lato, infatti, nei sistemi giuridici dell'Europa continentale il principio pare presentare ascendenze "ibride", in quanto sarebbe stato inizialmente recepito (e successivamente abbandonato) nella sfera processual-civilistica e con sfumature non coincidenti con quelle attuali (cfr. M. Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Vol. I, Milano, 1962, p. 380, nota 5; in generale, sulla testimonianza della parte, si veda E. Dosi, *La c.d. "testimonianza della parte" e l'obbligo di verità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, p. 438). Nel sistema penale, viceversa, l'influenza degli schemi inquisitori – nonché della tortura – è rimasta viva sino alle soglie dell'illuminismo penale: cfr. P. Fiorelli, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, Vol. II, Milano, 1953-1954, p. 205; M. Pisani, voce *Giuramento* (*dir. proc. pen.)*, in *Noviss. Dig. it.*, Vol. VII, Torino, 1961, p. 962, nota 7. È proprio all'influsso del pensiero illuminista che deve ascriversi il progressivo accoglimento del principio nei sistemi processuali dell'Italia pre-unitaria. Il *se detegere* pare, dunque, essere stato riconosciuto per la prima volta in Europa proprio nella *common law*

un'ulteriore (ed assai singolare) tesi a sostegno del giuramento: non essendo l'imputato punibile per falsa testimonianza, egli non avrebbe potuto sottrarsi dal rendere dichiarazioni sul fatto proprio adducendo il timore di incorrere nei rigori di siffatta *criminal offence*[39].

Non è chiaro, neppure alla luce delle approfondite ricerche di Helmholz, come le argomentazioni e le contro-argomentazioni sul *se detegere* dibattute innanzi alla *High Commission* abbiano potuto, in seguito, trasfondersi nella giurisdizione di *common law*, né come il principio sia stato accolto in seno a quest'ultima. Appare verosimile, nondimeno, che l'enunciazione del *nemo tenetur* nel mondo anglosassone non rappresenti il frutto di uno spontaneo allontanamento dei giudici di *common law* dal bagaglio culturale dello *ius commune*. Esso, per contro, sembra essersi sviluppato all'ombra del diritto canonico, come un'evoluzione delle medesime linee interpretative esposte a favore del principio innanzi alla giurisdizione della chiesa[40].

1.2. Self-incrimination *e "*right to counsel*"*

Si è già accennato a come la storia del *se detegere* negli ordinamenti di *common law* ben difficilmente potrebbe essere compresa appieno laddove si trascurasse una sua analisi diacronica. Le prime affermazioni del principio, infatti, operavano in un sistema processuale piuttosto differente da quello attuale ed assai meno sensibile ad esigenze di garanzia. Partendo da questo assunto, una parte della letteratura anglo-americana ha condivisibilmente posto in luce alcuni tratti problematici della storia del principio ulteriori rispetto a quelli più sopra esaminati. L'aspetto saliente della questione sarebbe

---

inglese (cfr. V. Grevi, Nemo tenetur se detegere, cit., pp. 9-17 e spec. p. 21. A questo Autore si rinvia per gli ulteriori richiami bibliografici).

[39] Cfr. R.H. Helmholz, *Origins of the privilege against self-incrimination*, cit., p. 985.

[40] Stando alle fonti raccolte da Helmholz, l'argomento relativo all'incentivazione della falsa testimonianza mediante i così detti *interrogatori captiosi*, pur avendo una chiara origine canonistica, sarebbe stato utilizzato come argomento difensivo anche innanzi alla giurisdizione di *common law* – e segnatamente alla King's Bench – in un caso del 1607 (cfr. R.H. Helmholz, *Origins of the privilege against self-incrimination*, cit., p. 988, nonché alle note 127 e 128).

il seguente: almeno sino alla seconda metà del diciannovesimo secolo, la possibilità per l'imputato di avvalersi del diritto al silenzio non veniva considerata, come invece accade oggi, alla stregua di una prerogativa difensiva. Al contrario, era proprio l'opportunità di parlare nel processo a rappresentare per quest'ultimo la più importante manifestazione del diritto di difesa[41]. John Langbein definisce questo primitivo modello di procedura penale come quello dell'*accused speaks*. Esso viene riguardato dall'Autore in contrapposizione a quello, adottato solo successivamente, del *testing prosecution trial*[42]. Questa tesi si richiama strettamente alla storia del diritto alla difesa tecnica nel processo anglo-americano ed alle sue alterne fortune: secondo alcune fonti, la difesa tecnica sarebbe stata addirittura proibita, in termini pressoché generali, sino al 1696; solo successivamente a questa data il divieto sarebbe stato gradualmente abbandonato, sia pure – almeno inizialmente – con esclusivo riferimento al crimine di *treason* ed ai gravi reati rientranti nel *genus* dei *felony crimes*[43]. Peraltro, anche nel periodo successivo al riconoscimento del *right to counsel* ed all'incirca sino alla fine del diciottesimo secolo, il numero dei *defense lawyers* sarebbe stato talmente esiguo da rendere all'at-

---

[41] Questa tesi è stata elaborata da John Langbein alla fine del secolo scorso (cfr. J.H. Langbein, *The historical origins*, cit., p. 1047; Id., *The privilege and common law criminal procedure*, cit., p. 82) ed è attualmente condivisa, nel panorama della letteratura di *common law*, da numerosi altri Autori (cfr., fra gli altri, E. Moglen, *Taking the fifth*, cit., pp. 1088-1089).

[42] Cfr. J.H. Langbein, *The historical origins*, cit., pp. 1068-1069.

[43] In particolare, la proibizione della difesa tecnica sarebbe stata per la prima volta abbandonata con l'adozione del così detto *Treason Act* del 1696. Esso viene considerato dagli storici della *common law* come «the first comprehensive charter of defensive safeguard in the history of our criminal procedure» (Cfr. J.H. Langbein, *The historical origins*, cit., p. 1067; Id., *The criminal trial before the lawyers*, in *University of Cincinnati law review*, 1978, pp. 307-311). Fra le più significative innovazioni introdotte dal *Treason Act* vi era il diritto dell'imputato di essere informato per iscritto dell'oggetto dell'imputazione almeno cinque giorni prima del processo e – soprattutto – il riconoscimento del diritto all'assistenza tecnica di un difensore con riferimento sia alla fase pre-processuale che a quelle successive. In proposito, Cfr. A.H. Shapiro, *Political theory on the growth of defensive safeguards in criminal procedure: the origins of the Treason Trials Act of 1696*, in *Law and history review*, 1993, p. 215; S. Rezneck, *The statute of 1696, a pioneer measure in the reform of judicial procedure in England*, in *Journal of modern history*, 1930, p. 5.

to pratico impossibile, se non in un ridotto novero di casi, il ricorso alla difesa tecnica[44].

La rinuncia, da parte dell'imputato, al proprio diritto a testimoniare, in un contesto procedimentale refrattario alla difesa tecnica, sarebbe equivalsa (com'è facile intuire) ad una sorta di radicale, quanto suicida, abbandono di qualsiasi *chance* di proscioglimento (*acquittal).* Non essendo attribuito alle persone accusate il diritto di avvalersi di un *counsel*, il profilo testimoniale e quello difensivo erano, infatti, virtualmente indistinguibili l'uno dall'altro: il mancato esercizio della prerogativa testimoniale avrebbe travolto anche la più pallida speranza dell'imputato di contrastare gli assunti dell'accusa[45]. Questa iniziale povertà di contenuti – e di ausili pratici – del diritto di difesa e le tappe del suo successivo sviluppo appaiono, alla luce della dottrina che si è occupata del tema (ed in particolare di Langbein), assai ben documentate; né mancano, nella letteratura del passato, molteplici giustificazioni offerte dai giuristi del *common law* inglese a questa iniziale fisionomia del *trial*. Fra di esse, assumeva un ruolo particolarmente rilevante la tesi secondo cui una funzione di tutela dell'imputato sarebbe spettata al giudice stesso. Il concetto era così espresso da un illustre giurista: «[T]he Court ought to be […] of counsel for the prisoner, to see that nothing be urged

[44] Un'approfondita ricerca sul punto, non priva di alcuni spunti critici in rapporto alla ricostruzione offerta da Lagbein, è stata svolta da Eben Moglen. Ad avviso dell'Autrice, la possibilità per l'imputato di accedere effettivamente alla difesa tecnica, specie tenendo conto del tessuto economico e sociale delle colonie nordamericane, sarebbe a lungo rimasto estremamente esiguo – per non dire inesistente –; ciò anche nel periodo post-rivoluzionario (cfr. E. Moglen, *Taking the fifth*, cit., p. 1093 e p.1105 s.; in senso parzialmente diverso v., però, J.H. Langbein, *The criminal trial before the lawyers*, cit., p. 263). Su questo tema, si vedano anche gli studi di P.C. Hoffer, *Law and people in colonial America*, Baltimore-London, 1992-1998, p. 31; e di J. Goebel Jr., T.R. Naughton, *Law enforcement in colonial New York, a study in criminal procedure, 1664-1776*, New York, 1944, p. 573.

[45] Oltre agli Autori citati sopra (J.H. Langbein, *The historical origins*, cit., p. 1048 e p. 1054; E. Moglen, *Taking the fifth*, cit., p. 1094), in rapporto al quadro processuale descritto nel testo, si vedano: W.J. Stuntz, *The substantive origins of criminal procedure*, cit., pp. 416-418; L.M. Friedman, *Crime and punishment in American history*, New York, 1993, pp. 24-27; D.J. Bodenhamer, *Fair and trial: rights of the accused in American history*, Oxford, 1992, p. 24.

against him contrary to law and right»[46]. Nella più gran parte dei procedimenti penali, il sistema di esclusione dell'apporto del *counsel* sembra fosse, peraltro, applicato in modo simmetrico alla difesa ed all'accusa: «the common practice clearly was for the judge to take [the victim and any accusing witnesses] through their testimony line by line, actig as both examiner and cross-examiner, until he was satisfied that the fullest possible case have been presented»[47].

In alcune trattazioni manualistiche della prima metà del diciottesimo secolo, l'assenza di difensori nel processo veniva addirittura elogiata per la sua supposta attitudine a rendere meno artificiale – e, di conseguenza, maggiormente veritiera – l'acquisizione della prova. Anzitutto, avrebbe dovuto presumersi, secondo questa linea di pensiero, che l'imputato innocente si sarebbe difeso da solo assai meglio di quanto avrebbe fatto con l'ausilio di un avvocato. A questa inesplicabile asserzione se ne affiancava un'altra: l'imputato colpevole, in una con la propria *self-defence*, avrebbe fornito alla Corte una considerevole quantità di elementi "fisiognomici" di giudizio (voce, postura, ecc.); ed un tale "apporto probatorio" sarebbe andato irrimediabilmente perduto nell'ipotesi di un esercizio delegato del diritto di difesa.

> The very Speech, Gesture and Countenance and Manner of Defense of those who are Guilty, when they speak for themselves, may often help to disclose the Thruth, which probably would not so well be discovered from the artificial Defense of others speaking for them[48].

---

[46] Queste le parole del celebre giurista del diciassettesimo secolo Edwad Coke (cfr J.H. Langbein, *The historical origins*, cit., p. 1050, nota 9). Su questo punto, si vedano anche i rilievi di J.M. Bettie, *Scales of justice: defense counsel and the English criminal trial in the eighteenth and nineteenth centuries*, in *Law and history review*, 1991, pp. 221-223, il quale precisa, però, come l'aiuto prestato dal giudice all'imputato si limitasse rigorosamente alle sole questioni di diritto.

[47] J.M. Bettie, *Crime and the couts in England*, 1660-1800, Oxford, 1986, p. 342.

[48] «Gli eccessi nel parlare, la gestualità e l'espressione del volto, il modo di difendersi di coloro che sono colpevoli, quando parlano per sé stessi, può sovente aiutare a scoprire la verità, ed essa con ogni probabilità non può essere evinta con la stessa immediatezza dalle artificiali parole di coloro che parlino in loro vece». La citazione è tratta dal celebre "*Treatise of the pleas of the Crown*" di William Hawkins. Cfr. J.H. Langbein, *The historical origins*, cit., p. 1053, nota 26.

La dottrina di cui si è detto, muovendo da siffatti profili della storia del processo, postula l'esistenza di una connessione – rilevante all'atto pratico non meno che sul piano teorico – fra il *right to counsel* ed il *privilege against self incrimination*. Appare inverosimile, secondo questa impostazione, che il *se detegere* possa aver sortito una qualche effettiva utilità processuale in un sistema che non contemplava il diritto ad essere assistiti da un *counsel*; per contro, è proprio con l'avvento di quest'ultimo diritto e della distinzione, ad esso implicita, fra difensore ed imputato, che il silenzio del primo par aver acquisito un effettivo ruolo nell'articolazione della difesa[49]. Il *privilege*, in altri termini, necessariamente sarebbe una derivazione logica del *right to counsel*, né parrebbe ipotizzabile una disgiunta operatività *in action* delle due prerogative di difesa in discorso. Questo assunto è stato valorizzato da Langbein, simmetricamente a quanto Helmholz ha fatto in relazione al tracciato storico del *se detegere*, in un'ottica critica rispetto alle tradizionali tesi di Wigmore e Levy sulle origini del *privilege*. Mentre, infatti, le vicende storiche del *right to cousel* nella *common law* appaiono compatibili con l'ipotesi avanzata da Helmholz circa l'emersione del *se detegere* in seno ad un diverso sistema giuridico e processuale (segnatamente alle giurisdizioni ecclesiastiche ed al diritto comune) esse non collimano con la più "classica" tesi per cui esso sarebbe autonomamente fiorito nel processo inglese[50]. Ad avviso di Langbein, la massima *se ipsum prodere*, benché se ne sia registrata qualche sporadica apparizione nel linguaggio giuridico d'oltremanica a partire dalla prima metà del Seicento, sarebbe, infatti, rimasta lettera morta sino all'avvento del diritto alla difesa tecnica. Proprio grazie a quest'ultimo, lo slogan del *se detegere*, si sarebbe infine trasformato nel "privilegio" processuale oggi noto, ma solo dopo un lungo periodo di apparte-

[49] Cfr. J.H. Langbein, *The historical origins*, cit., p. 1047; W.J. Stuntz, *The substantive origins of criminal procedure*, cit., p. 411. In merito alla connessione esistente fra la progressiva emersione del *se detegere* e l'accoglimento del così detto *trial by jury*, v. E. Moglen, *Taking the fifth*, cit., pp. 1112-1121 ss.; con particolare riferimento all'adozione del *privilege* nella New York del periodo coloniale, v. J. Goebel Jr., T.R. Naughton, *Law enforcement in colonial New York*, cit., pp. 652-659.

[50] Cfr. J.H. Langbein, *The historical origins*, cit., p. 1073, p. 1083.

nenza alle meno pragmatiche dimensioni del lessico legale e della riflessione giuridica[51].

1.3. Le ascendenze del principio nel diritto penale sostanziale

Le prime manifestazioni del *privilege against self-incrimination*, in ragione del contesto storico e culturale che le ha caratterizzate nei sistemi giuridici di *common law*, si prestano a riflessioni di matrice non unicamente processuale. La casistica relativa alle prime applicazioni giurisprudenziali del principio appare peculiare: essa, infatti, non è ascrivibile allo *ius criminale* "classico", ma attiene essenzialmente alle fattispecie di *eresy* e *seditious libel*, ovvero ad ipotesi criminose contrassegnate da una stretta inerenza al foro interno dell'individuo. Il tema tocca da vicino, oltre che i postulati di fondo del sistema processuale, la problematica dell'ammissibilità di una penalizzazione di fenomeni a connotazione prevalentemente (o esclusivamente) interiore[52]. Parte della dottrina d'oltreoceano, in quest'ottica, ha sottolineato come l'affermazione del principio, soprattutto nel suo tormentato passaggio evolutivo coincidente con l'abbandono della metodica del giuramento *ex officio*, sarebbe connotata da valenze di tipo non solo processuale, ma anche (e soprattutto) di carattere penale sostanziale[53]. Il *privilege*, proprio a partire dalla fosca esperienza dei tribunali ecclesiastici, avrebbe funto da strumento di "riequilibrio" giudiziario dell'iniquità di alcune fatti-

---

[51] Cfr. J.H. Langbein, *The historical origins*, cit., p. 1083; E. Moglen, *Taking the fifth*, cit., pp. 1091-1092.

[52] Nella letteratura d'oltreoceano questo profilo è stato scandagliato soprattutto in relazione al diritto alla *privacy*, che viene sovente considerato come una barriera all'espansione del diritto penale sostanziale verso il foro interno individuale. In questo senso, in particolare, W.J. Stuntz, *Privacy's problem and the law of criminal procedure*, in *Michigan law review*, 1995, p. 1016; Id., *The substantive origins*, cit., pp. 412-416. Con riferimento ai rapporti fra *privacy* e *self-incrimination*, oltre agli Autori citati *infra*, al capitolo terzo, § 3.3., si vedano soprattutto R.S. Gerstein, *Privacy and self incrimination*, in *Ethics*, 1970, p. 87 s.; R.B. McKay, *Self-incrimination and the new privacy*, in *Supreme Court review*, 1967, p. 193.

[53] Per questa prospettiva, si veda, in particolare, W.J. Stuntz, *The substantive origins of criminal procedure*, cit., pp. 412-416. Sul punto cfr. altresì H.J. Friendly, *The fifth Amendment tomorrow: the case of constitutional change*, in *University of Cincinnati law review*, 1968, pp. 696-698.

specie incriminatrici. L'emersione del *se detegere* nei processi per eresia non sarebbe casuale: essa testimonierebbe come la negazione della libertà religiosa alle comunità cattolica e puritana fosse ormai percepita, dalla cerchia dei giuristi più sensibili all'evoluzione delle *civil liberties* e da buona parte della società inglese, come un'indebita interferenza dello stato nel foro interno individuale[54].

La progressiva affermazione del *nemo tenetur* avrebbe perciò sottinteso non tanto – e non direttamente – l'obiettivo di emendare le pecche dell'illiberale sistema di cognizione e formazione della prova invalso nel *modus procedendi* della *High Commission*, ma quello di erodere alcuni dettami del diritto sostanziale avvertiti come ingiusti[55]. Queste considerazioni si prestano ad ulteriori sviluppi laddove se ne approfondisca il legame con alcune categorie concettuali in uso alla dottrina d'oltreoceano e, segnatamente, quelle dei *victimless crimes* e dei *true crimes*. Il *nemo tenetur* si presenta, infatti, come un principio la cui operatività diviene tanto più controversa quanto più si sia in presenza di incriminazioni *victimless* (o reati "senza vittima"). In tali ipotesi, non essendovi soggetti passivi del reato, i quali normalmente si fanno carico di richiedere la punizione del colpevole e di testimoniare a suo carico, la persecuzione del fatto criminoso diviene assai ardua. Le fattispecie *victimless*, dunque, si presterebbero maggiormente rispetto a quanto non accada per le altre figure criminose (i *true crimes*) a giustificare un affievolimento del principio di "non collaborazione" dell'imputa-

[54] Cfr. W.J. Stuntz, *The substantive origins of criminal procedure*, cit., p. 413. Per alcuni significativi esempi delle critiche mosse dai giuristi inglesi – ed anche dalla pubblica opinione – all'indirizzo delle "ingiuste" leggi inerenti alla penalizzazione dell'atteggiamento interiore sotto l'impero del giuramento *ex officio*, v. L.W. Levy, *Origins of the fifth Amendment*, cit., p. 138, pp. 141-142, p. 269. È significativo, fra gli altri, il discorso di Coke in un processo del 1611: «no free man should be compelled to answer for his secret thoughts and opinions» (cfr. L.W. Levy, *op. ult. cit.*, p. 245).

[55] In questo senso, si veda A. Donagan, *The right not to incriminate oneself*, in *Social philosophy and policy*, 1984, pp. 143-144: «many kinds of legal offence that will often be provable only by compelling self-incriminating evidence ought not, morally speaking, be legal offences at all; and most offences for which there ought to be legal sanctions can be proved, if at all, without recourse to such evidence. This appears to be a moral reason of some wheight why it should be illegal to compel self-incrimination».

to. L'eresia, proprio in quanto rientrante nella tipologia *victimless*, avrebbe potuto essere contrastata efficacemente solo mediante una negazione del diritto al silenzio[56]. Secondo le parole dell'arcivescovo Whitgift, che esercitò il suo ministero sotto il regno di Elisabetta I, «gli eretici spargono segretamente il loro veleno, sicché è impossibile avvalersi di testimoni»[57]. Stante l'assenza di una proiezione esteriore ed oggettivamente comprovabile dell'illecito, il ricorso al giuramento *ex officio* diveniva, in questo contesto, l'unico strumento possibile per penetrare (mediante una esteriorizzazione forzosa del credo) nei *personal beliefs* di coloro che fossero sospettati di condotte eterodosse.

In effetti, l'ampiezza con cui il *nemo tenetur* viene accolto in un dato ordinamento sottintende una complessa operazione di "bilanciamento" fra esigenze repressive e tutela delle libertà individuali; essa è stata colta con particolare profondità dalla giurisprudenza e dalla dottrina statunitensi. Tale ampiezza, peraltro, tende a mutare in ragione di quanto vi è di "oggettivo" e quanto di "soggettivo" nel crimine perseguito. Detto altrimenti: il *se detegere*, come è dimostrato dalla sua tendenziale negazione nello schema processuale adottato dalle corti ecclesiastiche inglesi, riflette sia dinamiche attinenti alla distribuzione dell'onere della prova[58], sia la fisionomia – materiale ovvero puramente interiore – dell'illecito.

Questo particolare punto di vista sullo sviluppo del principio postula un saldo collegamento del *privilege* con il diritto penale sostanziale e (per dirla con le categorie giuridiche europee continentali) con il principio di materialità del reato.

---

[56] Cfr. W.J. Stuntz, *The substantive origins of criminal procedure*, cit., p. 414. Per un'analisi delle categorie dei *victimless crimes* e dei *true crimes* in una chiave politico-criminale si veda, fra gli altri, J. Feinberg, *Harmless wrongdoing*, New York, 1988, pp. 3-6; pp. 17-25; pp. 124-133; Id., *Harmless wrongdoing*, in L. Kats, M.S. Moore, S.J. Morse, *Foundations of criminal law*, New York, 1999, pp. 140-152.

[57] Cfr. W.J. Stuntz, *The substantive origins of criminal procedure*, cit., p. 414.

[58] In merito alle connessioni esistenti fra il *se detegere* e la distribuzione dell'onere della prova nel *trial*, v. *infra*, § 2.2.

2. *Il* se detegere *dalla "*glorious revolution*" inglese del 1688 alla Costituzione statunitense*

Numerose ragioni storiche inducono a ritenere che il *nemo tenetur*, immediatamente dopo la sua emersione nell'ambito dello *ius commune* e la sua successiva traslazione nel *common law*, abbia ricevuto assai scarse applicazioni pratiche[59]. Benché alcune pronunce della giurisprudenza inglese della seconda metà del diciassettesimo secolo si richiamino (sia pure in modo ancora abbozzato ed approssimativo) al principio, esse non sembrano rifletterne una portata generale, né paiono sottintendere una valenza del *se detegere* così come esso è oggi inteso. Il divieto di ricorrere all'istituto del giuramento *ex officio*, infatti, da una parte, non impediva che si procedesse comunque all'interrogatorio non giurato dell'imputato, dall'altra, esso non era di ostacolo ad un'interpretazione dell'eventuale rifiuto di rispondere alla stregua di una confessione[60]. A conferma dell'ancora scarsa penetrazione del principio nella prassi e nella cultura giuridica dell'epoca, lo stesso Wigmore sottolinea come non consti alcuna proposta di un suo possibile inserimento nel *Bill of Rights* inglese del 1689[61].

Un timido ampliamento della casistica relativa al *se detegere* pare, tuttavia, potersi riscontrare nel periodo successivo alla così detta *glorius revolution* del 1688, allorché esso ricevette alcune (ancora sporadiche, eppure assai significative) applicazioni. Uno degli ambiti maggiormente interessati da questo sviluppo del *nemo tenetur* nella prassi fu quello della produzione in giudizio di documenti. Nel caso *Cox v. Copping*, risalente al 1698, una richiesta del *plaintiff* (attore) volta ad ottenere l'esibizione di alcuni documenti in possesso

---

[59] Cfr. M.R.T. Macnair, *The early development*, cit., p. 79; J.H Langbein, *The criminal trial before the lawyers*, cit., p. 263.

[60] Cfr. M.R.T. Macnair, *The early development*, cit., p. 82. Il problema delle così dette *inferences from silence*, nel sistema processuale statunitense, è stato definitivamente risolto dalla Corte suprema solamente in tempi recenti, nel caso *Griffin v. California* del 1965. Per un'analisi del caso e dei *dicta* della Corte si vedano, nella manualistica, Y. Kamisar *et al.*, *Modern criminal procedure*, cit., pp. 1413-1420; R.J. Allen *et al.*, *Comprehensive criminal procedure*, cit., pp. 1260-65; P.E. Johnson, M. Cloud, *Criminal law*, Saint Paul, 2002, p. 602.

[61] H. Wigmore, *A treatise on evidence*, cit., p. 292.

dell'imputato fu rigettata dalla *King's Bench* sulla base dell'asserzione per cui, diversamente, l'imputato stesso sarebbe stato costretto alla presentazione di prove «sue proprie» – nel testo originale: «it would [mean] to show the defendant's evidence». Assai più esplicitamente, nel caso *R v. Mead*, del 1704, fu esclusa – sempre nel contesto delle prove documentali – la legittimità di un ordine di esibizione perché esso avrebbe implicato «[to] compel the defendant to produce evidence against himself in a criminal case»[62].

Parte della dottrina d'oltremanica ha messo in evidenza come questa casistica, pur fondandosi talora su categorie giuridiche apparentemente estranee all'area del *se detegere* (*in primis*, sul diritto di proprietà) costituisca un importante antecedente concettuale del moderno *right to silence*. La *Law of Evidence* di Gilbert, la cui iniziale stesura risale probabilmente alla prima decade del diciottesimo secolo, sembra evidenziare un accoglimento piuttosto maturo del principio nella riflessione giuridica dell'epoca:

> our Law in this differs from the Civil Law, that it will not force any Man to accuse himself; and in this we do certainly follow the Law of Nature, which commands every Man to endeavour his own preservation[63].

L'applicazione del *privilege*, stando all'opinione forse maggioritaria della letteratura di lingua inglese, sarebbe, tuttavia, ancora per lungo tempo rimasta confinata ad ambiti marginali e concettualmente disomogenei.

Si è già accennato a come il modello processuale prevalente alla fine del diciassettesimo secolo (nella madre patria inglese così come nella colonie d'oltreoceano) fosse fondato su un archetipo che è stato definito da una parte della letteratura anglosassone dell'*accused speaks*. Questo schema era essenzialmente caratterizzato dalla

---

[62] Per un'analisi della giurisprudenza richiamata nel testo e per un esame del contenuto letterale delle decisioni. v. M.R.T. Macnair, *The early development*, cit., p. 83.

[63] «Il nostro diritto in questo differisce dalla *Civil law*, che non costringerebbe alcuno ad accusare sé stesso; ed in ciò noi certamente assecondiamo il Diritto di Natura, che ordina ad ogni uomo di fare tutto il possibile per auto-proteggersi». Cfr. R.T. Macnair, *The early development*, cit., nota 139.

carenza di precise regole sulla distribuzione dell'onere della prova, dalla prassi di interrogare l'imputato – sia pure non sottoponendolo a giuramento – nella fase del *pretrial*, dalla generalizzata assenza del diritto alla difesa tecnica e dalla piena utilizzabilità nel processo delle dichiarazioni rese in precedenza dall'imputato stesso[64]. Nelle colonie americane la situazione determinata da tale assetto processuale era, con particolare riferimento al *right to counsel*, persino più grave. Il diritto in discorso era in alcuni casi espressamente negato dalla legge; talvolta era riconosciuto solo in un assai limitato novero di ipotesi (per i reati più gravi); in ogni caso esso era, in ragione della cronica assenza di professionisti legali in numerosi dei territori coloniali, difficilmente praticabile[65].

Nel nord America, il punto di svolta per il cambiamento di questo stato di cose ha coinciso con la diffusione del malcontento verso la madrepatria inglese che precedette lo scoppio della rivoluzione. L'aspirazione degli abitanti delle colonie a poter fruire delle medesime garanzie e dei medesimi diritti a quel tempo riservati ai soli *Englishman*, infatti, non solo ebbe ad oggetto prerogative basilari come quelle alla *security* ed alla *property*, ma altresì si rivolse alla procedura penale, ed in particolare all'istituto del *jury trial*[66]. Esso assumeva, nel contesto del pensiero pre-rivoluzionario, una ben precisa connotazione politica. I suoi aspetti essenziali, consistenti nell'attribuzione del ruolo decisionale ad una giuria popolare anziché ad

---

[64] Cfr. E. Moglen, *Taking the fifth*, cit., p. 1092 e, soprattutto, J.H. Langbein, *The historical origins*, cit., pp. 1060-1062.

[65] Oltre agli Autori citati *supra*, cfr., in particolare, E. Moglen, *Taking the fifth*, cit., pp. 1091-1095. Peraltro, il modello processuale descritto nel testo era prevalentemente applicato innanzi a giudici non professionali. Cfr., per tutti, J.H. Langbein, *Prosecuting crime in the renaissence: England, Germany, France*, Cambridge, 1974, pp. 113-114 e bibliografia ivi richiamata.

[66] Cfr. E. Moglen, *Taking the fifth*, cit., pp. 1112-1115. Per una precisa ricostruzione del periodo storico in discorso, nonché dei diritti reclamati nel contesto della rivoluzione americana, cfr., fra gli altri, J.P. Reid, *The concept of liberty in the age of the American revolution*, Chicago, 1989, *passim*; con particolare riferimento al *trial by jury* Id., *The authority of rights, Constitutional history of the American revolution*, Madison, 1986, p. 47; A.W. Alschuler, A. Deiss, *A brief history of the criminal jury in the United States*, in *University of Cincinnati law review*, 1994, p. 887. Per un'analisi, oltre che dell'origine storica del *jury trial*, dei suoi profili salienti nel processo nordamericano v. R.J. Allen *et al.*, *Comprehensive criminal procedure*, cit., pp. 1181-1184.

un magistrato, rappresentavano un evidente strumento di emancipazione dalla madrepatria; i *juries* locali, laddove fossero stati istituiti, avrebbero consentito di porre un freno alla nomina di giudici fedeli alla corona ed ostili al riconoscimento di maggiori libertà agli abitanti delle colonie[67]. Il tema della valenza politica del *jury trial* e la sua progressiva diffusione nel sentore sociale finì per favorire l'emersione di una corrente di pensiero che concepiva l'intera tematica dei *trial rights* come una delle fondamentali rivendicazioni libertarie della rivoluzione[68].

Una significativa esemplificazione di questo contesto politico è rintracciabile nel § 8 della *Virginia Declaration of Rights* del 1776. In esso, soprattutto ad opera di George Manson, fu tracciato un modello di enunciazione costituzionale dei *trial rights* successivamente riprodotto – con marginali modifiche – in tutti i *Bill of Rights* adottati dagli stati americani negli anni '70 e '80 del diciottesimo secolo:

> That in all capital or criminal prosecutions a man hath a right to demand the cause and nature of his accusation, to be confronted with the accusers and witnesses, to call for evidence in his favour, and to speedy trial by an impartial jury of twelve men of his vicinage, without those unanimous consent he cannot be found guilty; none can he be compelled to give evidence against himself; that no man be deprived of his liberty, except by the law of the land or the judgment of his peers[69].

Appare significativo, a conferma di uno stato ancora fluido dell'evoluzione processuale, come questa dichiarazione di diritti non con-

---

[67] Cfr. E. Moglen, *op. ult. cit.*, p. 1115; Id., *The privilege in British north-America: the colonial period to the fifth Amendment*, in R.H. Helmholz *et al.*, *The privilege against self-incrimination*, cit., pp. 129-131.

[68] Cfr. E. Moglen, *loc. ult. cit.*, p. 1115, la quale parla in proposito di «trial-rights cluster».

[69] «Che in tutti i casi capitali e nei procedimenti penali un uomo abbia il diritto di conoscere l'origine e la natura delle accuse mossegli, di confrontarsi con gli accusatori ed i testimoni, di portare prove a discarico, di essere celermente giudicato da una giuria imparziale, composta da dodici uomini a lui vicini e senza il cui unanime consenso egli non possa essere riconosciuto colpevole; che nessuno possa essere costretto a produrre prove contro sé stesso; che nessun uomo venga privato della sua libertà, se non sulla base della legge del luogo o del giudizio dei suoi pari».

Il brano riportato nel testo è tratto da E. Moglen, *op. ult. cit.*, p. 1118.

templasse alcun riferimento al *right to counsel*. Essa, per converso, conteneva un'enunciazione del *se detegere* assai simile a quella successivamente accolta nella Costituzione federale americana. Quest'ultima fu frutto di una modifica dell'ultima ora: ad una prima stesura del principio, proposta da James Madison e riferita ad un incondizionato divieto di rendere ogni persona «witness against himself», si preferì una su limitazione ai soli «criminal cases»[70].

3. *Il* privilege against self-incrimination *nell'America del diciannovesimo secolo: in particolare i suoi legami con il diritto alla* privacy

L'evoluzione del *se detegere* nel panorama nordamericano, a far data dall'entrata in vigore della Costituzione degli Stati Uniti d'America e sino alla metà del diciannovesimo secolo, appare strettamente correlata allo sviluppo di alcuni principi appartenenti al sistema processuale generalmente inteso[71]. In tale periodo, la maggiore facilità di accesso degli imputati alla difesa tecnica e l'affermazione di alcuni essenziali postulati del *trial* (fra questi assunse una spiccata importanza il *beyond-a-resonable-doubt standard*) resero la *silence strategy* maggiormente accessibile dal punto di vista pratico[72]. Il de-

---

[70] Cfr. *Annals of Congress, The debates and proceedings in the Congress of United States*, Washington, 1834, p. 753.

[71] Cfr. fra gli altri, A.G. Gless, *Self-incrimination privilege dvelopment in the niniteenth-century federal courts: questions of procedure, privilege, production, immunity and compulsion*, in *American journal of legal history*, 2001, p. 391.

[72] Cfr., fra gli altri, L.M. Friedman, *Crime and punishment in American history*, cit., p. 245. L'Autore sottolinea come, a partire dalla fine del diciannovesimo secolo, la presenza dei difensori, specialmente nei *felony cases*, divenne sempre più diffusa in quanto alcuni stati dell'Unione garantivano l'accesso al patrocinio a spese dello stato. Fino alla fine del diciannovesimo secolo, tuttavia, la difesa tecnica rimase l'eccezione alla regola (cfr. L.M. Friedman, R.V. Percival, *The roots of justice: crime and punishment in Alameda County, California, 1870-1910*, Chapel Hill, 1981, p. 185). In merito ai profili storici dell'emersione del *right to counsel*, cfr. altresì E. Note, *An historical argument for the right to counsel during police interrogation*, in *Yale law journal*, 1964, pp. 1018-1034. In rapporto all'emersione del *beyond-reasonable-doubt standard*, cfr. B.J. Shapiro, *"Beyond reasonable doubt" and "Probable cause": historical perspectives on the Anglo-American law of evidence*, Berke-

finitivo passo in avanti rispetto alla fisionomia pre-rivoluzionaria del *privilege* ed all'archetipo dell'"*accused speaks*" che ad essa faceva da sfondo, si ebbe però con alcune pronunce – sia statali che federali – dell'ultimo ventennio del 1800: quelle relative ai caso *Boyd v. United States*, del 1886, e *Boyle v. Smithman* del 1892[73].

Il caso *Boyd*, benché sia considerato dalla più gran parte dei commentatori d'oltreoceano come un *landmark case* nell'ambito della giurisprudenza concernente il quarto ed il quinto emendamento della Costituzione americana, si segnala per la sua estraneità all'ambito della giurisdizione penale.

Boyd era un commerciante di vetro. In virtù di un accordo concluso con il governo, in cambio della destinazione di alcune partite di tale materiale alla costruzione di palazzi pubblici, egli era stato autorizzato ad importarne una certa quantità senza dover corrispondere imposte. In pendenza di un tale accordo, Boyd aveva però lamentato che i primi carichi di vetro erano finiti in frantumi durante il trasporto. A suo avviso, il governo avrebbe perciò dovuto consentirgli, a titolo di compensazione, l'importazione dei successivi carichi senza il versamento di alcuna tassa. Le autorità fiscali, richiamandosi alla *statutory law* che regolava la materia dell'importazione, ottennero, tuttavia, dal giudice un ordine di esibizione delle fatture e gli altri documenti contabili riguardanti il trasporto: lo scopo era quello di verificare se il vetro fosse andato effettivamente distrutto. Boyd, pur manifestando il proprio dissenso – in quanto, a suo parere, siffatta procedura sarebbe stata da ritenersi incostituzionale – ottemperò all'ordine di esibizione, così che risultò palese la

---

ley Los Angeles London, 1991, pp. 1-41; J.H. Langbein, *The historical origins*, cit., p. 1070; W.J. Stuntz, *The substantive origins of criminal procedure*, cit., p. 420.

[73] Per una puntuale analisi di questi casi, si veda W.J. Stuntz, *The substantive origins of criminal procedure*, cit., p. 421. Con particolare riferimento al celebre caso Boyd, cfr., fra gli altri, Id., *Privacy's problem and the law of criminal procedure*, cit., p. 1016; R.J. Allen *et. al.*, *Comprehensive criminal procedure*, cit., pp. 271-274; Y. Kamisar *et. al.*, *Modern criminal procedure*, cit., pp. 667-669; S.D. Krauss, *The life and times of Boyd v. United States*, cit., p. 184; K.B. Hazlett, *The nineteenth century origins of the fifth amendment privilege against-self incrimination*, cit., p. 252; A.G. Gless, *Self-incrimination privilege development in the nineteenth-century federal courts*, cit., p. 439. Per una discussione del caso e delle sue implicazioni per il diritto alla *privacy* nella dottrina ad esso contemporanea, v. S.D. Warren, L.D. Bradies, *The right to privacy*, in *Harvard law review*, 1890, p. 193.

sua responsabilità rispetto alle leggi regolanti i dazi d'importazione. La Corte suprema, dopo essere stata investita della questione, rilevò, in pieno accordo con Boyd, come la decisione del giudice territoriale dovesse ritenersi viziata da una violazione del quarto e del quinto emendamento della Costituzione[74].

Le argomentazioni offerte dalla Corte a sostegno della propria decisione presero spunto da un importante precedente giurisprudenziale, il caso *Entrick v. Carrington*, che riguardava la materia del *search and seizure*[75]. Tale fattispecie presentava, rispetto al caso *Boyd*, alcune significative analogie: pur sussistendo una diversità formale fra l'ordine di esibizione (*subpoena*) del caso descritto e l'ambito delle attività di perquisizione e sequestro (*search and seizure*) che i giudici della Corte avevano esaminato nel caso *Entrick*, in entrambe le ipotesi l'acquisizione forzosa di documenti si poneva in contrasto con la «very essence of constitutional liberty and security». In particolare, la prevalenza accordata in *Entrick* alle *privacies of life* sull'interesse pubblico al sequestro di prove documentali offriva spunti di riflessione validi anche in *Boyd*, laddove – secondo la Corte – venivano in considerazione non solo le esigenze di tutela del domicilio e della riservatezza proprie del quarto emendamento, ma alcuni profili riguardanti il *privilege against self-incrimination*. Ad avviso della Corte, l'ammissibilità di una *subpoena* relativa all'esibizione di documenti sarebbe, infatti, risultata equivalente ad una «compulsory extorsion of a man's own testimony»[76].

La peculiarità della decisione in discorso è, peraltro, data dal profilo riguardante l'applicabilità del quinto emendamento ad una

---

[74] Per un più preciso esame del caso, si rinvia alle fonti richiamate alla nota precedente. Il quarto emendamento della Costituzione statunitense dispone: «the right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unresonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall be issued, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly the placet o be searched, and the person or things to be seized». Il quinto emendamento – per quanto qui rileva – dispone: «nor shall [any person] be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property without due process of law».

[75] Cfr. Y. Kamisar *et al.*, *Modern criminal procedure*, cit., pp. 664, 713; R.J. Allen *et al.*, *Comprehensive criminal procedure*, pp. 287-291.

[76] Cfr. *Boyd v. United States*. Il testo integrale della sentenza è riportato in R.J. Allen *et al.*, *op. ult. cit.*, p. 268.

fattispecie estranea all'ambito della giurisdizione penale. Secondo il tenore della decisione adottata in *Boyd*, il principio accolto nel quinto emendamento parrebbe assumere una portata generale, atteso che, indipendentemente dalla natura formalmente civile del procedimento tutte le «penalties and forfeitures incurred by the commission of offences against the law are of [a] quasi-criminal nature»[77].

Il caso di cui si discute viene considerato dalla dottrina d'oltreoceano come uno fra i più rilevanti per la comprensione degli snodi storici del *privilege* nella giurisprudenza statunitense: esso, mentre ha segnato una netta prevalenza dei *privacy rights* e del *se detegere* rispetto ad alcuni – pur rilevanti – interessi configgenti, è apparso foriero di conseguenze incontrollabili (scongiurate, però, dalla successiva evoluzione giurisprudenziale) rispetto alla regolamentazione del commercio. L'orientamento della suprema Corte in *Boyd* appariva, infatti, talmente estensivo da rendere virtualmente impossibile il *law enforcement* nel settore delle scritture e dei documenti obbligatori[78].

Un indirizzo simile a quello inaugurato con il caso in discorso venne adottato qualche anno dopo dalla giurisdizione della Pennsylvania nel caso *Boyle v. Smithman*[79]. La vicenda traeva spunto da una legge statale che regolava il commercio di petrolio. A coloro che trasportavano o stoccavano tale materiale erano imposti alcuni obblighi di annotazione riguardanti la sua quantità e la sua ubicazione. Boyle, che era il direttore di un quotidiano locale, invocando l'applicazione di queste norme, cercò di obbligare Smithman, il quale commerciava petrolio, ad esibire i "*required records*" di cui si tratta. La Corte statale della Pennsylvania, pronunciandosi sulla questione in ultima istanza, ritenne che un eventuale ordine di esibizione dei documenti a carico di Smithman avrebbe costituito una violazione del quinto emendamento. La legge che regolava la materia, infatti, puni-

---

[77] V. la nota precedente.

[78] Cfr., fra gli altri, W.J. Stuntz, *The substantive origins of criminal procedure*, cit., p. 424; S.D. Krauss, *The life and times of Boyd v. United States (1886-1976)*, cit., pp. 188-190.

[79] Sottolinea l'importanza del caso in discorso in particolare W.J. Stuntz, *loc. ult. cit.*, al quale si rinvia anche per una sua illustrazione alla luce dei contenuti riportati nel testo.

va la violazione del *record-keeping* obbligatorio con sanzioni penali; l'ottemperanza all'ordine di esibizione avrebbe potuto risolversi, dal punto di vista di Smithman, in un *facere* autoincriminante (l'omessa o scorretta tenuta dei registi sarebbe stata svelata). In altri termini, l'orientamento in esame pareva affermare un generalizzato diritto di non collaborazione dell'imputato, fondato sul presupposto che il carattere di riservatezza dei *papers* fosse sufficiente a precluderne l'acquisizione forzata da parte di terzi; ciò al punto da rendere superflua qualsiasi ulteriore indagine, sia circa la natura e le finalità del procedimento, sia in merito alla provenienza o meno della richiesta di esibizione da parte di un soggetto pubblico. Le potenzialità espansive della *ratio* sottesa ai casi *Boyd* e *Smithman* appariva tale da porre nel nulla – *rectius*, da rendere praticamente inattuabile – l'imposizione per via legislativa di qualunque sorta di *record-keeping rule*[80]. Un riflesso di questa impostazione sembra individuabile nel settore del diritto tributario. In questo ambito, una parte della letteratura dell'epoca (forse sulla scorta dell'impostazione giurisprudenziale di cui si discute) giunse a definire inquisitoria l'intera legislazione in materia fiscale, in quanto intrinsecamente volta ad imporre l'autoincriminazione del contribuente, ovvero a sollecitarne la *perjury*[81].

L'indirizzo espansivo del *privilege* pare aver trovato nel caso *Boyd* – e nelle poche pronunce che ad esso successivamente si richiamarono – il proprio apice. Di lì a pochi anni, la giurisprudenza della suprema Corte statunitense si avviò ad uno sviluppo in senso nettamente diverso rispetto a quello che avrebbe potuto prevedersi sulla base delle decisioni appena riferite. Anzitutto non vi fu, come era stato invece precognizzato da Wigmore, un allargamento del *privilege against self-incrimination* verso l'ambito delle persone giuridiche[82]. Questa soluzione, mentre sarebbe apparsa coerente con

[80] Cfr. W.J. Stuntz, *The substantive origins of criminal procedure*, cit., p. 425.

[81] Cfr. W.J. Stuntz, *loc. ult. cit*. L'Autore rileva come il riferimento alla *perjury* riecheggi le medesime argomentazioni inerenti al *privilege* che erano state svolte nel corso delle storiche lotte dei puritani contro l'inquisizione delle corti ecclesiastiche. Sul punto, v. *supra*, § 1.1.

[82] Cfr. W.J. Stuntz, *The substantive origins of criminal procedure*, cit., p. 427. Per una più dettagliata analisi di questo tema, v. *infra*, capitolo quarto, § 4. In merito alla "personificazione" delle *corporations* mediante la così detta teoria "fin-

una tendenza, già delineatasi nella giurisprudenza del tempo, a considerare, almeno in rapporto al godimento dei diritti costituzionali, le *corporations* alla stregua di persone fisiche, fu – proprio a partire da quegli anni – costantemente disattesa dalla suprema Corte americana. Una delle pronunce più significative per la dimostrazione di questo cambiamento d'indirizzo è sovente identificata dalla dottrina d'oltreoceano nel caso *Hale v. Henkel* del 1906, laddove la pertinenza del *se detegere* all'ambito delle persone giuridiche venne esclusa in modo *tranchant*[83].

Seguendo siffatta logica, la Corte pervenne ad un sostanziale passo indietro rispetto al tema cardine della decisione *Boyd*, negando la possibilità che le *corporations* potessero addurre la violazione di loro diritti costituzionali – con particolare riferimento al quarto ed al quinto emendamento – nei casi di *search and seizure* o *subpoenas* relativi a prove documentali[84]. Nella prima metà del ventesimo secolo, questo stesso indirizzo restrittivo venne gradualmente esteso all'ambito dei *required records* riguardanti le persone fisiche. Il *leading case* sul punto viene comunemente ravvisato dalla dottrina d'oltreoceano nel caso *Shapiro v. United States* del 1948[85]. Esso atteneva alla violazione, da parte di un grossista di frutta, di alcune norme attinenti alla conservazione di documenti e sanzionate penal-

---

zionistica" ed alle sue vicende nella giurisprudenza della suprema Corte statunitense si vedano, per tutti, M.J. Horwitz, *The transformation of American law, 1870-1960. The crisis of legal ortodoxy*, Oxford, 1992, pp. 69-74; C.W. McCurdy, *The Knight Sugar decision of 1895 and the modernisation of American corporation law, 1869-1903*, in *Business history review*, 1979, pp. 314-319.

[83] Le tappe del "collasso" dell'impostazione data dalla suprema Corte ai problemi della *privacy* e della *self-incrimination* che erano stati presi in esame nel caso *Boyd* vengono, infatti, ricorrentemente individuate nel cambiamento d'indirizzo che la suprema Corte ha impresso alla materia nei casi *Hale v. United States* del 1906 e, successivamente, *Shapiro v. United States* del 1948 (per un'analisi di tali pronunce e per richiami bibliografici ulteriori, v. *infra*, capitolo quarto, §§ 3.3. e 4). Cfr. S.D. Krauss, *The life and times of Boyd v. United States (1886-1976)*, cit., pp. 191-195; W.J. Stuntz, *The substantive origins of criminal procedure*, cit., p. 428; R.J. Allen *et al.*, *Comprehensive criminal procedure*, cit., pp. 311, 312; Y. Kamisar *et al.*, *Modern criminal procedure*, cit., p. 668.

[84] Cfr., con citazioni di ulteriori casi rilevanti per la comprensione del tema e dimostrativi del cambiamento di indirizzo della suprema Corte, S.D. Krauss, *loc. ult. cit.*

[85] In merito alla così detta *required records doctrine* ed al caso *Shapiro*, si veda anche *infra*, capitolo quarto, § 3.3.

mente nell'ambito dell'*Emergency Price Control Act.* La Corte concluse per l'inapplicabilità del *privilege* all'ipotesi in discorso sulla base del rilievo per cui esso dovrebbe considerarsi subvalente rispetto all'esigenza pubblica di regolare alcuni settori dell'economia[86].

4. *Il* se detegere *nel ventesimo secolo: cenni in merito alla sua evoluzione nella giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti d'America*

La storia recente del *privilege against self incrimination* nel panorama nordamericano e, più in generale, in quello dei paesi di *common law*[87], risulta caratterizzata dalla presenza di dati giurispruden-

[86] Il brano della pronuncia *in re Shapiro* è riportato in R.J. Allen *et al.*, *Comprehensive criminal procedure*, cit., p. 663.

[87] Nell'ambito della letteratura che ha preso in esame le recenti evoluzioni del *se detegere* con riferimento ai sistemi processuali e penali sostanziali inglese, canadese ed australiano, si vedano: G. Stessens, *The obligation to produce documents versus the privilege against self-incrimination: human rights protection extended too far?*, in *European law review, human rights survey*, 1997, pp. 45-62; J.D. Heydon, *Statutory restrictions on the privilege against self-incrimination*, in *Law quarterly review*, 1971, p. 214; I. Dennis, *Instrumental protection, human right or functional necessity? Reassessing the privilege against self-incrimination*, in *Cambridge law journal*, 1995, pp. 343-376; N.A. Clayton, *Problems of self-incrimination in seeking to obtain bank records*, in *Journal of international banking law*, 1996, pp. 115-122; A. Stone, *Environment protection authority v Caltex refining co pty ltd corporations and the privilege against self-incrimination*, in *The University of New South Wales law journal*, 1994, pp. 628-647; Y. De Montigny, *La protection contre l'auto-incrimination au Canada: mithe ou réalité*, in *Mc Gill law journal*, 1990, pp. 746-796; E.W. Thomas, *The so called right to silence*, in *New Zealand Universities law review*, 1991, pp. 299-322; A.A.S. Zuckerman, *The principle of criminal evidence*, Oxford, 1989, pp. 315-320; J.D. Jackson, *Curtailing the right of silence: lessons from Northern Ireland*, in *Criminal law review*, 1991, pp. 405-415; P. Mirfield, T*wo side-effects of section 34 to 37 of the Criminal Justice and Public Order Act 1994*, in *Criminal law review*, 1995, pp. 612-624; W. Howarth, *Self-monitoring, self-policing, self-incrimination and pollution law*, in *The modern law review*, 1997, pp. 200-229. Con particolare riferimento al contesto delle *corporations*, si vedano: S. Nash, M. Furse, *Self-incrimination, corporate misconduct, and the convention on human rights*, in *Criminal law review*, 1995, pp. 854-863; N.M. Garland, *The unavailability to corporations of the privilege against self-incrimination: a comparative examination*, in *New York law school journal of international and comparative law*, 1996, p. 55; S.A. Trainor, *A comparative analysis of a corporation's right against self-incrimination*, in *Fordham international*

ziali – e talora anche legislativi – che si prestano a letture contrastanti. Nel mentre appare arduo individuare un *trait d'union* fra le molteplici sfaccettature, soprattutto processuali, emerse in relazione al principio in discorso nell'ampio contesto della giurisprudenza del secolo scorso, sul versante della sua elaborazione teorica, il *se detegere* sembra essere divenuto progressivamente il centro di un inesauribile dibattito che vede contrapposte posizioni "abolizioniste" a tesi volte a salvaguardarne energicamente la sopravvivenza[88].

Le vicende del *privilege* nella metà del Novecento, soprattutto laddove si tenga conto della fase "oscurantista" storicamente coincisa con il maccartismo e contrassegnata da una grave degenerazione della vita democratica[89], appaiono caratterizzate da un'alternanza fra momenti di rigida chiusura e spinte in senso garantista; nell'ambito di queste ultime vanno annoverati alcuni *landmark cases* della suprema Corte statunitense, come le celebri sentenze *Griffin v. California* e *Miranda v. Arizona*, rispettivamente del 1965 e del 1966.

La fase maccartista, tra la fine degli anni '40 e i primi anni '50, la cui massima espressione è stata la così detta *House Committee on Un-American activities* (HUAC), una speciale commissione parlamentare, è considerata da alcuni Autori d'oltreoceano come un momento di estrema tensione fra l'operatività dei principi costituzionali – ed in particolare la libertà di parola ed associazione garantite dal primo emendamento[90] – e la così detta "*self-preservation"* dello

---

law journal, 1995, pp. 2139; G. McCormack, *Self-incrimination in the corporate context*, in *The journal of business law*, 1993, pp. 425-443; R. Ramsay, *Corporations and the privilege against self-incrimination*, in *The University of new South Wales law journal*, 1992, pp. 297-312.

[88] Sul punto si rinvia all'analisi svolta *infra*, al capitolo terzo.

[89] V. ad es. A. Lanza, *Maccartismo*, in *Storia del Nord America, Il mondo contemporaneo*, Firenze, 1978, p. 179 s., oppure B. Cartosio, *Anni inquieti. Società, media, ideologie negli Stati Uniti da Truman a Kennedy*, Roma, 1992, p. 92 s., o anche D.F. Fleming, *Storia della guerra fredda* (1917-1960), trad. it., Milano, 1964, p. 599 s.

[90] Il primo emendamento della Costituzione statunitense stabilisce che «Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances».

stato[91]. In nome della vigilanza anticomunista e del patriottismo, le decisioni della suprema Corte di quel tempo, pronunciate in un clima emergenziale che per molti aspetti ricorda l'odierna lotta al terrorismo, sono state volte ad affermare che il contrasto delle "attività antiamericane" costituisse un interesse prevalente sul diritto alla *associational privacy* a viva voce invocato dagli inquisiti[92].

Nel quadro di siffatti orientamenti repressivi, nell'ambito del fenomeno che prese il nome dal senatore Joseph McCarthy, eletto nel 1946 e distintosi immediatamente per la foga anticomunista, il richiamo, da parte delle persone sottoposte ad interrogatorio, del primo e del quinto emendamento solo raramente pare essersi tradotto nella concessione di effettive tutele. La giurisprudenza del periodo è stata, anzi, incline a ravvisare nelle risposte date dai sospetti appartenenti al partito comunista ai membri dell'*House Committee* – qualora queste apparissero incomplete o parziali –, ovvero nel loro mero silenzio, il reato di *contempt of the court*[93]. Nel tormentato clima della "caccia alle streghe" maccartista era, peraltro, frequente il ricorso a sanzioni improprie a danno degli imputati, come l'allontanamento dal posto di lavoro o il così detto *blacklisting*[94]. Del resto, la HUAC non fu che uno degli enti investiti della vigilanza, perché anche la CIA, l'FBI e innumerevoli associazioni nazionaliste e addirit-

---

[91] Per un'approfondita analisi dell'attività svolta dallo HUAC fra il 1945 ed il 1957 e delle supposte violazioni che tale organismo avrebbe perpetrato in rapporto al diritto di associazione ed al *privilege against self-incrimination*, si veda H. Bosmajian, *The freedom not to speak*, New York, 1999, p. 142. Con riferimento alla giurisprudenza della suprema Corte statunitense, che ha negato alle associazioni – ivi incluso il partito comunista statunitense – la possibilità di avvalersi in via autonoma del quinto emendamento, si veda H.R. Feuerbach, *The constitutional rights of associations to assert the privilege against self-incrimination*, in *University of Pennsylvania law review*, 1964, p. 394; per una lettura in chiave critica dell'operatività del *se detegere* in un tale contesto politico, in quanto esso avrebbe operato come la «favorite resort of radicals» per sottrarsi alle indagini dell'HUAC, si veda D. Caute, *The great fear: the anti-communist purge under Trunam and Eisenhower*, New York, 1978, p. 150.

[92] Cfr. la sentenza pronunciata dalla Corte suprema statunitense nel caso *Uphaus v. New Hampshire* del 1959 ed riportato da H. Bosmajian, *The freedom not to speak*, cit., pp. 147-148.

[93] Numerosi casi, alcuni dei quali furono presi in esame anche dalla Corte suprema federale, vengono citati da H. Bosmajian, *The freedom not to speak*, cit., pp. 147-166.

[94] Cfr. H. Bosmajian, *op. ult. cit.*, p. 167.

tura paramilitari si assunsero il compito di scovare ovunque potenziali nemici dello stato, tra i dipendenti pubblici così come nell'editoria, nel cinema, nelle scuole, nelle università e nei sindacati. Se riguardata alla luce delle origini del *nemo tenetur*, la fase maccartista, in ragione della tendenza ad utilizzare le persone accusate come fonti di prova in relazione a fatti a sfondo politico, riecheggia le medesime tensioni con i principi di materialità ed offensività dell'illecito penale che avevano caratterizzato la secentesca politica inglese in materia di eresia.

La storia del *privilege* nel Novecento si segnala, però, anche per alcuni significativi mutamenti della sua fisionomia processuale e, più in particolare, per la definitiva emersione dell'accoppiamento concettuale diritto al silenzio/diritto alla testimonianza dell'imputato. La sovrapposizione – esistita nella *common law* inglese sino al 1982[95] – fra le dichiarazioni prive di valore testimoniale e la *"testimony from the witness stand"*, nel panorama nordamericano è stata, infatti, superata nel 1962, con il riconoscimento del diritto a testimoniare dell'imputato anche nello stato della Georgia (l'ultimo in ordine di tempo ad averlo adottato[96]).

Non sono mancate, peraltro, alcune voci critiche sull'attribuzione all'imputato del diritto di testimoniare. Questo avrebbe recato in sé il pericolo che l'incoercibile esigenza di salvare sé stessi potesse condurlo a macchiarsi di falsa testimonianza, con un conseguente incremento dei reati di *perjury*. Si tratta di una preoccupazione non nuova nella storia del *privilege*; essa era già stata manifestata, molto tempo addietro, da un autorevole giurista, Sir James Stephen:

> it is not in human nature to speak the truth under such pressure as would be brought to bear on the prisoner, and it is not a light to institute a system which would almost enforce perjury on every occasion[97].

---

[95] Per un esaustivo quadro del *se detegere* nell'esperienza normativa e giurisprudenziale britannica, v. A.A.S. Zuckerman, *The principle of criminal evidence*, cit., pp. 311-314.

[96] Cfr. A.W. Alschuler, *A peculiar privilege*, cit., p. 198.

[97] «Non è nella natura umana dire il vero sotto una pressione come quella che può essere esercitata su di un prigioniero, e non è cosa da poco istituire un sistema che praticamente indurrebbe a testimoniare il falso in ogni situazione».

Il diritto di testimoniare dell'imputato è stato, tuttavia, recentemente definito dalla suprema Corte statunitense come «a necessary corollary to the Fifth Amendment's guarantee against compelled testimony»[98].

Peraltro, l'istituto della testimonianza dell'imputato, nel mentre rimane estraneo alla tradizione del sistema processuale italiano ed a quelli dell'Europa continentale[99], a tutt'oggi pone, negli ordinamenti in cui è stato adottato, alcuni evidenti problemi: ciò sia in ordine alla esigibilità, in capo a colui che deponga sul fatto proprio, di un comportamento conforme a diritto[100], sia in merito alla possibile interpretazione del mancato esercizio del diritto a testimoniare in termini di "prova negativa a carico".

Benché la Corte suprema degli Stati Uniti, nel caso *Griffin v. California* del 1965, abbia proclamato la contrarietà al quinto emendamento delle così dette *inferences from silence*, così ponendo un divieto di "interpretazione negativa" sia del rifiuto di rendere testimonianza che dell'esercizio del diritto al silenzio, il tema pare comunque suscitare nella dottrina d'oltreoceano un costante interesse[101].

Cfr. A. W. Alschuler, *op. ult. cit*., p. 199.

[98] Cfr. i *dicta* della suprema Corte statunitense nel caso *Rock v. Arkansas* del 1987 e riportati da R.J. Allen *et al*., *Comprehensive criminal procedure*, cit., p. 1267 (alcuni brani della pronuncia sono trascritti anche in Y. Kamisar *et al.*, *Modern criminal procedure*, cit., p. 1420).

[99] Cfr., per tutti, C. Van Den Wyngaert *et al.*, *Criminal procedure systems in the European community*, London, 1993, *passim*.

[100] Tale problematica è analizzata *infra*, al capitolo terzo, §§ 3.1., 3.2. e 4.1.

[101] In senso critico verso la decisione adottata dalla suprema Corte statunitense sul caso *Griffin*, si vedano D.B. Ayer, *The fifth amendment and the inference of guilt from silence:* Griffin v. California *after fifteen years*, in *Michigan law review*, 1979/1980, p. 841 s.; C. Bradley, P. Hoffman, *Justice and search for truth in criminal cases*, in *Southern California law review*, 1996, p. 1267; A.W. Alschuler, *A perculiar privilege*, cit., p. 2625; A.R. Amar, R.B. Lettow, *Fifth amendment first principle: the self-incrimination clause*, in *Michigan law review*, 1998, p. 857. Fra gli Autori che concordano con i contenuti della sentenza in discorso, si vedano: S.J. Schulhofer, *Some kind words for the privilege against self-incrimination*, in *Vanderbilt law review*, 1991, p. 311; P. Arenella, *Foreward; O.J. Lessons*, in *Southern California law review*, 1996, p. 1233. Per un'analisi del problema nel panorama inglese ed europeo, si vedano R. Munday, *Inferences from silence and European human rights law*, in *Criminal law review*, 1996, pp. 370-385; R. Pattenden, *Inferences from silence*, *ivi*, 1995, pp. 602-611; A.A.S. Zuckerman, *The principle of criminal evidence*, cit., pp. 328-332; C. Van Den Wyngaert *et al.*, *Criminal procedure systems*, cit., p. 73 s. Con riferimento all'esperienza di Singapore, v. A. Kee-Jin Tan,

Il panorama statunitense della seconda metà del secolo scorso si segnala anche per un importante "punto di svolta" d'impronta garantistica nella giurisprudenza inerente al *se detegere*: il *leading case Miranda v. Arizona*, risalente al 1966. Con la pronuncia in discorso, la Corte suprema degli Stati Uniti ha operato un'estensione alla fase degli interrogatori di polizia, nel cui contesto le dichiarazioni autoincriminanti dell'indiziato erano assai spesso maliziosamente sollecitate dagli organi d'indagine, del *right to counsel* e dello stesso *privilege against self incrimination*[102]. Al di là delle innovazioni più strettamente procedurali, essenzialmente individuabili nei ben noti *warnings* (ossia nell'avvertimento dell'indagato circa la possibilità di esercitare i suoi diritti costituzionali) la pronuncia in discorso appare significativa sia per alcuni suoi passaggi logici che per le affermazioni di principio che vi sono riportate. Da un lato, infatti, nel caso *Miranda* la suprema Corte è pervenuta ad una sostanziale equiparazione, in vista del riconoscimento delle garanzie proprie del *nemo tenetur*, fra la fase precedente al *trial* ed il *trial* stesso: secondo i *dicta* della Corte, il principio in esame, pur avendo formalmente una

---

Adverse inferences and the right to silence: re-examining the Singapore experience, in *Criminal law review*, 1997, pp. 471-481.

[102] Il testo della sentenza è integralmente riportato da L.L. Weinreb, *Leading constitutional cases on criminal justice*, New York, 2003, p. 700 s. Per un quadro del dibattito sviluppatosi nella dottrina statunitense in rapporto al caso *Miranda* e della giurisprudenza ad esso successiva, si vedano Y. Kamisar *et al.*, *Modern criminal procedure*, cit., p. 462 s. Sul tema si vedano, inoltre, Y. Kamisar, *Can (did) Congress "overrule" Miranda?*, in *Cornell law review*, 2000, pp. 883-955; T.P. O'Neill, *Why Miranda does not prevent confessions: some lessons from Albert Camus, Arthur Miller and Oprah Winfrey*, in *Syracuse law review*, 2001, p. 863 s.; G.M. Caplan, *Questioning Miranda*, in *Vanderbilt law review*, 1985, p. 1417; W.S. White, *Defending Miranda: a reply to professor Caplan*, in *Vanderbilt law review*, 1986, p. 1 s.; L.A. Lunney, *The erosion of Miranda:* stare decisis *consequences*, in *Catholic university law review*, 1999, pp. 727-800; Y. Kamisar, *On the "fruits" of Miranda violations, coerced confessions, and compelled testimony*, in *Michigan law review*, 1995, pp. 929-1009; A.R. Amar, R.B. Lettow, *Self-incrimination and the constitution: a brief rejoinder to professor Kamisar*, in *Michigan law review*, 1995, pp. 1010-1015; J.E. Notz, *Prearrest silence as evidence of guilt: what you don't say shouldn't be used against you*, in *The University of Chicago law review*, 1997, p. 1009 s.; C.G. Renner, *The Miranda rules: why a congressional alternative to the Miranda warnings must be coextensive with the fifth amendment privilege against self-incrimination to be constitutionally valid*, in *University of Missouri-Kansas City law review*, 2000, p. 437 s.

natura endo-processuale, resterebbe privo di significato se si riconoscesse alla pubblica accusa la facoltà di introdurre nel processo le dichiarazioni autoincriminanti rese, in assenza di opportune garanzie, da chi sia ancora solo sospettato di aver commesso un reato[103]. Non meno interessanti risultano le considerazioni che la sentenza in discorso ha dedicato, sia pure con riferimento al contesto degli interrogatori di polizia, ai profili di dignità umana correlati al *privilege*:

> it is obvious that such interrogation environment is created for no purpose other than to subjugate the individual to the will of his examiner. This atmosphere carries its own badge of intimidation, but it is equally destructive to human dignity. The current practice of incommunicado interrogation is at odds with one of our Nation's most cherished principles – that the individual may not be compelled to incriminate himself[104].

Questo aspetto presenta un autonomo e non minore rilievo, in quanto si riconnette ai temi dell'istinto di auto-conservazione e dell'inesigibilità che contraddistinguono, anche nel panorama italiano, l'elaborazione dottrinale del *nemo tenetur*[105]. Secondo le osservazioni della Corte, nel corso degli interrogatori di polizia verrebbe a determinarsi una condizione prossima a quella della *compelled testimony*

---

[103] Cfr. *Miranda v. Arizona*: «the prosecution may not use statements, whether exculpatory or inculpatory, stemming from custodial interrogation of the defendant unless it demonstrates the use of procedural safeguards effective to secure the privilege against self-incrimination»; «there can be no dubt that the Fifth Amendment privilege is available outside of criminal court proceedings and serves to protect persons in all settings in which their freedom of action is curtailed in any significant way from being compelled to incriminate themselves» (il testo della sentenza è integralmente riportato da L.L. Weinreb, *Leading case on criminal justice*, cit., p. 701 e p. 705).

[104] «È chiaro che un tale contesto d'interrogatorio risponde al preciso scopo di soggiogare l'individuo alla volontà dell'esaminatore. Questa atmosfera non solo ha di per sé un carattere intimidatorio, ma è anche degradante per la dignità umana. La corrente pratica degli interrogatori in isolamento contrasta con uno dei principi più cari alla Nazione – che l'individuo non dovrebbe essere costretto ad autoincriminarsi». Cfr. *Miranda v. Arizona*, in L.L. Weinreb, *Leading case on criminal justice*, cit., p. 703.

[105] Oltre alla bibliografia richiamata nella parte seconda di questo lavoro, cfr., per tutti, con particolare riferimento alla *ratio* d'inesigibilità sottesa alla centrale disposizione di cui all'art. 384 c.p., S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Bologna, 2007, p. 640.

dibattimentale, la quale è espressamente vietata dal quinto emendamento.

La decisione relativa al caso *Miranda* è stata accolta, nell'ambito della dottrina d'oltreoceano, da reazioni contrapposte, alle quali ha fatto seguito uno stringente dibattito[106]. Nel mentre alcune posizioni della letteratura più recente paiono indirizzate (più mitemente) ad una rilettura in senso esclusivamente endo-processuale del *privilege*[107], altre si distinguono per la loro vocazione abolizionista: secondo queste tesi, il mantenimento del *se detegere* nel sistema giuridico addirittura non sarebbe supportato da alcuna giustificazione logica[108].

Nel quadro della giurisprudenza statunitense del ventesimo secolo relativa al *privilege*, una posizione di particolare rilievo è, infine, rivestita dalla pronuncia adottata dalla suprema Corte nel caso *Murphy v. Waterfront Commission of New York Harbor* (1964). In tale decisone, assai frequentemente citata dalla dottrina d'oltreoceano nell'ambito delle riflessioni sul *nemo tenetur*, sono sinteticamente richiamati pressoché tutti i principali argomenti utilizzati dalla letteratura favorevole al principio per spiegarne la ragion d'essere:

---

[106] Oltre alla dottrina richiamata *supra*, si vedano, con inconciliabili opinioni circa i contenuti della decisione della Corte suprema, A.R. Amar, R.B. Lettow, *Fifth Amendment first principles: the self-incrimination clause*, in *Michigan Law Review*, 1995, p. 857 ss.; Y. Kamisar, *On the "fruits" of Miranda violations*, cit., pp. 929-1009.

[107] Cfr. A.R. Amar, R.B. Lettow, *Fifth Amendment first principles*, cit., pp. 922-928.

[108] Oltre agli Autori richiamati *infra*, nel capitolo terzo, per una panoramica del dibatttito sul punto e per l'individuazione delle principali tesi "pro" e "contro" il *se detegere*, si vedano Y. Kamisar *et al.*, *Modern criminal procedure*, cit., pp. 741-748; J.T. McNaughton, *The privilege against self-incrimination: its constitutional affectation, raison d'être and miscellaneous implications*, in *Journal of criminal law criminology and police science*, 1960, p. 138 ss. Fra gli Autori che hanno più energicamente contestato la vigenza del *se detegere* nel sistema processuale statunitense, si vedano H.J. Friendly, *The fifth amendment tomorrow*, cit., p. 671 s.; D. Dolinko, *Is there a rationale for the privilege against self-incrimination?*, in *UCLA law review*, 1986, p. 1063 s.; L. Mayers, *Shall we amend the fifth amendment?*, New York, 1959, pp. 157-170; W.V. Schafer, *The suspect and society*, Evanston, 1967, pp. 61-76. Nel panorama della letteratura d'oltremanica si veda, per tutti, A.A.S. Zuckerman, *The right against self-incrimination: an obstacle to the supervision of interrogation*, in *Law quorterly review*, 1986, pp. 43, 63.

> [the privilege against self incrimination] reflects many of our fondamental values and most noble aspirations: our unwillingness to subject those suspected of a crime to the cruel trilemma of self-accusation, perjury or contempt; our preference for an accusatorial rather than an inquisitorial system of criminal justice; our fear that self-incriminating statements will be elicited by inhumane treatment and abuses; our sense of fair play which dictates 'a fair state-individual balance by requiring the government to leave the individual alone until good cause is shown to disturbing him and by requiring the government in its contest with the individual to shoulder the entire load'; our respect for the inviolability of the human personality and of the right of each individual 'to a private enclave where he may lead a private life'; our distrust of self-deprecatory statements; and our realization that the privilege, while sometimes 'a shelter to the guilty', is often a 'protection to the innocent'[109].

Appare particolarmente significativo, anche in rapporto all'analisi della dimensione sostanziale del principio, il fatto che, nella pronuncia in discorso, la giustificazione del *se detegere* assuma una fisionomia composita. In essa sono ravvisabili, anzitutto, profili di rilevanza soggettiva. Il *nemo tenetur* viene qui configurato come una sorta di "clausola d'inesigibilità" di matrice processuale: l'imputato, in un sistema che non lo contemplasse, sarebbe ingiustamente posto innanzi al «cruel trilemma» fra autoincriminazione, falsa testimonianza ed

[109] «Il privilegio contro l'autoincriminazione riflette molti dei nostri valori fondamentali e delle nostre più nobili aspirazioni: la nostra volontà di non sottoporre coloro che sono sospettati di un crimine al crudele trilemma dell'auto-accusa, della falsa testimonianza o dell'oltraggio alla corte; la nostra preferenza per un sistema accusatorio anziché inquisitorio di giustizia penale; il nostro timore che dichiarazioni auto incriminanti possano essere sollecitate con abusi o trattamenti disumani; il nostro senso della correttezza, che impone vi sia un "giusto rapporto fra stato ed individuo, così che il potere pubblico deve lasciare in pace l'individuo sino a quando non si manifesti una buona ragione per disturbarlo, e, nel confrontarsi con l'individuo, deve ricercare autonomamente le prove a suo carico"; il nostro rispetto per la personalità umana e per il diritto di ogni individuo ad una propria enclave, nella quale egli possa condurre liberamente la propria vita; il nostro scetticismo verso le dichiarazioni auto-accusatorie; la nostra consapevolezza che il privilegio, sebbene talvolta sia un "alibi per il colpevole", sia spesso una "protezione per l'innocente"». Il brano della sentenza richiamato nel testo è riportato da R.J. Allen *et al.*, *Comprehensive criminal procedure*, cit., p. 642.

oltraggio alla Corte; non meno indicativo, appare, sempre rispetto al "momento soggettivo" del principio, il richiamo alla teorica della *privacy*.

Fra le giustificazioni di natura oggettiva spiccano quelle inerenti all'impronta accusatoria del sistema processuale ed alla tematica della distribuzione dell'onere della prova, un tema che la letteratura d'oltreoceano – più esplicitamente di quanto non abbia fatto la suprema Corte – ha raccordato anche a quello della presunzione d'innocenza[110].

La convergenza di aspetti oggettivi e soggettivi nella teorica del *privilege* pare evidenziare, se posta a raffronto con l'intelaiatura del reato e, segnatamente, con l'analisi tripartita oggi accolta dalla dottrina maggioritaria del nostro Paese[111], una sua interazione sia con il livello dell'antigiuridicità che con quello della colpevolezza.

[110] Per lo specifico esame di questi temi si veda *infra*, al capitolo terzo.

[111] Per una illustrazione della bipartizione e della tripartizione, che l'Autore analizza in chiave di retrospettiva storica, altresì mettendone in evidenza i limiti, si veda, per tutti, M. Donini, *Teoria del reato, un'introduzione*, Padova, 1996, pp. 197-207; Id., voce *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. XIV, Torino, 1999, p. 238 s.

Capitolo II

IL DIBATTITO SULLE ASCENDENZE FILOSOFICHE DEL *SE DETEGERE* NELLA LETTERATURA D'OLTREOCEANO. LE TESI CHE NE PROPUGNANO IL RAFFORZAMENTO RICHIAMANDOSI ALLA PSICOLOGIA SOCIALE

Sommario: 1. Il diritto al silenzio nella teoria della *Judicial Evidence* di Jeremy Bentham. – 1.1. Il "*cruelty argument*" (ovvero "*the old woman's reason*"). – 1.2. *The foxhunter's reason*. – 2. Il *privilege* ed i suoi legami con la teorica del contratto sociale. – 2.1. Il *se detegere* nella visione contrattualistica di John Locke, rivisitata da Michael Green. – 2.2. L'"*expressive theory*" del *se detegere* posta in relazione con alcuni degli argomenti esposti dalla dottrina d'oltreoceano a sostegno del principio. – 2.3. L'etica di guerra e le fondamenta del diritto al silenzio. – 3. Il *se detegere* e la confessione dell'imputato alla luce degli studi di psicologia sociale.

1. *Il diritto al silenzio nella teoria della* Judicial Evidence *di Jeremy Bentham*

Benché il *privilege against self-incrimination* goda di un saldo radicamento nell'opinione pubblica statunitense[1], nella letteratura accademica d'oltreoceano ferve un costante dibattito sia in ordine al fondamento che all'effettiva utilità pratica del principio; peraltro, le diverse opinioni avanzate in dottrina "pro" e "contro" il suo mantenimento nel sistema penale costituiscono, non di rado, il portato di

[1] Cfr. M.S. Green, *The privilege's last stand: the privilege against self-incrimination and the right to rebel against the state*, in *Brooklyn law review*, 1999, p. 628. L'Autore sottolinea come il *se detegere* risulti, a dispetto dei suoi numerosi critici, «viscerally attractive» per la cittadinanza statunitense.

riflessioni dal contenuto non esclusivamente giuridico, ma anche filosofico e sociologico.

Fra gli studiosi della teoria del processo maggiormente richiamati dalla letteratura giudica a sostegno della (supposta) inutilità del principio, ed anche della sua incapacità di apprestare un'effettiva garanzia per l'imputato, figura soprattutto Jeremy Bentham, colui che definì l'"utilità" mediante i due principi dell'assenza del dolore e della ricerca del piacere, ed elaborò l'"aritmetica morale", ovvero il calcolo delle azioni vantaggiose e svantaggiose[2].

Al pensiero dell'insigne filosofo utilitarista vengono usualmente ascritti alcuni dei principali argomenti dimostrativi della superfluità – se non della nocività – del *nemo tenetur* in rapporto agli scopi essenziali del processo, ovvero la ricerca della verità e la protezione dell'innocente[3]. Nel *The Rationale of Judicial Evidence*, il più noto fra i suoi studi relativi al diritto processuale, Bentham ha, in effetti, esposto alcune tesi assai apprezzate dalla dottrina abolizionista con-

---

[2] In proposito, fra gli altri si vedano A.D.E. Lewis, *Bentham's view of the right to silence*, in *Current legal problems*, 1990, p. 135 s.; M.A. Menlowe, *Bentham, self-incrimination and the law of evidence*, in *The law Quarterly review*, 1988, p. 286 s.; G. Postema, *The principle of utility and the law of procedure: Bentham's theory of adjudication*, in *Georgia law review*, 1977, p. 1393 ss.; Id, *Bentham and the common law tradition*, Oxford, 1986, *passim*; W. Twining, *Theories of evidence: Bentham and Wigmore*, London, 1985, *passim*. A.A.S. Zuckerman, *The principle of criminal evidence*, cit., p. 315; Id., *The right against self-incrimination,* cit., p. 43; S. Greer, *The right to silence: a review of the current debate*, in *The modern law review*, 1990, p. 719; per una panoramica sul punto, si veda in particolare, D.M. O'Brien, *The fifth amendment: fox hunters, old women, Hermits, and the Burger Court*, in *Notre Dame law review*, 1978, p. 26 s. Nella letteratura filosofica italiana, in relazione all'impostazione benthamiana, v. M.C. Cattaneo, *Il positivismo giuridico inglese: Hobbes, Bentham, Austin*, Milano, 1962, p. 123 s.; oppure L. D'Alessandro, *Utilitarismo morale e scienza della legislazione: studio su Jeremy Bentham*, Napoli, 1981, p. 15 s.

[3] Cfr. D. Dolinko, *Is there a rationale for the privilege against self-incrimination?*, cit., p. 1072. In merito alla protezione dell'innocente ed alla sua primaria valenza per il corretto funzionamento del sistema penale si vedano, fra gli altri, P. Arenella, *Rethinking the functions of criminal procedure: the Warren and Burger court's competing ideologies*, in *Geo. law journal*, 1983, p. 198; M.R. Damaška, *Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: a comparative study*, in *University of Pennsylvania law review*, 1973, pp. 578-579; H.J. Friendly, *The fifth amendment tomorrow*, cit., p. 694.

temporanea e volte a dimostrare, oltre all'inutilità del *se detegere*, l'opportunità della sua rimozione dal sistema processuale[4].

Le posizioni esposte da Bentham nell'ambito della visione utilitaristica del processo da lui propugnata sono strutturate in guisa di obiezioni: esse, infatti, mirano a confutare i principali argomenti che erano utilizzati dalla letteratura giuridica del suo tempo per sottolineare l'importanza del *se detegere* e per conferire al principio un fondamento teorico[5]. Siffatti argomenti fanno riferimento ad aspetti sia oggettivi, ovvero prendono in esame le funzioni del principio nell'ambito del sistema processuale complessivamente considerato, che soggettivi – si richiamano al *topos* della esigibilità –; essi riflettono, in un certo senso, la struttura ambivalente del *privilege* e, se considerati in rapporto al versante del diritto penale sostanziale, la sua fisionomia "a cavallo" fra quanto vi è di oggettivo e quanto di soggettivo nella teoria del reato.

Secondo la prospettiva dell'utilitarismo di Bentham, l'abolizione del *privilege against self-incrimination* sarebbe motivata da alcune ragioni di fondo, le quali sono collegate all'impostazione prescelta dall'Autore in merito alle funzioni del processo.

Nella visione benthamiana, il sistema giuridico andrebbe suddiviso nelle due macro-categorie del diritto sostanziale (*substantive law*) e del diritto processuale (*adjective law*)[6]; alla prima spetterebbe la funzione di «agument the total happiness of the community», ovvero di soddisfare al massimo grado le esigenze dei cittadini. Al diritto penale sostanziale, più in particolare, spetterebbe il compito di contenere e controllare i comportamenti socialmente pericolosi.

---

[4] Cfr. J. Bentham, *Rationale of judicial evidence*, Edimburgh, 1843, Vol. IX, parte IV, § 3, p. 457. Pur essendo il richiamo al *Rationale of judicial evidence* uno dei punti fermi anche dell'attuale dibattito circa le fondamenta del *privilege* nei paesi di *common law* (ne è un'esemplificazione il dettagliato richiamo a Bentham effettuato da A.A.S. Zuckerman, *The principle of criminal evidence*, cit., p. 315), una parte della dottrina ha messo in evidenza come l'opera in discorso sia stata in realtà pubblicata, con cospicue revisioni, da Etienne Dumont e la sua rispondenza all'originario pensiero dell'autore sarebbe revocabile in dubbio (cfr. A.D.E. Lewis, *Bentham's view of the right to silence*, cit., p. 138).

[5] Cfr. M.A. Menlowe, *Bentham, Self-incrimination and the law of evidence*, cit., p. 296.

[6] Cfr. M.A. Menlowe, *op. ult. cit.*, p. 287; sul punto si veda altresì A.C. Clapp, *Privilege against self-incrimination*, in *Rutgers law review*, 1956, p. 562.

Alla *adjective law*, per contro, dovrebbe essere assegnata la funzione di rendere effettivo il diritto sostanziale (sia esso civile o penale)[7].

In questa cornice teorica, sebbene la primaria funzione – ovvero la funzione "diretta" – della *law of evidence* sia quella di assicurare l'applicazione del diritto sostanziale, essa svolgerebbe, nondimeno, anche alcune importanti funzioni "indirette" («collateral ends»): contenere al minimo gli inevitabili costi materiali ed umani del processo («vexation, expenses and delay»); evitare le decisioni erronee («misdecisions») e, con particolare riferimento al terreno della procedura penale, prevenire la punizione degli imputati innocenti[8]. Al fine di assolvere nel miglior modo a questo complesso di compiti, il diritto processuale dovrebbe essere strutturato in guisa tale da accertare, con il massimo grado di efficienza, la verità dei fatti e garantire così la «rectitude of decision»[9]. Sennonché, l'adozione di un tale impianto giudiziale logicamente presuppone che il giudice fruisca di tutte le possibili prove a sua disposizione: coerentemente, le «exclusionary rules» (regole di inutilizzabilità) normalmente presenti in ogni sistema processuale andrebbero, nella prospettiva di Bentham, ridotte al minimo, se non totalmente eliminate[10]. Esse, in modo "artificiale", per non dire "arbitrario", imporrebbero, contravvenendo ai postulati del principio di utilità, una serie di dannose limitazioni alle fonti di prova astrattamente accessibili al giudice. Ad avviso del filosofo utilitarista, questo insieme di orpelli processuali – che egli definisce quasi spregiativamente «the technical system» – realizze-

[7] Cfr. G.J. Postema, *The principle of utility and the law of procedure*, cit., p. 1397, il quale cita il benthamiano *Principle of Judicial Procedure*: «[o]f the substantive branch of the law, the only defensible object or end in view is the maximisation of the happiness of the greatest number of the members of the community in question. Of the adjective branch of law, the only defensible object, or say end in view, is the maximisation of the execution and effect given to the substantive branch of the law».

[8] Cfr. M.A. Menlowe, *op. ult. cit.*, pp. 290-292; Cfr. W. Twining, *Theories of evidence: Bentham and Wigmore*, cit., p. 95. In particolare, sulla distinzione fra fini primari e secondari del sistema penale si veda G. Postema, *Bentham and the common law tradition*, cit., p. 342.

[9] Cfr. gli Autori richiamati alla nota precedente ed in specie M.A. Menlowe, *Bentham, Self-incrimination and the law of evidence*, cit., p. 290.

[10] Cfr. A.D.E. Lewis, *Bentham's view of the right to silence*, cit., pp. 144-145.

rebbe una sorta di mistificazione del modo d'essere naturale di ogni attività d'indagine: l'acquisizione di tutte le prove disponibili.

> [I]n the case of a servant, or a child, if any instance of supposed misbehaviour is to be inquired to, where is the master of a family, where is the Schoolmaster, where is the father, where is the mistress, where is the mother, weak enough to take for the model of his or her conduct in this particolar the practice of English Judges?[11]

È proprio nel quadro degli strali rivolti a siffatte inutili (ed anzi perniciose) *technicalities* che si colloca la riflessione benthamiana sul *se detegere.* Nell'impianto teorico del processo delineato dall'Autore, il *privilege* funzionerebbe, all'atto pratico, come una *exclusionary rule*, ostacolando la basilare funzione di accertamento della verità della *adjective law*; da qui la necessità, nella prospettiva del processo propugnata dall'utilitarismo, di confutare le tesi volte a giustificare l'esistenza ed il mantenimento del principio nel sistema processuale[12].

*1.1. Il "*cruelty argument*" (ovvero "*the old woman's reason*")*

La prima – e forse la più importante – fra le ragioni giustificative del principio confutate da Bentham è quella di matrice soggettiva. Essa è sintetizzabile nella massima «is hard upon a man to be obliged to incriminate himself»[13]. L'idea che fa da sfondo a questo argomento è che costringere l'imputato a testimoniare contro sé stesso significherebbe sottoporlo ad una disumana vessazione[14];

---

[11] «Nel caso di un domestico, o di un bambino, cui si debba chiedere conto di un comportamento scorretto, qual è il capofamiglia, qual è l'insegnante, qual è il padre, qual è la padrona di casa, la madre, così debole da prendere a modello della propria condotta, in una tale evenienza, la prassi dei Giudici inglesi?». Cfr. A.D.E. Lewis, *op. ult. cit.*, p. 144. Il brano citato nel testo è tratto dal *Rationale of Judicial evidence* ed è riportato da A.D.E. Lewis, *op. loc. cit.*

[12] Cfr. in particolare, oltre agli Autori richiamati alle note precedenti, W. Twining, *Theories of evidence: Bentham and Wigmore*, cit., p. 77 ss.

[13] Cfr. J. Bentham, *Rationale of judicial evidence*, cit., p. 452.

[14] Per un quadro d'assieme in merito all'argomento in discorso v., per tutti, A.A.S. Zuckerman, *The principle of criminal evidence*, cit., p. 315; M.A. Menlowe, *Bentham, Self-incrimination and the law of evidence*, cit., p. 296.

l'imposizione di un obbligo di deporre in senso autoincriminante equivarrebbe, infatti, ad infliggere alla persona accusata un'inaccettabile sofferenza morale.

La replica di Bentham consiste, assai semplicemente, nella negazione di queste premesse. A suo avviso, l'unico male a cui è esposto l'imputato consiste nella condanna e nell'applicazione della pena che ad essa consegue.

Il diritto al silenzio, secondo questa prospettiva, pregiudicherebbe inutilmente il fine primario del processo, l'accertamento della verità; esso, da un lato, sortirebbe l'indesiderabile effetto di privare il giudice di una fonte essenziale di prova e, dall'altro – continua Bentham – favorirebbe unicamente gli imputati colpevoli; nessuna persona innocente, ad avviso dell'Autore, metterebbe a rischio la propria reputazione rifiutandosi di testimoniare[15]. A questa constatazione preliminare fa seguito, nel pensiero dell'insigne filosofo, un importante corollario: nell'eventualità in cui l'imputato si rifiuti di rispondere dovrebbe divenire pienamente ammissibile il ricorso al meccanismo delle «adverse inferences». Il giudice potrebbe così trarre dal silenzio un argomento di prova a carico: l'imputato non ha risposto, quindi è colpevole[16].

Questa impostazione fa sì che, in un impianto "rigorosamente" benthamiano del processo penale, nessun imputato innocente possa trarre beneficio dall'esercizio del diritto al silenzio; ciò varrebbe anche per il così detto *poor witness*, ovvero per l'imputato-testimone non in grado di articolare in modo credibile la propria difesa (a causa di *deficit* emotivi, culturali, ecc.). Parlando, egli si esporrebbe al rischio di impressionare negativamente la giuria a causa del-

---

[15] Conformemente all'interpretazione del pensiero del filosofo inglese suggerita nel testo cfr. M.A. Menlowe, *Bentham, self-incrimination and the law of evidence*, cit., p. 297; D.S. Seidmann, A. Stein, *The right to silence helps the innocent: a game-theoretic analysis of the fifth amendment privilege*, in *Harvard law review*, 2000, p. 452; B.D. Meltzer, *Required records, the McCarran act and the privilege against self-incrimination*, in *University of Cincinnati law review*, 1951, p. 689. Aderisce pienamente alla tesi benthamiana secondo cui il *se detegere* sarebbe d'ausilio solamente al colpevole, fra gli altri, G.L. Williams, *The proof of guilt: a study of the English criminal trial*, London, 1955, p. 53.

[16] Cfr. M.A. Menlowe, *Bentham, self-incrimination and the law of evidence*, cit., p. 297; A.A.S. Zuckerman, *The right against self-incrimination*, cit., p. 62; A. C. Clapp, *Privilege against self-incrimination*, cit., p. 548.

le proprie difficoltà espressive; tacendo, il suo rifiuto di rispondere assumerebbe il valore di un argomento a suo sfavore – *adverse inferences*[17].

In ultima analisi, la protezione dell'innocente, in un sistema processuale rispondente ai postulati utilitaristici, verrebbe, nel particolare caso del *poor witness*, affidata alla valutazione di tutte le restanti prove acquisite nel processo. Esse fungerebbero da termine di paragone del contegno assunto dall'imputato: una giuria non potrebbe condannarlo sulla sola base della sua cattiva *performance* (ovvero del suo silenzio), ma dovrebbe fondare la propria decisione sui restanti elementi probatori a sua disposizione[18] – elementi normalmente numerosi, data la sostanziale assenza di *exclusionary rules*.

Il «cruelty argument», oltre a rappresentare tutt'oggi un punto particolarmente controverso nell'ambito del dibattito sul *se detegere* (è il più rilevante fra gli argomenti "soggettivi" che sorreggono il principio), è stato oggetto, in tempi recenti e soprattutto da parte della dottrina favorevole al *privilege*, di una particolare attenzione. Le motivazioni di fondo dell'*argomentum* – come si dirà più oltre – sono state, infatti, considerevolmente sviluppate ed il filone "soggettivo" della riflessione sul *privilege* a cui esso si richiama è stato allargato sino ad abbracciare la teorica (ben nota alla dottrina d'oltreoceano) del *privacy right*[19].

1.2. The foxhunter's reason

L'argomento in discorso, denominato della "caccia alla volpe", ha un'impostazione di tipo oggettivo. Esso non si richiama al tema della *compulsion* processuale a cui l'imputato verrebbe ingiu-

---

[17] Si veda su questo punto, oltre alla dottrina richiamata alla nota precedente, *infra*, al capitolo terzo, § 2.1.

[18] Cfr. M.A. Menlowe, *op. ult. cit.*, p. 298. Va rilevato, peraltro, come, in rapporto a questo particolare aspetto, la tesi benthamiana risulti astrattamente compatibile con il principio del *beyond-reasonable-doubt standard* (cfr. D.S. Seidmann, A. Stein, *The right to silence helps the innocent*, cit., p. 470, nota 107; G.P. Fletcher, *Two kinds of legal rules: a comparative study of burden-of-persuasion practicies in criminal cases*, in *Yale law journal*, 1968, p. 880).

[19] In merito a questi aspetti si rinvia all'analisi svolta *infra*, al capitolo terzo, §§ 3.1. e 3.3.

stamente sottoposto se lo si privasse del diritto al silenzio; piuttosto, la ragione ultima dell'esistenza del *privilege* andrebbe ravvisata, secondo i sostenitori di questo argomento, nell'esigenza che il processo penale sia strutturato in guisa tale da realizzare un giusto contemperamento fra le prerogative dello stato – ovvero della pubblica accusa – e quelle dell'imputato. Quest'ultimo non potrebbe essere confinato in una posizione totalmente soccombente rispetto all'accusa; per contro, egli dovrebbe godere di una minima libertà di scelta, così che risulti assicurato il rispetto di una sorta di *fair play* processuale fra le parti[20].

Gli aspetti salienti di questo argomento vengono sovente espressi dalla letteratura nordamericana mediante una metafora: nel processo si realizzerebbe una forma di antagonismo che richiama alla mente la caccia alla volpe. Secondo la tradizione venatoria «the fox is to have a fair chance for his life: he must have […] leave to run a certain lenght of way for the express purpose of giving him a chance to escape»[21]; è allora sensato sostenere che, se persino in quest'ambito vengono applicate regole di "fair play" (alla volpe è sempre concesso un congruo tempo per sottrarsi alla caccia) a maggior ragione ciò debba avvenire nel processo (all'imputato deve essere lasciata la possibilità di restare in silenzio)[22]. Bentham, mosso dall'intento di dimostrare l'inutilità del *privilege* nel sistema penale, ha però evidenziato come siffatto argomento sia fuorviante.

Il parallelismo fra il mondo venatorio e l'ambito del processo penale sarebbe, secondo l'Autore, destituito di ogni fondamento logico. Il tempo per fuggire che viene concesso alla volpe non trae origine da esigenze di *fair play*, ma è funzionale unicamente al diverti-

---

[20] Cfr. J. Bentham, *Rationale of judicial evidence*, cit., p. 454. Per una più dettagliata analisi dell'argomento in esame si vedano, per tutti, M.A. Menlowe, *op. ult. cit.*, p. 302; D.S. Seidmann, A. Stein, *The right to silence helps the innocent*, cit., p. 452; Y. Kamisar *et al.*, *Modern criminal procedure*, cit., p. 745; in senso critico si veda, per tutti, A. Fortas, *The fifth amendment: nemo tenetur prodere seipsum*, in *Cleveland B.A.Y.*, 1954, pp. 98-99.

[21] Cfr. M.S. Green, *The privilege's last stand: the privilege against self-incrimination and the right to rebel against the state*, cit., p. 704. I brani citati nel testo sono riportati da Green ed estratti dal *Rationale of judicial evidence*.

[22] Per una sintesi di questo argomento si veda A.A.S. Zuckerman, *The principle of criminal evidence*, cit., p. 320.

mento dei cacciatori – ed il divertimento non è una caratteristica del processo[23] –. L'applicazione alla *adjective law* delle regole proprie dell'arte venatoria, al di là della suggestiva metafora, sarebbe, dunque, priva di ogni giustificazione razionale.

Non diversamente dal *cruelty argument* (anche detto *old woman's reason*), anche il *foxhunter's argument* rappresenta, stavolta in rapporto alle ricostruzioni in chiave oggettiva del *se detegere*, una sorta di referente primigenio per il dibattito contemporaneo sul tema. Fra le diverse tesi di matrice oggettiva richiamate dalla dottrina, pare – *mutatis mutandis* – ispirarsi a quello della caccia alla volpe l'argomento secondo cui il *se detegere* si porrebbe in una diretta relazione con la presunzione d'innocenza[24]. In quest'ottica, la *fairness* processuale a cui anche il *foxhunter's argument* si ispira, si realizzerebbe assegnando all'accusa l'intero onere della prova (*burden of proof*), senza che essa possa far ricorso alla collaborazione dell'imputato.

2. *Il* privilege *ed i suoi legami con la teorica del contratto sociale*

Nell'ambito del dibattito sui fondamenti del *se detegere*, una posizione di primo piano è occupata anche dalla teorica del contratto sociale. La filosofia contrattualista, infatti, oltre ad essere particolarmente radicata nel pensiero politico e giuridico dell'America settentrionale, presenta alcuni significativi spunti di riflessione riguardanti il rapporto fra stato e cittadino[25]; essa, segnatamente, offre un fondamento assiologico e filosofico per il – supposto – diritto morale del cittadino a contrapporsi, nell'ambito del processo, alla pretesa punitiva dello stato. Secondo i postulati della filosofia contrattualista, nello stato di natura l'individuo non sarebbe gravato da doveri verso la collettività; essi, infatti, rappresentano il frutto volontarististico –

[23] Cfr. M.A. Menlowe, *Bentham, Self-incrimination and the law of evidence*, cit., p. 302; A.A.S. Zuckerman, *The principle of criminal evidence*, cit., p. 320.

[24] Cfr. le considerazioni svolte e la bibliografia richiamata *infra*, al capitolo terzo, § 2.2.

[25] Cfr. M.R. Damaška, *The faces of justice and state autority: a comparative approach to the legal process*, New Haven-London, 1986, 8-15, pp. 71-80.

e, per così dire, sinallagmatico – del "contratto" sociale; da ciò deriverebbe l'insussistenza di un dovere naturale del singolo a collaborare alle investigazioni che lo stato svolga contro di lui[26].

La filosofia contrattualista ha avuto un importante influsso nell'elaborazione di alcuni recenti studi volti a chiarificare il ruolo del *se detegere* nell'ambito della teoria del processo. Peraltro, di un tale influsso sembra esservi traccia, sia pure in un senso speculare ed "in negativo", anche nelle premesse di fondo di alcune fra le tesi che propugnano l'abolizione del principio; ve n'è riscontro, ad esempio, nella ricostruzione della teoria del processo proposta da John Griffiths nella seconda metà del secolo scorso e relativa al così detto «family model» della procedura penale[27]. Siffatto modello procedurale andrebbe posto in contrapposizione a quello denominato «Battle Model», il quale rifletterebbe una concezione del reo «as a special kind of person who is the 'enemy' of society, and of the trial as a battle in which (if guilty) he is vanquished» . Nell'accezione "familiare" del diritto processuale, il rapporto stato-cittadino avrebbe un fondamento non-consensuale, in quanto risulterebbe fondato esso stesso su doveri "naturali"[28]. Benché la teoria in esame prenda le mosse da premesse assai diverse – ed anzi contrarie – a quelle proprie del contrattualismo, il richiamo a tale corrente filosofica emerge nell'impostazione di fondo della teoria e, segnatamente, nell'individuazione dello "stato di natura" quale momento di genesi dei fenomeni giuridici[29]; nella prospettiva di John Griffiths, il processo rappresenterebbe, infatti, una sorta di raffinata duplicazione del contesto familiare, ovvero dell'ambito per eccellenza regolato da principi naturali di comportamento. Secondo Griffiths, i medesimi meccanismi che caratterizzano in modo nucleare la famiglia si ripeterebbero nel macrofenomeno processuale: sullo stato graverebbe un dovere "naturale" di reintegrare il reo nella comunità; il reo avrebbe, inve-

---

[26] Cfr. M.R. Green, *The privilege's last stand*, cit., p. 682.

[27] Cfr. J. Griffiths, *Ideology in criminal procedure or a third "model" of the criminal process*, in *Yale law journal*, 1970, pp. 371-373.

[28] J. Griffiths, *op. ult. cit.*, pp. 379-404.

[29] Nella medesima prospettiva esposta nel testo si veda M.S. Green, *The privilege's last stand*, cit., p. 699.

ce, il dovere di prendere parte all'opera di reintegrazione anche testimoniando *contra se*[30].

I segni del pensiero contrattualista possono però cogliersi in modo assai più netto nelle posizioni espresse da quegli Autori che sono propensi al mantenimento del *privilege* nel sistema processuale anziché – come accade nel caso di John Griffiths – alla sua abolizione. Fra questi figura Abe Fortas, ad avviso del quale:

> [the privilege] was a part of the seventeenth century's compact theory of government which a little later received its classic expression by John Locke […] The State was merely an instrument created by contract in which rulers and the ruled were parties on equal terms; and the state's authority was limited by the terms of the compact; […] [the individual has] the sovereign right to refuse to cooperate; to meet the state on terms as equal as their respective strength would permit; and to defend himself by all means within his power-including the instrument of silence[31].

Una posizione non molto diversa da quella appena richiamata, ma forse più approfondita dal punto di vista sistematico, è quella di Mirjan Damaška; quest'Autore pare aver preso le mosse dai postulati del contrattualismo per porre in evidenza le numerose differenze esistenti fra i sistemi processuali dell'Europa continentale e quello anglo-americano. Mentre nei primi vi sarebbe una predominanza di magistrati professionali, organizzati in un ordine gerarchico e secondo un'impostazione strettamente pubblicistica, nel secondo il giudice godrebbe di un'autonomia assai più spiccata; l'impostazione propria del *common law*, più in particolare, favorirebbe una visione del *trial* più neutrale, come luogo di risoluzione delle controversie –

---

[30] J. Griffiths, *Ideology in criminal procedure*, cit., pp. 379-404.

[31] «[Il privilegio] era parte della teoria contrattualistica del governo che poco più tardi avrebbe trovato la sua maggior espressione in Jonh Locke […] Lo stato era considerato come un mero strumento, creato con un contratto, nel quale coloro che creano le regole e coloro che devono applicarle avevano posizioni paritarie; e l'autorità dello stato era limitata dai termini dell'accordo; […] [l'individuo ha] il sovrano diritto di rifiutare la cooperazione; di rapportarsi allo stato in termini tanto paritari quanto le rispettive forze di ciascuno lo permettano; e di difendersi con tutti i mezzi in suo potere, incluso lo strumento del silenzio». Cfr. A. Fortas, *The fifth amendment: nemo tenetur prodere seipsum*, cit., pp. 98-99.

dispute resolution –; nel contesto europeo continentale, per contro, resterebbe prevalente una connotazione del processo quale proscenio del potere pubblico[32].

Secondo l'Autore, le concezioni sottese a ciascuna di queste due tipologie di procedura penale sarebbero talmente differenti da giustificare una loro separazione concettuale in altrettanti modelli: quello anglo-americano (denominato del «reactive state»), fondato sull'idea che l'intervento dello stato trovi la propria ragion d'essere ed al contempo il proprio limite nell'esigenza di mediare un conflitto fra privati; quello di stampo europeo-continentale (denominato dell'«activist state»), alla stregua del quale la legge sarebbe soprattutto funzionale allo stato stesso, in quanto costituirebbe il primario strumento di espressione dei suoi indirizzi politici[33]. Con particolare riferimento al terreno del diritto processuale penale, queste impostazioni rifletterebbero, nei due sistemi, un approccio radicalmente diverso nei confronti dell'imputato. Nel sistema del *reactive state* il metodo del *dispute resolution* resterebbe valido anche quando lo stato – come accade nel *trial* – rivesta il duplice ruolo di parte e di giudice; nel caso dell'*activist state*, invece, l'interesse dello Stato risulterebbe intrinsecamente superiore a quello del cittadino[34].

Il modello di accertamento processuale del «reactive state», a differenza che quello dell'*activist state*, risulterebbe implicitamente fondato su principi di autonomia e parità delle parti in causa, ovvero sull'idea che ciascuna di esse sia "sovrana" sugli strumenti processuali[35].

La prerogativa processuale riservata all'imputato che meglio di ogni altra esprimerebbe l'idea di una tale sovranità "reciproca" – secondo modalità non dissimili da quelle postulate nella teorica del contratto sociale – sarebbe proprio il *privilege against self-incrimination*. L'interesse dello stato e l'interesse dell'imputato, nel *reactive state*, rimarrebbero, proprio grazie al *privilege*, moralmente equivalenti; se lo stato potesse imporre all'imputato di collaborare alla formazione delle prove a suo carico, il procedimento penale smarri-

[32] Cfr. M.R. Damaška, *The faces of justice and state autority*, cit., pp. 16-76.
[33] M.R. Damaška, *op. ult. cit.*, p. 82.
[34] M.R. Damaška, *op. ult. cit.*, p. 73 ss e p. 80 ss.
[35] M.R. Damaška, *op. ult. cit.*, p. 104.

rebbe la sua nota di neutralità e diverrebbe una manifestazione della superiorità dell'interesse pubblico[36].

Come è stato condivisibilmente rilevato dalla dottrina d'oltreoceano, questa impostazione reca in sé le tracce della filosofia contrattualista: l'idea che vi sia un'equivalenza morale fra stato e cittadino ripropone, *mutatis mutandis*, quella secondo cui l'insieme delle regole che governano la società siano basate su un atto di autonomia – un insieme di manifestazioni di volontà fra loro moralmente equivalenti – dei consociati[37].

La teoria in discorso, nel mentre appare apprezzabile per la linearità delle sue cadenze argomentative, è stata tuttavia sottoposta a stringenti critiche.

La tesi del *reactive state*, così come quelle che si richiamano all'impostazione contrattualista, pare presentare un *vulnus*: l'iniziale adesione di ogni cittadino all'emanazione ed all'applicazione delle leggi si porrebbe in contraddizione con il fatto che ai singoli sia poi lasciata la possibilità di perseguire, per mezzo del *privilege*, un interesse contrario a quello della collettività (interesse dell'imputato *versus* interesse del *law enforcement*); lo stesso imputato, in un certo senso, facendo ricorso al *privilege*, revocherebbe l'atto di adesione inizialmente manifestato rispetto all'emanazione della legge. Per questa ragione, non si potrebbe neppure propriamente parlare di un'equivalenza morale fra lo stato ed il cittadino: il secondo, esercitando il *privilege*, verrebbe meno ad un proprio precedente impegno e non meriterebbe, dunque, di essere trattato secondo un principio di «parità delle armi»[38].

Una delle possibili risposte a questa obiezione pare rintracciabile nell'impostazione contrattualista propugnata da Hobbes.

Secondo l'illustre filosofo, la legge dello stato non potrebbe mai imporre all'imputato di contravvenire ai principi di natura che, nella sua prospettiva, più che principi immutabili ed eterni, iscritti nella coscienza di ciascuno e universalmente condivisi, rappresentano piuttosto delle regole che debbono improntare la condotta umana

[36] In senso analogo, si veda M.R. Damaška, *op. ult. cit.*, p. 126.

[37] In senso sostanzialmente conforme, si veda M.S. Green, *The privilege's last stand*, cit., pp. 673-674.

[38] M.S. Green, *loc. ult. cit*.

alla prudenza e all'autoconservazione; in altre parole, i principi naturali non sono che dei dettami su quel che si deve fare o si deve tralasciare di fare per conservare integralmente la vita quanto più a lungo possibile[39]. La ragione diventa dunque lo strumento fondamentale per la conservazione della vita, ed essa suggerisce, in qualunque circostanza, la scelta del male minore. Dinanzi alla certezza della punizione che gli verrebbe inflitta in conseguenza della confessione, l'imputato resterebbe istintivamente in silenzio. Poiché, nella visione hobbesiana, la matrice del contratto sociale è data proprio dall'esigenza di auto-conservazione, la "promessa" di rispettare le leggi immanente ad esso non potrebbe mai risolversi nell'imposizione all'individuo di una rinuncia a questo stesso istinto.

Parte della dottrina d'oltreoceano ritiene, però, che la prospettiva hobbesiana non valga a risolvere la contraddizione di fondo che caratterizza il *privilege* una volta che lo si sovrapponga all'intelaiatura del contratto sociale: essa, comunque, non spiegherebbe come possano convivere due interessi antagonistici, ovvero l'interesse dello stesso imputato – quale membro della collettività – all'applicazione della legge ed il suo istinto a non autoincriminarsi. L'obbligazione assunta da ciascun cittadino con il contratto sociale per definizione rimarrebbe, infatti, vincolante indipendentemente dal verificarsi di fatti sfavorevoli – l'incriminazione – che non erano stati previsti al momento della conclusione del "contratto"[40]. Una possibile soluzione di un siffatto *vulnus* nei rapporti fra *privilege* e contrattualismo è stata proposta da Michael Green sulla base di una rilettura dell'opera di John Locke.

2.1. Il se detegere *nella visione contrattualistica di John Locke, rivisitata da Michael Green*

A differenza che nelle tesi di Hobbes, il contrattualismo lockiano è fondato sull'idea che lo stato debba esercitare i poteri attribuitigli con il contratto sociale senza appropriarsi di alcuni fondamenta-

[39] V., ad es., T. Hobbes, *Elementi filosofici sul cittadino*, in *Opere politiche*, a cura di N. Bobbio, Torino, 1959, p. 77 ss.; oppure A. Pacchi, *Introduzione a Hobbes*, Roma-Bari, 1974, p. 92 s.

[40] Cfr. M.S. Green, *The privilege's last stand*, cit., p. 677.

li diritti dei soggetti governati – «health liberty or possession» –. La concezione dei diritti naturali, in Locke, è ben più forte che in Hobbes: ogni uomo nasce con pieno titolo ad una perfetta libertà ed al godimento illimitato di tutti gli inalienabili diritti e privilegi di natura. L'uomo, per natura, ha il potere di conservare la sua vita, la sua salute, la sua libertà ed i suoi beni contro le offese degli altri uomini, e anche di punire le altrui infrazioni.

> Tuttavia, non è sempre possibile garantire il godimento di tali diritti nello stato di natura, non tanto e non solo per mancanza di leggi, quanto perché manca un giudice noto e imparziale, vale a dire una qualche autorità capace di dirimere gli inevitabili contrasti e di impedire che, all'occorrenza, ognuno si faccia giustizia da sé. Il passaggio dallo stato di natura allo stato civile non significa dunque, per Locke, una rinuncia ai diritti di natura, bensì, al contrario, la sicurezza di poterli godere in pace[41].

Un altro degli aspetti fondamentali di una tale concezione e dello stesso liberalismo lockiano consiste nel fatto che, nello stato di natura, non sussiste un dovere dei singoli di sottoscrivere il contratto sociale; coloro che non rispondono "all'appello" restano nello stato di natura, e rimangono giudici ed esecutori di sé stessi[42]. Il contratto sociale costituisce, perciò, una sorta di prodotto artificiale, per così dire, una sovrastruttura scaturente dal consenso dei consociati.

Nella prospettiva di John Locke, l'adesione al contratto sociale, una volta manifestata, si configura, tuttavia, come assoluta ed irrevocabile: nessuno può eludere la forza della legge dopo che questa sia stata istituita, né chiedere delle esenzioni, nè ritenersi esonerato dai comandi della legge stessa. D'altra parte, scrive Locke[43], non avrebbe senso assumere dei decreti con il consenso di tutti gli appartenenti, in modo che si formi un sol corpo che si muove in una sola direzione, e poi pretendere delle esenzioni.

---

[41] Cfr. S. Tassinari, D. De Renzis, *Il liberalismo. Autori, temi, prospettive*, Milano, 2004, XIV-V; cfr. anche N. Bobbio, *Locke e il diritto naturale*, Torino, 1963, p. 93 s., nonché J.W. Yolton, *John Locke*, trad. it., Bologna, 1992, p. 76 s.

[42] V. ad es. J. Locke, *Secondo trattato sul governo*, Torino, 1986, p. 65 s.

[43] *Ibidem*.

La prospettiva recentemente illustrata da M.S. Green pone però l'accento sulla presenza, nell'impostazione lockiana, non solo di doveri incombenti sul singolo in ragione della sua adesione al contratto sociale, ma anche sulla teorizzazione, da parte dello stesso Locke, di un "diritto alla resistenza" nei confronti del tiranno; quest'ultimo si iscrive nell'ambito dei diritti naturali ed è esercitabile in ogni tempo. Il filosofo inglese si sofferma su questo tema nell'ultimo capitolo del suo *Secondo trattato sul governo*[44], con delle argomentazioni che possono essere così riassunte: se il legislatore o il sovrano agiscono in modo contrario al mandato ricevuto, cercando di usurpare la libertà e la proprietà dei sudditi, imponendo un potere arbitrario e mettendosi in guerra contro il popolo, quest'ultimo è sciolto da ogni ulteriore vincolo di obbedienza, e rimane libero di riprendersi la propria libertà originaria. Green ne arguisce che il singolo debba considerarsi titolare di una prerogativa insindacabile, il cui contenuto consiste nell'opporsi moralmente al potere statale. Peraltro, l'opposizione al tiranno, una volta che sia concretamente messa in atto – una volta invocata nell'ambito del processo – darebbe luogo ad una sorta di «spazio libero dal diritto»; lo stato, infatti, non potrebbe arrogarsi il potere di stabilire se il singolo sia o meno nel giusto allorché egli si appelli al proprio "diritto naturale" di contrastare la tirannide.

In ultima analisi, nella concezione contrattuale lockiana (secondo la particolare prospettiva suggerita da Green), ogni individuo, anche colui che abbia esplicitamente aderito al contratto sociale, conserva la facoltà – "*the privilege*" – di imputare allo stato la violazione del rapporto fiduciario immanente ai rapporti fra il singolo e la *res publica*. Poco importa che questo peculiare diritto si presti ad essere invocato in modo strumentale o infondato:

> [b]ecause the individual citizen has a right to resist an illegitimate state, he has the subjective privilege to resist even the legitimate state, provided that he perceives it to be illegitimate[45].

---

[44] *Ibidem*.

[45] «Poiché il singolo cittadino ha il diritto di contrapporsi ad uno stato che operi illegittimamente, egli gode soggettivamente del privilegio di contrapporvisi

Sulla base di queste premesse, non sussiste alcuna contraddizione nel fatto che lo stato, pur in presenza di un legittimo e non tirannico esercizio dei poteri derivatigli dal contratto sociale, tuttavia riconosca – per così dire, *in rerum natura* – l'esistenza di un diritto del singolo alla ribellione («privilege to rebeal against the state»).

La trasposizione processuale di questa particolare visione del nesso autorità-libertà si manifesta – ad avviso di Green – proprio nella concessione all'imputato del *privilege against self-incrimination*: il diritto al silenzio, nel quadro dei diritti che complessivamente compongono il così detto *adversarial system*, costituirebbe, anzi, un vero e proprio «espediente espressivo» («the expressive theory of a right of silence»); esso, infatti, assolverebbe alla funzione di rimarcare la possibilità di una sovrapposizione dei piani contrattualistico e di quello naturalistico che è sottesa alla teoria dello stato lockiana[46].

*2.2. L'"*expressive theory*" del* se detegere *posta in relazione con alcuni degli argomenti esposti dalla dottrina d'oltreoceano a sostegno del principio*

Ad avviso di Green, l'apertura di una tale prospettiva sulla *ratio* del *privilege* rafforzerebbe, peraltro, alcuni fra gli argomenti – secondo l'Autore non persuasivi se considerati singolarmente – che la dottrina d'oltreoceano ha talvolta utilizzato a difesa del principio: fra essi figura il così detto argomento dell'autonomia, alla stregua del quale all'imputato andrebbe riconosciuto il diritto di rapportarsi alla – e maturare un giudizio sulla – propria colpevolezza in modo indipendente, senza alcuna costrizione esterna da parte dello stato o di altri soggetti[47]. L'*expressive theory*, in particolare, consentirebbe di superare la più significativa fra le obiezioni mosse all'argomento in esame dai suoi detrattori, quella secondo cui il riconoscimento al reo di uno spazio di autonomia morale relativamente al suo crimine

---

anche quando operi legittimamente, se egli comunque percepisce il suo operato come illegittimo». M.S. Green, *The privilege's last stand*, cit., p. 698.

[46] M.S. Green, *op. ult. cit.*, pp. 700-702.

[47] Per un'analisi maggiormente dettagliata di questa problematica, si veda *infra*, capitolo terzo, § 3.4.

(e la conseguente impossibilità di imporgli un auto-rimprovero) finirebbe per indebolire la pretesa punitiva dello stato. Green rileva, in senso contrario, come il *privilege against self-incrimination*, una volta riconsiderato alla luce del contrattualismo lockiano, si risolverebbe in una sorta di cristallizzazione legale, con funzioni simboliche, del diritto – già presente in natura ed in quanto tale inalienabile – dell'imputato a contrapporsi all'autorità "del tiranno"; ciò, peraltro, non sminuirebbe in nulla l'accertamento della colpevolezza svolto nel *trial*, né implicherebbe una rinuncia dello stato all'esercizio del proprio potere punitivo[48]. Una volta collocato in tale filone teorico, l'argomento dell'autonomia – sebbene di per sé non decisivo – servirebbe, ad avviso di Green, ad illustrare una particolare sfaccettatura del "diritto di ribellione" da lui teorizzato: la necessità che il reo sia posto nelle condizioni di formare e manifestare, mediante il diritto al silenzio, un pensiero antagonista (dunque autonomo) rispetto alla volontà dello stato. Avendo il reo la facoltà di contestare la legittimità dell'operato dello stato, è giocoforza rilevare che egli debba rimanere libero di confrontarsi autonomamente con il problema della propria colpevolezza[49].

Considerazioni non dissimili dovrebbero svolgersi, ad avviso di Green, in rapporto ad un altro argomento annoverato dalla dottrina statunitense fra le spiegazioni della ragion d'essere del *privilege*: quello secondo cui il principio funzionerebbe come un meccanismo di protezione dell'individuo rispetto all'emanazione di leggi avvertite come ingiuste nel sentore sociale. Siffatto argomento presenta alcuni punti di contatto con gli studi svolti da una parte della letteratura d'oltreoceano in merito alle ascendenze del *nemo tenetur* nel diritto penale sostanziale[50]. In questa prospettiva – già lo si è visto –, al *privilege* spetterebbe un insostituibile ruolo di protezione dell'individuo avverso i crimini "soggettivamente" orientati, ruolo particolarmente evidente nell'ambito dei così detti *victimless crimes*, fra i quali storicamente spicca l'eresia. In tale contesto, la sfera dell'illecito facilmente si discosta dai fondamentali attributi di materiali-

[48] Cfr. M.S. Green, *op. ult. cit.*, p. 703.

[49] *Ibidem*.

[50] Sul punto, si vedano le considerazioni svolte *supra*, al capitolo primo, § 1.3.

tà ed offensività del reato per debordare in forme di penalizzazione dell'atteggiamento interiore. Il diritto al silenzio, sia pure operando sul piano processuale, assume, in questa cornice, un'evidente funzione di delimitazione della sfera dell'illecito: esso rende virtualmente impossibile la prova dei fatti che – ingiustamente elevati ad oggetto dell'intervento penale – si manifestino nel solo foro interno dell'individuo. Se calato in una prospettiva sistematica, questo aspetto dell'operatività del *se detegere* rappresenta, in rapporto al versante processuale del reato, il *pendant* dei principi di materialità ed offensività; esso servirebbe perciò a confinare la politica criminale nell'ambito dei soli fatti oggettivamente ed esteriormente comprovabili.

Nel dibattito dottrinale nordamericano – continua Green[51] – sulla natura del *privilege*, la sua lettura in chiave di "antidoto" rispetto all'ingiustizia della legge (*protection against bad laws*) ha prestato il fianco ad aspre critiche: si è obiettato, in particolare, che sarebbe erroneo assegnare al *se detegere* una funzione di "deterrente" all'emanazione di leggi ingiuste, in quanto lo stabilire se una legge sia "buona" o "cattiva" costituisce un tema "a monte" del processo; esso appartiene al momento genetico della legislazione e sarebbe del tutto scollegato dal *trial*. Le leggi giuste – di gran lunga più numerose rispetto a quelle ingiuste – vedrebbero, inoltre, proprio a causa del mantenimento del *privilege*, frustrate le proprie potenzialità applicative[52].

L'*expressive theory*, ad avviso del suo ideatore, costituirebbe una valida contro-obiezione a queste tesi, e varrebbe a rafforzare l'assunto di partenza circa la funzione "protettiva" del *privilege*: una volta scissi i piani naturalistico (ove vige il *right to rebeal against the state*) e quello contrattualistico (ove il *se detegere* affiora come suo strumento espressivo), è perfettamente logico che il principio possa assumere la valenza di uno strumento individuale di contestazione alla legge; è dunque consequenziale che l'atto di ribellione al processo si collochi non già nella fase genetica della legislazione, ma pro-

[51] Cfr. M.S. Green, *loc. ult. cit.*

[52] In senso analogo, fra gli altri, v. Cfr. D. Dolinko, *Is there a rationale for the privilege against self-incrimination?*, cit., p. 1087 s. Per una più approfondita analisi del problema si rinvia al capitolo terzo, § 2.3.

prio nel *trial*, ovvero laddove il rapporto autorità statale/libertà individuale prende concreta forma[53].

L'*expressive argument* – sottolinea Green – si presta ad un accostamento, in chiave di contro-obiezione, anche al così detto «fox-hunter's argument» che, come si è visto, è stato sottoposto a considerazioni critiche in primo luogo da parte di Jeremy Bentham.

Green ritiene, contrariamente all'insegnamento del filosofo utilitarista, che il "fox-hunter's argument" possa essere utilizzato come una condivisibile esemplificazione dei postulati di fondo dell'*expressive theory*. Nella caccia alla volpe, così come nel processo penale, vi sarebbe uno spazio di anarchia, una proiezione dello stato di natura, «within which the defendant can determine the contours of his conflict with the state»[54].

2.3. L'etica di guerra e le fondamenta del diritto al silenzio

Seguendo il percorso argomentativo suggerito da Green, una volta ridisegnate le fondamenta del *right to silence* come espressione del diritto dell'individuo di ribellarsi allo stato, occorre ancora identificare le ragioni per cui, almeno nella storia degli ordinamenti di *common law*, siffatta funzione espressiva ha finito per essere incarnata proprio dal *privilege against self-incrimination*.

La spiegazione di questo profilo della questione andrebbe rintracciata sulla base di argomenti riconducibili al così detto «cruelty argument» ed evincibili, più in particolare, dal contesto dell'etica bellica («morality of warfare»).

Il diritto internazionale bellico, nella sua parte relativa al trattamento dei prigionieri di guerra e dei civili nei territori occupati, attribuisce a questi ultimi, sulla base di principi ormai consolidati, un vero e proprio diritto al silenzio; esso, peraltro, viene inteso come una particolare applicazione di un più generale diritto a "non collaborare con il nemico". Alla stregua di tale diritto, le convenzioni internazionali – oggi come in passato – vietano, ad esempio, di impie-

---

[53] Cfr., in modo sostanzialmente conforme, M.S. Green, *loc. ult. cit.*

[54] Cfr. M.S. Green, *The privilege's last stand*, cit., p. 704.

gare i prigionieri di guerra come manodopera nelle fabbriche di armi e in attività connesse alle operazioni militari[55].

Ad avviso di Green, la ragione ultima di queste disposizioni andrebbe ravvisata nell'esigenza di evitare forme di «psychological cruelty and humiliation», le quali minerebbero la («naturalistica») prerogativa presente in ogni prigioniero a mantenere la propria identità di combattente.

In questo contesto, non diversamente da quello processuale e dalla metafora del «fox hunther's argument», sarebbe ravvisabile un conflitto – per dirla con le parole di Green – caratterizzato da una predominante natura anarchica: nel senso che non esiste un'autorità che sia eticamente e giuridicamente sovraordinata a quella degli schieramenti antagonisti ed alla quale essi possano devolvere la risoluzione delle dispute relative alle loro inconciliabili "posizioni morali". Siffatta natura anarchica del conflitto («anarchic conflict»), secondo l'Autore, costituisce anche la ragione per cui non sarebbe applicabile all'ambito bellico, come neppure a quello processuale, un modello di riferimento di tipo "familiare" (il c.d. «family model»): la relazione genitori-figli, infatti, non ha una struttura anarchica; essa, all'opposto, costituisce un esempio paradigmatico di rapporto gerarchizzato[56].

Ad avviso di Green, in definitiva, la forma storicamente più frequente e "collaudata" di conflitto anarchico, ovvero quella bellica, consentirebbe di individuare nella facoltà di restare in silenzio il contenuto normale – o minimale – dell'esercizio del diritto alla

---

[55] Cfr. M.S. Green, *The privilege's last stand*, cit., pp. 706-712. Nella dottrina di lingua inglese inerente al diritto internazionale bellico ed al trattamento dei prigionieri di guerra si vedano, per tutti, W.E.S. Flory, *Prisoners of war: a study in the development of international law*, Washington D.C., 1942, pp. 93-94; H.S. Levie, *The employment of prisoners of war*, in *American journal of international law*, 1963, p. 318 s.; R.I Miller, *The law of war*, Lexington, 1975, p. 44 s.

[56] M.S. Green, *The privilege's last stand*, cit., p. 709. In particolare, ad avviso dell'Autore, una volta ricostruito il *privilege* come un momento espressivo dell'etica di guerra, diverrebbe inaccoglibile la tesi di quella parte della dottrina d'oltreoceano che ne ha propugnato l'abolizione in ragione della sua contrarietà alla morale corrente e, segnatamente, al naturale schema di comportamento genitori-figli (per tale tesi, cfr. soprattutto, H.J. Friendly, *The fifth amendment tomorrow*, cit., p. 680; in rapporto al così detto *family model* della procedura penale, v. anche J. Griffiths, *Ideology in criminal procedure*, cit., pp. 371-373).

non collaborazione con la parte avversa[57]; la posizione dell'imputato, ugualmente anarchica rispetto a quella del prigioniero, spiegherebbe oltre che il peculiare radicamento del *privilege* nel processo, anche la sua morfologia. Il *se detegere* non sarebbe, dunque, privo di giustificazioni razionali – come sostiene una parte della dottrina d'oltreoceano –; esso, semplicemente, costituendo il precipitato giuridico di alcune radicali questioni di teoria della politica, filosofia e psicologia morale, resterebbe esposto, sul piano storico della sua vigenza non meno che su quello del dibattito dottrinale, ad una costante instabilità concettuale («conceptually unstable»)[58].

3. *Il* se detegere *e la confessione dell'imputato alla luce degli studi di psicologia sociale*

A partire dalla seconda metà del secolo scorso, il filone degli studi meta-giuridici sul *nemo tenetur* si è arricchito di una peculiare prospettiva di analisi. Una parte della dottrina d'oltreoceano, anziché occuparsi delle ascendenze filosofiche del principio, ha infatti cercato di prenderne in esame i tratti salienti quale fenomeno di psicologia sociale. La confessione dell'imputato, secondo questo filone della moderna ricerca sul *privilege*, si presterebbe a letture diverse: oltre a rappresentare un considerevole vantaggio in rapporto alla formazione del giudizio di responsabilità (confessione come "regina delle prove") ad essa sarebbero ricollegabili conseguenze di tipo psicologico in capo a tutti i soggetti del *trial*. Per i giurati, l'ammissione di responsabilità dell'imputato, eliminando ogni residuo dubbio sulla fondatezza dell'accusa, assumerebbe un significato mentale liberatorio; dal punto di vista dell'imputato, poi, la confessione lenirebbe il senso di oppressione psicologica causatagli dal reato commes-

[57] Va rilevato, peraltro, come il riferimento all'etica bellica come ad uno dei possibili paradigmi del *se detegere* sia presente, seppure in maniera embrionale, anche nell'opera di altri Autori di lingua inglese che si sono occupati del tema (se ne coglie una eco, ad esempio, in A. Fortas, *The fifth amendment: nemo tenetur prodere seipsum*, cit., p. 98; M.R. Damaška, *The faces of justice and state autority*, p. 126).

[58] Cfr. M.S. Green, *The privilege's last stand*, cit., p. 716.

so: «purging himself of his guilt, [the confessor] communicates his desire to make amends to society for his wrongful acts»[59].

Peraltro, gli spunti più interessanti dell'indirizzo speculativo in discorso paiono collocarsi non già sul terreno del *trial*, ma su quello – di certo non privo di implicazioni pratiche – del così detto *pretrial questioning*, di cui la suprema Corte degli Stati Uniti d'America si è occupata nel noto caso *Miranda v. Arizona*.

Nel corso degli interrogatori di polizia, la «police-dominated atmosphere» presa in considerazione nel caso *Miranda* costituirebbe, infatti, secondo gli studiosi della psicologia sociale, un contesto ideale per indurre l'indagato alla confessione: gli stessi manuali di polizia in uso negli Stati Uniti, d'altronde, enumerano numerose tecniche («persuasive and manipolative tactics») per addivenire a questo risultato[60]. A ciò va ad aggiungersi il dato per cui – almeno secondo alcuni Autori – in numerosi indagati sarebbe latente, anche indipendentemente dall'azione della polizia, una pulsione inconscia alla confessione: «a compulsive, unconscious tendency to confess, or more generally speaking, to comunicate or depict endopsychically perceived happenings»[61]. Peraltro, il filone di ricerca che ha preso in considerazione il *se detegere* in chiave psicologica appare particolarmente degno di nota allorché venga posto in relazione con i meccanismi giuridici che regolano il funzionamento del principio in rapporto alla fase del *pre-trial*. Alla luce della pronuncia della suprema Corte statunitense nel caso *Miranda*, le fondamentali condizioni di utilizzabilità processuale di una confessione resa in tale contesto sono due: da un lato, il fatto che questa sia stata volontaria (*voluntariness*); dall'altro, l'avvertimento – rivolto all'indagato dagli stessi organi d'indagine – circa la successiva utilizzabilità processuale delle

---

[59] Cfr., in particolare, E.D. Driver, *Confession and the social psychology of coercion*, in *Harvard law review*, 1968, p. 42.

[60] Ben note, fra le altre, sono le tecniche denominate "*carrot and wip*" e "*hot and cold*". Cfr. E.D. Driver, *op. loc. ult. cit.*.

[61] Cfr. G.H. Dession *et al.*, *Drug-induced revelation and criminal investigation*, in Y*ale law journal*, 1953, pp. 318-319. In senso analogo, si vedano anche le considerazioni di S.J. Schulhofer, *Some kind words for the privilege against self-incrimination*, cit., p. 330.

eventuali dichiarazioni *contra se* (i così detti *warnings*)[62]. Dal punto di vista della psicologia sociale, mentre l'efficacia protettiva dei *warnings*, pur non essendo del tutto assente, sarebbe estremamente modesta, l'anello debole di tale sistema andrebbe ravvisato nel requisito della *voluntariness*; questo pare possa essere, all'atto pratico, agevolmente aggirato da un uso accorto delle innumerevoli tecniche di interrogatorio atte ad ingenerare nell'indagato sottili pressioni di carattere psicologico. Secondo questa particolare prospettiva di studio, siffatte rilevanti problematiche che affliggono il tema della "volontarietà" della confessione potrebbero essere superate – in ultima analisi – solo limitando l'utilizzabilità delle confessioni rese nel *pretrial* alle ipotesi in cui l'indagato sia assistito da un difensore[63].

[62] In merito alla pronuncia della suprema Corte statunitense sul caso *Miranda* ed al successivo dibattito dottrinale, si vedano Y. Kamisar *et al.*, *Modern criminal procedure*, cit., p. 462 s. Recentemente, in merito al requisito della *voluntariness*, considerato in rapporto a taluni casi problematici, laddove ad avviso dell'Autore parrebbero ravvisabili vere e proprie "confessioni coatte", v. L.E. Chiesa, *Beyond Torture: The nemo tenetur principle in borderline cases*, in *Boston College Third World Law Journal*, 2010, p. 35 ss.; per un'analisi di diritto comparato circa le varie garanzie procedimentali previste, nei paesi di *common law* così come in quelli dell'Europa continentale, per prevenire confessioni "involontarie" v. C.M. Bradley, *Interrogation and silence: a comparative study*, in *Wisconsin International Law Journal*, 2009, p. 271 ss.

[63] Cfr. E.D. Driver, *Confession and the social psychology of coercion*, cit., pp. 60-61.

Capitolo III

GLI ARGOMENTI "PRO" E "CONTRO" IL *PRIVILEGE AGAINST SELF-INCRIMIMINATION* NELLE RIFLESSIONI DELLA DOTTRINA PENALISTICA E PROCESSUAL-PENALISTICA DI *COMMON LAW*

Sommario: 1. Premessa. – 2. I così detti *systemic rationales*. – 2.1. Diritto al silenzio e protezione dell'innocente. – 2.2. Il *privilege against self incrimination* come elemento distintivo dei sistemi processuali accusatori. – 2.3. *Continua*: come strumento di prevenzione della tortura e di difesa dalle leggi "ingiuste". – 3. Gli *individual rationales*. – 3.1. Il così detto *cruelty argument*. – 3.2. Il richiamo al canone dell'"*ad impossibilia nemo tenetur*". – 3.3. *Self incrimination* e diritto alla *privacy*. – 3.3.1. *Continua*: *nemo tenetur* e *privacy* nella prospettiva suggerita da Robert Gerstein. – 3.4. L'*autonomy argument*. – 3.5. Alcune recenti tesi sull'operatività del principio. *Questioning* e morale nella prospettiva di Kent Greenawalt. – 4. La tesi di Amar e Lettow e la re-interpretazione del *privilege against self-incrimination* alla luce del contenuto letterale del quinto emendamento. – 4.1. Il *se detegere* nella sistematica delle *excuses* secondo la prospettiva di William Stuntz.

1. *Premessa*

Assai poche norme della Costituzione statunitense sembrano essere state sottoposte ad una così ampia e costante revisione critica come il quinto emendamento.

Come già si è accennato, infatti, nella letteratura penalistica è da sempre amplissima la schiera di coloro che, talvolta senza propugnare direttamente l'abolizione del principio, ne mettono in di-

scussione il fondamento[1]; nella dottrina più recente, inoltre, queste posizioni appaiono così radicate che la tesi per cui il *privilege* non godrebbe di alcuna giustificazione razionale sembra essere maggioritaria[2]. Mentre, tuttavia, il mondo accademico è orientato verso una serrata contestazione delle basi teoriche del principio, esso possiede un inesplicabile ascendente sul sentore sociale, al punto da risultare «viscerally attractive»[3] non appena si esca al di fuori dell'univer-

[1] Nell'ambito della dottrina d'oltreoceano, alcuni Autori hanno sottolineato come un'abolizione *tranchant* del *privilege*, anche in considerazione del suo saldo radicamento nella prassi, finirebbe con il determinare uno squilibrio ordinamentale: «one does not, when he performs the surgery on the part of the body, do it without regard for the impact on other parts of the body. The same is true of surgery on an institution integral to the legal organism» (cfr. J.T. McNaughton, *The privilege against self-incrimination*, cit., pp. 138, 153). Sostengono la necessità di un mero ridimensionamento del principio anziché di una sua abolizione A.R. Amar, R.B. Lettow, *Fifth amendment first principle*, cit., p. 857 s.; F.E. Inbau, *Should we abolish the constitutional privilege against self-incrimination?*, in *Journal of criminal law and criminology*, 1999, p. 1391.

[2] Nell'ambito della letteratura che ha espresso riserve critiche in merito al principio, si vedano soprattutto H.J. Friendly, *The fifth amendment tomorrow*, cit., p. 671 s.; D. Dolinko, *Is there a rationale for the privilege against self-incrimination?*, cit., p. 1063 s.; L. Mayers, *Shall we amend the fifth amendment?*, cit., pp. 157-170; W. Schafer, *The suspect and society*, cit., pp. 61-76; J.H. Wigmore, *Nemo tenetur seipsum prodere*, cit., p. 71 s.; D.A. Dripps, *Self-incrimination and self-preservation: a skeptical view*, in *University of Illinois law review*, 1991, p. 331 s.; Id., *Foreword: against police interrogation – and the privilege against self-incrimination*, in *Journal of criminal law and criminology*, 1988, pp. 711-718. Nel panorama della letteratura d'oltremanica, si vedano A.A.S. Zuckerman, *The right against self-incrimination*, cit., pp. 43, 63; C.T. McCormick, *Some problems and developments in the admissibility of confessions*, in *Texas law review*, 1946, p. 277 s. Fra le voci favorevoli alla conservazione del principio, anch'esse numerose, si vedano soprattutto E.N. Griswold, *The fifth amendment today*, in *The Marquette law review*, 1956, p. 191; A. Fortas, *The fifth amendment: nemo tenetur prodere seipsum*, cit., p. 91. D. Ellis, *Vox Populi v. suprema lex: A comment on the testimonial privilege of the fifth amendment*, in *Iowa law review*, 1970, p. 829, pp. 837-839; R.S. Gerstein, *Privacy and self-incrimination*, cit., p. 87 ss.; R.K. Greenawalt, *Silence as a moral and constitutional right*, in *Wm & Mary law review*, 1981, p. 15 ss.; L.V. Sunderland, *Self-Incrimination and constitutional principle: Miranda v. Arizona and beyond*, in *Wake Forest law review*, 1979, p. 171 ss. A.C. Clapp, *Privilege against self-incrimination*, cit., pp. 541, 548; S.J. Schulhofer, *Some kind words for the privilege against self-incrimination*, cit., p. 311; W.J. Stuntz, *Self-incrimination and excuse*, in *Columbia law review*, 1988, p. 1229 s.; nella letteratura d'oltremanica, v. D.S. Seidmann, A. Stein, *The right to silence helps the innocent*, cit., p. 431 s.

[3] Cfr. M.S. Green, *The privilege's last stand*, cit., p. 629.

so della riflessione giuridica. Le basi giustificative addotte a suo sostegno dalla dottrina ed efficacemente sintetizzate nel *decisum* della Corte suprema relativo al caso *Murphy v. Waterfront Commission of New York Harbor* sono state, ciononostante, tutte meticolosamente confutate dalla nutrita corrente "abolizionista" della quale si è detto.

Gli argomenti favorevoli e contrari al mantenimento del *se detegere* possono essere divisi, seguendo la linea esplicativa prescelta, verso la metà degli anni '80, da David Dolinko, in due ambiti: i *systemic rationales* e gli *individual rationales*[4].

La bipartizione in discorso appare utile, da un lato, a conferire un migliore inquadramento sistematico all'intero dibattito *for and against* il principio; dall'altro, essa riflette in modo univoco la natura "mista" oggettivo-soggettiva che storicamente appartiene al *se detegere*; essa risale all'iniziale analisi critica svolta da Jeremy Bentham e trova un significativo riflesso nella emblematica pronuncia *in re Murphy*, laddove i momenti soggettivi del «cruel trilemma» e della *privacy* sono stati combinati con il riferimento ai profili oggettivi ed ordinamentali dell'*adversarial system* e del *burden of proof.*

2. *I così detti* systemic rationales

Le tesi rientranti in questo ambito possono essere raggruppate in quattro macro-categorie. Sinteticamente, alla stregua di esse, il privilege: 1) rappresenterebbe uno strumento di protezione per gli imputati innocenti; 2) rivestirebbe un'importanza cruciale per la caratterizzazione in chiave accusatoria – *adversarial system* – del sistema processuale; 3) garantirebbe il cittadino da possibili abusi posti

[4] Cfr. D. Dolinko, *Is there a rationale for the privilege against self-incrimination?*, cit., p. 1063 s. Y. Kamisar *et al.*, *Modern criminal procedure*, cit., p. 743 s.; una termionologia diversa da quella riportata nel testo viene però utilizzata da Michael S. Green, il quale suddivide le giustificazioni addotte a difesa del *se detegere* in «instrumentalist justifications» and «rights-based justifications» (Cfr. M.S. Green, *The privilege's last stand*, cit., pp. 640, 656). Recentemente, per un quadro d'assieme degli argomenti, tanto di matrice oggettiva che subiettiva, pro e contro il privilegio, M. Redmayne, *Rethinking the privilege against self-incrimination*, in *Oxford journal of legal studies*, 2007, p. 218 ss.

in essere dai pubblici poteri, nonché dal ricorso alla tortura; 4) costituirebbe un indispensabile strumento di difesa dell'individuo dalle – e di boicottaggio delle – leggi obiettivamente ingiuste. In rapporto ai contenuti di ciascuna di queste categorie argomentative, la dottrina ha esposto una serie di obiezioni e di contro-obiezioni.

2.1. Diritto al silenzio e protezione dell'innocente

Non vi è controversia sul fatto che la riduzione al minimo delle possibilità che un innocente venga condannato costituisca un primario obiettivo del sistema penale[5]; il perseguimento di questo scopo, d'altronde, è presente anche nell'impostazione utilitaristica di Jeremy Bentham, la quale, come si è visto, annoverava tra le funzioni della *adjetive law* – ed in particolare della *criminal procedure* – la «rectitude of decision»[6].

Nell'ambito di questa essenziale finalità del processo, il *se detegere*, ad avviso dei suoi sostenitori, presenterebbe molteplici aspetti di utilità: innanzitutto, esso eliminerebbe il timore dei testimoni di essere chiamati a rendere dichiarazioni autoincriminanti, con la conseguenza che sarebbe assicurato il corretto adempimento, da parte di ogni consociato che venga chiamato a deporre, del dovere di contribuire al funzionamento del sistema giudiziario[7]. Da ciò deriverebbe un evidente beneficio per l'accertamento della verità e, parallelamente, per il conseguimento dell'obiettivo di prosciogliere l'innocente[8].

---

[5] In merito a questa particolare funzione del sistema penale cfr., fra gli altri, P. Arenella, *Rethinking the functions of criminal procedure*, cit., pp. 197-198; M.R. Damaška, *Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: a comparative study*, in *University PA law review*, 1973, pp. 578-579; H.J. Friendly, *The fifth amendment tomorrow*, cit., p. 694.

[6] Oltre alla dottrina richiamata *supra* al capitolo secondo, § 1, si vedano, con particolare riferimento allo standard del ragionevole dubbio nella teoria del processo di Jeremy Bentham, i rilievi di D.S. Seidmann, A. Stein, *The right to silence helps the innocent*, cit., p. 470, nota 107.

[7] Cfr., J.T. McNaughton, *The privilege against self-incrimination*, cit., p. 143; sul punto si veda altresì J.H. Wigmore, *A treatise on evidence*, cit., p. 311.

[8] Per una sintesi di questo argomento si veda, per tutti, M.S. Green, *The privilege's last stand*, cit., p. 654.

Il *nemo tenetur* servirebbe soprattutto a preservare l'innocente stesso dai rischi derivanti dall'eventualità di una sua cattiva *performance* testimoniale sui fatti dei quali è imputato. Il caso è quello del così detto «innocent but nervous defendant» . Questi, avendo la possibilità di scegliere se testimoniare o meno, potrebbe evitare di pregiudicare inutilmente le proprie possibilità difensive[9]. In particolare, ciò varrebbe nell'ipotesi dell'imputato innocente che, essendo stato condannato in precedenza per altri reati, potrebbe sottrarsi, esercitando il proprio diritto al silenzio, agli insidiosi tentativi dell'accusa di farlo cadere in un «impeachment» teso a sminuire la sua credibilità[10].

Nell'ambito della letteratura a favore del principio, è però rinvenibile anche una tesi che vorrebbe giustificarne il fondamento partendo da considerazioni logiche – almeno apparentemente – contrapposte a quelle che si sono appena esposte: secondo i sostenitori di questa opinione, infatti, il *nemo tenetur* darebbe all'imputato la possibilità di far valere la propria innocenza vincolandosi all'obbligo di verità, mentre, in un sistema che fosse privo del principio, questa facoltà resterebbe a lui ingiustamente preclusa[11].

Ciascuna delle anzidette giustificazioni è stata sottoposta, dai detrattori del principio, ad una serrata critica. La prima fra le tesi che si sono esposte – il *privilege* come incentivo al corretto assolvimento dell'obbligo testimoniale – viene tacciata di intrinseca incoerenza: sarebbe proprio la presenza del *se detegere*, permettendo al testimone di sottrarsi all'obbligo di deporre, a frustrare, a danno dell'innocente, l'accertamento della verità; il testimone il quale invochi il diritto di non autoincriminarsi viene a trovarsi, infatti, in una posizione confliggente proprio con quella dell'imputato non colpe-

---

[9] In questo senso, in particolare, S.J. Schulhofer, *Some kind words*, cit., p. 330; D.D. Ellis, *Vox populi suprema lex*, cit., p. 846; A.C. Clapp, *Privilege against self-incrimination*, cit., p. 548; E.N. Griswold, *The fifth amendment today*, cit., pp. 10-19. Alcuni Autori, peraltro, sottolineano come, sotto l'incalzante pressione dell'interrogatorio incrociato, persino l'innocente potrebbe essere indotto a mentire: cfr. A.R. Amar, R.B. Lettow, *Fifth amendment first principle*, cit., p. 926.

[10] Cfr. D.D. Ellis, *Vox populi suprema lex*, cit., p. 846.

[11] Cfr. W.J. Stuntz, *Self-incrimination and excuse*, cit., pp. 1229, 1256.

vole, il quale avrebbe invece tutto l'interesse ad una piena acquisizione delle prove a discarico[12].

I critici del principio – le cui tesi in larga parte ricalcano il ragionamento di Bentham – controbattono poi all'argomento del «nervous witness» evidenziando come, nella più gran parte dei casi, il silenzio dell'imputato lasci una cattiva impressione sulla giuria, così che la scelta di rendere testimonianza risulterebbe comunque più vantaggiosa anche per l'innocente timoroso di cadere in un «impeachment». Questo assunto sarebbe confortato da precisi riscontri statistici: la prassi dimostrerebbe come il ricorso al diritto al silenzio resti relegato ad un numero di casi relativamente esiguo, anche nel caso in cui l'imputato sia gravato da imbarazzanti precedenti penali[13]. La medesima dottrina evidenzia come, per attenuare il pericolo che l'innocente abbia a subire un pregiudizio dalla propria testimonianza, sarebbe in ogni caso sufficiente vietare all'accusa di formulare domande inerenti la commissione di precedenti reati[14].

Alcuni Autori, pur avanzando riserve critiche in rapporto all'argomento che ravvisa nel *privilege* uno strumento di tutela dell'innocente, si limitano poi a denunciare una sorta di sovradimensionamento del principio: anche ammettendo, per ipotesi, che vi siano casi nei quali il *privilege* effettivamente valga a preservare l'innocente dal rischio di una testimonianza pregiudizievole, comunque la sua estensione alla fase del *pre-trial*, che è conseguente alla pronuncia *Miranda*, non sarebbe in alcun modo giustificabile; in rapporto alla

---

[12] Cfr. M.S. Green, *The privilege's last stand*, cit., p. 654; P.W. Tague, *The fifth amendment: if an aid to the guilty defendant, an impediment to the innocent one*, in *Geo. law journal*, 1989, p. 1; A.R. Amar, R.B. Lettow, *Fifth amendment first principle*, cit., p. 861.

[13] Cfr. H.J. Friendly, *The fifth amendment tomorrow*, cit., p. 699; D. Dolinko, *Is there a rationale for the privilege against self-incrimination?*, cit., p. 1075; L. Mayers, *Shall we amend the fifth amendment?*, cit., p. 26; W. Schafer, *The suspect and society*, cit., p. 67; K. Greenawalt, *Silence as a moral and constitutional right*, cit., pp. 57-58.

[14] Cfr. D. Dolinko, *op. ult. cit.*, p. 1076. Alcuni studi compiuti in rapporto al tema dell'*impeachment* testimoniale dell'imputato dimostrerebbero, peraltro, come i precedenti penali di quest'ultimo vengano sovente a conoscenza della giuria indipendentemente dal fatto che l'imputato medesimo decida di testimoniare sul fatto proprio (cfr. H. Kalven, H. Zeisel, *The American jury*, Boston & Toronto, 1966, p. 147).

fase pre-processuale, per realizzare l'obiettivo di tutela di cui si discute, sarebbe, infatti, sufficiente porre un divieto di traslazione nel processo delle dichiarazioni rese in precedenza[15]. In breve: secondo parte della dottrina, la motivazione del «nervous witness» non potrebbe essere *tout court* addotta come *raison d'être* del principio, mentre, ad avviso dei critici più cauti, essa in ogni caso non varrebbe a giustificarne l'espansione oltre i confini del *trial*.

I fautori del *se detegere* hanno replicato a questi rilievi con alcune articolate contro-obiezioni. L'argomento secondo cui il ricorso al diritto al silenzio sarebbe da considerarsi, sul piano logico così come su quello empirico, per lo più nocivo all'imputato – anche quando questi sia innocente – viene contestato sulla base di un duplice ordine di considerazioni: anzitutto tale critica sarebbe fondata su di un erroneo parametro di giudizio, in quanto non terrebbe conto della dinamica giudiziaria complessivamente intesa, ma solamente della posizione dei singoli imputati[16]; in secondo luogo, non esisterebbe alcun riscontro statistico in merito alla – supposta – convenienza dell'imputato a testimoniare in tutti i casi, ovvero anche quando vi sia un forte rischio di «impeachment». Le statistiche dimostrerebbero, anzi, l'esatto contrario[17].

In relazione al primo profilo, l'impostazione abolizionista sarebbe viziata da una sorta di errore originario, consistente nella sua pedissequa adesione all'impostazione benthamiana secondo cui «[an innocent suspect has] an ardent wish to […] dissipate the cloud which surrounds his conduct, and give every explanation which may set in its true light»[18]. Alla stregua di un tale paradigma, l'imputato innocente avrebbe un innato – quasi incontenibile – desiderio di difendesi parlando e di esporre alla giuria le ragioni della propria innocenza; all'opposto, l'esercizio del diritto al silenzio sarebbe una scelta connaturata all'atteggiamento del colpevole, il cui solo desi-

---

[15] Sul punto si vedano M.S. Green, *The privilege's last stand*, cit., p. 641; A.R. Amar, R.B. Lettow, *Fifth amendment first principle*, cit., pp. 898-899.

[16] La tesi in discorso è estremamente articolata e muove dall'ambito della così detta "teoria economica del diritto" Cfr. D.S. Seidmann, A. Stein, *The right to silence helps the innocent*, cit., pp. 456-461.

[17] In questo senso, si veda in particolare, S.J. Schulhofer, *Some kind words*, cit., pp. 330-331.

[18] Cfr. D.S. Seidmann, A. Stein, *op. ult. cit.*, p. 452.

derio sarebbe quello di ostacolare l'accertamento della verità (nella visione del processo di Bentham questa considerazione giustifica, come si è visto, il ricorso alle *adverse inferences* come regola di giudizio)[19]. Da ciò consegue, nel ragionamento benthamiano – così come in quello dei suoi seguaci[20] – che il *privilege* avvantaggerebbe unicamente il colpevole. Una più attenta analisi di siffatto paradigma, nondimeno, ne dimostrerebbe la fallacia sia sul piano logico che su quello empirico[21]. Innanzitutto, il ragionamento in discorso offrirebbe una prospettiva parziale del problema, in quanto esso si fonda solamente sull'analisi delle scelte individuali (cioè esercitate da ogni singolo imputato) di parlare ovvero di restare in silenzio; per contro, la questione andrebbe riguardata alla luce della dinamica giudiziaria intesa globalmente. Anche dando per buono l'assunto – di per sé discutibile – per cui l'innocente sarebbe naturalmente portato a testimoniare ed il colpevole a restare in silenzio, il primo comunque trarrebbe un vantaggio "indiretto" dall'esistenza del *se detegere*, ovvero un vantaggio indipendente dal fatto che sia egli stesso ad avvalersene. L'imputato colpevole, infatti, in un sistema che contempli il *se detegere*, è posto innanzi ad una triplice possibilità di scelta: restare in silenzio, autoincriminarsi, ovvero mentire *on the witness' stand*. Sennonché, dal suo punto di vista, la scelta di mentire rimarrebbe, in termini sanzionatori, pur sempre più conveniente rispetto a quella di autoincriminarsi: solo in un sistema laddove le pene previste per il reato di *perjury* fossero significativamente più severe di quelle previste per l'*underlying substantive crime* potrebbe ragionevolmente so-

[19] Cfr. *supra*, capitolo secondo, § 1.1.

[20] Fra gli Autori che, in modo più o meno esplicito, si richiamano alla prospettiva benthamiana si vedano: A.R. Amar, R.B. Lettow, *Fifth amendment first principle*, cit., pp. 888-898; D. Dolinko, *Is there a rationale for the privilege against self-incrimination?*, cit., pp. 1065-1068; J.T. McNaughton, *The privilege against self-incrimination*, cit., pp. 142-151; M.S. Green, *The privilege's last stand*, cit., pp. 628-629.

[21] I sostenitori della tesi discussa nel testo, conformemente alla matrice economicistica che ad essa fa da sfondo, sostengono che le obiezioni mosse all'originaria impostazione benthamiana sarebbero affette da un'acritica condivisione della sua – in realtà discutibile – esattezza morale e, conseguentemente, incorrerebbero nell'errore metodologico di volerne controbilanciare la portata facendo leva su argomenti anch'essi di matrice etica anziché d'impronta logico-consequenziale (cfr. D.S. Seidmann, A. Stein, *op. ult. cit.*, p. 455).

stenersi che l'imputato abbia una reale convenienza a dire la verità; in questo caso, infatti, la pena comminata per la falsa testimonianza esplicherebbe nei suoi confronti un'efficacia deterrente maggiore di quella prevista per il crimine oggetto d'accertamento[22].

Sarebbe proprio l'esistenza di una terza possibilità – l'esercizio del diritto al silenzio – ad indurre il colpevole a non assumersi i rischi di una deposizione mendace; in termini generali, ovvero alla luce di una visione d'insieme della dinamica giudiziaria ed a prescindere dalla posizione di un singolo imputato, innocente o colpevole che egli sia, questo dato migliorerebbe il grado complessivo di attendibilità – *reliability* – degli imputati che decidano di testimoniare; il *privilege*, in altri termini, offrendo al colpevole una valida alternativa alla menzogna, "scremerebbe" dal numero totale delle testimonianze rese sul fatto proprio nel *trial* una ragguardevole quantità di deposizioni mendaci[23]. Questo ragionamento pare rafforzare una fra le tesi esposte dai difensori del *se detegere* e che si sono esaminate inizialmente: il *nemo tenetur* darebbe all'imputato la possibilità di far valere la propria innocenza vincolandosi volontariamente all'obbligo di verità; la serietà e l'apprezzabilità di tale scelta, infatti, risulterebbero accresciute dal fatto che il livello di attendibilità degli imputati-testimoni sarebbe più alto di quello mediamente riscontrabile in un sistema che fosse privo del *privilege*. Dunque: il *se detegere* aiuterebbe l'innocente[24].

---

[22] Cfr. D.S. Seidmann, A. Stein, *op. ult. cit.*, p. 460. In senso analogo si vedano però anche le osservazioni di W.J. Stuntz, *Self-incrimination and excuse*, cit., p. 1253 e di S.J. Schulhofer, *Some kind words*, cit., p. 323, nota 40.

[23] Cfr. D.S. Seidmann, A. Stein, *op. ult. cit.*, pp. 455-460.

[24] Cfr. D.S. Seidmann, A. Stein, *op. ult. cit.*, p. 460. In una prospettiva antitetica rispetto a quella riferita nel testo, Green segnala però come il caso del *nervous witness* andrebbe esaminato non solo alla luce dei possibili pregiudizi che all'imputato possono derivare dalla propria deposizione, ma anche in rapporto al beneficio (*positive inferences*) normalmente conseguente alla scelta di deporre: pur in assenza di dati statistici sul punto, la prassi giudiziaria parrebbe evidenziare, proprio in ragione del desiderio degli imputati di conseguire «positive inferences», una prevalenza della scelta di testimoniare anche allorquando vi siano ragioni che la sconsiglierebbero (cfr. M.S. Green, *The privilege's last stand*, cit., pp. 642-643). In rapporto agli effetti psicologici sulla giuria della scelta di testimoniare o meno, si vedano altresì J.T. Frederick, *The psicology of the American jury*, Charlottesville, 1987, pp. 250-251; D.R. Shaffer, T. Case, *On the decision not to testity in one's*

Le repliche articolate dai difensori del principio si appuntano anche sul versante empirico del problema: esse contestano non tanto l'erroneità della struttura logica, ma la stessa validità del postulato per cui sarebbe pressoché sempre il colpevole ad avvalersi della facoltà di restare in silenzio. In primo luogo, si nota, le statistiche offerte dai detrattori del principio sarebbero erronee[25]. La pratica giudiziaria, ma anche dati statistici di diverso tenore, dimostrerebbero, infatti, come l'esercizio del diritto al silenzio sia un'evenienza per nulla rara o quantitativamente marginale; inoltre, chiunque abbia dimestichezza con la *law in action* (continuano i sostenitori di tale contro-obiezione) sa assai bene come, oltre a quella di evitare il discredito derivante dai suoi precedenti penali, sussistano innumerevoli ragioni di ordine pratico che possono indurre anche un imputato innocente a preferire il silenzio: il pericolo di dover svelare il proprio coinvolgimento in vicende illecite diverse da quella contestatagli, il suo scarso livello di scolarizzazione, la sua incapacità emotiva di sostenere il contro-esame, ecc.[26].

A queste considerazioni, peraltro, si aggiunge quella relativa all'essenziale ruolo giocato, dopo la sentenza *Miranda*, dal *se detegere* nell'ambito pre-processuale. La disquisizione accademica abolizionista trascurerebbe, secondo questo punto di vista, un dato inoppugnabile: se il *privilege* venisse meno, l'attività di polizia non potrebbe che indirizzarsi verso un'inarrestabile moltiplicazione di abusi; l'esperienza, d'altro canto, dimostra come neppure l'introduzione dei celebri *warnings* abbia significativamente ostacolato il ricorso a tecniche di pressione psicologica volte a sollecitare la confessione degli indagati nel contesto – artificiale e volutamente intimidatorio – degli interrogatori[27]. Questo argomento, come fra poco si dirà, pre-

---

own behalf, in *Journal of personalty ans social psicology*, 1982, p. 353; L. Mayers, *Shall we amend the fifth amendment?*, cit., p. 21.

[25] Cfr. S.J. Schulhofer, *Some kind words*, cit., p. 328.

[26] Cfr. S.J. Schulhofer, *op. ult. cit.*, pp. 329-330, e note 72 e 73, laddove l'Autore richiama dati statistici a sostegno della propria tesi.

[27] Cfr. S.J. Schulhofer, *op. ult. cit.*, p. 326; Id., *The constitution and the police: individual rights and law enforcement*, in *Washington university law quarterly*, 1988, pp. 30-32; in senso analogo, W.S. White, *Defending Miranda: a reply to professor Caplan*, cit., pp. 13-14; S. Greer, *The right to silence*, cit., p. 709; in senso critico si veda però I. Dennis, *Instrumental protection, human right of functional*

senta alcuni significativi punti di contratto con un'altra tesi rientrante nell'ambito dei *systemic rationales*: quella che ravvisa nel *se detegere* uno strumento di prevenzione della tortura.

2.2. Il privilege against self-incrimination *come elemento distintivo dei sistemi processuali accusatori*

Il secondo gruppo di argomenti non è privo di affinità – ed anzi si salda idealmente – con quello appena analizzato. Le cadenze logiche a cui esso si ispira sono le seguenti: da un lato, al *se detegere* andrebbe assegnata una posizione di primo piano nell'ambito dei principi che compongono nel loro insieme il così detto «adversarial system»[28]; dall'altro, grazie alla sua sinergia, nell'unitario quadro del modello accusatorio, con questi stessi principi, il *se detegere* concorrerebbe ad assicurare una migliore tutela dell'innocente.

Più in particolare: poiché il *privilege* preclude alla pubblica accusa la possibilità di coartare la confessione dell'imputato, essa è costretta ad adoperarsi in un'ampia e meticolosa attività di ricerca *aliunde* della prova («[by] its own independent labors»[29]). In tal modo, viene scongiurato – o, almeno, fortemente ridimensionato – il pericolo che gli organi di indagine siano indotti a sottrarsi al "peso" dell'attività di investigazione (*burden of proof*) e scelgano la scorcia-

---

necessity?, cit., p. 349, nel testo ed alla nota 30, il quale evidenzia come, nonostante la presenza dei noti *warnings* la più gran parte degli indagati finirebbe con il rendere comunque dichiarazioni autoincriminanti.

[28] Per una sintesi delle diverse opinioni espresse dalla dottrina di lingua inglese in merito all'appartenenza del *privilege* al novero dei principi che caratterizzano il sistema accusatorio, si vedano A.A.S. Zuckerman, *The principle of criminal evidence*, cit., pp. 318-319; con particolare riferimento alla pronuncia *in re Murphy* della suprema Corte statunitense, Y. Kamisar *et al.*, *Modern criminal procedure*, cit., p. 743; I. Dennis, *op. ult. cit.*, pp. 348-356; in rapporto alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, G. Stessens, *The obligation to produce documents versus the privilege against self-incrimination*, cit., pp. 50-54. Ad avviso di Fortas, «[t]he principle that man is not obliged to furnish the state with ammunition to use against him is basic to [the adversarial] conception. Equals meeting in battle, owe no duty to one another, regardless of the obligtions they may be under prior to battle» (cfr. A. Fortas, *The fifth amendment: nemo tenetur prodere seipsum*, cit., p. 95).

[29] L'espressione è tratta dalla sentenza Miranda v. Arizona (cfr. Y. Kamisar *et al.*, *op. ult. cit.*, p. 483).

toia di un processo sbrigativo, tutto accentrato sulla forzosa testimonianza dell'imputato[30].

In questa prospettiva, il *privilege* è inteso anche come funzionale all'esigenza di un «full development of the facts» che, nei sistemi processuali accusatori, tipicamente si realizza attraverso una «fair fight» fra parti processuali collocate in posizione paritaria[31]. Il *se detegere* sarebbe, anzi, intimamente legato al mantenimento della parità delle parti, ponendosi così in piena sintonia con i postulati di fondo del sistema accusatorio: il diritto al silenzio garantirebbe, infatti, una sorta di riequilibrio fra le copiose risorse investigative e logistiche di cui gode l'accusa e la posizione dell'individuo, il quale è, invece, "solo" innanzi al processo[32].

Ancora: a sostegno dell'argomento dell'«approfondimento della prova» («full development of the facts») i sostenitori del *privilege* evidenziano come esso avrebbe anche la funzione di evitare il ricorso a «fishing expeditions»[33], ovvero ad attività d'indagine indiscrimi-

---

[30] Si vedano, fra gli altri, i rilievi di Greenawalt: «if the state has the burden of making out a substantial case against an accused, and if conviction requires belief in guilt 'beyond a reasonable doubt', it is hard to understand why proper relationships between the individual and the government are breached by asking a defendant to give his own account of the relevant facts or have natural inferences drawn from his refusal to do» (cfr. R.K. Greenawalt, *Perspectives on the right to silence*, in *Crime criminology and public policy*, a cura di R. Hood, New York, 1974, p. 259). Sul punto cfr., altresì, M. Schiller, *On the jurisprudence of the fifth amendment right to silence*, in *American criminal law review*, 1979, pp. 218-221; in una prospettiva analoga recentemente v. anche J. Jackson, *Re-Conceptualizing the Right of silence as an effective fair trial standard*, in *International and comparative law quarterly*, 2009, p. 360.

[31] Cfr., per tutti, D.M. O'Brien, *The fifth amendment*, cit., p. 37; J.S. Silver, *Equality of arms and the adversarial process: a new constitutional right*, in *Wisconsin law review*, 1990, p. 1007 s.

[32] Oltre alla dottrina richiamata alla nota precedente, si veda, per un'analisi in senso critico di questa argomentazione, M.S. Green, *The privilege's last stand*, cit., p. 650.

[33] Si vedano, ad esempio, i rilievi di Ratner: «Without the restrictions imposed by the privilege […] any number of persons could be rounded up by the police, brought before a magistrate, grand jury or even a legislative committee investigating crime, placed under oath and cross-examined to determine whether they had committed any crimes. Without the protection of the privilege a person, simply upon accusation of crime, could be forced to submit to an inquisition, under oath, concerning his actions» (cfr. L.G. Ratner, *Consequences of exercising the privilege against self-incrimination*, in *University of Cincinnati law review*, 1957, p. 484).

nate, effettuate al di là dell'effettiva esistenza di motivi d'incriminazione e finanche per mere finalità di acquisizione delle *notitiae criminis*. Come la storia insegna, queste «fishing expeditions» sarebbero per lo più volte a reprimere le condotte di eterodossia politica o religiosa, con la conseguenza che l'abolizione del *nemo tenetur* agevolerebbe gravi forme di abuso e privazione della libertà[34].

Un altro importante aspetto del funzionamento del *privilege* nell'impianto processuale accusatorio sarebbe dato dalla sua stretta connessione con la presunzione d'innocenza. Questo profilo dell'argomentazione a favore del *se detegere*, pur inserendosi a pieno titolo nel novero delle tesi che guardano al principio come ad una componente dell'*adversarial system*, assume un'importanza autonoma: per questa ragione, esso è sovente oggetto, nella letteratura di *common law,* di trattazioni specifiche e se ne rinvengono significativi accenni anche nell'ambito giurisprudenziale[35]. L'argomento che si richiama alla *presumption of innocence* si basa su di un aspetto parzialmente comune alla tesi della *burden of proof*. Sia il primo che la seconda, infatti, si riconnettono al fondamentale principio del *beyond-a-reasonable-doubt standard*[36]: mentre l'imputato non ha obblighi di prova, la pubblica accusa deve sostenerne il peso per l'intero – «shoul-

---

Su questo profilo, si veda altresì M.A. Menlowe, *Bentham, self-incrimination and the law of evidence*, cit., p. 303 s.

[34] Oltre alla dottrina richiamata *supra*, al capitolo primo, § 1, cfr. J.T. McNaughton, *The privilege against self-incrimination*, cit., p. 145: «the privilege aids in the frustration of 'bad laws' and 'bad procedures', especially in the area of political and religious belief».

[35] Per una rassegna delle principali decisioni della suprema Corte statunitense più o meno esplicitamente orientate in questo senso, si vedano R.J. Allen *et al.*, *Comprehensive criminal procedure*, cit., p. 642; in relazione alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, oltre agli Autori richiamati nella parte seconda del lavoro, v. T. Ward, P. Gardner, *The privilege against self-incrimination: in search of legal certainty*, in *European human rights review*, 2003, p. 387 s. In dottrina, con particolare riferimento ai rapporti fra *se detegere* e presunzione d'innocenza, cfr. S.E. Sundby, *The reasonable doubt and the meaning of innocence*, in *Hastings law journal*, 1989, pp. 459-461; M.A. Menlowe, *op. ult. cit.*, p. 303 s.; in una prospettiva più generale, per una ricostruzione della presunzione d'innocenza nel quadro dei valori immanenti al *trial*, si vedano, per tutti, G.P. Fletcher, *Two kinds of legal rules*, cit., p. 880; W.S. Laufer, *The rethoric of innocence*, in *Washington law review*, 1995, pp. 337-338.

[36] Per un quadro generale della giurisprudenza e della dottrina in merito alle ascendenze del principio in discorso si vedano, per tutti, Y. Kamisar *et al.*, *Modern*

der the entire load»[37] – ed ha il compito di dipanare ogni ragionevole dubbio sulla fondatezza dell'addebito. La tesi che si richiama alla *presumption of innocence* (almeno per come essa è intesa da buona parte della letteratura di *common law*[38]) si arricchisce, rispetto a quelli dell'onere della prova e del ragionevole dubbio, di un'ulteriore sfumatura: è essenziale, per l'impostazione accusatoria del processo, non solo che l'imputato non sia chiamato a collaborare alla formazione della prova, ma che la giuria si ponga innanzi a lui con un atteggiamento non colpevolista. Se fosse possibile imporre all'imputato di rendere dichiarazioni autoincriminanti, ovvero se potessero trarsi elementi negativi di giudizio dal suo silenzio, la ricerca di un atteggiamento non prevenuto della giuria perderebbe ogni significato: la presunzione d'innocenza sarebbe così sovvertita nel suo esatto contrario[39].

Queste le critiche dei detrattori del principio alle anzidette motivazioni: il «full development of the facts» potrebbe essere assicurato assegnando all'imputato un'ampia facoltà di richiesta e produzione delle prove a discarico, mentre, in vista del suo perseguimento, non sarebbe affatto necessario privare l'accusa, come invece accade nei sistemi processuali che riconoscono il *right to silence*, di un importante strumento di accertamento della verità[40]. Anche la supposta funzione "equilibratrice" del *privilege* sarebbe – secondo il ragionamento dei suoi critici – priva di fondamento. Infatti, se è vero che lo

---

criminal procedure, cit., pp. 809-810; R.J. Allen *et al.*, *Comprehensive criminal procedure*, cit., p. 1279 s.

[37] L'espressione è mutuata dal caso *Tehan v. United States* (cfr. D. Dolinko, *Is there a rationale for the privilege against self-incrimination?*, cit., p. 1084, nota 113).

[38] Per una panoramica sul punto, v. W.S. Laufer, *loc. ult. cit.*; G.W. O'Reilly, *England limits the right to silence and moves towards an inquisitorial system of justice*, in *Journal of criminal law and criminology*, 1994, pp. 402-403; B.L. Ingraham, *The right of silence, the presumption of innocence, the burden of proof, and a modest proposal: a reply to O'Reilly*, in *Journal of criminal law and criminology*, 1996, p. 560.

[39] Cfr. W.S. Laufer, *loc. ult. cit.*; G.W. O'Reilly, *England limits the right to silence and moves towards an inquisitorial system of justice*, cit., pp. 445-451; B.L. Ingraham, *The right of silence, the presumption of innocence, the burden of proof, and a modest proposal: a reply to O'Reilly*, cit., pp. 562-565; M.A. Menlowe, *Bentham, self-incrimination and the law of evidence*, cit., p. 305.

[40] Cfr., in particolare, D. Dolinko, *op. ult. cit.*, p. 1077, p. 1084.

stato dispone di risorse assai maggiori di quelle dell'imputato, è pur vero che esse sono impiegate nell'enorme (ed estremamente dispersiva) attività di promozione dell'accusa in un indefinito numero di processi; l'imputato, invece, ha la possibilità di concentrarsi appieno sulla propria difesa[41]. Il sistema penale, in altri termini, sarebbe in grado di assicurare una lotta paritaria fra le parti anche indipendentemente dall'esistenza del *privilege*.

La giustificazione che si richiama alle *fishing expeditions* – a tutto voler concedere – sarebbe poi fondata solo parzialmente. Essa, difatti, non sarebbe in grado si spiegare perché il principio operi nel *trial*, ovvero in una fase nella quale per definizione già sono stati raccolti elementi indiziari a carico di una persona ben determinata – l'imputato – e non v'è, dunque, alcuna necessità logica di ricercare prove con modalità *fishing*. Le metodiche inquisitorie sottese alle *expeditions* potrebbero essere evitate delimitando l'operatività del principio alla fase del *pre-trial*[42], nella quale, peraltro, esso affonda le proprie origini[43]. L'obbligo di verità dovrebbe, in quest'ottica, prendere corpo esclusivamente nel processo, quando già esistano elementi di prova acquisiti senza la collaborazione dell'imputato[44].

L'argomento fondato sulla presunzione d'innocenza sarebbe, a sua volta, infondato. Da un lato, infatti, (continuano i detrattori del *se detegere*) il principio del *reasonable doubt* non si interseca in nessun modo con il diritto al silenzio; la necessità che venga raggiunto un determinato standard di prova resterebbe assicurata – ed anzi sarebbe assai migliorata – anche in un sistema che non contemplasse il privilegio[45]. In questa prospettiva, i critici sottolineano come la confessione dell'imputato sia una fonte di prova universalmente ritenu-

---

[41] Cfr. W.H. Simon, *The ethics of criminal defence*, in *Michigan law review*, 1993, pp. 1712-1713; M.S. Green, *The privilege's last stand*, cit., p. 650.

[42] Cfr. D. Dolinko, *op. ult. cit.*, p. 1082.

[43] Questo aspetto dell'evoluzione del *privilege*, come si è visto, emerge non solo nelle ricostruzioni offerte dagli Autori che si sono occupati del tema in tempi recenti (cfr. la bibliografia richiamata *supra*, al capitolo primo, § 1), ma anche dalla tradizionale ricostruzione proposta da W.L. Levy, *The right against self-incrimination*, cit., p. 62, pp. 95-97, pp. 329-330.

[44] Cfr. D. Dolinko, *loc. ult. cit.*

[45] Cfr., in particolare, M.S. Green, *The privilege's last stand*, cit., p. 652; in termini analoghi, si veda anche I. Dennis, *Instrumental protection, human right of functional necessity*?, cit., p. 353.

ta ammissibile ed utilizzabile[46]; il supposto divieto di collaborazione del *suspect* alla formazione della prova *contra se* non sarebbe, inoltre, per nulla "ontologico" rispetto allo schema del processo accusatorio. Ne sarebbero dimostrazione le così dette «non-testimonial evidences», ovvero quelle prove che, pur presupponendo la collaborazione dell'imputato, non sono tutelate dal quinto emendamento (la partecipazione alle ricognizioni personali, gli esami del sangue, le impronte digitali, l'analisi della calligrafia, ecc.[47]).

L'abolizione del principio, infine, non comporterebbe affatto un alleggerimento dell'accusa dal suo onere probatorio; all'atto pratico, le parole proferite dall'imputato sul fatto proprio si inserirebbero pur sempre in un più ampio contesto di prove (normalmente già raccolte nella fase pre-processuale) e consentirebbero una più precisa conoscenza dei fatti, un loro «full developement»[48]. Le ragioni volte a comprovare sul piano sistematico le basi logiche del *privilege* dovrebbero, quindi, cedere il passo alle stesse esigenze di un puntuale accertamento della verità nel processo che con esso si vorrebbero garantire.

2.3. Continua: *come strumento di prevenzione della tortura e di difesa dalle leggi "ingiuste"*

I sostenitori del *nemo tenetur* ne sottolineano, ancora, il valore di "barriera difensiva" rispetto al pericolo di un «oppressive or tyrannical abuse of power» da parte dei detentori dell'azione penale[49].

---

[46] Essa è stata anzi definita da qualche Autore come «intrinsecamente desiderabile» (cfr. V. Mendelson, *Self-incrimination in American and French law*, in *Criminal law bullettin*, 1983, p. 37).

[47] Cfr. D. Dolinko, *op. ult. cit.*, p. 1083. Per un quadro d'insieme della giurisprudenza e della dottrina relativamente al tema della "*testimonial evidence*" si vedano, per tutti, C.H. Whitebread, C. Slobogin, *Criminal procedure, an analysis of case and concepts*, 4ª ed., New York, 2000, pp. 388-390.

[48] Cfr. D. Dolinko, *op. ult. cit.*, p. 1077.

[49] In questa prospettiva, oltre agli Autori richiamati *supra*, al capitolo primo, § 1.3., si vedano, per tutti, D.B. Ayer, *The fifth amendment and the inference of guilt from silence*, cit., pp. 850-851; R.B. Mckay, *Self-incrimination and the new privacy*, cit., p. 209; L. Meltzer, *Required records, the McCarran act and the privilege against self-incrimination,* cit., p. 693; L.G. Ratner, *Consequences of exercis-*

Il *privilege*, secondo questo punto di vista, opererebbe come limite per le politiche d'incriminazione più marcatamente illiberali[50]; l'esigenza di non "abbassare la guardia" rispetto agli abusi dell'autorità sarebbe comprovata (lo riconoscono in parte anche critici del principio[51]) dalla possibilità che, anche in ordinamenti democratici, si verifichino periodi storici di "caccia alle streghe" (*witch hunt*) analoghi a quello dell'epoca maccartista. Questo ragionamento, peraltro, è frequentemente posto in collegamento con le origini storiche del *nemo tenetur* e con la sua genesi nell'ambito dei mutamenti politici e culturali che hanno condotto all'abolizione della tortura[52]. La controversia fra la letteratura "pro" e quella "contro" il *se detegere* sembra trasferirsi, in relazione a questo argomento, dal tema dei fondamenti del principio a quello della sua origine storica: alcuni degli oppositori del *nemo tenetur* evidenziano, infatti, come la genesi del principio, almeno tenendo conto della sua evoluzione nel contesto nordamericano, non presenterebbe alcun collegamento con l'abolizione della tortura. Questa pratica sarebbe stata applicata in via del tutto eccezionale, in un periodo storico molto risalente, nel solo ambito territoriale della monarchia inglese ed unicamente per peculiari crimini a sfondo politico (in specie per i *crimes* di *treason* e *sedition*)[53]. Anche ammettendo che una connessione fra il *right to*

---

ing the privilege against self-incrimination, cit., p. 484; E.N. Griswold, *The fifth amendment today*, cit., p. 75.

[50] Per una sintesi in merito a questo aspetto cfr., S.J. Schulhofer, *Some kind words*, cit., p. 318.

[51] Cfr. D. Dolinko, *op. ult. cit.*, p. 1085.

[52] Cfr. R.B. McKay, *loc. ult. cit.*, ad avviso del quale il *se detegere* «protects the morality of government by removing the temptation to employ short cuts to conviction that demean official integrity». Sul punto si veda, in senso analogo, anche S.J. Schulhofer, *op. ult. cit.*, pp. 318-319 e pp. 325-327.

[53] La tesi riferita nel testo è stata sostenuta soprattutto da Dolinko (D. Dolinko, *Is there a rationale for the privilege against self-incrimination?*, cit., p. 1079) e trae spunto dagli studi di Langbein inerenti all'utilizzazione della tortura nell'Inghilterra del sedicesimo e diciassettesimo secolo (cfr. J.H. Langbein, *Torture and the law of proof*, Chicago, 1976, *passim*). Ad avviso di quest'ultimo Autore, il ricorso alla tortura in tale periodo sarebbe stato estremamente limitato ed il suo ruolo primario non sarebbe consistito nel costringere l'imputato a confessare: «especially in the seventeenth century cases, torture was not primarily used to gather evidence against the person tortured, but to identify accompliances and to forestall future sedition. Self-incrimination was not in question» (cfr. J.H. Langbein, *op. ult. cit.*, p. 136).

silence e l'abolizione delle tortura sia esistita, questa connessione sarebbe, in ogni caso, priva di attualità; il sistema costituzionale statunitense, garantendo in modo ampio ed incisivo il rispetto delle *civil liberties* fuori e dentro il processo, fungerebbe da antidoto a siffatti pericoli[54]. Non solo: la tortura serve esattamente a "far parlare" chi non parla; l'imposizione di un generalizzato «duty to tell the truth», rendendo inutile l'estorsione di confessioni con la coazione fisica, sortirebbe, in realtà, un effetto preventivo rispetto all'intimidazione ed alla violenza sull'imputato[55].

Nella medesima corrente di pensiero si colloca l'opinione secondo cui il problema della tortura sarebbe connesso al *privilege* solamente in modo indiretto; il suo punto centrale, infatti, sarebbe rappresentato non dallo statuto giuridico del quinto emendamento, ma da quello delle così dette *coerced confessions*. Nel panorama nordamericano, queste vengono considerate, sulla base di una giurisprudenza consolidatasi già a partire dal diciottesimo secolo, inutilizzabili se l'imputato è in grado di provare che la confessione non è stata da lui resa liberamente – *volountariness test*[56] –; la confessione è parimenti involontaria nel caso di una forzosa rinuncia al diritto al silenzio ed in quello in cui l'imputato sia costretto a parlare. Si tratta, peraltro, di due maniere diverse per esprimere lo stesso concetto: la distinzione è volutamente artificiosa e viene utilizzata dai critici del principio per evidenziare come il ricorso alla tortura assumerebbe, in un sistema che non contempli il *privilege*, modalità esattamente identiche a quelle che lo caratterizzerebbero in un sistema che lo riconosca[57]. In un caso, l'indiziato viene torturato affinché rinunci al proprio diritto al silenzio; nell'altro, soltanto perché… parli. Si vuol dimostrare, in definitiva, come la scelta di abolire o mantenere il *privilege* non abbia nulla a che fare con la tortura, né con la sua preven-

[54] Cfr. D. Dolinko, *op. ult. cit.*, p. 1079 e, con analoghe argomentazioni, M.S. Green, *The privilege's last stand*, cit., p. 649.

[55] Cfr. D. Dolinko, *loc. ult. cit*.

[56] Su questo tema, fra gli altri, si vedano C.H. Whitebread, C. Slobogin, *Criminal procedure, an analysis of case and concepts*, cit., pp. 401-408.

[57] Cfr., in senso sostanzialmente conforme, D. Dolinko, *loc. ult. cit.*, e M.S. Green, *op. ult. cit*.

zione o con il regime giuridico del *volountariness test*: esso sarebbe il medesimo anche se il *nemo tenetur* venisse abolito[58].

L'argomento della tortura, peraltro, presenta numerosi collegamenti con le opinioni di quella parte della dottrina che attribuisce al principio un'origine penale-sostanziale, come meccanismo di erosione di leggi intrinsecamente "ingiuste". Ne è un efficace esempio la penalizzazione dell'atteggiamento interiore in passato realizzata con i reati di eresia e blasfemia[59].

I critici del principio sottolineano, tuttavia, come, pur non mancando a queste considerazioni un fondo di verità, esse finiscano per individuare il fondamento del *privilege* su di un dato totalmente privo di rilievo nella pratica quotidiana; qui le imputazioni attengono per lo più reati appartenenti al diritto criminale "classico", non certo al foro interiore dell'individuo[60]. La via più corretta per prevenire la creazione di leggi ingiuste dovrebbe essere – sottolinea la medesima dottrina – quella di esercitare un attento controllo politico-parlamentare sulla loro genesi, non già quella di riconoscere all'imputato, con conseguenze dannose per il funzionamento dell'intero sistema giudiziario, il diritto al silenzio[61]. Sul piano strettamente processuale, inoltre, si assegnerebbe allo "strumento" generalizzato del silenzio una funzione sproporzionata rispetto al fine perseguito: per prevenire "investigazioni sul credo" (*belief probes*) sarebbe infatti sufficiente vietare le sole domande attinenti le opinioni politiche, religiose o morali[62]. La fisionomia eminentemente processuale del principio lo renderebbe addirittura inadeguato rispetto alla prevenzione delle *belief probes*. Queste ultime, infatti, sono per lo più attuate mediante forme di «non criminal sanctions», come sono le rappresaglie

[58] Cfr. gli Autori citati alla nota precedente.

[59] Cfr. l'analisi svolta *supra*, al capitolo primo, § 1.3., e la bibliografia ivi richiamata.

[60] Cfr. J.T. McNaughton, *The privilege against self-incrimination*, cit., p. 146; A.R. Amar, R.B. Lettow, *Fifth amendment first principle*, cit., p. 891.

[61] Ad avviso di Green, uno strumento di controllo per la prevenzione di leggi ingiuste assai più efficace del *privilege* sarebbe individuabile nel primo emendamento, del quale si è già detto (cfr. M.S. Green, *The privilege's last stand*, cit., p. 659).

[62] Cfr. D. Dolinko, *Is there a rationale for the privilege against self-incrimination?*, cit., p. 1087.

economiche, il biasimo sociale, la minaccia di coercizione fisica ed ogni altra manifestazione della «public hostility»[63].

Sul versante dei *systemic rationales* e, in particolare, nel gruppo di argomentazioni che postulano un diritto di resistenza rispetto alle leggi "ingiuste", si colloca anche la corrente che riconnette il *se detegere* all'ambito della filosofia della politica e, segnatamente, alla teoria del "contratto sociale". Come si è già visto, essa viene considerata da una parte della letteratura statunitense come uno dei fondamenti del *nemo tenetur*, in quanto assume l'esistenza di un rapporto moralmente paritario fra lo stato ed il cittadino come momento legittimante del potere pubblico[64]. L'individuo vanterebbe un diritto di poter gestire in modo moralmente non subordinato le situazioni in cui si trovi "a confronto" con l'autorità. L'imposizione dell'obbligo di rispondere secondo verità si tradurrebbe, secondo un tale punto di vista, in un atteggiamento tutorio e censorio da parte dello Stato[65]; questo, pretendendo dai singoli l'ammissione in chiave paternalistica del loro *wrongdoing*, finirebbe per soverchiare la loro dignità morale[66]. Sotto questo profilo, il *privilege* contribuirebbe a dare alla collettività una visione "giusta" del sistema punitivo.

Neppure queste riflessioni, tuttavia, dovrebbero considerarsi, per i detrattori del quinto emendamento, persuasive. La replica è – in sintesi – articolata in questo modo: la percezione del *privilege* nel sentore comune evidenzierebbe come il silenzio dell'imputo in giudizio sia, per lo più, considerato come una "ammissione di responsabilità"; prova ne sarebbe che, qualora la difesa ne faccia richiesta, gli stessi giurati debbono essere ammoniti dalla tentazione di trarre *inferences* di colpevolezza dal mero fatto del silenzio[67]. Il principio,

---

[63] *Ibidem*.

[64] Si veda *supra*, capitolo secondo, §§ 2.2. e 2.3.

[65] In questa prospettiva, oltre al contributo di Green ed alla "*expressive theory*" dallo stesso avanzata (M.S. Green, *The privilege's last stand*, cit., p. 627 s.), si vedano D.B. Ayer, *The fifth amendment and the inference of guilt from silence*, cit., p. 851; A. Fortas, *The fifth amendment: nemo tenetur prodere seipsum*, cit., pp. 98-99.

[66] Nella dottrina italiana, si veda in proposito il fondamentale contributo di G. Vassalli, *Il diritto alla libertà morale*, in Aa.Vv., *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, Torino, 1960, Vol. II, pp. 1629-1701.

[67] Cfr. Meltzer, ad avviso del quale l'esercizio del diritto al silenzio verrebbe dai più considerato *tout court* come una confessione (D.B. Meltzer, *Required re-*

pertanto, non concorrerebbe affatto a dare un crisma di "giustezza" al sistema ma, al contrario, esso sarebbe istintivamente colto come una forma di immotivato aiuto fornito al colpevole. In termini più generali, i critici del principio segnalano come i richiami alla teoria della politica sarebbero, nel caso del *privilege*, del tutto impropri. La stessa esistenza del sistema punitivo e della pena dimostrerebbe come la tesi della "parità" fra lo stato ed il cittadino abbia un valore solamente teorico; essa sarebbe perciò inidonea ad orientare l'adozione degli strumenti tecnico-processuali necessari al funzionamento *in action* del sistema penale[68].

3. *Gli* individual rationales

Questa parte della diatriba sui fondamenti del principio, almeno stando alla vastità della produzione letteraria sul punto, è quella che ha maggiormente appassionato la dottrina d'oltreoceano[69]. L'accento è qui posto sui basilari valori dei quali intrinsecamente ed indipendentemente dalla sua considerazione in chiave sistematica il *se detegere* sarebbe espressione: il rispetto della dignità umana,

---

cords, cit., p. 690). Per l'opinione secondo cui gli "ammonimenti" rivolti ai giurati nei tribunali statunitensi andrebbero riguardati come una conferma della tesi esposta nel testo; si veda D. Dolinko, *Is there a rationale for the privilege against self-incrimination?*, cit., p. 1088.

[68] Cfr. D. Dolinko, *op. ult. cit.*, p. 1089; in senso analogo, sia pure con altre argomentazioni, si vedano anche A.R. Amar, R.B. Lettow, *Fifth amendment first principle*, cit., p. 891 s.

[69] Fra gli Autori che hanno preso in considerazione, con divergenti opinioni, i così detti *individual rationales* si vedano, oltre a quelli richiamati alle note successive, R.S. Gerstein, *Privacy and Self-Incrimination*, cit., p. 87 ss.; R.B. Mckay, *Self-incrimination and the new privacy*, cit., p. 193 s.; L. Mayers, *Shall we amend the fifth amendment?*, cit., pp. 168-169; H.J. Friendly, *The fifth amendment tomorrow*, cit., p. 683; W.J. Stuntz, *Self-incrimination and excuse*, cit., p. 1232; D. Dolinko, *op. ult. cit.*, 1090 s.; A.R. Amar, R.B. Lettow, *op. ult. cit.*, pp. 890-891; M.S. Green, *The privilege's last stand*, cit., p. 659; A.A.S. Zuckerman, *The principle of criminal evidence*, cit., p. 315; D.A. Dripps, *Self-incrimination and self-preservation*, cit., p. 329; I. Dennis, *Instrumental protection, human right of functional necessity*?, cit., p. 356; Y. Kamisar *et al.*, *Modern criminal procedure*, cit., p. 747. R.K. Greenawalt, *Silence as a moral and constitutional right*, cit., p. 39 s.; D.D. Ellis, V*ox populi v. suprema Lex*, cit., p. 838.

dell'autonomia e della *privacy* di ciascun individuo[70]. Gli *individual rationales* pongono l'accento sui profili soggettivi del principio e, sia pure in una prospettiva culturale alquanto diversa da quella dell'Europa continentale, richiamano alla mente il dibattito sul *se detegere* che si è sviluppato, nella letteratura penalistica italiana, attorno ai temi dell'esigibilità e della colpevolezza.

Le tesi d'impronta soggettivistica poste a sostegno del *nemo tenetur* possono essere raggruppate in tre ambiti. Un primo – storicamente più risalente – argomento è denominato dalla letteratura d'oltreoceano come «cruelty argument». Esso si richiama alla logica del già citato «cruel trilemma», ovvero pone l'accento sull'esigenza, che sarebbe sottesa al *privilege*, di sottrarre l'imputato alla scelta, crudele e disumana, fra l'autoincriminazione, la condanna per *perjury* e la condanna per il reato di *contempt of the court*[71]. L'*argomentum* in discorso viene sovente abbinato dai suoi sostenitori a quello della "impossibilità": poiché nessuna persona, posta nelle medesime condizioni dell'imputato, accuserebbe sé stessa, la pretesa dell'ordinamento che si adempia ad un dovere di autoincriminazione sarebbe non solo contraria al buon senso, ma anche erronea sul piano etico[72]. A questo primo e più risalente filone della *vexata quaestio* circa la giustificazione del principio se ne affiancano altri due, i quali sono affiorati nel dibattito dottrinale soprattutto nella seconda metà del secolo scorso: l'accostamento del *se detegere* al diritto alla *privacy*, da un lato, e, dall'altro, al così detto principio di autonomia (*autonomy argument*)[73]. Meritano di essere partitamene analizzate, infine, alcune recenti posizioni della dottrina d'oltreoceano che hanno rintracciato le basi giustificative del principio sia arricchendo alcuni dei temi già presenti nel dibattito di nuove sfumature (così è per i contributi di Robert Gerstein e Kent Greenawalt rispettivamente attinenti alla *privacy* ed alle basi assiologiche del *se detegere*[74]); sia introducendo inediti spunti di riflessione (così è per gli studi di Wil-

[70] In generale, per un'introduzione al tema si veda S.J. Schulhofer, *Some kind words*, cit., p. 320 s.

[71] Cfr. *supra*, capitolo primo, § 4.

[72] Cfr. la bibliografia richiamata *infra*, al § 3.1.

[73] Cfr. la bibliografia richiamata *infra*, ai §§ 3.3. e 3.4.

[74] Cfr. la bibliografia richiamata *infra*, ai §§ 3.3.1. e 3.5.

liam Stuntz circa l'inquadramento del *se detegere* nella sistematica delle *excuses*[75]).

3.1. Il così detto cruelty argument

L'argomento in discorso è stato sostenuto da una parte della letteratura di lingua inglese già dai tempi di Bentham[76] e prende le mosse da una semplice constatazione: sarebbe crudele ed inumano forzare qualsiasi individuo – dunque anche l'imputato – a fornire una prova testimoniale *contra se*; ciò sarebbe tanto più vero in considerazione dell'elevata probabilità (assai prossima alla certezza) che da una tale *compulsion* scaturisca una pronuncia di condanna e che con essa si realizzino a carico del dichiarante gravi conseguenze per la sua onorabilità e per la sua libertà personale, per non dire del pericolo che egli subisca una sentenza capitale[77].

L'esattezza di questo assunto viene per lo più ritenuta dai suoi sostenitori di così immediata evidenza da non meritare particolari approfondimenti[78]. Non di rado, gli Autori che si richiamano a questa impostazione ammettono, anzi, come essa sia almeno in parte fondata su di un'intuizione difficilmente traducibile sul piano logico. Non sarebbe agevole spiegare, in particolare, per quale ragione l'ordinamento ponga un obbligo di deporre in capo a tutti i testimoni ma non pretenda il medesimo comportamento dall'imputato[79].

È facilmente intuibile, viste le premesse, che il *cruelty arguement* sia stato tacciato dai suoi detrattori di un'intrinseca vaghezza; esso, proprio in quanto ne risulta ardua l'esplicazione, non potrebbe rappresentare una base razionale ed affidabile per giustificare l'acco-

---

[75] Cfr. la bibliografia richiamata *infra*, al § 4.1.

[76] Cfr. l'analisi svolta *supra*, al capitolo secondo, § 1.1.

[77] In merito all'istinto di autoconservazione, si vedano, in particolare, W.J. Stuntz, *Self-incrimination and excuse*, cit., p. 1232 s.; L.V. Sunderland, *Self-incrimination and constitutional principle*, cit., pp. 179-182. In giurisprudenza, si veda soprattutto la già richiamata sentenza *in re Murphy*, in R.J. Allen *et al.*, *Comprehensive criminal procedure*, cit., p. 642. In senso critico, si veda, però D.A. Dripps, *Self-incrimination and self-preservation*, cit., p. 329 s.

[78] Cfr. D.D. Ellis, *op. ult. cit.*, p. 838, ad avviso della quale la crudeltà dell'autoincriminazione, per quanto innegabile, resterebbe indimostrabile.

[79] Cfr. R.K. Greenawalt, *Silence as a moral and constitutional right*, cit., p. 39.

glimento del *se detegere* nel sistema giuridico. Il concetto stesso di crudeltà sarebbe, secondo questo punto di vista, così vago e difficilmente oggettivabile da essere rimesso al personale – quanto mutevole – apprezzamento dei singoli studiosi che si sono occupati della materia; fra questi non mancano, continuano i critici, autorevoli voci – soprattutto quella di Bentham – che non hanno ravvisato alcunché di crudele nell'obbligo di testimonianza dell'imputato che conseguirebbe all'abolizione del principio[80].

A conferma di questi rilievi, vengono sovente citati numerosi casi di testimonianze che, pur apparendo sotto molti aspetti "crudeli", vengono considerate perfettamente ammissibili dall'ordinamento giuridico: oltre all'ipotesi-limite della madre cui venga imposto di testimoniare contro il figlio accusato di un crimine punito con la pena capitale[81], la dottrina ha portato ad esempio il *j'accuse* che la vittima di un reato è ordinariamente obbligata a formulare dal banco dei testimoni, anche allorquando vi sia il pericolo di rappresaglie o vendette "trasversali"[82]. Una casistica altrettanto significativa sarebbe quella delle vittime di stupri, le quali sono ordinariamente poste innanzi a scelte non meno drammatiche di quella sottesa al noto «trilemma»: l'alternativa è fra non denunciare lo stupro, lasciando così il colpevole impunito, ovvero accettare che nella *cross-examination* le ferite morali subite all'atto della violenza vengano riaperte e (come sovente accade) pubblicizzate in modo umiliante[83].

*3.2. Il richiamo al canone dell'"*ad impossibilia nemo tenetur*"*

Una tesi a favore del *cruelty argument* è stata formulata dai sostenitori del *se detegere* facendo riferimento ad un ambito che presenta numerose affinità con il principio di inesigibilità: sarebbe ingiusto pretendere dall'imputato un comportamento di "fedeltà"

---

[80] Cfr., con analoghe cadenze argomentative, L. Mayers, *Shall we amend the fifth amendment?*, cit., pp. 168-169; H.J. Friendly, *op. ult. cit.*, p. 683; D. Dolinko, *Is there a rationale for the privilege against self-incrimination?*, cit., p. 1092.

[81] Cfr. L. Mayers, *op. ult. cit.*, pp. 168-169; H.J. Friendly, *op. ult. cit.*, p. 683.

[82] D. Dolinko, *op. ult. cit.*, p. 1094.

[83] Cfr. D. Dolinko, *loc. ult. cit*. Su questo tema, si veda anche V. Berger, *Man's trial, woman's tribulation: rape cases in courtroom*, in *Columbia law review*, 1977, p. 12 s.

all'ordinamento che la maggior parte delle persone, trovandosi nella medesima situazione, non sarebbe in grado di mantenere[84].

L'imposizione, sotto la minaccia di una sanzione penale, di un obbligo di *edere contra se*, si porrebbe, secondo le cadenze dell'*impossibility argument*, come una negazione del naturale istinto di auto-conservazione (*self-preservation*) di ogni individuo. Questo rilievo è riguardato dalla dottrina che lo ha formulato come un'importante giustificazione del *se detegere*, sia sotto il profilo assiologico che in rapporto alla stessa qualificazione giuridica del fenomeno dell'autoincriminazione. Nel primo senso, la dottrina in discorso ha rilevato come sarebbe inammissibile, sul piano dei valori, formulare un rimprovero a carico di un soggetto il quale non sia stato in grado di rispettare una regola che nessun'altra persona avrebbe saputo osservare; l'abolizione del *se detegere* condurrebbe, in quest'ottica, ad una situazione di "squilibrio etico", fra accusatore ed accusato, in quanto la pretesa punitiva sarebbe riferita ad un comportamento che nessuno – neppure l'accusatore stesso – avrebbe saputo mantenere se si fosse trovato nella medesima posizione dell'imputato[85]. Sotto il profilo giuridico, i sostenitori dell'*impossibility argument* rammentano come esso rivesta un ruolo essenziale nella sistematica delle scusanti (*excuses*). Nella tradizione giuridica anglosassone il canone dell'*ad impossibilia nemo tenetur* è, infatti, saldamente radicato nell'elaborazione giurisprudenziale non meno che nel pensiero della dottrina, che sovente lo esplica con la massima «no one should be punished who could not help doing what he did»[86]. In ultima analisi, la pretesa che un individuo, sotto la minaccia di una sanzio-

[84] Fra gli Autori che hanno sviluppato questo filone argomentativo si vedano, in particolare, E.W. Cleary, in C.T. McCormick, K.S. Broun, G.E. Dix (a cura di), *McCormick on evidence*, Saint Paul, 1984, p. 287; L.V. Sunderland, *op. ult. cit.*, pp. 179-182; W.J. Stuntz, *Self-incrimination and excuse*, cit., p. 1227 s. In rapporto all'utilizzazione del «self-preservation argument» nel contesto delle prime controversie giudiziarie che condussero all'emersione del *se detegere*, si veda L.W. Levy, *The right against self-incrimination*, cit., pp. 214-215, p. 235.

[85] Cfr., in senso analogo a quello riportato nel testo, cfr, per tutti: R.B. Brandt, *Ethical theory*, London, 1959, pp. 516-519; R. Hare, *Freedom and reason*, London, 1963, pp. 51-61; R.B. Brandt, *Ethical theory: the problems of normative and critical ethics*, Englewood Cliffs (N.J.), 1959, pp. 516-519.

[86] Cfr. H.L.A. Hart, *Punishment and responsibility: essays in the philosophy of law*, Oxford, 1968, p. 39.

ne penale, si autoincrimini, oltre ad apparire crudele (*cruelty argument*), si porrebbe in contrasto con la morale e con il diritto (*impossibility argument*); ciò sarebbe sufficiente a giustificare la presenza del principio del *se detegere* nel sistema giuridico[87].

La dottrina abolizionista ha replicato a questi rilievi evidenziando come l'*impossibility argument*, per così dire, "provi troppo". Se l'intuizione che sta alla base dell'argomento in esame fosse esatta, allora si dovrebbe proclamare la contrarietà alla morale ed altresì al fondamentale canone dell'*impossibilia* anche delle norme che sanzionano penalmente l'imputato per aver distrutto le prove a suo carico; parimenti, si dovrebbero ritenere non punibili tutti i fatti che si pongano come un'esplicazione del suo istinto di *self-preservation*, come la resistenza all'arresto, il tentavo di evasione, ecc.; si dovrebbe, ancora, estendere l'operatività del *se detegere* ai giudizi civili, atteso che l'istinto di auto-conservazione è spesso messo a dura prova anche dalla testimonianza rese in tale sede[88].

Le posizioni della più attenta dottrina pronunciatasi a favore del principio non mancano, però, di mettere in evidenza il fatto che questi esempi attengono per lo più all'impedimento di condotte altrui, secondo lo schema della *non-obstruction obligation* (o divieto di vanificare gli sforzi dell'accusa nella formazione della prova) il *privilege*, al contrario, sarebbe animato da una diversa *ratio*, in quanto varrebbe ad evitare che vi sia un obbligo di contribuire *direttamente* alla formazione della prova *contra se*[89].

La contro-obiezione formulata dai detrattori del *se detegere* è articolata su di una pluralità di considerazioni. Innanzitutto, si osserva come non mancherebbero, nel sistema giuridico, casi nei quali la legge punisce comportamenti difficilmente esigibili. Uno fra gli esempi suggeriti dalla dottrina è quello di colui che, avendo programmato la commissione di una rapina insieme a dei complici, de-

---

[87] Per una sintesi dell'«impossibility argument» simile a quella riferita nel testo, si veda M.S. Green, *The privilege's last stand*, cit., p. 657.

[88] Cfr., per tutti, D. Dolinko, *Is there a rationale for the privilege against self-incrimination?*, cit., pp. 1096-1098.

[89] Per la discussione di questo problema e per l'individuazione della bibliografia sul punto, cfr. D. Dolinko, *Is there a rationale for the privilege against self-incrimination?*, loc. ult. cit.

sideri all'ultimo momento desistere dall'esecuzione del reato, ma si trovi comunque costretto a parteciparvi in ragione delle gravi minacce rivoltegli dai correi[90]. In ipotesi come questa, l'argomento della *self-preservation* sarebbe privo di pregio: l'aspetto centrale per la formulazione di un giudizio di responsabilità in capo al rapinatore titubante sarebbe dato dal fatto che egli, avendo inizialmente condiviso il disegno criminoso ed essendosi impegnato con gli altri correi a partecipare alla sua esecuzione, ben sapeva – e comunque avrebbe potuto prevedere – che un pentimento tardivo gli sarebbe stato impedito. In questo caso, così come nella ipotesi di *self-preservation* connesse all'ipotetica assenza del *nemo tenetur*, l'aspetto più rilevante sarebbe dato dall'illiceità del comportamento inizialmente tenuto dal soggetto[91]. Il responsabile ultimo della difficile situazione derivante dall'obbligo di autoincriminarsi sarebbe pur sempre l'imputato: «[he] should never had gotted in that 'position'». L'imputato, avendo contravvenuto alla legge con la commissione del *primum delictum*, non potrebbe, in altri termini, beneficiare di una posizione di vantaggio; ciò né sulla base di fuorvianti considerazioni etiche, né sulla scorta del principio dell'*impossibilia*. Sotto il primo punto di vista, i detrattori del *privilege* rilevano come non vi sia alcunché di ingiusto né di moralmente errato nel punire taluno per un comportamento che la maggior parte dei consociati non avrebbe saputo osservare, laddove siffatto comportamento costituisca la conseguenza normale e necessaria di una colpevole infrazione della legge penale. Sullo stesso ragionamento si fondono le censure rivolte all'*impossibility argument*: il *topos* della *self-preservation*, al quale esso si richiama, sarebbe inapplicabile alla fattispecie dell'obbligo di testimonianza dell'imputato; il venire in essere dell'obbligo in discorso sarebbe pur sempre riconducibile, infatti, ad un'iniziale condotta colpevole di quest'ultimo[92].

---

[90] Questo esempio è esposto da D. Dolinko, *op. ult. cit.*, p. 1098.

[91] Cfr. D. Dolinko, *loc. ult. cit.*; per analoghe considerazioni si veda anche M.S. Green, *The privilege's last stand*, cit., pp. 657-658.

[92] Per queste considerazioni, nonché in rapporto alla non applicabilità della così detta *duress defence* al caso della falsa testimonianza autoprotettiva, si veda D.A. Dripps, *Self-incrimination and self-preservation*, cit., p. 333.

Questa costruzione ricalca, a ben vedere, lo schema del *versari in re illicita*. Il modello logico adottato dai critici del *nemo tenetur* riecheggia quello dell'*actio libera in causa*: l'aver posto in essere l'originaria azione criminosa comporta, quale conseguenza – o forse quale sanzione – processuale, il venirsi a trovare innanzi ad un dovere di esternazione della verità. La riprovevolezza della prima azione rappresenta il fondamento dell'obbligo del reo di testimoniare *contra se*.

In ultima analisi, ciò comporta una sorta di "rinvio" alla *mens rea* che sorregge il reato commesso[93]. È in quest'ultima che la *compulsion* processuale pare trovare il proprio *pendant* soggettivo. Uno fra i principali sostenitori di tale impostazione ammette, peraltro, come essa risulti fallace rispetto ai casi di *strict liability*: in essi il reo, in assenza di una sua iniziale *culpability*, potrebbe venirsi a trovare nella condizione di doversi comunque auto-accusare. Pur essendo il rilievo ritenuto fondato, i casi in esame (abbastanza infrequenti) non costituirebbero un argomento a favore della conservazione del *privilege*: sarebbe invece vero che – come più volte la dottrina nordamericana ha sottolineato – gli *strict liability statutes* dovrebbero essere espunti dal sistema penale[94].

Secondo i sostenitori di questa posizione, a nulla varrebbe replicare che l'obbligo di testimoniare dovrebbe, allora, venire meno anche nei casi (assai più frequenti delle ipotesi di *strict liability*) in cui il *primum delictum* non sia sorretto dalla necessaria *mens*

---

[93] Per una puntuale analisi, anche in chiave di retrospettiva storica, del concetto di *mens rea*, nonché delle sue simmetrie e differenze con la categoria della colpevolezza, v. A. Cadoppi, voce *Mens Rea*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. VII, Torino, 1993, p. 618 ss.

[94] Cfr. D. Dolinko, *Is there a rationale for the privilege against self-incrimination?*, cit., p. 1100, nota 178. In merito alla problematica della *strict liability* si vedano, in chiave critica, H.M. Hart Jr., *The aims of the criminal law*, in *Law and contemporary problems*, 1958, p. 401, p. 413; H.L. Packer, Mens rea *and the supreme Court*, in *Supreme Court review*, 1962, p. 107; A. Saltzman, *Strict criminal liability and the United States constitution: substantivie criminal law due process*, in *Wayne law review*, 1978, p. 1571; K.W. Simons, *When is strict liability just?*, in *Journal of criminal law and criminology*, 1997, pp. 1105-1119. Per un inquadramento del tema della *strict liability* a livello manualistico, si vedano P.E. Johnson, M. Cloud, *Criminal law*, cit., p. 50 s.; R.L. Weaver *et al.*, *Criminal law*, *Cases materials and problems*, Saint Paul, 2002, 81 s.

rea; ciò accade quando l'agente versi in errore, ovvero quando la sua condotta non sia punibile – si supponga – per la presenza di *excusing or justifying conditions*. In tali casi l'imputato, infatti, in quanto meritevole di proscioglimento, non potrebbe che trarre giovamento dall'obbligo di testimoniare. Ovvero, l'assenza del *nemo tenetur*, come già era stato sostenuto da Bentham, favorirebbe l'accertamento dei fatti e, per ciò stesso, aiuterebbe l'innocente[95].

Infine, un Autore ha rilevato come la tesi che si richiama alla *self-preservation* sia fallace anche indipendentemente dalle argomentazioni che si sono appena riferite: essa sarebbe addirittura priva di fondamento logico. Una volta che si ponga l'imputato innanzi al «cruel trilemma», infatti, questi potrebbe comunque indirizzare il proprio istinto di auto-conservazione nella direzione che più gli appaia conveniente: anziché confessare il proprio *wrongdoing* potrebbe preferire mentire, accettando il rischio di un'incriminazione per *perjury*, ovvero, ancora, potrebbe restare in silenzio, così scegliendo di incorrere nel reato di *contempt of court*. Peraltro, l'ipotesi del silenzio, e persino quella della menzogna, nella più gran parte dei casi risulterebbero utili all'accertamento della verità ed alla comprensione del contegno (*demeanor*) dell'imputato stesso, con la conseguenza che l'obbligo testimoniale a suo carico produrrebbe, in ogni caso, effetti positivi per la completezza del quadro probatorio nel *trial*[96]. In altri termini, secondo la dottrina che si inserisce in questo filone argomentativo, la scelta gravante sull'imputato sarebbe da considerarsi sì difficile, ma propriamente non potrebbe essere inquadrata nel canone *dell'impossibilità*[97].

---

[95] Cfr. D. Dolinko, *op. ult. cit.*, p. 1102.

[96] Cfr. M.S. Green, *The privilege's last stand*, cit., p. 657.

[97] Cfr. D. Dolinko, *op. ult. cit.*, p. 1096. Va rilevato come, nel diritto penale dei paesi di *common law*, la problematica delle scelte "difficili" assuma un particolare rilievo in rapporto alla configurabilità della così detta *duress defence*: cfr., per tutti, G.P. Fletcher, *Rethinking criminal law*, Boston, 1978, pp. 802-803; H.L.A. Hart, *Punishment and responsibility*, cit., p. 16. Per un'analisi di questo tema con particolare riferimento alla problematica della *self-incrimination* si veda *infra*, al § 4.1.

3.3. Self incrimination *e diritto alla* privacy

L'ulteriore argomento a base soggettivistica propugnato dai sostenitori del *privilege* viene prevalentemente denominato come *privacy argument*[98].

Nel panorama della letteratura di *common law* sono rinvenibili diverse concezioni – ed altrettante definizioni – del diritto di *privacy*. Ai fini dell'analisi dei suoi rapporti con la teorica del *se detegere*, pare opportuno assumere come punto di riferimento una delle nozioni di *privacy* maggiormente diffuse; essa – per così dire – rappresenta una sorta di minimo comune denominatore fra i diversi e concorrenti significati che il termine in discorso ha assunto nel linguaggio della letteratura giuridica d'oltreoceano. Alla stregua di tale – estremamente ampia – nozione, la *privacy* consisterebbe nel diritto di ciascun individuo ad impedire la diffusione, laddove essa sia lesiva della sua sfera di riservatezza, di notizie che lo riguardano: «the privacy of a person is impaired, diminished, or infringed when potentially damaging information about him is disclosed against his whishes»[99].

Il tema della *privacy*, come è stato ben sottolineato dalla letteratura d'oltreoceano, presenta, nel momento in cui lo si accosti con quello del *privilege against self-incrimination*, numerosi aspetti problematici. In primo luogo, se è vero che fra l'area operativa dei due diritti sussiste una possibile momento di sovrapposizione (il diritto

---

[98] Per un quadro d'assieme in merito a questo profilo del dibattito sul *se detegere*, si vedano Y. Kamisar *et al.*, *Modern criminal procedure*, cit., p. 747. In merito ai rapporti fra diritto alla *privacy* e *self-incrimination*, si vedano: P. Arenella, *Schmerber and the privilege against self-incrimination: a reappraisal*, in *American criminal law review*, 1982, pp. 41-42; C. Fried, *Privacy*, in *Yale law journal*, 1968, pp. 488-489; R. Gavison, *Privacy and the limits of law*, in *Yale law journal*, 1980, pp. 435-436; R.S. Gerstein, *Privacy and Self-incrimination*, cit., p. 87 s.; R.B. Mckay, *Self-incrimination and the new privacy*, cit., pp. 210-214; L.G. Ratner, *Consequences of exercising the privilege against self-incrimination*, cit., pp. 488-489; Notes, *Formalism, legal realism and constitutionally protected privacy under the fourth and fifth amendments*, in *Harvard law review*, 1977, pp. 985-988; D.J. Galligan, *The right to silence reconsidered*, in *Current legal problems*, 1988, p. 69 ss.

[99] Questa formulazione di sintesi è quella adottata da Dolinko per l'analisi della problematica trattata nel testo (cfr. D. Dolinko, *op. ult. cit.*, p. 1108). Definizioni sostanzialmente analoghe vengono illustrate, sia pure con diverse sfumature, da C. Fried, *op. ult. cit.*, pp. 482-483; R. Gavison, *op. ult. cit.*, p. 428.

al silenzio può proteggere anche la *privacy*), tuttavia il *se detegere* non vale ad impedire che, nel corso del *trial*, eventuali notizie "riservate" riguardanti l'imputato siano rivelate per altra via – attraverso documenti, ovvero all'atto delle deposizioni testimoniali –. Il *privilege* non protegge l'individuo dall'eventualità che nel processo siano "gli altri" a parlare del fatto commesso e ad offrire prove che lo dimostrino. Lo scopo primario del *trial* è, d'altronde, proprio quello di accertare tutti i fatti oggetto dell'imputazione, con la conseguenza che questi vengono conosciuti dal giudice e – non di rado – divengono di dominio pubblico[100].

Un ulteriore profilo problematico è dato dal fatto che il *se detegere* attiene ad una tipologia di informazioni quantitativamente assai meno numerose di quelle rientranti nel concetto di *privacy*. Mentre il principio processuale riguarda le sole notizie che abbiano un contenuto autoincriminante, l'idea di *privacy* si estende ad una sfera di fatti ed informazioni decisamente più ampia[101].

Infine, laddove si sostenga che il diritto alla *privacy* costituisca il fondamento – o uno dei fondamenti – del *se detegere* e supponendo che le questioni a cui si è appena fatto cenno trovino un'adeguata soluzione, resterebbe aperto un problema di bilanciamento fra l'interesse dello stato al *law enforcement* in materia penale e la tutela della *privacy* dell'imputato. Ad avviso dei critici del principio, peraltro, non v'è dubbio che sarebbe quest'ultima a dover soccombere; siffatta soluzione sarebbe supportata dal quarto emendamento della Costituzione statunitense che, pur contemplando la *privacy* fra i propri oggetti di tutela, vieta le sole attività investigative (*search and seizure*) che appaiano «unreasonable»[102]. Secondo la dottrina in discorso,

---

[100] Cfr., per tutti, D. Dolinko, *op. ult. cit.*, p. 1010; M.S. Green, *The privilege's last stand*, cit., p. 659; in senso analogo si vedano anche I. Dennis, *Instrumental protection, human right of functional necessity*?, cit., p. 357; M.A. Menlowe, *Bentham, Self-incrimination and the law of evidence*, cit., p. 299; Y. Kamisar *et al.*, *Modern criminal procedure*, cit., p. 747; W.J. Stuntz, *Self-incrimination and excuse*, cit., p. 1232.

[101] In questo senso si veda, in particolare W.J. Stuntz, *loc. ult. cit*.

[102] Cfr. D. Dolinko, *op. ult. cit.*, p. 1018. In merito alla non assolutezza della tutela del diritto alla *privacy*, la quale ben potrebbe cedere il passo innanzi ad interessi confliggenti e ad essa sovraordinati, si vedano C. Fried, *op. ult. cit.*, p. 486; R. Gavison, *op. ult. cit.*, p. 424.

la "ragionevolezza" delle finalità proprie del processo costituirebbe, dunque, un incontrovertibile segnale della prevalenza delle esigenze del *law enforcement* su quelle del binomio *se detegere/privacy*[103].

Gli Autori che hanno propugnato l'esistenza di una *liaison* fra i due diritti in esame hanno ritenuto di poter superare gli snodi problematici dei quali si è appena detto suggerendo diverse soluzioni. Secondo una prima e più risalente tesi, sarebbe fuorviante – ed anche eccessivamente semplificante – intendere il *privilege* come uno strumento generale di tutela della *privacy*. Esso esplicherebbe una funzione protettiva unicamente in rapporto ad una limitata, ma assai importante, categoria di informazioni: quelle rientranti nella così detta *mental privacy*; essa designa l'insieme di credenze, pensieri e sentimenti di un determinato individuo[104]. Siffatte informazioni – continuano i sostenitori della tesi – non sono normalmente percepibili dall'esterno; lo divengono unicamente quando sia il loro titolare a rivelarle. Stante l'esistenza in ogni persona di un perimetro di "riservatezza mentale" – o foro interno – solo il diritto al silenzio potrebbe fornire un'adeguata tutela rispetto alla intromissione aliena, e vieppiù rispetto a quella dei pubblici poteri, nel mondo interiore dell'individuo[105]. Si noti che questo aspetto della questione rispecchia, nella peculiare prospettiva del *privacy right*, le medesime problematiche della penalizzazione dell'atteggiamento interiore che sono state storicamente contrassegnate dalle "investigazioni sul credo"; ponendo l'accento sul pericolo di un'intromissione nel foro in-

---

[103] Cfr. D. Dolinko, *op. ult. cit.*, p. 1019.

[104] Secondo questa prospettiva, l'esistenza di obblighi di autoincriminazione si porrebbe in contrasto con la «individual's capacity to control the state's access to his private thoughts, feelings and beliefs». Cfr. P. Arenella, *Schmerber and the privilege against self-incrimination: a reappraisal*, cit., pp. 41-42. In senso non dissimile si esprime Galligan: «privacy is important because it protects personal identity and autonomy. Without a zone of privacy, identity, autonomy, personality cannot exist. This is easily shown: suppose that your every action could be monitored, that every thought, urge and desire could be known and recorded, to be used for any purpuses by a stranger. Identity and autonomy, let us use the general term personality, under such conditions would be seriously distorted if not distroyed. It follows that a zone of privacy is essential to personality […] The right of silence serves privacy, which in turn serves the basic sense of personality» (così D.J. Galligan, *op. ult. cit.*, p. 88).

[105] Cfr. P. Arenella, *loc. ult. cit.*

teriore da parte dei pubblici poteri, una parte della dottrina d'oltreoceano ha, come si è visto, collocato le origini ultime del *se detegere* sul piano del diritto penale sostanziale, quale meccanismo di protezione rispetto ai reati di blasfemia, eresia, ecc.[106].

Gli avversari della teorica in discorso hanno però obiettato come le informazioni rientranti nel foro interiore dell'individuo, non diversamente da quelle afferenti al concetto di *privacy* generalmente inteso, una volta calate nella dinamica del processo, verrebbero in considerazione quali meri "fatti": nulla impedisce, ad esempio, che un testimone riferisca in merito alla credenza religiosa dell'imputato, con la conseguenza che il silenzio da lui serbato non servirebbe a proteggere la sua *mental privacy*[107]. La differenza concettuale fra quest'ultima e la *privacy* generalmente intesa sarebbe, dunque, impalpabile e la distinzione fra le due categorie artificiosa: in entrambi i casi il *se detegere* non esplicherebbe alcuna apprezzabile funzione preventiva rispetto alla lesione della riservatezza dell'imputato; giacché il sistema processuale configura la *privacy* come un valore subordinato rispetto alla necessità di acquisire prove nel *trial*, ne deriva l'illogicità di ogni tesi che ravvisi nella *privacy* uno degli oggetti – e vieppiù il principale oggetto – di tutela del diritto al silenzio[108].

All'indirizzo dell'accoppiamento concettuale *privacy*/*se detegere* viene mossa un'ulteriore obiezione, che si pone come uno sviluppo di quella appena riferita. Nel processo penale il tema dell'accertamento per definizione si estende sino ad abbracciare la *mens rea* prevista in relazione ad un determinato reato; il *mental element* inerente alle fattispecie di diritto penale sostanziale, mentre costituisce un essenziale elemento della prova nel *trial*, si colloca proprio nell'area concettuale identificata dai teorici della *mental privacy* – o quantomeno ne rappresenta un importante aspetto –. La "riservatezza mentale" viene perciò ordinariamente scandagliata nel proces-

[106] Ad avviso di Arenella, «Focus on invasions of mental privacy accurately reflects the core value underlying the privilege's historical development» (cfr. P. Arenella, *op. ult. cit.*, p. 44). Per un approfondimento in ordine a questi profili si rinvia all'analisi svolta *supra*, al capitolo primo, § 1.3.

[107] In questo senso, si veda D. Dolinko, *Is there a rationale for the privilege against self-incrimination?*, cit., p. 1010.

[108] Cfr. D. Dolinko, *op. ult. cit.*, p. 1010 e pp. 1119-1120.

so penale e, in un numero preponderante di casi, l'accusa è in grado di provarne l'esistenza rispettando lo *standard* del ragionevole dubbio. Ergo: è l'ordinaria dinamica del processo a dimostrare come lo "spazio mentale" dell'imputato possa essere ricostruito indipendentemente dal fatto che questi si avvalga del diritto al silenzio; ciò a maggior ragione comproverebbe che il diritto al silenzio non è astrattamente finalizzato a – né è concretamente in grado di – tutelare la *mental privacy*[109].

Le contro-obiezioni mosse dai fautori della tesi sono le seguenti: da un lato la "qualità" e l'accuratezza delle informazioni provenienti direttamente dall'imputato sarebbe nettamente diversa da quella delle notizie che eventualmente vengano acquisite *aliunde*; nel primo caso, si sarebbe in presenza di dati provenienti in prima persona dall'interessato; in quanto tali, essi non solo sarebbero maggiormente attendibili dal punto di vista probatorio, ma anche qualitativamente diversi – non sovrapponibili – a quelli acquisiti indirettamente[110]. Questi ultimi, infatti, costituendo il frutto dell'attività di ricostruzione logico-inferenziale tipicamente applicata nella dinamica processuale, presenterebbero un maggior grado di incertezza e si approssimerebbero ai contenuti dello "spazio mentale" dell'imputato, senza però rispecchiarli sino in fondo. Peraltro, se si ammettesse la possibilità di un'intrusione nel foro interiore dell'individuo – come accadrebbe se si abolisse il *privilege* – le lesioni della *privacy*, essendo forzosamente perpetrate direttamente dall'interessato, diverrebbero tanto più gravi ed intollerabili[111].

I sostenitori della teorica della *mental privacy*, a rafforzamento delle posizioni testé riportate, espongono altresì un argomento non privo di eleganza: è vero che, nel corso del processo è possibile acquisire, indipendentemente dalla collaborazione dell'imputato,

---

[109] Cfr. D. Dolinko, *op. ult. cit.*, p. 1010. In senso analogo, si vedano A.R. Amar, R.B. Lettow, *Fifth amendment first principle*, cit., p. 891.

[110] In questa prospettiva, cfr., per tutti, C. Fried, *op. ult. cit.*, p. 488: «a man cannot be forced to make public information about himself. Thereby his sense of control over what others know of him is significantly enhanced, even if other sources of the same information exist. Without his cooperation, the other sources are necessarily incomplete, since he himself is the only ineluctable witness to his own present life, public or private, internal or manifest».

[111] C. Fried, *loc. ult. cit.*

anche informazioni attinenti al suo foro interno; tuttavia, ciò lo si deve normalmente al fatto che l'imputato stesso, prima dell'inizio del *trial*, ha, in una certa misura, acconsentito alla circolazione di siffatte informazioni[112]. Ad esempio: egli si è confidato con un amico circa i propri sentimenti amorosi verso la moglie della vittima di un omicidio; l'amico è stato poi chiamato a testimoniare. Ogni persona normalmente esteriorizza – con la parola ovvero con il comportamento – aspetti riconducibili alla propria area di "riservatezza mentale" e, così facendo, assume il rischio («assumption of the risk argument»[113]) che siffatte notizie vengano divulgate e vengano altresì acquisite come prove nel corso di un processo. Fra le informazioni "indirettamente" pervenute nel processo grazie ad un'originaria – anche tacita – rinuncia alla privatezza da parte del loro titolare e quelle che si vorrebbero ascoltare in virtù di un obbligo testimoniale da questi non declinabile esisterebbe, però, una fondamentale differenza: mentre le prime costituirebbero pur sempre il frutto di un atto di volontà dell'imputato, le seconde gli verrebbero carpite in modo forzoso. Dunque: le informazioni "indirette", anche laddove vengano convogliate nel processo, non potrebbero essere riguardate come una lesione del diritto alla *privacy*, in quanto la loro divulgazione scaturirebbe comunque da un assenso – manifestato anche per *facta concludentia* – del loro titolare; diversamente, la pretesa di vedere l'imputato stesso esteriorizzare queste informazioni contro la sua volontà implicherebbe un'immediata lesione della sua *privacy*: il *privilege* ne sarebbe perciò un appropriato strumento di protezione[114].

A questa articolata tesi corrisponde un'altrettanto elaborata *opus destruens* dei detrattori del *se detegere*.

La distinzione – di ascendenza cartesiana – fra fonti di conoscenza "diretta" ed "indiretta" alla quale implicitamente si richiamano i fautori della *mental privacy*, così come l'idea che le informazioni appartenenti all'una o all'altra categoria siano connotate da un diverso grado di accuratezza ed attendibilità, viene contestata sia

---

[112] Cfr. C. Fried, *op. ult. cit*., p. 488: «information about himself which others have to give out is in one sense information over which he has already relinquished control».

[113] Per questa terminologia, cfr. D. Dolinko, *op. ult. cit.*, p. 1113.

[114] È questa, in sintesi, la tesi esposta da C. Fried, *op. ult. cit.*, pp. 488-489.

scientificamente che empiricamente[115]. In primo luogo, infatti, sussiste una rilevante possibilità che l'imputato menta, ovvero abbia un cattivo ricordo del proprio mondo interiore, ovvero lo interpreti in modo radicalmente diverso da come esso appare esteriormente; conseguentemente, nulla esclude che la ricostruzione dei fatti operata in modo indiretto sia in realtà più attendibile e coerente di quella appresa direttamente dall'imputato. In secondo luogo, queste osservazioni paleserebbero anche l'indimostrabilità di uno degli assunti-base della teoria della *mental privacy*: l'esistenza di una differenza qualitativa fra fonti "dirette" ed "indirette". Ed infatti, se è vero che la fonte diretta non necessariamente si segnala per una maggiore attendibilità, se ne deve concludere che le parole dell'imputato, nel più generale contesto dell'istruttoria processuale, abbiano un valore equiparabile alle altre fonti di prova. Le prime e le seconde andranno ugualmente vagliate con il metodo inferenziale; esse verranno confrontate le une con le altre, secondo una metodologia che non risponde ad alcun aprioristico schema di valore fondato sul predominio delle prove "dirette"[116].

Affermare che vi sia una lesione della *privacy* maggiore allorquando sia l'imputato direttamente a dover manifestare all'esterno la propria "intimità mentale" appare, per i critici della teoria, semplicemente privo di senso: in proposito, si nota che la lesione della privatezza non dipende in alcun modo dalla – supposta – sofferenza psicologica che all'imputato derivi dall'assolvimento del proprio obbligo testimoniale; il bene finale (la *privacy*) rimane concettualmente distinto dal suo presunto strumento di tutela (il *privilege*); il punto è, dunque, se il *privilege* costituisca o meno un mezzo idoneo a tutelare la *privacy*, non già se esso serva a prevenire una sofferen-

[115] Per una sintesi delle argomentazioni critiche riferite nel testo si veda soprattutto D. Dolinko, *op. ult. cit.*, p. 1111.

[116] «[T]he cartesian picture, even if true, would not show that questioning an individual produces a different sort of information than that yielded by observing his behaviour and other physical items and questioning others. For, on this view, the individual's replies to questions provide only further items of overt, publicly observable, physical behavior – "indirect" evidence to support fallible inferences about the individual's inner, unobservable mental states» (cfr. D. Dolinko, *loc. ult. cit.*).

za morale dell'imputato – si ritornerebbe, altrimenti, al *cruelty argument*[117].

L'ultima, elegante tesi esposta dai sostenitori della teorica della *mental privacy*, quella dell'«assumption of the risk argument», è stata sottoposta a critiche altrettanto articolate. Innanzitutto, l'argomento in discorso cesserebbe di essere valido nel caso in cui l'imputato si sia adoperato per limitare in qualche modo la successiva circolazione delle informazioni da lui esternate: tornando all'esempio fatto in precedenza, l'argomento si dimostrerebbe fallace nell'ipotesi in cui l'imputato abbia raccomandato all'amico di non rivelare a nessuno la confidenza ricevuta circa i suoi sentimenti verso la moglie della vittima. La *disclosure* di una tale informazione nel corso del processo, attraverso la testimonianza dell'amico dell'imputato, sarebbe, rispetto a questa riformulazione dell'esempio, lesiva del diritto alla *privacy* non meno di quanto lo sarebbe la testimonianza dell'imputato stesso: in entrambe le ipotesi il dato riservato verrebbe, infatti, divulgato senza il consenso del suo titolare. Ergo: in tali casi il *privilege* si mostrerebbe inutile rispetto al fine di tutela che i sostenitori della teoria della *mental privacy* vorrebbero assegnargli. Questa obiezione, dal punto di vista dei critici della teoria, assume anche un significato più generale: l'«assumption of the risk argument» incorrerebbe nel paradosso di interpretare come un'implicita rinuncia alla *privacy* ogni forma di esternazione di dati riservati da parte del suo titolare, indipendentemente dal contesto e dallo scopo che a tale esternazione egli abbia inteso assegnare[118]. La teoria, anziché rafforzare i contenuti del diritto alla *privacy* mediante la costruzione di un suo legame strumentale con il *se detegere*, finirebbe così per svilirli e snaturarli; la tesi della "assunzione del rischio", infatti, dilaterebbe il concetto di consenso del titolare delle informazioni alla loro divulgazione al punto di renderlo un mero simulacro. Ne ri-

[117] «Whether a person's privacy has been invaded, and if so how seriously, does not depend on whether that person experiences shame or disconfort. His privacy can be grossly violated even if he has no knowledge of what has been done and hence feels no disconfort at all» (cfr. D. Dolinko, *op. ult. cit.*, p. 1112).

[118] Su questo particolare profilo, oltre alla letteratura richiamata alle note precedenti, si veda C.S. Fishman, *Pen registers and privacy: risks, expectations, and the nullification of congressional intent*, in *Catholic university law review*, 1980, p. 557.

sulterebbe in tal modo contraddetta proprio l'idea di "controllo" dei dati riservati su cui si fonda la teorica della *privacy*[119].

A prescindere da queste obiezioni, gli snodi problematici fondamentali del raccordo *privilege/privacy* resterebbero comunque senza una risposta: innanzitutto l'idea di *mental privacy*, benché più ristretta di quella di *privacy* generalmente intesa, resterebbe pur sempre molto più ampia rispetto alla sfera di intervento del *se detegere* – la quale si limita alle informazioni autoincriminanti[120] –; in secondo luogo, non sarebbe spiegato il perché l'interesse statale al *law enforcement* debba cedere il passo innanzi ad una – supposta – esigenza di riservatezza dell'imputato.

I critici della teoria, in rapporto a questo secondo aspetto, evidenziano come il *se detegere*, anche alla luce della giurisprudenza della suprema Corte, sia stato sempre ritenuto estraneo alla logica del bilanciamento che pervade invece la sfera applicativa del diritto di *privacy*. La possibilità di un bilanciamento fra il *privilege against self-incrimination* ed altri interessi con esso configgenti è stata, anzi, espressamente esclusa dalla Corte suprema: «balancing […] is

---

[119] La posizione ciritica riferita nel testo è quella diffusamente esposta da D. Dolinko, *op. ult. cit.*, pp. 1112-1114.

[120] In senso sostanzialmente conforme a quello riportato nel testo si vedano, per tutti, I. Dennis, *Instrumental protection, human right of functional necessity*?, cit., p. 357; M.A. Menlowe, *Bentham, Self-incrimination and the law of evidence*, cit., p. 299. Alcuni Autori, peraltro, sottolineano come l'impossibilità di ravvisare nella tutela della *privacy* un argomento giustificativo dell'esistenza del *se detegere* sarebbe suffragata anche da un dato dagli stessi ritenuto inoppugnabile: nell'ipotesi in cui al dichiarante venga riconosciuta una *immunity* processuale – cioè venga inibito l'inizio o l'esercizio dell'azione penale nei suoi confronti in cambio della sua rinuncia al *se detegere* – la non sovrapponibilità del *privilege* con la tutela della *privacy* risulterebbe assolutamente evidente. Infatti: mentre la volontaria rinuncia al diritto al silenzio non potrebbe essere riguardata come una lesione del quinto emendamento, la *privacy* dell'imputato, in siffatte ipotesi, risulterebbe palesemente sacrificata (in questo senso, per tutti, cfr. M.S. Green, *The privilege's last stand*, cit., p. 659; H.R. Uviller, *Evidence from the mind of criminal suspect: a reconsideration of the current rules of acces and restraint*, in *Columbia law review*, 1987, p. 1145; A.R. Amar, R.B. Lettow, *Fifth amendment first principle*, cit., p. 891; W.J. Stuntz, *Self-incrimination and excuse*, cit., p. 1234). Nella manualistica, per una ricostruzione delle così dette *immunity* e del loro ruolo nel processo penale di *common law* si vedano, fra gli altri, C.H. Whitebread, C. Slobogin, *Criminal procedure, an analysis of case and concepts*, cit., pp. 384-387.

[in such a case] not simply unnecessary. It is impermissible»[121]; ciò eccezion fatta per alcuni ambiti estremamente limitati, fra i quali si segnala quello (del quale si dirà più oltre) inerente al caso in cui lo stato persegua, mediante la propria legislazione, non già fini di repressione in materia penale, ma più ampi *regulatory purposes*, in rapporto ai quali la possibilità di un'autoincriminazione si pone in termini puramente eventuali e – per così dire – ancillari[122].

3.3.1. Continua*:* nemo tenetur *e* privacy *nella prospettiva suggerita da Robert Gerstein*

La tesi che ravvisa un intimo collegamento logico-giuridico fra protezione della riservatezza e libertà dalle autoincriminazioni è stata ripresa ed arricchita di nuovi spunti nella seconda metà del secolo scorso da Robert Gerstein[123]. Quest'Autore ha assunto quale dato di partenza per la propria re-interpretazione del problema la concezione della *privacy* propugnata da Charles Fried: essa consisterebbe nell'esigenza di ciascun individuo di esercitare un "controllo" sulla circolazione dei dati personali che lo riguardano. Secondo questa prospettiva, il tratto saliente della *privacy* risiederebbe nella «capacity to modulate the amount of information about ourselves known to others according to our esteem for them and our relationship to them»[124]. In questa accezione, il diritto alla riservatezza è modulabile – e misurabile – in ragione del grado di interesse (*personal significance*) che il titolare di determinate informazioni vanti in rapporto al mantenimento di una posizione di "controllo" su di esse.

Ad avviso di Gerstein, nell'area di operatività del *se detegere* vengono attratte informazioni la cui natura è così personale e riservata che il loro titolare dovrebbe poterle controllare in modo assoluto: l'ammissione di un'attività criminosa, infatti, si sovrapporrebbe

---

[121] Cfr. D. Dolinko, *op. ult. cit.*, p. 1120. Il brano giurisprudenziale richiamato nel testo è tratto dal caso *New Jersey v. Portash* del 1979 ed è riportato dallo stesso D. Dolinko, *loc. ult. cit*.

[122] In proposito si veda *infra*, al capitolo quarto, § 3.1.

[123] Cfr. R.S. Gerstein, *Privacy and self incrimination*, cit., p. 87 s.; Id., *The self-incrimination debate in Great Britain*, in *American journal of comparative law*, 1979, p. 81 s.

[124] Cfr. R.S. Gerstein, *op. ult. cit.*, p. 87.

a momenti di elevato significato personale, quali il rimorso, l'autobiasimo, il pentimento religioso, ecc.[125].

Più in particolare, laddove vigesse un obbligo di autoincriminazione, il reo si troverebbe costretto a confrontarsi con aspetti estremamente intimi della sua personalità morale; verrebbe così tradito il suo diritto di accostarsi a queste problematiche attraverso una meditazione solitaria, compiuta alla luce del proprio carattere e delle proprie inclinazioni[126]. L'eventualità di una confessione forzosa e resa pubblicamente, in altri termini, si porrebbe come una sorta di violenta ed indebita frattura nell'evoluzione della sua personalità.

Peraltro, secondo la tesi in esame, solamente nei casi in cui renda una piena confessione l'imputato si troverebbe costretto a rivelare dati contrassegnati da un elevato "significato personale"; tuttavia, poiché risulta estremamente difficile discernere, nell'ambito della complessità che normalmente connota un esame testimoniale, fra informazioni qualificate da *personal significance* ed informazioni che non lo sono, un'effettiva tutela di questa peculiare dimensione della *privacy* potrebbe essere assicurata solamente attraverso un pieno ed incondizionato riconoscimento del *right to silence*[127].

Questi profili della teoria di Gerstein si saldano pienamente con la sua concezione in merito alle finalità della pena, che egli considera soprattutto funzionale alla riabilitazione del condannato. La pena, non diversamente dall'obbligo di autoincriminazione, rappresenta per l'imputato una coercizione; tuttavia, le due forme di coartazio-

---

[125] Cfr. R.S. Gerstein, *op. ult. cit.*, p. 90.

[126] La confessione imporrebbe all'individuo di «coming to know something about [him]self; something which [he] can find out about by careful consideration of the nature of [his] own moral charachter and inclinations» (cfr. R.S. Gerstein, *op. ult. cit.*, p. 90). Ad avviso dell'Autore, l'autoincriminazione implicherebbe una «performance of self-incrimination and self-condemnation on command»; essa risulterebbe degradante in quanto interferirebbe «with the opportunity for autonomous moral development involved in coming to terms with [their] own wrongdoing, and denies [their] right to exclusive control of that development» (cfr. R.S. Gerstein, *The demise of Boyd: self-incrimination and private papers in the Burger Court*, in *UCLA law review*, 1979, p. 349).

[127] «The line to be drawn between questioning which would elicit a full or partial confession and questioning which would only give clues, will in practice be a fine one. The core area might be satisfactorily secured in this case only if we allow the privilege in periphery as well» (cfr. R.S. Gerstein, *Privacy and self incrimination*, cit., p. 96).

ne in esame opererebbero, ad avviso dell'Autore, a livelli nettamente distinti: la sanzione detentiva implicherebbe una *compulsion* di natura essenzialmente fisica, non morale; il condannato rimarrebbe libero di trarre o meno dalla detenzione uno stimolo per condurre a termine, in modo autonomo, un percorso di evoluzione della propria personalità coincidente con quello di risocializzazione auspicato dall'ordinamento; viceversa, la coercizione derivante dall'imposizione di un obbligo testimoniale si risolverebbe in una pratica degradante, in quanto indifferente all'interiorità del reo[128]. Dunque, mentre la pena sarebbe di per sé ammissibile, l'autoincriminazione costituirebbe un fenomeno deteriore (*degrading*)[129].

L'impostazione in discorso si presenta come astrattamente in grado di superare le obiezioni mosse alle versioni dell'abbinamento *privacy*/*se detegere* che si sono più sopra analizzate. Essa, reinterpretando la *privacy* alla luce del concetto di *personal significance*, ne postula una piena coincidenza con i contenuti di tutela del *se detegere*; le informazioni interiori come il rimorso, l'auto-biasimo, ecc., assai difficilmente potrebbero, inoltre, essere conosciute se non fosse l'imputato stesso a rivelarle; il problema del bilanciamento, infine, sarebbe *ipso facto* superato dall'affermazione – essa è uno degli elementi costitutivi della teoria – di un carattere assoluto ed intangibile del diritto al silenzio[130].

Neppure la posizione di Gerstein, per quanto raffinata, è andata però esente da critiche. Queste ultime si sono appuntate soprattutto sulle fondamenta della teoria in discorso e ne hanno sostenuto la natura apodittica: la stessa premessa per cui il rimorso presenterebbe sfumature di peculiare privatezza (*peculiarly private*)[131] sarebbe

---

[128] Cfr. R.S. Gerstein, *Punishment and self-incrimination*, in *American journal of juris*, 1971, p. 86.

[129] Ad avviso dell'Autore, le persone costrette ad autoincriminarsi verrebbero, infatti, "degradate" «from the level of adults who are capable of judging [them] selves, to that of children who must have the standard and process of moral judgment imposed upon them before they can develop toward autonomy» (cfr. R.S. Gerstein, *The demise of Boyd*, cit., p. 349).

[130] Pur contestandone la fondatezza per l'erroneità dei suoi postulati di fondo, rileva l'astratta capacità della teoria discussa nel testo di resistere alle obiezioni mosse alle versioni più tradizionali del *privacy argument* D. Dolinko, *Is there a rationale for the privilege against self-incrimination?*, cit., p. 1124.

[131] R.S. Gerstein, *Privacy and self incrimination*, cit., p. 91.

empiricamente errata[132]. Poiché la legge penale si rivolge alla generalità dei consociati ed è concepita per rispondere ai bisogni essenziali dell'intera comunità, la dinamica del pentimento che deriva dalla sua violazione sarebbe anch'essa generalizzabile. Nulla di peculiare o "estremamente privato" si anniderebbe nella mente del reo[133]. Egli reagirebbe al crimine commesso – come sembra in parte ammettere lo stesso Gerstein[134] – in modo non diverso da quanto è riscontrabile nella maggioranza dei consociati. Ancor più radicalmente, il supposto diritto di ciascuno di controllare in modo autonomo il proprio sviluppo morale sarebbe privo di affidabili riscontri giuridici. In realtà – sottolineano i critici della teorica – lo sviluppo della personalità morale di ogni individuo costituisce normalmente il frutto della simultanea azione di stimoli e contro-stimoli: l'imposizione all'imputato di un obbligo confessorio, in quest'ottica, costituirebbe non già una pratica degradante, ma piuttosto uno stimolo alla sua effettiva emenda[135]. Infine, gli oppositori alla teoria in discorso ne sottolineano la natura almeno in parte artificiosa. Le metodiche con cui l'esame dell'imputato si svolge nella prassi dimostrerebbero come esso verta essenzialmente sui fatti oggetto d'imputazione, non già su di un profilo affatto interiore come il rimorso; al banco di prova della prassi, la tesi si rivelerebbe dunque fuorviante. Né potrebbe trascurarsi un altro dato: la prassi stessa pare dimostrare che una parte considerevole di coloro che commettono reati non avverte affatto i

---

[132] Per una considerazione in chiave critica dell'impostazione di Gerstein si vedano, fra gli altri, M.S. Green, *The privilege's last stand*, cit., p. 660; I. Dennis, *Instrumental protection, human right of functional necessity*?, cit., p. 357; A.A.S. Zuckerman, *The principle of criminal evidence*, cit., pp. 321-322; W.J. Stuntz, *Self-incrimination and excuse*, cit., pp. 1232-1233; D. Dolinko, *loc. ult. cit.*; M.A. Menlowe, *Bentham, Self-incrimination and the law of evidence*, cit., p. 300; S.J. Schulhofer, *Some kind words*, cit., pp. 320-321.

[133] Cfr., in particolare, D. Dolinko, *op. ult. cit.*, p. 1126.

[134] Gli autori di reati, ad avviso di Gerstein, sarebbero inclini al rimorso in quanto «they feel themselves to be part of the same moral community with those whose interest they have injured» (cfr. R.S. Gerstein, *Privacy and self incrimination*, cit., p. 91).

[135] In questo senso, si veda soprattutto M.S. Green, *The privilege's last stand*, cit., pp. 660-661.

sentimenti di pentimento o di auto-biasimo che fanno da sfondo alla concezione di *privacy* scolpita da Gerstein[136].

*3.4. L'*autonomy argument

L'argomento in discorso non è stato concepito dai sostenitori del *privilege* come una vera e propria ragione giustificativa del principio. Di esso, tuttavia, si colgono le tracce in numerosi fra gli studi inerenti al tema; non di rado il concetto di autonomia individuale viene, infatti, menzionato in senso rafforzativo rispetto ad altre ideebase del *se detegere* ed in particolare in rapporto al *privacy argument*. Il "principio" di autonomia, peraltro, viene sovente abbinato a quello di responsabilità individuale; esattamente come quest'ultimo, esso pare, anzi, costituire un punto fermo della cultura giuridica anglosassone[137].

La concezione di *privacy* sostenuta da Gerstein – come si è visto – in larga misura sottintende l'idea che lo stato debba rispettare una peculiare sfera di autonomia individuale del reo, segnatamente quella inerente al suo "sviluppo morale"[138]. Questo approccio al problema pare iscriversi in una più generale tendenza – ben riscontrabile nella letteratura d'oltreoceano che si è occupata del *privilege* – a suggerire l'esistenza di una correlazione fra il principio e la salvaguardia dell'autonomia del singolo:

> because of the significance of exclusive control over our own thoughts and feelings, the privilege against self-incrimination can be seen to rest, ultimately, upon a concern that confessions never be coerced or required by the state […] [The] fundamental point is that required disclosure of one's thoughts

[136] Cfr. D. Dolinko, *op. ult. cit.*, p. 1130; S.J. Schulhofer, *Some kind words*, cit., pp. 320-321.

[137] In questa prospettiva, cfr., fra gli altri, B.A. Babcock, *Fair play: evidence favorable to an accused and effective assistance of counsel*, in *Stanford law review*, 1982, p. 1138; T. Schrock, R.C. Welsh, R.Collins, *Interrogational rights: reflections on Miranda v. Arizona*, in *Southern Califonia law review*, 1978, p. 49; in una prospettiva filosofica, v. R. Wasserstrom, *Privacy: Some arguments and assumptions*, in *Philosophical dimensions of privacy*, a cura di F. D. Schoeman, Cambridge, 1984, p. 322 s.

[138] Cfr. R.S. Gerstein, *The demise of Boyd*, cit., p. 349.

> by itself diminishes the concept of individual personhood within the society[139].

Questo aspetto del dibattito inerente al *privilege*, non diversamente da quanto è accaduto in rapporto a quasi tutti i profili più controversi del principio, ha dato luogo, soprattutto nella letteratura d'oltreoceano, ad assai interessanti approfondimenti di carattere sia etico che filosofico. Un parte della dottrina ha rilevato come, in un sistema che fosse privo del *se detegere*, la *compulsion* esercitata sull'imputato onde coartarne la confessione si rivelerebbe degradante per la sua integrità morale e per la sua autonomia, in quanto lo stato non avrebbe titolo ad intervenire nel "rapporto psicologico" del reo con il crimine suo proprio. Questi, al fine di beneficiare di una mitigazione della pena, potrebbe essere indotto ad adottare comportamenti ipocriti od opportunistici, così che ne risulterebbe diminuita la sua *moral integrity*[140].

Tale tesi pare trovare una qualche ispirazione nella filosofia kantiana, secondo cui gli imperativi categorici alla base dell'orientamento etico del singolo possono essere considerati tali se ed in quanto costituiscano il frutto di una sua autonoma percezione; essi, invece, non lo sono se derivano da un'imposizione proveniente dall'esterno (è questa la *divisio* fra autonomia ed eteronomia che contraddistingue la filosofia kantiana). Poiché l'insieme dei precetti morali sottesi al *law enforcement* si porrebbe, rispetto all'autonoma percezione dell'imputato, come un dato esteriore e contingente, la loro imposizione attraverso una *compulsion* alla confessione non potrebbe sortire, in senso kantiano, alcun effetto rieducativo[141]. Una volta che il

---

[139] «Stante l'importanza del controllo esclusivo sui nostri pensieri e sentimenti, il *privilege against self-incrimination* trae fondamento, in ultima analisi, dall'esigenza che le confessioni non possano essere forzate o richieste dallo stato […] Il punto fondamentale è che l'imporre un'esteriorizzazione dei propri pensieri indebolisce il ruolo della personalità umana nella società». Cfr. R. Wasserstrom, *op. ult. cit.*, pp. 322-323.

[140] In questa prospettiva v. D.B. Ayer, *The fifth amendment and the inference of guilt from silence*, cit., p. 850; si vedano però i rilievi in senso critico di M.S. Green, *The privilege's last stand*, cit., p. 661.

[141] Questa tesi viene dettagliatamente esposta ed al contempo confutata da M.S. Green, *The privilege's last stand*, loc. ult. cit., al quale si rinvia per gli approfondimenti bibiliografici.

reo sia stato punito per la sua mancata confessione – oppure abbia forzosamente confessato il proprio *wrongdoing* –, egli tornerebbe ad orientarsi sulla base della sua autonoma percezione dei comportamenti moralmente sbagliati; con la conseguenza che lo stato avrebbe fallito in rapporto allo scopo di rieducarlo e la stessa sfera di autonomia morale del reo sarebbe stata inutilmente violata. La *self-incrimination* dovrebbe, dunque, considerarsi al contempo ingiusta ed inutile, in quanto si risolverebbe in una sorta di «self-condemnation on command»[142].

Le critiche rivolte all'argomento dell'autonomia nelle sue diverse sfaccettature sono molteplici. In prima battuta, la dottrina ne ha confutato i fondamenti rilevando come nell'ordinamento giuridico statunitense vi sia un ampio novero di ipotesi in cui ad un testimone può essere richiesto di esteriorizzare il proprio pensiero ed anche i propri *personal feelings*. Ciò accadrebbe ogniqualvolta non trovi applicazione il quinto emendamento: ad esempio, quando non sussista alcun pericolo di autoincriminazione, ovvero quando la testimonianza attenga ad un procedimento civile o, ancora, quando le dichiarazioni *contra se* siano rese in seguito alla concessione di una così detta *prosecutorial immunity*[143].

Nella medesima prospettiva critica, si è anche rilevato come nell'ordinamento statunitense vi siano alcuni ambiti in cui la libertà dalle autoincriminazioni è stata volutamente limitata dalla giurisprudenza della suprema Corte, in vista della necessità di rendere possibile una politica di *crime control* in settori particolarmente delicati dell'intervento penale. Sarebbe estremamente difficile, ad esempio, garantire l'osservanza della legge senza fare ricorso alla *compulsion* dell'imputato nell'ambito dei *white collar crimes*, dei *corporate crimes*, degli illeciti penali inerenti alla salute pubblica o all'ambiente[144].

In relazione ai profili più spiccatamente filosofici ed assiologici del problema, i critici dell'*autonomy argument* rilevano come quest'ultimo potrebbe avere una parvenza di fondamento solo se

[142] Cfr. R.S. Gerstein, *loc. ult. cit*.
[143] Cfr. D. Dolinko, *op. ult. cit.*, pp. 1139-1140.
[144] Cfr. D. Dolinko, *op. ult. cit.*, p. 1141.

sussistesse, in capo al reo, un sistema di principi etici di riferimento antitetici rispetto a quelli accolti dallo stato[145]; è unicamente in tale ipotesi, infatti, che potrebbe ipotizzarsi un pregiudizio per l'autonomia morale del singolo. Un approccio meno astratto al problema dimostrerebbe, però, come coloro che violano la legge penale non siano ispirati da un ordinato assetto di valori – sarebbe vero il contrario – ma, piuttosto, si mostrino indifferenti al rispetto dei diritti altrui legalmente riconosciuti. Anche ipotizzando che un tale assetto di valori vi sia, un effettivo pregiudizio della sfera morale del reo si avrebbe non tanto a causa dell'assenza del *se detegere*, ma laddove al reo stesso venisse negata – come non è – la possibilità di esternare nel *trial* il proprio personale quadro di valori e di palesarne l'eventuale diversità rispetto a quello accolto dalla *communis opinio*. In quest'ottica, è proprio il diritto al silenzio che potrebbe essere riguardato come un momento di degradazione della sfera etica dell'imputato; quest'ultimo, infatti, in vista del perseguimento dell'etica sua propria dovrebbe avvertire non tanto l'esigenza di restare in silenzio, bensì quella di rivendicare *claris verbis* il suo peculiare punto di vista[146].

Inoltre – continuano i critici – non vi sarebbe nulla di censurabile nel fatto che l'imputato, attraverso la confessione, si appelli a precetti morali largamente riconosciuti, come sono quelli inerenti al perdono ed alla mitigazione della pena; il ravvisare in ciò un atteggiamento ipocrita o opportunista significherebbe distorcere il significato di questi stessi precetti, ovvero valorizzare l'"etica deviante" anziché quella accolta dall'ordinamento[147].

In rapporto all'argomento di ascendenza kantiana riguardante la genuinità-autonomia delle scelte del reo attinenti alla rieducazione, i critici dell'*autonomy argument* rilevano come tale impostazio-

---

[145] Non è un caso che i sostenitori del *privilege* ne pongano in risalto l'efficacia come strumento di protezione dei gruppi più marginali e minoritari in campo politico o religioso. Nella ricostruzione di Fortas, ad esempio, è frequente il riferimento storico alle lotte contro l'ortodossia religiosa e la discriminazione politica (cfr. A. Fortas, *The fifth amendment: nemo tenetur prodere seipsum*, cit., p. 98, pp. 101-104).

[146] Cfr. M.S. Green, *The privilege's last stand*, cit., p. 661.

[147] Cfr., in senso analogo a quello esposto nel testo, M.S. Green, *The privilege's last stand*, cit., p. 661, p. 662.

ne risulti talmente radicale da sfociare in un paradosso: la pretesa di distinguere fra decisioni "autonome" (che sarebbero eticamente fondate) ed "eteronome" (che sarebbero contrarie all'autonomia morale del reo) se fosse portata alle estreme conseguenze, finirebbe per revocare in dubbio la legittimità dell'esistenza della stessa legge penale. Per contro, l'effetto deterrente che discende dall'applicazione della pena, unitamente al fine di riabilitare il condannato, costituisce – sostengono ancora i critici – il tratto distintivo del sistema giuridico-penale, il quale per definizione è fondato su principi di eteronomia[148].

Fra le tesi che – più o meno esplicitamente – considerano il principio di autonomia come un referente per la giustificazione del *privilege* assume un particolare rilievo quella espressa, con ricchezza di richiami filosofici, all'inizio degli anni novanta da George C. Thomas III e Marshall D. Bilder[149]. Ad avviso di tali Autori, il *se detegere* andrebbe riguardato come un indice del riconoscimento, da parte dell'ordinamento giuridico, del valore delle scelte individuali – perciò anche dell'autonomia individuale –. Esso sarebbe espressivo di un'idelogia "della scelta" (*ideology of choice*), in quanto servirebbe a proteggere gli individui dal pericolo che, trovandosi sottoposti alla *compulsion* delle autorità, effettuino, pur non avendo scelto in tal senso, delle rivelazioni autodistruttive, le quali diversamente sarebbero rimaste nella sfera del loro pieno controllo – o della loro *personal knowledge*. Il *se detegere* avrebbe ad oggetto proprio le *testimonial evidences* perché solo esse atterrebbero alle informazioni rientranti nella sfera personale del dichiarante e sarebbero, dunque, suscettibili di un suo controllo esclusivo[150]. Secondo questa tesi, la miglior prospettiva per scandagliare la problematica della *self-incrimination* sarebbe data non tanto dall'analisi dai metodi coercitivi che normalmente caratterizzano la *compulsion*, ma piuttosto dalla valutazione del tipo di scelta che l'accusato si trovi a dover compiere. In quest'ottica, l'autoincriminazione dovrebbe considerasi come

[148] Cfr. M.S. Green, *The privilege's last stand*, cit., p. 664.

[149] Cfr. G.C. Thomas III, M.D. Bilder, *Aristotle's paradox and the self-incrimination puzzle*, in *Journal of criminal law and criminology*, 1991, p. 243 s.

[150] Cfr. G.C. Thomas III, M.D. Bilder, *Aristotle's paradox and the self-incrimination puzzle*, p. 257 e 259 ss.

ottenuta forzosamente ogniqualvolta l'indagato confessi senza aver potuto interiorizzare la propria preferenza per essa, ovvero senza coglierne appieno il significato rispetto all'alternativa di far cessare la *compulsion* tramite l'esercizio del diritto al silenzio. In questo quadro, la presenza nell'ordinamento dei *Miranda warnings* assumerebbe un valore vitale: il loro scopo sarebbe esattamente quello di "neutralizzare" la pressione alla confessione esercitata dalle autorità informando l'accusato del suo diritto al silenzio; questi sarebbe in tal modo posto nelle condizioni di poter esercitare un effettivo diritto di scelta[151].

Una parte della dottrina d'oltreoceano ha però obiettato come il punto da cui la teoria prende le mosse – la volontà del soggetto, anziché le tecniche di *compulsion* – potrebbe condurla ad esiti che appaiono distonici rispetto alle sue stesse premesse. Si ponga il caso, realmente analizzato dalla giurisprudenza statunitense, di un imputato il quale confessi in modo apparentemente spontaneo, ma in realtà condizionato dal suo stato di incapacità mentale: essendo egli schizofrenico, la confessione gli viene, infatti, ordinata direttamente dalla voce divina. In questa ipotesi, non potendo negarsi che la scelta dell'indagato sia autonoma – in quanto non sono riscontrabili condizionamenti *ab externo* –, la teoria in discorso finirebbe per considerare come giuridicamente valida una confessione che in realtà appare intrinsecamente viziata dallo stato di mente del confitente[152].

Ad avviso dei suoi detrattori, neppure l'accento che la tesi in esame pone sul controllo che il dichiarante dovrebbe poter esercitare sulle propalazioni rientranti nel suo *personal knowledge* potrebbe considerarsi decisivo. Prova ne sarebbero i casi in cui, pur rientrando le informazioni richieste al dichiarante totalmente nella sua sfera di controllo, l'ordinamento statunitense non consente l'esercizio del

---

[151] Cfr. G.C. Thomas III, M.D. Bilder, *Aristotle's paradox and the self-incrimination puzzle*, cit., p. 281 s., laddove gli Autori esprimono apprezzamento per la "Miranda" *ideology*.

[152] Cfr. D.A. Dripps, *Self-incrimination and self-preservation*, cit., p. 345. La giurisprudenza citata nel testo e richiamata dall'Autore a titolo esemplificativo, è quella relativa al caso *Colorado v. Connelly*, esaminato dalla suprema Corte statunitense nel 1986.

privilege. Un esempio di questa casistica sarebbe individuabile nelle *tax income returns* – dichiarazioni dei redditi: in seguito al *decisum* della suprema Corte nordamericana *in re* Sullivan, infatti, il contribuente non può rifiutarsi *in toto* di compilare i moduli fiscali, ma ha unicamente la facoltà di esercitare il *privilege* non rispondendo a domande specifiche[153]. In senso analogo, i critici della teoria in discorso rilevano anche come il concetto di "controllo esclusivo" da parte dell'interessato, contrariamente alla tesi di Thomas e Bilder, non sarebbe applicabile alle sole informazioni accusatorie di carattere testimoniale. Di un "controllo esclusivo" sulle prove, infatti, potrebbe parlarsi anche in numerosi casi in alcun modo riconducibili alla sfera di operatività del quinto emendamento: si portano *ad absurdum* gli esempi della distruzione del corpo del reato o dell'uccisione del testimone[154].

3.5. *Alcune recenti tesi sull'operatività del principio.* Questioning *e morale nella prospettiva di Kent Greenawalt*

Nella complessa diatriba riguardante le fondamenta – ed anche le modalità pratiche di funzionamento – del privilege *against self-incrimination* sono individuabili, accanto ai temi che si sono sino ad ora analizzati e che ne costituiscono gli snodi principali, anche alcune innovative prospettive di analisi. Peraltro, mentre una parte di esse appaiono focalizzate sul versante più strettamente giuridico del problema, altre si appuntano prevalentemente sui suoi profili pre- e meta-giuridici.

In questo secondo ambito si inseriscono gli studi di Kent Greenawalt, il quale ha tratto argomenti a favore dell'esistenza del principio attraverso una rivisitazione in chiave critica di alcune fra le censure che erano state avanzate all'indirizzo di esso, verso la fine degli anni '60 del secolo scorso, da uno dei suoi più noti detrattori, il giudice Henry J. Friendly.

---

[153] Cfr. D.A. Dripps, *op. ult. cit.*, p. 346, p. 347 ed alla nota 95. Per un'analisi del caso *Sullivan*, si veda anche *infra*, capitolo quarto, § 3.1.

[154] Cfr. D.A. Dripps, *op. ult. cit.*, p. 348.

Secondo l'approccio del giudice Friendly, il *se detegere* risponderebbe a dinamiche di funzionamento radicalmente contrarie a quelle ritenute accettabili secondo la morale corrente. Infatti, mentre in ogni ambito della vita quotidiana il formulare domande in merito all'altrui *wrongdoing* verrebbe considerato lecito, così come lecito apparirebbe il trarre un giudizio negativo dall'altrui silenzio, questi fondamentali meccanismi sociali verrebbero – ingiustificatamente – abbandonati nel *trial*.

Ad avviso di Greenawalt siffatta ricostruzione del problema (il rilievo non può che condividersi) appare però troppo semplicistica. L'accostamento fra la morale corrente ed i principi regolanti il *trial* dovrebbe, infatti, tener conto sia della natura della relazione fra interrogante ed interrogato che del grado di fondatezza-dimostrabilità dei sospetti posti alla base della pretesa di svolgere l'interrogatorio[155]. Laddove, ad esempio, fra i due soggetti sussista un rapporto di fiducia ed i sospetti non abbiano neppure una parvenza di fondatezza, allora anche alla stregua della morale corrente non sarebbe giustificato formulare domande, né lo sarebbe il trarre dal silenzio *adverse inferences*[156].

Il punto critico della tesi di Greenawalt – ma anche delle posizioni di Friendly – consiste nel fatto che essa si basa sull'idea che la problematica del *privilege* possa essere spiegata attraverso un'analogia con le dinamiche sociali. La dottrina d'oltreoceano non ha, in effetti, mancato di rilevare come questo tipo di approccio abbia una valenza puramente speculativa e si esponga a rilevanti censure di ordine sia logico che empirico[157]. Peraltro, come lo stesso Greenawalt pare riconoscere, siffatto ragionamento sul *privilege* si conclude con una giustificazione del principio solo in un senso estremamente limitato; invero, esso pare più che altro in sintonia con le correnti dottrinali che ne propugnano l'abolizione. Nella ricostruzione dell'Autore, il richiamo alle dinamiche sociali varrebbe, infatti, ad escludere la possibilità che, in assenza di fondati sospetti (*objective suspicions*

---

[155] Cfr. R.K. Greenawalt, *Silence as a moral and constitutional Right*, cit., p. 15 s.

[156] R.K. Greenawalt, *op. ult. cit.*, p. 32.

[157] In questo senso, in particolare, v. S. Schulhofer, *Some kind words*, cit., pp. 321-322.

ovvero, più correttamente, *probable cause*)[158] sia possibile fare ricorso a *fishing expeditions*. È solo in questo circoscritto ambito che la tesi in commento si presenta effettivamente come un argomento a favore dell'esistenza del *se detegere*. Al contrario, laddove i sospetti appaiano fondati, sarebbe perfettamente lecito non solo fare ricorso al *pre-trial questioning*, ma anche trarre inferenze negative dal silenzio eventualmente serbato dall'imputato[159].

4. *La tesi di Amar e Lettow e la re-interpretazione del* privilege against self-incrimination *alla luce del contenuto letterale del quinto emendamento*

Verso la fine del secolo scorso, il dibattito sul *se detegere* si è allargato ad un'ulteriore prospettiva d'indagine. Essa, anziché porre l'accento sul tema dei *rationales* sottesi al principio, è stata concepita dai suoi sostenitori essenzialmente come un tentativo di risolvere in modo coerente e giuridicamente fondato le numerose problematiche connesse alla sua applicazione[160].

La dottrina che ha inaugurato quest'indirizzo speculativo, pur condividendo nella sostanza le numerose obiezioni mosse al principio dai suoi detrattori – quelle fondate su rilievi di ordine oggettivo così come quelle d'impronta soggettivistica[161] – ha ritenuto di ravvisare il fondamento ultimo del *se detegere* seguendo un diverso approccio. Alla stregua della tesi in discorso, alcune delle finalità di tutela che la letteratura penalistica ha talvolta assegnato al *privilege* dovrebbero essere più correttamente inquadrate nell'ambito di diversi principi della Costituzione statunitense: le *fishing expeditions*, così come la tortura e le altre possibili forme di *offensive impositions* di natura fisica – ad esempio le ispezioni corporali invasive

[158] In termini generali, sul concetto di *probable cause*, per tutti si vedano, nella manualistica processuale statunitense, C.H. Whitebread, C. Slobogin, *Criminal procedure, an analysis of case and concepts*, cit., p. 78 s.

[159] Cfr. R.K. Greenawalt, *Silence as a moral and constitutional right*, cit., pp. 30-32, pp. 57-68.

[160] A.R. Amar, R.B. Lettow, *Fifth amendment first principle*, cit., p. 857 s.

[161] A.R. Amar, R.B. Lettow, *op. ult. cit.*, p. 890.

– sarebbero salvaguardate dal quarto emendamento; la *privacy* e la libertà di coscienza – storicamente messa a repentaglio dai delitti di eresia e dalla persecuzione politica – costituirebbero, invece, i primari oggetti di tutela del primo emendamento. Il *fifth amendment* sarebbe stato, perciò, oggetto di interpretazioni che ne avrebbero ampliato in maniera eccessiva i contenuti, mentre la sua reale *ratio*, per quanto semplice, sarebbe rimasta in ombra: il divieto di *compulsion* testimoniale che il principio implica sarebbe essenzialmente motivato dall'esigenza di garantire un *minimum* di attendibilità alla testimonianza resa dall'imputato nel corso del *trial*[162].

La tesi troverebbe conforto nel contenuto letterale del quinto emendamento: questo si riferirebbe solamente ai *criminal cases*, e non anche ai procedimenti civili, in quanto nel processo penale sarebbe assai più pressante l'esigenza di pervenire ad un risultato certo in ordine alla colpevolezza – ovvero all'innocenza – dell'imputato; la medesima *ratio*, d'altronde, sarebbe sottesa all'intelaiatura della *criminal procedure* globalmente intesa, al *beyond-a-resonable-doubt standard* ed anche al *topos* penale-sostanziale del *corpus delicti*[163]. La configurazione letterale del quinto emendamento, laddove il divieto di *testimonial compulsion* viene circoscritto alla sola fase del *trial*, risponderebbe, peraltro, ad una ben precisa scelta dei padri costituenti. Questi avrebbero concepito il divieto di testimonianza non consensuale dell'imputato come assoluto unicamente con riferimento al processo in senso stretto – cioè il giudizio che si svolge innanzi al così detto *petit jury* o *jury trial*; è solo in questo ambito, infatti, che l'esigenza di attendibilità delle prove (*reliability*) prevarrebbe sulla necessità, con essa configgente, di costruire l'accusa sulla base del maggior numero di informazioni disponibili[164]. Secondo un'impostazione che sembra in parte richiamarsi a quella di Bentham, i sostenitori della tesi in discorso ravvisano, infatti, una diretta relazione fra il grado di accuratezza del sistema penale e l'ampiezza

[162] A.R. Amar, R.B. Lettow, *op. ult. cit.*, pp. 858-860, p. 900. In questo senso, sia pure con un diverso percorso argomentativo, si vedano anche P. Western, S. Mandell, *To talk, to balk, or to lie: the emerging fifth amendment doctrine of the "preferred response"*, in *American criminal law review*, 1982, p. 521.

[163] A.R. Amar, R.B. Lettow, *op. ult. cit.*, p. 922.

[164] A.R. Amar, R.B. Lettow, *op. ult. cit.*, p. 910 s.

delle prove raccolte – a carico o a discarico; fra esse rientrerebbero a pieno titolo le dichiarazioni rese dall'imputato nella fase antecedente al *trial*[165].

Gli aspetti più problematici del quinto emendamento sarebbero, secondo questo indirizzo, anzitutto individuabili nella necessità di impedire che siffatte dichiarazioni possano poi essere acquisite ed utilizzate, senza il consenso dell'imputato, nel *trial*; occorrerebbe, inoltre, stabilire regole a valenza generale in merito alle modalità di conduzione degli interrogatori nella fase delle indagini; sarebbe necessario, infine, tracciare un'esatta linea di demarcazione fra le cosiddette *testimonial evidences* (le sole coperte dal *privilege*, in quanto rientranti nel contenuto letterale del quinto emendamento) e le *non-testimonial evidences* (le quali sono, invece, acquisibili nel *trial* anche se provenienti dall'imputato)[166].

Siffatta rilettura del *privilege* parte dall'assunto che la suprema Corte statunitense non sarebbe stata in grado, nella giurisprudenza inerente al principio, di offrire criteri sufficientemente chiari da poter garantire una sua applicazione coerente e, al contempo, rispettosa della lettera del quinto emendamento. In rapporto alla fase delle indagini, il problema riguardante la possibile traslazione nel *trial* delle dichiarazioni confessorie rese dall'imputato andrebbe risolto facendo ricorso alla così detta *testimonial immunity*, ovvero ad un divieto di utilizzazione riguardante la testimonianza ed i suoi "frutti" (le prove da essa svelate); non sarebbe, tuttavia, vietato all'accusa di proseguire nell'esercizio dell'azione penale, come invece accadrebbe ove si facesse ricorso al diverso istituto della *transactional immunity*, teorizzato dalla giurisprudenza più risalente della suprema Corte[167]. Ancora: per quanto attiene alle modalità di conduzione degli interrogatori nella fase del *pre-trial*, laddove l'imputato andrebbe soggetto ad un obbligo di verità, la tutela offerta dai *Miranda*

---

[165] A.R. Amar, R.B. Lettow, *op. ult. cit.*, pp. 858-59, pp. 898-901, pp. 908-909, pp. 926-27. Per una serrata critica alla ricostruzione discussa nel testo, v. Y. Kamisar, *The fruits of compelled and coerced statements*, in *Michigan law review*, 1995, p. 933 s.; in replica alle osservazioni di Kamisar, si vedano però gli stessi A.R. Amar, R.B. Lettow, *Self-incrimination and the Constitution*, cit., p. 1011 s.

[166] A.R. Amar, R.B. Lettow, *Fifth amendment first principle*, cit., p. 899, p. 901.

[167] A.R. Amar, R.B. Lettow, *op. ult. cit.*, *passim* e spec. p. 922 s.

warnings dovrebbe essere perfezionata. Essa, infatti, lascerebbe comunque aperta la possibilità di abusi da parte delle forze di polizia; abusi che potrebbero essere evitati solamente svolgendo gli interrogatori innanzi ad un magistrato e con l'assistenza necessaria di un difensore[168]. Il tema delle *testimonial evidences*, infine, viene esaminato dai sostenitori di questa prospettiva d'indagine sottoponendo a revisione critica la giurisprudenza della suprema Corte riguardante l'utilizzabilità dei documenti provenienti dall'imputato ed il delicato ambito delle prove "fisiche" a cui questi può essere sottoposto – come ad esempio le analisi del sangue; siffatta giurisprudenza, peraltro, risulta differenziata a seconda che si tratti di documenti privati (*private papers*) o "pubblici", ovvero ancora detenuti dall'imputato in vista dell'assolvimento di un obbligo di legge. Tale ultimo ambito – in parte se ne è già detto – è disciplinato da un insieme di pronunce che i commentatori hanno denominato «required records doctrine». Si tratta di una teoria che riveste una peculiare importanza per la ricostruzione dei profili sostanziali del *privilege against self-incrimination* nell'ordinamento statunitense[169]: se ne dirà fra breve.

4.1. Il se detegere *nella sistematica delle* excuses *secondo la prospettiva di William Stuntz*

Fra le varie posizioni della dottrina statunitense in merito al fondamento del *privilege*, quella di William Stuntz si segnala per la sua peculiare vicinanza ad alcuni fra i *topoi* che hanno caratterizzato il dibattito italiano in ordine alla portata del principio nel diritto penale sostanziale. La tesi di Stuntz si fonda, infatti, sull'idea che sussista un preciso raccordo fra il *se detegere* e la sistematica delle *excuses* disciplinate nell'ambito della *substantive criminal law*. L'esistenza di siffatto raccordo viene esplicata dall'Autore mediante la formulazione di un'ipotesi: in un sistema processuale che non contemplasse il *privilege against self-incrimination*, tutti gli imputati indistintamente si troverebbero costretti a testimoniare *contra se* nel *trial*; la conseguenza di un tale generalizzato obbligo di autoincriminazione

[168] A.R. Amar, R.B. Lettow, *op. ult. cit.*, p. 908.
[169] Sul punto, cfr. *infra*, al capitolo quarto, § 3.3.

non potrebbe essere che quella di un esponenziale incremento delle testimonianze mendaci; sarebbe lo stesso istinto di auto-conservazione (*self-preservation*) degli imputati, infatti, a rendere estremamente improbabile che essi depongano secondo verità[170].

La difficoltà degli imputati-testimoni di conformarsi alla pretesa ordinamentale di una testimonianza veritiera (inesigibilità per la dottrina italiana) finirebbe, secondo Stuntz, per trovare una precisa collocazione giuridica nella cornice delle *excuses*. Ad avviso dell'Autore, ciascuno degli elementi che connotano formalmente la libertà dalle autoincriminazioni nel sistema statunitense – *compulsion/testimonial evidence/incrimination* – si rispecchierebbe «as [a] mirror image»[171] nella categoria delle scusanti; ciò tanto più considerando che questa, con tutta probabilità, verrebbe riadattata dalla dottrina e dalla giurisprudenza alle diverse esigenze di un sistema penale privo del *se detegere*[172].

La categoria delle *excuses* comprende, nella *common law* nordamericana, diverse situazioni fra loro marcatamente distinte: vi rientrano istituti come l'*insanity* (imputabilità), il *mistake* (l'errore) e la così detta *duress*[173]. Quest'ultima, in particolare, si differenzia dal-

---

[170] Cfr. W.J. Stuntz, *Self-incrimination and excuse*, cit., pp. 1251-1261.

[171] L'espressione è di D.A. Dripps, *Self-incrimination and self-preservation*, cit., p. 332.

[172] Cfr. W.J. Stuntz, *Self-incrimination and excuse*, cit., pp. 1262-1272, pp. 1276-1280, pp. 1273-76.

[173] In merito alla *duress*, cfr. le considerazioni svolte supra, al § 3.2. Sul punto, per tutti, v. P.H. Robinson, *Criminal law defenses*, Saint Paul, 1984, § 161; Id., *Criminal law defenses: a systematic analysis*, in *Columbia law review*, 1982, p. 213 s. Per un'analisi in chiave giurisprudenziale delle categorie richiamate nel testo ed in particolare della distinzione fra *justification* and *excuses* si vedano, nella manualistica statunitense, P.E. Johnson, M. Cloud, *Criminal law*, cit., p. 389 s.; R.L. Weaver *et al.*, *Criminal law*, cit., p. 480 s. Con particolare riferimento alla distinzione fra giustificazione e scusa v. anche R.K. Greenawalt, *The perplexing borders of justifications and excuse*, in *Columbia law review*, 1984, p. 1897 s.; G.P. Fletcher, *Rethinking criminal law*, cit., p. 577, ad avviso del quale «claims of justification negate the dimension of wrongdoing; claims of excuse negate the element of attribution or culpability. The underlying theory of excusability is that it is unfair to hold the particular suspect accoutable for his wrongful act». Per un approccio transnazionale al tema, v. Id., *Grammatica del diritto penale*, Bologna, 2004, p. 149 s. e p. 207 s. Nella letteratura penalistica italiana v. E. Grande, voce *Justification and Excuse (le cause di non punibilità nel diritto anglo-americano)*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1990, p. 309 s.; per un'analisi comparata fra il sistema italiano e quel-

le precedenti ipotesi per il fatto che, laddove risulti applicabile, non vale ad elidere la *wrongfulness* – concetto simmetrico a quello di antigiuridicità – della condotta dell'agente. La peculiarità di questo istituto è, infatti, proprio quella di accentrarsi sull'estrema difficoltà del reo di conformarsi al precetto. Il presupposto della sua operatività è che l'autore abbia tenuto una condotta effettivamente illecita, ma si sia trovato sottoposto ad un conflitto motivazionale che assumerebbe rilievo in chiave scusante[174].

Ad avviso di Stuntz, benché la *duress* abbia trovato applicazione, nell'ambito della giurisprudenza nordamericana, essenzialmente nei casi in cui il reo abbia subito minacce alla sua incolumità personale, tuttavia l'istituto in discorso, se venisse interpretato alla luce della lettura evolutiva che ne hanno dato alcuni studiosi d'oltreoceano, potrebbe risultare applicabile anche al caso della *self-protective perjury*. Una parte della letteratura penalistica statunitense ha, infatti, suggerito un'innovativa analisi della *duress* e della *necessity excuses* – lo stato di necessità scusante –, propugnandone la lettura alla stregua di un più generale concetto di *situational excuse*; questo dovrebbe abbracciare tutta la gamma delle ipotesi connotate dall'esistenza di una pressione psicologica, la quale si sia rivelata per il reo ostativa rispetto alla sua conformazione al precetto[175]. Secondo la ricostruzione di Stuntz, il *se detegere* avrebbe la funzione di prevenire la degradazione del sistema penale che si verificherebbe laddove tutti gli imputati fossero obbligati a deporre; una volta che il concetto di *situational excuse* venisse adattato dalla giurisprudenza al caso della *self-protective perjury*, tale reato risulterebbe generalmente non punibile (*mutatis mutandis*, ciò è in effetti quanto

lo anglosassone, "a cavallo" fra giustificazione e scusa, si veda F. Viganò, *Stato di necessità e conflitto di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000, p. 102 s.

[174] Cfr. W.J. Stuntz, *Self-incrimination and excuse*, cit., p. 1242.

[175] Cfr. W.J. Stuntz, *op. ult. cit.*, p.1252 s. A favore dell'emersione di un principio generale inerente alla così detta *situational excuse*, la quale ricomprenderebbe profili attinenti sia alla *duress* che alla *necessity*, v. G.P. Fletcher, *Rethinking criminal law*, cit., pp. 833-835; Id., *The individualisation of excusing conditions*, in *Southern California law review*, 1974, p. 1269 s.; *contra* v. però J. Dressler, *New thoughts about the concept of justification in the criminal law: a critique of Fletcher's thinking and rethinking*, in *UCLA law review*, 1984, p. 87 s.

accade nell'ordinamento italiano); in questa situazione – continua l'Autore –, l'imputato innocente non potrebbe più vincolarsi all'obbligo di verità, né rafforzare il valore della propria deposizione accettando il rischio di una punizione per il reato di *perjury*; da qui la "degradazione" del sistema penale, che verrebbe resa tanto più grave dal fatto che la stessa *public confidence* nella giustizia potrebbe risultarne pregiudicata[176].

Secondo questa prospettiva, il fondamento ultimo del *se detegere* avrebbe una natura sostanziale – in quando funzionalmente legata ad istituti della *substantive criminal law* – e, per così dire, intrasistematica: esso servirebbe a prevenire il verificarsi di una antinomia fra il diritto penale delle *excuses* e le regole sulla testimonianza vigenti nell'ambito del processo[177].

Questa tesi, pur segnalandosi per la particolare profondità dei suoi raccordi con la sistematica del reato, è stata sottoposta ad ampie critiche da parte dei detrattori del *nemo tenetur*. Da un lato, essi hanno rilevato come l'ipotesi formulata da Stuntz sia suggestiva quanto indimostrabile; sarebbe assai arduo effettuare un pronostico circa la futura evoluzione del sistema penale se il *privilege* scomparisse, così che, ad avviso dei suoi critici, la ricostruzione delle fondamenta del principio secondo il ragionamento in esame peccherebbe di un'eccessiva astrattezza[178].

---

[176] Ad avviso di Stuntz «if even honest people would commit perjury when asked under oath to confess to criminal conduct, then a serious argument for excusing perjury in such cases would exist. Excusing perjury directly however, might have at least two troubling consequences. First, if defendant's perjury were excused routinely, jurors and judges alike might in time come to believe that defendant's testimony has no credibility, since the potential gains from lying would be great and the potential costs nonexistent. This, if true would harm innocent defendant most, for it would deny them the opportunity to bond their testimony by submitting themselves to criminal penalties if they lie. Second and perhaps even more important, immunizing falsehoods for a category of witnesses likely to testify in every criminal case – a description that would fit criminal defendants in a world without the privilege – would, by substantially increasing the amount of false testimony in trials, tend to undermine public confidence in those trials and in the court system generally» (cfr. Id., *Self-incrimination and excuse*, cit., p. 1229).

[177] In senso analogo, Cfr. W.J. Stuntz, *Self-incrimination and excuse*, cit., pp. 1251-1256.

[178] Cfr. S.J. Schulhofer, *Some kind words*, cit., p. 322, p. 323.

L'esperienza giurisprudenziale nordamericana – continuano gli avversari della tesi – disconosce applicazioni della *excuse of duress* al reato di falsa testimonianza, ciò benché non manchino, pur nella vigenza del *se detegere*, casi nei quali il testimone viene sottoposto a considerevoli pressioni psicologiche. Un'ipotesi estremamente frequente sarebbe quella delle testimonianze rese nel giudizio civile, laddove non di rado l'obbligo di verità sussiste anche se il *witness* si trovi esposto, in ragione delle sue stesse dichiarazioni, al pericolo di una rovina economica[179].

Una fra le critiche maggiormente argomentate alla tesi di Stuntz parte dall'assunto che essa risulterebbe eccessivamente semplificante rispetto alla ricostruzione della *mens rea* riguardante la *perjury*. Nel pensiero dell'Autore, infatti, la situazione psicologica di colui che commetta falsa testimonianza per salvarsi non sarebbe diversa da quella del rapinatore che fugga dal luogo del reato appena commesso. In entrambi i casi ci si troverebbe innanzi ad un'espressione incoercibile dell'istinto di autoconservazione:

> [o]ne could hardly imagine punishing a bank robber for leaving the scene of his crime after the robbery in order to avoid immediate arrest; the defendant who lies on the witness stand to avoid confessing is in much the same position[180].

Tuttavia, ad avviso di Stuntz, la decisione del reo di commettere la falsa testimonianza resterebbe nettamente distinta da quella di commettere il primo reato. L'esistenza di quest'ultimo non potrebbe, perciò, essere riguardata come un elemento influente sulla valutazione di colpevolezza attinente alla *perjury*:

> the decision to commit perjury is distinct from the decision to commit the crime for which the defendant is being tried. It cannot be enough to say that he should be punished for perjury because no law abiding citizen would have committed

[179] Cfr. S.J. Schulhofer, *op. ult. cit.*, p. 323.

[180] «È difficile immaginare che un rapinatore di banche possa essere punito perché, dopo una rapina, si è allontanato dalla scena del crimine onde sottrarsi al proprio immediato arresto; l'imputato che mente sul banco dei testimoni si trova in una posizione molto simile». Cfr. W.J. Stuntz, *Self-incrimination and excuse*, cit., p. 1254.

> the underlying offense; that justifies only the punishment for the underlying offense[181].

Alla tesi in commento, si obbietta però di non tener conto a sufficienza proprio del fatto che la falsa testimonianza viene commessa per cercare di sottrarsi alla punizione prevista per il *primum delictum*. L'ipotesi analizzata da Stuntz ha come protagonista un *guilty witness*: la posizione di questi non potrebbe essere assimilata al comune caso di un imputato incolpevole che invochi l'applicazione di una scusante prevista dall'ordinamento («the guilty witness may not claim the blameless status of the typical defendant whose conduct is excused»[182]).

In altri termini, ad avviso dei critici, laddove sia stato lo stesso imputato a determinare colpevolmente l'insorgenza di una situazione che la legge ordinariamente qualifica come scusante, la sua condotta dovrebbe ritenersi punibile. Se l'imputato intenzionalmente si pone in una situazione di pericolo integrante una *duress excuse*, tale circostanza non potrebbe, infatti, che essere considerata, dal punto di vista causale ed anche rispetto alla ricostruzione della colpevolezza, come *opus sui*[183].

Questa soluzione sarebbe da considerarsi pacifica quantomeno nei casi in cui vi sia una corrispondenza fra l'elemento soggettivo previsto per il *primum delictum* e quello previsto per il reato posto in essere in condizioni di *duress*. I critici di Stuntz si richiamano, in proposito, alla teoria esposta sulla metà degli anni ottanta del secolo scorso da Paul Robinson: se l'imputato è responsabile del venire in essere degli elementi costitutivi di una determinata *defence*, questa non potrà essere applicata a suo vantaggio; la *mens rea* dei reati re-

---

[181] «La decisione di commettere falsa testimonianza è distinta da quella di commettere il reato per il quale l'imputato è stato processato. Non è convincente affermare che egli dovrebbe essere punito per falsa testimonianza sulla base del fatto che nessun cittadino rispettoso della legge avrebbe commesso il reato originario; ciò giustifica solamente l'esigenza di punire il reato originario…». Cfr. W.J. Stuntz, *op. ult. cit.*, nota 99, laddove l'Autore richiama, a sostegno della propria posizione, criticamente la tesi di P.H. Robinson, *Imputed criminal liability*, in *Yale law journal*, 1984, pp. 640-642.

[182] Cfr. D.A. Dripps, *Self-incrimination and self-preservation*, cit., p. 333.

[183] Cfr. D.A. Dripps, *op. ult. cit.*, p. 333 nel testo ed alla nota 24.

alizzati nell'ambito della – supposta – *defence* andrà, peraltro, ricostruita tenendo conto dell'elemento psicologico che l'imputato aveva allorquando ha determinato l'insorgere di quest'ultima[184].

Benché la teoria di Robinson si fondi su di una rigida simmetria (non sempre riscontrabile) fra l'elemento psicologico che sorregge la condotta da cui origina la *defence* e quello richiesto per i reati successivamente realizzati[185], essa consentirebbe di spiegare la punibilità della *self-protective perjury* in un rilevante numero di casi: laddove vengano poste in essere *offences* sorrette da *intent* o *knowlege* (come accade nella più gran parte dei *white collar crimes* ed anche dei crimini "di strada"), non sussisterebbe alcun dubbio circa l'esistenza di una *culpability* adeguata a sorreggere la successiva *perjury* del reo – anch'essa costituisce, infatti, un'*intentional offence*[186].

Peraltro, rilevano i critici, il caso della *self-protective perjury* sarebbe connotato da un così peculiare grado di disvalore da rendere ammissibile una dinamica d'imputazione ancor più severa: le false dichiarazioni rese nel *trial* in virtù di una – pretesa – condizione di *duress* dovrebbero considerarsi punibili anche laddove il primo reato non consistesse in una *intentional offence*. Se la prima incriminazione fosse punita per *recklessness* o anche per *negligence*, pur sussistendo una discrepanza fra questi titoli d'imputazione soggettiva e quello, di grado maggiore, richiesto per la *perjury*, la colpevolezza per il *primum delictum* sarebbe sufficiente a giustificare la punizione anche di quest'ultima[187].

I critici della teoria di Stuntz, a questo proposito, rilevano come il postulato di una netta distinguibilità fra la decisione di perpetrare il *primum delictum* e quella di commettere la *perjury* sarebbe da considerarsi, nel contesto dei reati rientranti nel paradigma della *obstruction of justice* – fra i quali spicca proprio la *perjury* –, erronea. La *ratio* di siffatte tipologie criminose sarebbe, infatti, proprio quella di consentire la punizione del reato-base; ciò anche laddove il reo sia riuscito a distruggere le prove a suo carico, ovvero a trarre

---

184 Cfr. D.A. Dripps, *op. ult. cit.*, p. 333; in senso analogo, P.H. Robinson, *loc. ult. cit.*

185 Cfr. P.H. Robinson, *Imputed criminal liability*, cit., pp. 640-642.

186 Cfr. D.A. Dripps, *op. ult. cit.*, pp. 333-334.

187 Cfr. D.A. Dripps, *op. ult. cit.*, p. 334.

in inganno il giudice mediante false dichiarazioni. Uno spacciatore di droga, ad esempio, pur non potendo essere più condannato per spaccio, potrebbe esserlo per aver distrutto la sostanza di cui era in possesso. In rapporto al primo reato egli si sarebbe procurato un ingiusto proscioglimento, tuttavia l'accusa sarebbe ancora nelle condizioni di poter formulare un'incriminazione per la condotta relativa alla distruzione delle droga. Dunque, la pena per questa seconda condotta verrebbe comminata non tanto perché questa sia intrinsecamente offensiva, ma piuttosto come una sorta di "compensazione" per la mancata punizione del primo reato.

Secondo questa impostazione, il riferimento alla *mens rea* che sorregge il primo reato parrebbe doversi addirittura considerare superfluo. La funzione della *perjury*, indipendentemente dalla concordanza fra la *mens rea* per essa prevista e quella necessaria ad integare il crimine che il reo vorrebbe occultare, sarebbe quella di realizzare una sorta di compensazione sanzionatoria: punendo la *perjury* l'ordinamento vorrebbe, in realtà, compensare la mancata punizione della prima condotta[188].

Peraltro – continuano i critici –, la ricostruzione propugnata da Stuntz non sarebbe in grado di spiegare in modo adeguato perché mai la legge penale, giacché considera reato la distruzione di prove, non dovrebbe punire l'ipotesi, del tutto analoga, della *self-protective perjury*. Ad avviso di Stuntz, la ragione di questa scelta risiederebbe nel fatto che, nel momento in cui le prove vengono distrutte, il pericolo di un'incriminazione è normalmente remoto: non potrebbe quindi dirsi che il reo agisca sotto l'impulso del suo istinto alla *self-preservation*. La condotta in esame si risolverebbe, inoltre, in un danno irreparabile per il *law enforcement*; nel caso della falsa testi-

[188] Siffatta impostazione è, in realtà, non condivisibile, in quanto appare illogica. Essa, infatti, nel momento in cui ravvisa la *ratio* di tutela della *perjury* nella necessità di compensare la mancata punizione del reato-base che a mezzo di essa si vorrebbe occultare, implicitamente esclude la legittimità di un'eventuale punizione di entrambi i crimini. Se fosse vera la premessa, infatti, una volta che il reo venga punito per il reato-base, la successiva punizione per la *perjury* risulterebbe superflua e, dunque, ingiusta e sproporzionata rispetto al disvalore delle due condotte complessivamente considerate. Assai poco convincente, peraltro, appare anche il richiamo a siffatti argomenti per porre nell'ombra le centrali problematiche attinenti all'elemento soggettivo che la questione solleva.

monianza, al contrario, vi sarebbero esigenze punitive meno pressanti, in quanto il reo potrebbe pur sempre risolversi ad una ritrattazione[189]. In senso critico, si è replicato come l'infondatezza di questi assunti possa essere dimostrata con il ricorso ad alcuni semplici esempi: un corriere della droga che si liberi della sostanza essendo inseguito dalla polizia si troverebbe in una situazione di pressione psicologica ancor più forte di quella riscontrabile nell'imputato che commetta falsa testimonianza; non si comprenderebbe, allora, perché, pur essendo le due ipotesi contraddistinte da un analogo impulso di *self-preservation*, la prima dovrebbe essere punita e la seconda no. In molti casi, inoltre, la distruzione di una prova non sarebbe per nulla "più irreparabile" di una falsa testimonianza, in quanto potrebbe comunque essere dimostrata in giudizio con il contributo di testimoni oculari, ovvero grazie all'esibizione di copie dei documenti distrutti di cui il reo sconosceva l'esistenza, ecc.[190].

[189] Cfr. W.J. Stuntz, *Self-incrimination and excuse*, cit., pp. 1257-59.
[190] Cfr. D.A. Dripps, *op. ult. cit.*, p. 336, alla nota 39 e p. 340.

Capitolo IV

PROFILI SOSTANZIALI DEL *NEMO TENETUR SE DETEGERE* NEL PANORAMA GIURISPRUDENZIALE DEI PAESI DI *COMMON LAW*. LA VALENZA DEL PRINCIPIO PER LE *CORPORATIONS*

Sommario: 1. Note introduttive. – 2. La "*exculpatory no doctrine*". – 3. La "*statutory compulsion*". – 3.1. Le "*innocently posed questions*". – 3.2. La "*suspect class exception*". – 3.3. La "*required records doctrine*". – 4. Il *privilege* nei *corporate crimes.*

1. *Note introduttive*

La giurisprudenza della suprema Corte che si è occupata del problema di dare un ordine logico e sistematico alle numerose proiezioni del *privilege* sul versante del diritto penale sostanziale sembra aver risentito, in una certa misura, della lunga disputa dottrinale che ha interessato gli aspetti teorici del principio ed i suoi fondamenti.

Un tale *background* del *se detegere* pare aver influito sulla difficoltà di lettura – se non sull'incorenza – dell'insieme di pronunce che interessano il tema. Ne risulta un quadro eterogeneo e caratterizzato dalla sovrapposizione di problematiche attinenti ad ambiti concettualmente diversi. La *quaestio* della vigenza sostanziale del *privilege*, infatti, appare condizionata, da un lato, da tematiche processuali, come quella delle così dette *subpoenas*[1] (ordini di esibizio-

[1] Le così dette *subpoenas,* a seconda della nomenclatura invalsa nelle diverse giurisdizioni di *common law*, vengono altresì denominate *production orders* ovvero *summons*. Cfr., per tutti, G. Stessens, *The obligation to produce documents*, cit., p. 46.

ne), quella delle *immunity* e quella della *testimonial/comunicative evidence*[2]; essa assume, dall'altro, caratteri marcatamente differenziati a seconda che venga presa in considerazione rispetto alla posizione di un singolo individuo, oppure in rapporto alle *corporations* o ad altre *collective entities*. La questione dell'applicabilità del *privilege* alle *corporations*, peraltro, reca in sé aspetti di interesse che trascendono quelli inerenti al terreno del diritto penale sostanziale: essa offre spunti comparatistici di considerevole importanza sia rispetto al panorama dell'Europa continentale[3], sia con riguardo alla realtà italiana, attualmente caratterizzata da un crescente interesse della prassi e della giurisprudenza per il tema – ancora avvertito come "nuovo" – della responsabilità penale delle persone giuridiche.

Gli orientamenti espressi nel corso del tempo dalla Corte suprema su questi argomenti hanno, tuttavia, dato luogo ad una giurisprudenza dalla forte matrice casistica e scarsamente in grado di indirizzare gli interpreti alla luce di principi chiari e generalizzabili. Essa è ricca di sfaccettature, di eccezioni più che di regole generali e non di rado si è posta in contrasto con – ovvero non ha saputo orientare la – giurisprudenza delle corti territoriali[4].

Tutto ciò rende l'intelaiatura del tema all'esame piuttosto complessa: va però detto come, soprattutto nel panorama statunitense, l'analisi della problematica penale-sostanziale della *self-incrimination* sia stata sollecitata dalla prassi in maniera estremamente più ampia di quanto non sia dato riscontrare nella giurisprudenza ita-

---

[2] Uno fra i *landmark cases* inerenti a questo profilo è il caso *Holt v. United States*: «The prohibition of compelling a man in a criminal court to be witness against himself is a prohibition of the use of physical or moral compulsion to extort communications from him, not an exclusion of his body as evidence when it may be material» (Cfr. R.J. Allen *et al.*, *Comprehensive criminal procedure*, cit., p. 649, nota 11).

[3] Per un quadro d'insieme della problematica della *self-incrimination* nella giurisprudenza della CEDU, v. T. Ward, P. Gardner, *The privilege against self-incrimination*, cit., p. 388 s.

[4] Cfr., fra gli altri, S.D. Pomfret, *A tempered 'yes' to the exculpatory 'no'*, in *Michigan law review*, 1997, p. 754 s.; A.M. Demarco, E. Scott, *Confusion among the courts: should the contents of personal papers be privileged by the fifth amendment self-incrimination clause?*, in *Saint John's journal of legal commentary*, 1993, p. 220 s.

liana[5]. Ciò ha dato modo sia alla suprema Corte, sia alla letteratura d'oltreoceano, di affrontare *funditus* la questione, rimasta largamente negletta – eccezion fatta per un limitato numero di pregevoli studi[6] – dalla dottrina del nostro Paese.

Nell'esperienza nordamericana, i profili di diritto sostanziale del *se detegere* assumono una diversa valenza a seconda che essi vengano in considerazione nell'ambito dell'azione amministrativa promossa dalle *regulatory agencies* – ad esempio in materia di sicurezza sul lavoro, di *businnes regulation*, ecc. – ovvero in materia penale. Nel contesto dell'*administrative search*, infatti, i principi garantistici propri della *criminal procedure* non trovano applicazione: l'attività pubblicistica di ispezione e controllo si svolge senza che vi sia necessità di una *probable cause*; l'acquisizione di informazioni a contenuto autoincriminante avviene, nei settori più pervasivamente interessati dall'azione amministrativa, mediante l'acquisizione di documenti la cui conservazione e compilazione costituisce un obbligo legislativamente imposto. Per le *corporations* – le quali non beneficiano del *privilege* – l'assolvimento del dovere di *record keeping* è, anzi, non di rado concepito come una *condicio sine qua non* per il rilascio ed il mantenimento delle autorizzazioni necessarie a svolgere la loro attività commerciale[7].

Un'analisi di dettaglio delle questioni attieneti al versante "amministrativo" del *se detegere* costituirebbe, in rapporto ai fini di questo lavoro, un fuor d'opera. Siffatta problematica, peraltro, da una parte è connessa ai temi – dei quali si dirà fra poco – della «exculpatory no doctrine» e della «required records doctrine», dall'altro risulta in larga misura assorbita da quella dell'applicabilità (per lo

[5] Per quanto attiene al panorama giurisprudenziale d'oltreoceano si veda l'analisi svolta, *infra*, nel testo; con particolare riferimento alle situazioni britannica ed australiana si vedano, fra gli altri, G. McCormack, *Self-incrimination in the corporate context*, cit., pp. 425-443; R. Ramsay, *Corporations and the privilege against self-incrimination*, cit., pp. 297-312.

[6] Per l'individuazione della letteratura italiana sul punto si rinvia alla parte seconda, capitolo primo.

[7] Su queste problematiche cfr. B.W. Bell, *Theatrical investigation: white collar crime, undercover operations and privacy*, in *William and Mary Bill of rights journal*, 2002, p. 151 s.; W.J. Stuntz, *Privacy's problem and the law of criminal procedure*, cit., pp. 1017-18.

più negata dalle giurisdizioni di *common law*) del principio alle *collective entities*.

L'esame dell'insieme, alquanto articolato, delle decisioni inerenti alle applicazioni *extra* processuali del principio ed attinenti alla materia penale può, invece, essere diviso in due ambiti: quello della *statutory compulsion* e quello della così detta *exculpatory no doctrine.* Fra di essi sussiste un rapporto da *genus* a *species.* Mentre nel primo gruppo rientrano, secondo una ripartizione seguita anche dalle trattazioni manualistiche d'oltreoceano, i casi strettamente "sostanziali" di esercizio del *privilege*, il secondo – che pure costituisce una forma di *compulsion* legislativa – attiene al procedimento penale in senso lato[8]. La *exculpatory no doctrine*, peraltro, presenta i medesimi aspetti problematici analizzati dalla suprema Corte statunitense con riferimento alla *statutory compulsion*: da essa è opportuno iniziare la presente analisi.

2. *La "*exculpatory no doctrine*"*

In seguito alla "storica" decisione adottata nel caso *Miranda v. Arizona*, l'esame dell'indagato/imputato è stato assoggettato, nel sistema giuridico degli Stati Uniti d'America, a regole diverse a seconda che esso si svolga durante lo stato di arresto (*custodial questioning*), o quando l'imputato è libero (*non-custodial questioning*), ovvero ancora innanzi al giudice (*inside the courtroom*)[9]. I *Miranda warnings* risultano necessari solo nel primo caso: gli interrogatori svolti fuori dalle carceri e dalle stazioni di polizia, così come l'audizione dell'imputato nel *trial*, non richiedono, infatti, alcun avviso prima del loro svolgimento – talvolta, la ripetizione dei *warnings* in

[8] L'impostazione seguita nel testo è la medesima data al tema da C.H. Whitebread, C. Slobogin, *Criminal procedure, an analysis of case and concepts*, cit., p. 367, p. 369.

[9] Per un inquadramento del problema a livello manualistico si vedano, fra gli altri, Y. Kamisar *et al.*, *Modern criminal procedure*, cit., pp. 494-97.

queste sedi è stata però prevista dalle legislazioni dei singoli stati dell'Unione[10].

Peraltro, laddove l'indagato/imputato decida di parlare, egli va immediatamente soggetto ad un obbligo di verità e – salvo eccezioni – non potrà più avvalersi del diritto al silenzio (*semel loquens, semper loquens* o teoria della *waiver*[11]).

Le problematiche prese in considerazione dalla *exculpatory no doctrine* si innestano nel contesto dei *non-custodial questioning*: esse riguardano la legittimità, rispetto al quinto emendamento della Costituzione statunitense, della disposizione federale del § 1001 dello *United States code*, la quale incrimina (comminando una considerevole multa ed una pena sino a cinque anni di reclusione) le false dichiarazioni rese, da chiunque ed a qualunque titolo, ad un *federal investigator*[12].

Il reato in discorso ha trovato, anche grazie all'estrema latitudine – che lambisce l'indeterminatezza[13] – dei suoi contenuti[14], un campo d'applicazione estremamente vasto, anche nell'ambito della *administrative search*. Esso è stato, infatti, largamente utilizzato da molte delle *agencies* alle quali è demandata l'azione amministrativa

---

[10] Cfr. C.H. Whitebread, C. Slobogin, *op. ult. cit.*, p. 362 s. Recentemente, per una panoramica della giurisprudenza inerente ai così detti *warnings*, v. S. Rushin, *Rethinking Miranda: The Post-Arrest right to silence*, in *California law review*, 2011, p. 152 ss.

[11] In proposito alla così detta *waiver theory*, per tutti si vedano Y. Kamisar *et al.*, *Modern criminal procedure*, cit., p. 694.

[12] In argomento si vedano S.D. Pomfret, *A tempered 'yes' to the exculpatory 'no'*, cit., p. 754 s.; G.A. Birch, *False statements to federal agents: induced lies and the exculpatory no*, in *The university of Chicago law review*, 1990, pp. 1273-1296; E.S. Perl, *United States v. Rodriguez-Rios: the fifth circuit says "adios!" to the "exculpatory no" doctrine*, in *Tulane law review*, 1994, pp. 621-632.

[13] Cfr. S.D. Pomfret, *op. ult. cit.*, p. 765; in termini generali, circa la problematica dell'indeterminatezza nei così detti crimini federali, si veda D.M. Kahan, *Lenity and federal common law crimes*, in *Superior Court review*, 1994, pp. 367-370.

[14] Il testo della disposizione penale in discorso è il seguente: «whoever, in any matter within the jurisdiction of the executive, legislative or judicial branch of the Government of the United States, knowingly and willfully – (1) falsifies, conceals or covers up by any trick, scheme, or device a material fact; (2) makes any material false, fictitious, or fraudolent statement or representation; or (3) makes or uses any false writing or document knowing the same to contain any material false, fictitious, or fraudolent statement or entry; shall be fined under this title or imprisoned not more than 5 years or both».

nel diritto nordamericano come uno strumento volto ad assicurare, nei contesti più fittamente connotati dalla presenza di obblighi di *record keeping*, la veridicità delle informazioni rese dai privati alla pubblica amministrazione[15].

La giurisprudenza delle corti territoriali (in seguito contraddetta dalla suprema Corte) si era, tuttavia, mostrata storicamente riluttante ad applicare la fattispecie incriminatrice in discorso ai *false statements* resi nel contesto di un procedimento penale, in quanto essa si prestava ad utilizzazioni improprie: gli investigatori potevano essere indotti a "sollecitare" le false dichiarazioni di una persona indagata al mero fine di formulare, allorquando risultasse difficile acquisire a suo carico le prove della commissione di un diverso reato, una *criminal charge* sulla base del § 1001; la norma in esame avrebbe potuto altresì essere utilizzata dall'accusa per incoraggiare la ripetizione di risposte menzognere da parte dell'indagato, con l'effetto di "moltiplicare" artatamente le *statutory violations* riconnettibili alla fattispecie in discorso e di determinare uno sproporzionato inasprimento sanzionatorio[16].

La cautela delle giurisdizioni statali nel considerare il § 1001 applicabile all'ambito dei *criminal proceedings* si era manifestata proprio con l'elaborazione della così detta *exculpatory no exception*: essa era stata concepita per evitare che la responsabilità per il reato di cui si tratta potesse essere applicata al caso del mero diniego, da parte di una persona indagata, del proprio coinvolgimento in una determinata *criminal activity*.

È il nome stesso della *doctrine* a palesarne i tratti salienti. Per escludere l'applicabilità della fattispecie di cui si discute, occorreva che le false dichiarazioni avessero un carattere *exculpatory*, ovvero si risolvessero in un tentativo di autodifesa da parte della persona sospettata; occorreva, inoltre, che esse si limitassero ad un succinto

---

[15] Per una rassegna dei settori nei quali il § 1001 è stato applicato v. S.D. Pomfret, *op. ult. cit.*, p. 755.

[16] Cfr. T.I. Nicholson, *Just say "No": An analysis of the "exculpatory no" doctrine*, in *Washington university journal of urban & contemporary law*, 1991, pp. 229-30; G.A. Birch, *op. ult. cit.*, p. 1273, p. 1278.

diniego, senza debordare in una vera *misrepresentation* dei fatti oggetto del procedimento[17] – un semplice "no".

Secondo la giurisprudenza di numerose Corti territoriali, anche una risposta menzognera, al ricorrere di questi presupposti, non avrebbe potuto considerarsi rientrante nel raggio d'azione del reato di cui si tratta: laddove l'indagato avesse reso una risposta veritiera, questa avrebbe *tout court* comportato, infatti, la sua autoincriminazione[18].

Le decisioni afferenti a questo ambito paiono essere state ispirate dalla necessità di stemperare, mediante una sorta di interpretazione adeguatrice, gli aspetti dell'incriminazione in discorso maggiormente confliggenti con il *se detegere*. Esse, peraltro, attengono ad una casistica piuttosto chiara, laddove la contrarietà del § 1001 alle regole di *fairness* del procedimento penale risulta evidente: nel caso *United States v. Paternostro*, preso in esame dal quinto circuito giudiziario nel 1962, un agente dell'FBI aveva domandato ad un sospettato in che modo egli fosse entrato in possesso di denaro di origine illecita; questi si era banalmente limitato a rispondere di non esserne mai entrato in possesso[19].

Una fra le peculiarità del caso anzidetto (e dei numerosi altri che la giurisprudenza ha ricondotto nel novero della *exculpatory exception*) era data dal fatto che il *questioning* a cui l'indagato veniva sottoposto, pur potendo comportare evidenti effetti autoincriminanti, non era preceduto dalla formulazione di alcun avviso in ordine alla possibilità di avvalersi del diritto al silenzio.

L'indirizzo giurisprudenziale a cui si è accennato, sia pure in misura estremamente limitata, aveva, nella sostanza, posto rimedio a questo stato di cose affermando l'esistenza di uno *ius mentiendi* sulla base – fra l'altro – di considerazioni simili a quelle fatte proprie dalla suprema Corte statunitense nel caso *Miranda v. Arizona*: in assenza dei *warnings*, la persona interrogata avrebbe potuto erroneamente ritenere che il suo mero silenzio potesse condur-

[17] Cfr. C.H. Whitebread, C. Slobogin, *op. ult. cit.*, pp. 367-369.

[18] Per una ricostruzione della giurisprudenza menzionata nel testo, v. S.D. Pomfret, *op. ult. cit.*, p. 757.

[19] Cfr. E.S. Perl, *op. ult. cit.*, pp. 624-625; S.D. Pomfret, *op. ult. cit.*, p. 756.

re a conseguenze pregiudizievoli[20]. Siffatta preoccupazione, anche a prescindere dalla problematica dei *warnings*, appariva – ed appare – tutt'altro che immotivata: il mero esercizio del proprio diritto al silenzio, in un caso come quello appena riferito, sembra inidoneo a porre l'indagato al riparo da un indesiderato "suggerimento" delle proprie responsabilità e da una conseguente sollecitazione delle attenzioni investigative; soprattutto laddove il *questioning* si inserisca nell'ambito di una *fishing expedition*, solo l'attribuzione all'indagato di uno *ius mentiendi* sembra, infatti, in grado di frapporre una barriera adeguata rispetto al tentativo degli organi d'indagine di sollecitare un'autoincriminazione delle persone interrogate.

Disattendendo le ragioni – di ordine al contempo logico e garantistico – che erano state evidenziate dalle corti territoriali mediante la *exculpatory no doctrine* la suprema Corte, nel caso *Brogan v. United States* del 1998, si è, tuttavia, pronunciata in un senso nettamente contrario alla sopravvivenza nell'ordinamento di tale indirizzo[21]. Ad avviso della Corte, «in the modern age of frequently dramatized 'Miranda warnings'», nessun indagato potrebbe considerarsi ignaro del proprio diritto al silenzio; nei casi in esame, la *non-custodial compulsion*, anche se effettiva, sarebbe, inoltre, da considerarsi meno pressante di quella riscontrabile in sede di arresto – ove si applica la regola dei *warnings* –; nessuna delle considerazioni esposte dalle *lower courts*, infine, potrebbe condurre a considerare lecita una «unlawful lie», tanto più tenendo conto del fatto che un semplice "no" rappresenterebbe una forma di mendacio insufficiente a proteggere l'indagato. A fronte delle ulteriori domande degli investigatori – secondo le argomentazioni della Corte –, egli non potrebbe che ricorrere a nuove menzogne per occultare la prima. L'effetto ultimo sarebbe quello di realizzare una forma di «perversion of the course of justice», la quale si porrebbe in irrimediabile contrasto – oltre che con i principi della morale – con la precisa volontà legislativa di pe-

[20] Allorché un agente federale inizi a porre domande, il sospettato è posto innanzi ad un "trilemma" nel quale la scelta del silenzio non è affatto istintiva. Cfr. G.A. Birch, *op. ult. cit.*, p. 1276.

[21] Per un'analisi della pronuncia in discorso, v. R.J. Allen *et al.*, *Comprehensive criminal procedure*, cit., p. 669; C.H. Whitebread, C. Slobogin, *op. ult. cit.*, p. 368.

nalizzare l'*obstruction of a legitimate investigation* come una *separate offence*.

La pronuncia in esame (significativamente adottata con l'opinione dissenziente dei giudici Stevens e Breyer[22]) evidenzia un carattere fermo del *privilege* statunitense, che accomuna l'ambito della *exculpatory no doctrine* a quello della *statutory compulsion* generalmente intesa: in nessuna forma, l'indagato, ovvero il comune cittadino che sia richiesto dalla legge di effettuare dichiarazioni autoincriminanti, è ammesso all'esercizio di un "diritto al mendacio"[23]; egli ha la sola possibilità, indipendentemente dal fatto che gliene sia dato un espresso avviso, di invocare il *right to silence* ("*to take the fifth*", secondo il linguaggio in uso fra i pratici).

3. *La "*statutory compulsion*"*

La tipologia legislativa che, nell'ordinamento statunitense, ha sollevato i maggiori problemi di coordinamento con il disposto del quinto emendamento riguarda un insieme di ipotesi in cui, sotto la minaccia di una sanzione penale e prima che sia instaurato un *criminal proceeding*, venga imposta ai consociati la creazione di documenti o la formulazione di risposte scritte a quesiti dal possibile contenuto autoincriminante. L'analisi compiuta dalla suprema Corte onde valutare la compatibilità di questo novero di ipotesi con il *privilege against self-incrimination* si è focalizzata su due aspetti: il primo riguarda il contesto nel quale ed i soggetti a cui tali informazioni vengano richieste; il secondo attiene, invece, alle finalità legislative ad esse sottese.

La Corte pare aver enucleato, prendendo in esame la casistica delle così dette «innocently posed questions», una regola generale. Alla stregua di essa, esattamente come accade per il *trial witness*, la persona assoggettata ad una *statutory compulsion* può avvalersi del

[22] Cfr. C.H. Whitebread, C. Slobogin, *loc. ult. cit.*

[23] In merito al saldo radicamento dell'imperativo morale di non mentire nella cultura nordamericana, si vedano le osservazioni di S.D. Pomfret, *op. ult. cit.*, p. 776.

right to silence; se, tuttavia, i documenti richiesti per via legislativa vengono compilati, un tale atto è assimilato ad una *waiver* (rinuncia) al diritto al silenzio ed il contenuto della dichiarazione resa rimane soggetto all'obbligo di verità[24].

Dall'esame delle pronunce adottate in materia di *statutory compulsion* sono però evincibili due situazioni che, in senso diametralmente opposto l'una rispetto all'altra, si sottraggono all'anzidetto principio generale. In un primo gruppo di casi, denominato della «suspect class exception»[25], la "pressione testimoniale" a carattere legislativo appare maggiormente *adversarial*, in quanto risulta più o meno scopertamente finalizzata all'ottenimento di informazioni indizianti da parte di categorie da considerarsi "sensibili": queste paiono già *prima facie* annoverare fra i propri appartenenti soggetti dediti ad attività illecite. In tali ipotesi, la Corte ha ritenuto che il *privilege* sia fruibile in modo più esteso, senza però che ne risulti mai intaccato l'obbligo di verità nel caso in cui l'interessato rinunci al suo esercizio.

La seconda delle eccezioni di cui si è detto viene designata come della «regulatory purpose doctrine», ovvero, secondo una diversa terminologia, della «required records doctrine»[26], ed è connotata dal fatto che le informazioni richieste sotto la minaccia di una sanzione penale hanno una rilevante valenza di interesse "pubblico" e la loro raccolta viene promossa dal legislatore per fini del tutto alieni a quelli propri della *criminal law*. In quest'ultimo caso, ai destinatari della *statutory compulsion* non è consentito invocare il quinto emendamento in alcuna forma.

---

[24] Cfr. C.H. Whitebread, C. Slobogin, *op. ult. cit.*, p. 369.

[25] Per questa terminologia, v. C.H. Whitebread, C. Slobogin, *loc. ult. cit.*

[26] In argomento, v. soprattutto S.A. Alito Jr., *Documents and the privilege against self-incrimination*, in *University of Pittsburgh law review*, 1986, p. 27 s.; S.A. Saltzburg, *The required records doctrine: its lessons for the privilege against self-incrimination*, in *University of Chicago law review*, 1986, p. 6 s.; B.D. Meltzer, *Required records, the McCarran act and the privilege against self-incrimination*, cit., p. 689; J. H. Mansfield, *The Albertson case: conflict between the privilege against self-incrimination and the Government's need for information*, in *Supreme Court review*, 1966, p. 166; R.B. McKay, *Self-incrimination and the new privacy*, cit., p. 193, p. 217; A.M. Demarco, E. Scott, *Confusion among the courts: should the contents of personal papers be privileged by the fifth amendment self-incrimination clause?*, cit., p. 220 s.

3.1. Le "innocently posed questions"

Nel caso *United States v. Sullivan*, del 1927, la Corte Suprema ha confermato la condanna di un imputato il quale, nel timore che ne potesse derivare un'incriminazione a proprio carico, non aveva presentato alle autorità fiscali la dichiarazione dei redditi. Ad avviso dei giudici, l'esistenza di un pericolo d'incriminazione del dichiarante non poteva considerarsi un motivo idoneo a giustificare la radicale omissione della dichiarazione; l'imputato avrebbe potuto, infatti, avvalersi del diritto al silenzio limitatamente a specifiche domande dell'*income tax return*.

Dalla lettura del *decisum in re Sullivan* emerge, peraltro, uno scarso apprezzamento per l'idea che il *se detegere* possa esplicare effetti erosivi – ed elusivi – in rapporto agli obblighi fiscali:

> [it] would be an extreme if not an extravagant application of the Fifth Amendment to say that it authorizes a man to refuse to state the amount of his income because it had been made in crime[27].

Cinquant'anni dopo, la Corte ha reso maggiormente esplicito il proprio punto di vista nel caso *Garner v. United States*[28]. In questa ipotesi, un imputato era stato condannato per aver concorso in una frode relativa a competizioni sportive "truccate". La condanna era stata pronunciata anche sulla base di alcune ammissioni contenute nella dichiarazione dei redditi dell'interessato.

---

[27] «Sarebbe un modo estremo, se non stravagante, di applicare il quinto emendamento quello di asserire che esso autorizzi taluno a non presentare la propria dichiarazione dei redditi perché questi sono provento di attività criminose». Per un'analisi del caso trattato nel testo e per i brani tratti dalla sentenza, v. C.H. Whitebread, C. Slobogin, *Criminal procedure, an analysis of case and concepts*, cit., p. 369, p. 370; R.J. Allen *et al.*, *Comprehensive criminal procedure*, cit., p. 674; D.J. Lapp, *Mandatory self-reporting under section 922(e) of the Gun Control Act of 1968: its infringement on the fifth amendment privilege against self-incrimination*, in N*orthwestern university law review*, 1987, p. 272; J.D. Redwood, *Qualitative materiality under the SEC Proxy Rules and the Fifth Amendment: a disclosure accident waiting to happen or two ships passing in the night?*, in *Wisconsin law review*, 1992, p. 368 s.

[28] Cfr. C.H. Whitebread, C. Slobogin, *op. ult. cit.*, p. 369, p. 370; R.J. Allen *et al.*, *op. ult. cit.*, 667.

La legge tributaria, ad avviso dei supremi giudici, non conteneva alcuna limitazione alla possibilità per il dichiarante di invocare il quinto emendamento rispetto alle domande contenute nel questionario fiscale. Un'omissione della dichiarazione per motivi legati al *privilege* non poteva, dunque, che ritenersi inammissibile.

Le domande del questionario fiscale dovevano considerarsi «innocently posed», in quanto formulate in un contesto alieno rispetto alla verifica di ipotesi di responsabilità penale e genericamente rivolte a tutti i consociati. Non poteva sostenersi, inoltre, che le informazioni così richieste avessero determinato una *compulsion* tale da integrare, nel caso in cui il questionario fosse stato effettivamente compilato, una violazione del quinto emendamento:

> a taxpayer, who can complete his return at leisure and with legal assistance, is even less subject to […] psycological pressures […] than a witness who has been called to testify in judicial proceedings[29].

Questo indirizzo pare essere quello prevalentemente applicabile alle ipotesi in cui lo stato chieda, a vario titolo, informazioni a carattere generale – ovvero non rivolte a ristretti gruppi di persone "sospettabili" – mediante la compilazione di questionari o altri documenti di vario genere.

*3.2. La "*suspect class exception*"*

La Corte ha però riconosciuto anche l'esistenza di situazioni in cui la richiesta legislativa di informazioni non appare «innocen-

[29] «Un contribuente, che ha la possibilità di compilare la propria dichiarazione dei redditi senza fretta ed avvalendosi di un'assistenza legale, è soggetto […] ad una pressione psicologica […] assai inferiore a quella di un testimone che sia stato chiamato a deporre in un procedimento penale». Cfr. C.H. Whitebread, C. Slobogin, *op. ult. cit.*, p. 370. Recentemente, per un'analisi del caso *Garner* v. P. Western, *Answer self-incriminating. questions or be fired*, in *American journal of criminal law*, 2010, p. 132; l'Autore sottolinea, in modo condivisibile, come il *punctum dolens* della questione consista nel fatto che il dichiarante, in uno con l'esercizio del diritto al silenzio, finisce inevitabilmente per allertare le autorità fiscali proprio in merito al carattere illecito dei propri redditi. L'orientamento espresso dalla Corte sul punto appare perciò scarsamente protettivo della libertà dalle autoincriminazioni.

tly posed» ma, all'opposto, essa risulta «prosecutorial in nature»[30]. Il *locus classicus*, a questo riguardo, è rappresentato dalla pronuncia *Albertson v. Subversive Activities Control Board*, inerente alla contrarietà al quinto emendamento di uno *statute* che, durante il periodo della "caccia alle streghe" maccartista, aveva obbligato penalmente i simpatizzanti del partito comunista ad autodenunciarsi all'autorità[31]. Costoro, ravvisando in un siffatto obbligo legislativo un'implicita violazione del loro diritto al silenzio, si erano rifiutati di sottoporsi alla "schedatura" che la normativa in discorso mirava a realizzare. La Corte, condividendo le considerazioni svolte dalle difese degli imputati, ha ritenuto infondati gli argomenti esposti dal rappresentante del governo; questi, infatti, aveva sostenuto che, in aderenza al precedente *decisum* della stessa Corte suprema nel caso *Sullivan*, non sarebbe stato possibile omettere la presentazione del «communist registration form», ma, a tutto voler concedere, i destinatari del provvedimento avrebbero potuto invocare il *privilege* rispetto a domande specifiche. Nella motivazione della sentenza in esame si legge:

> in Sullivan the questions in the income tax return were neutral on their face and directed at the public at large, but here they are directed at highly selective group inherently suspect of criminal activities. Petitioners' claims are not asserted in an essentially noncriminal and regulatory area of inquiry, but against an inquiry in an area permeated with criminal statutes, where response to any of the form's questions in context might involve the petitioners in the admission of a crucial element of a crime[32].

---

[30] Cfr. C.H. Whitebread, C. Slobogin, *op. ult. cit.*, p. 370.

[31] Per una disamina del caso v. J.H. Mansfield, *The Albertson case*, cit., p. 103 ss.; S.A. Saltzburg, *The required records doctrine*, cit., p. 18; J.D. Redwood, *Qualitative materiality under the SEC Proxy Rules and the Fifth Amendment: a disclosure accident waiting to happen or two ships passing in the night?*, cit., p. 377 s.

[32] «Nel caso Sullivan, le domande della dichiarazione dei redditi erano impostate in modo neutro ed erano rivolte alla generalità dei consociati, qui esse sono invece rivolte ad un gruppo altamente selezionato, intrinsecamente sospettabile di attività criminose. Le rivendicazioni dei firmatari della petizione non riguardano obblighi dichiarativi extra-penali ed amministrativi, ma obblighi dichiarativi attinenti ad un settore fittamente presidiato da leggi penali, laddove la risposta a ciascuna delle domande loro rivolte potrebbe costringere i firmatari stessi ad ammet-

Il *decisum in re Albertson* è stato richiamato, dalla giurisprudenza successiva della Corte suprema federale, in relazione a casi in cui determinate informazioni venivano richieste, sotto la minaccia di una *criminal sanction*, a categorie così prossime alla sfera dell'illecito penale che anche una mera ammissione di appartenenza ad esse avrebbe potuto rivelarsi autoincriminante. Tre casi simili ad *Albertson* vengono spesso citati dalla dottrina che si è occupata di analizzare la problematica della *statutory compulsion* – si tratta della così detta *trilogy*[33] –. Nel primo caso, *Marchetti v. United States*, i supremi giudici hanno ritenuto costituzionalmente illegittima, rispetto al quinto emendamento, una legge che richiedeva a coloro che si riconoscessero nella categoria dei "giocatori d'azzardo" (*gamblers*) di effettuare una registrazione a fini fiscali. Una tale disposizione legislativa, infatti, era connotata da una «direct and unmistakable consequence of incriminating», in quanto la materia del gioco d'azzardo era – ed è – "fittamente" regolata da disposizioni penali. I giocatori erano perciò da ritenersi, non diversamente dai simpatizzanti del partito comunista, «inherently suspect of criminal activities»[34]. Del tutto similari sono i casi *Haynes v. United States* e *Grosso v. United States*, relativi l'uno ad una legge che richiedeva ai possessori di armi che non fossero in regola con il *National Firearms Act* di autodenunciarsi ed, il secondo, ad una disciplina fiscale disegnata *ad hoc* per la categoria degli scommettitori (*wagerers*)[35].

Una ulteriore ed assai significativa applicazione dei principi enunciati *in re Albertson* riguarda il settore della lotta agli stupefacenti.

---

tere l'elemento fondamentale di un reato». Cfr. C.H. Whitebread, C. Slobogin, *op. ult. cit.*, pp. 370-371.

[33] Cfr. S.A. Saltzburg, *The required records doctrine*, cit., p. 22; D.J. Lapp, *Mandatory self-reporting under section 922(e) of the Gun Control Act of 1968*, cit., p. 272 s.; J.D. Redwood, *Qualitative materiality under the SEC proxy rules and the fifth amendment: a disclosure accident waiting to happen or two ships passing in the night?*, cit., p. 379.

[34] Sul caso in parola si vedano, con ampi richiami a brani della sentenza, R.J. Allen *et al.*, *Comprehensive criminal procedure*, cit., p. 661.

[35] Cfr. C.H. Whitebread, C. Slobogin, *op. ult. cit.*, p. 371; Y. Kamisar, *Modern criminal procedure*, cit., p. 735 s.

A partire dal secondo dopoguerra, il panorama normativo statunitense è stato caratterizzato dal fiorire di una legislazione statale *ex professo* volta a colmare, sotto la costante spinta del *public concern*, le presunte insufficienze dell'azione repressiva esercitata dal *criminal justice system* nella materia della lotta alla droga[36].

L'indirizzo seguito da numerosi stati dell'Unione al fine di implementare il *law enforcement* in questo ambito era stato quello di affiancare – con l'intento di sostituirli nei fatti – ai "classici" strumenti repressivi del diritto penale una nuova tipologia sanzionatoria di matrice amministrativo-fiscale: ai possessori di sostanze stupefacenti veniva fatto obbligo di corrispondere ai *revenue departments* statali delle somme di denaro formalmente qualificate come imposte e commisurate alla quantità ed alla qualità delle sostanze illegalmente detenute[37]. Poiché il mancato pagamento di siffatte imposte generava una responsabilità nominalmente "civilistica" – secondo uno tipico schema di "frode delle etichette" – la legislazione di cui si tratta risultava funzionale ad un aggiramento delle garanzie inerenti alla *criminal prosecution*. Da un lato, infatti, essa restava virtualmente sottratta al *beyond-a-reasonable-doubt standard*, in quanto gli accertamenti svolti a fini fiscali venivano *ex lege* ritenuti corretti in via presuntiva ed il *burden of proof* veniva così trasferito dall'accusa alla difesa (spettava all'imputato provare la propria innocenza circa il possesso illegale di droga); dall'altro, essendo l'accertamento della responsabilità di cui si tratta svolto nell'ambito di un *civil proceedings*, alle persone accusate non era consentito di avvalersi del diritto al silenzio: quest'ultimo è concepito dalla lettera del quinto emendamento come inerente ai soli *criminal cases*[38]. Da tutto ciò conseguiva un evidente effetto distorsivo della legislazione fiscale rispetto ai basilari principi costituzionali vigenti in materia penale: le persone accusate di possedere illegalmente sostanze stupefacenti avrebbero dovuto autodenuciarsi in rapporto ad una condotta costi-

[36] Diffusamente, su questo argomento, v. A.L. Iijima, *The war on drugs: the privilege against self-incrimination falls victim to state taxation of controlled substanteces*, in *Harvard civil rights-liberties law review*, 1994, pp. 101-136.

[37] Per un dettagliato quadro storico-normativo della problematica in esame v. A.L. Iijima, *op. ult. cit.*, p. 102.

[38] Cfr. A.L. Iijima, *op. ult. cit.*, pp. 102-105.

tuente, prima ancora che un illecito fiscale, un reato; ed una volta istaurato il procedimento "civile" a loro carico, essi restavano altresì «bound to accuse themselves»[39].

L'illegittimità costituzionale di simili schemi normativi è stata dichiarata, sulla base di argomentazioni che in larga parte erano già state espresse dalla dottrina d'oltreoceano, dalla Corte suprema federale nel caso *Leary v. United States*[40].

La pronuncia in discorso appare significativa in quanto i supremi giudici hanno con essa escluso che il pericolo di una *self-incrimination* dei dichiaranti potesse essere efficacemente scongiurato concedendo a questi la possibilità di esercitare il diritto al silenzio in rapporto ad alcuni soltanto degli adempimenti imposti dalla succitata legislazione (questa soluzione compromissoria era stata adottata nel caso *Sullivan*). L'unica possibilità di sottrarre la categoria "inquisita" – quella dei possessori di stupefacenti – all'obbligo di autoincriminazione su di essi incombente è stata, infatti, individuata dalla Corte nella loro completa esenzione dai doveri pseudo-fiscali di cui si tratta[41].

Uno degli aspetti salienti del gruppo di decisioni facenti capo al caso *Albertson* è che esse, attraverso il riconoscimento di una valenza extra-processuale e sistematica del *se detegere*, hanno sortito l'effetto pratico di inibire l'emanazione di leggi d'impronta inquisitoria. La suprema Corte pare aver tracciato, in questo contesto, un limite costituzionalmente invalicabile alle politiche d'incriminazione ed alle metodiche preprocessuali di ricerca della prova:

> [a] statutory system […] utilized to pierce the anonimity of citizens engaged in criminal activity is invalid[42].

---

[39] Cfr. A.L. Iijima, *op. ult. cit.*, p. 104.

[40] Cfr. C.H. Whitebread, C. Slobogin, *op. ult. cit.*, p. 371.

[41] Cfr. C.H. Whitebread, C. Slobogin, *loc. ult. cit.*

[42] «[un] sistema legislativo […] utilizzato per violare l'anonimato dei cittadini coinvolti in attività criminose deve considerarsi nullo». Queste le parole del *decisum Grosso* (390 U.S. 62, 88 SCt. 711, 1968) in http://academiclexisnexis.eu, 10 maggio 2012.

*3.3. La "*required records doctrine*"*

La denominazione di «required records doctrine» – è talvolta utilizzata anche l'espressione «regulatory purpose doctrine» – è comunemente adottata dalla letteratura penalistica d'oltreoceano per designare un complesso di decisioni della suprema Corte inerenti l'obbligo di esibizione, da parte di soggetti privati, ed in virtù di una richiesta avanzata dalla pubblica autorità, di documenti che si trovino in loro possesso.

All'iniziale indirizzo d'impronta garantistica espresso nel caso *Boyd v. United States* del 1886, laddove, richiamandosi al quarto ed al quinto emendamento della Costituzione statunitense, la Corte federale aveva ravvisato l'esistenza di un diritto del singolo a non produrre in giudizio i propri *private papers*, hanno fatto seguito, in questa materia, assai più rigorosi orientamenti dei supremi giudici[43].

Da un lato, infatti, la possibilità per il privato cittadino di sottrarsi all'esibizione in giudizio di documenti che si trovino in suo possesso è stata sostanzialmente confinata – non senza incertezze – all'ambito dei così detti *personal papers*; dall'altro, si è assistito ad una progressiva affermazione del diverso principio per cui il quinto emendamento non risulta violato allorché la legge imponga ai privati di conservare, compilare e rendere disponibili alla *government inspection* specifici *businnes papers*[44].

Le ipotesi rientranti in questo ambito sono caratterizzate dal fatto che i *records* non hanno ad oggetto *private information* (come nel caso *Garner*), né la legge che ne impone la conservazione è intrinsecamente diretta a sollecitare l'autoincriminazione di categorie

---

[43] Per una sintesi di questa evoluzione giurisprudenziale, v. Y. Kamisar *et al.*, *Modern criminal procedure*, cit., p. 713. Con particolare riferimento al caso Boyd, v. *supra*, al capitolo primo, § 3.

[44] Il *leading case* sul punto è concordemente individuato dalla dottrina d'oltreoceano nel caso *Doe v. United States*, laddove la suprema Corte ha escluso l'applicabilità del quinto emendamento ai così detti *business papers*, in quanto essi vengono normalmente predisposti in modo volontario ed in assenza di qualsivoglia *compulsion*. Cfr., per tutti, R.J. Allen *et al.*, *Comprehensive criminal procedure*, cit., p. 303; Y. Kamisar *et al.*, *Modern criminal procedure*, cit., p. 735; A.M. Demarco, E. Scott, *Confusion among the courts: should the contents of personal papers be privileged by the fifth amendment self-incrimination clause?*, cit., p. 231.

"sensibili" (come nel caso *Albertson*); in questi casi viene, invece, in considerazione la formazione di documenti dal contenuto in senso lato pubblicistico, in connessione a finalità legislative di tipo amministrativo – «a public regulatory scheme», secondo il linguaggio della Corte –. La legislazione rientrante nella categoria dei *required records*, anche laddove comporti pericoli di *self-incrimination*, è stata ritenuta dalla consulta nordamericana pienamente legittima[45].

L'ipotesi di cui si tratta è, tuttavia, di non semplice individuazione. Non è chiaro, infatti, se i concetti di "privatezza" o di "pubblicità" che fanno da sfondo a questi attengano ai documenti richiesti o, viceversa, allo scopo prevalente dell'azione legislativa. A conferma delle incertezze che dominano il settore in discorso, una delle più note pronunce che ad esso si riferiscono – quella inerente al caso *Byers* – è stata caratterizzata da una divergenza d'opinioni interna allo stesso collegio giudicante e ben esplicata da alcune *dissenting opinions*[46].

Il primo caso sottoposto al vaglio della Corte va sotto il nome di *Shapiro v. United States*[47]. In esso, si confermava la legittimità della condanna di un uomo d'affari per attività illecite che erano state desunte da *records* che egli era obbligato a conservare e produrre all'autorità competente sulla base di una disposizione contenuta nell'*Emergency price control act*. La logica decisionale adottata nel caso *Shapiro* è ben espressa dalle spiegazioni di richiamo che la Corte, in tempi successivi, ha effettuato nella motivazione del caso *Grosso*, del quale si è già detto:

> first, the purpose of the United States' inquiry must be essentially regulatory; second, information is to be obtained by requiring the preservation of records of a kind which the regulated party has customarily kept, and third, the records

[45] Cfr. C.H. Whitebread, C. Slobogin, *op. ult. cit.*, p. 372.

[46] Per una disamina del caso, si vedano Y. Kamisar *et al.*, *op. ult. cit.*, p. 1215.

[47] In merito al caso *Shapiro* v., per tutti, R.J. Allen *et al.*, *op. ult. cit.*, p. 663; S.A. Saltzburg, *The required records doctrine*, cit., p. 11; J.D. Redwood, *Qualitative materiality under the SEC proxy rules and the fifth amendment: a disclosure accident waiting to happen or two ships passing in the night?*, cit., p. 370 s.

> themselves must have assumed "public aspects" which render them at least analogous to public documents[48].

Il fine "regolatorio" della legislazione distinguerebbe queste ipotesi da quelle *sub specie* di *Albertson*; il carattere pubblico dei documenti, viceversa, le distinguerebbe dalla "categoria *Sullivan*". Mentre qui le dichiarazioni dei redditi che erano state il *medium* delle rivelazioni indizianti non avevano un profilo eminentemente pubblicistico, né erano ordinariamente conservate – *customarily kept* – dall'indagato, nel caso *Shapiro* la Corte federale ha ritenuto di poter operare un *distinguishing* focalizzando l'attenzione proprio sul ricorrere di tali ultimi elementi[49].

In una decisione successiva (*California v. Byers*), la Corte è, tuttavia, tornata sui propri passi, modificando sensibilmente i tratti della categoria così tracciata[50]. Essa ha rivisitato la materia soprassedendo sul requisito della "ordinaria conservazione" dei documenti incriminanti. Il caso *Byers*, che ha destato molto interesse nella dottrina d'oltreoceano, è il seguente: il signor Byers dopo essere stato coinvolto in un incidente stradale, si era allontanato senza rispettare la regola, penalmente sanzionata, che gli imponeva di fermarsi e farsi identificare dalle altre persone danneggiate dal sinistro (*stop-and-identify rule*). Secondo la Corte, premesso che la ragione d'interesse pubblico sottesa alla normativa in esame sarebbe quella di contrastare la pirateria stradale[51], per sostenere la tesi che essa sia costituzionalmente illegittima sulla base del quinto emendamento, occorrerebbe riconoscere che la persona assoggettata all'obbligo di iden-

---

[48] «Innanzitutto, le richieste d'informazioni da parte degli Stati Uniti devono rispondere a scopi di regolamentazione; in secondo luogo, le informazioni debbono essere ottenute stabilendo la conservazione di una tipologia di registri già normalmente tenuti dal soggetto, e, in terzo luogo, i registri stessi debbono aver assunto una "valenza pubblica" che li renda analoghi a documenti pubblici…». Cfr. C.H. Whitebread, C. Slobogin, *op. ult. cit.*, pp. 372-373.

[49] Per un inquadramento del caso *Shapiro* nell'ambito delle altre decisioni adottate dalla Corte suprema statunitense in tema di *required records*, v. soprattutto S.A. Saltzburg, *The required records doctrine*, cit., pp. 12-15.

[50] La pronuncia menzionata nel testo è riportata per esteso da R.J. Allen *et al.*, *Comprehensive criminal procedure*, cit., p. 671 s.

[51] «To promote the satisfaction of civil liabilities arising from automobile accidents». Cfr. C.H. Whitebread, C. Slobogin, *op. ult. cit.*, p. 373.

tificazione si trovi innanzi non alla semplice possibilità di un'autoincriminazione, ma a dei «substantial hazards of self-incrimination»[52]. Un tale rischio "sostanziale" di autoincriminazione non sarebbe, però, riconnettibile alla *stop-and-identify rule*, in quanto essa non si rivolgerebbe – come invece postula il caso *Albertson* – ad un ristretto gruppo di individui "sospetti", ma indistintamente a tutti gli automobilisti.

A conferma della peculiarità del caso, va però evidenziato come la decisione di cui si tratta sia stata adottata in modo non unanime dai giudici della Corte; le *dissenting opinions* mettono in luce come la soluzione in discorso – propugnata soprattutto dal giudice Burger – sia eccessivamente semplificante. La norma sottoposta al vaglio dei supremi giudici, infatti, appare rivolta ad un gruppo molto più ristretto di quello generico degli "automobilisti"; essa è in realtà indirizzata ad identificare coloro che già abbiano causato un incidente stradale ed in tal modo abbiano danneggiato quantomeno la proprietà privata. Il rischio d'incriminazione derivante dall'"uscita dall'anonimato" imposta dalla legge in capo a queste persone, pur non essendo determinabile una volta per tutte, dovrebbe considerarsi – secondo le opinioni dissenzienti – nella più gran parte dei casi assai rilevante; coloro i quali cagionano incidenti stradali, infatti, paiono raggruppabili in una categoria «inherently suspect of criminal activity», non diversa da quella analizzata nel caso *Albertson*[53].

Nella categoria di ipotesi all'esame, la suprema Corte ha fatto rientrare, in tempi successivi, alcune disposizioni finanziarie del *Bank Secrecy Act* che richiedevano la denuncia del trasporto transfrontaliero di somme superiori ai $5000[54]. Anche in questo caso, le finalità della legge – ad avviso della Corte – avrebbero un carattere "neutro" rispetto agli eventuali illeciti commessi dai destinatari del precetto, in quanto il controllo sulle transazioni internazionali risponderebbe ad un evidente interesse pubblico alla *governance* sulla circolazione interstatale del denaro. In un tale «regulatory scheme», insomma,

---

[52] C.H. Whitebread, C. Slobogin, *op. ult. cit.*, p. 373.

[53] Si vedano, in particolare, le opinioni dissenzienti dei giudici Black, Douglas e Brennan riportate da R.J. Allen, *et. al.*, *op. ult. cit.*, p. 677.

[54] Cfr. il caso *United States v. San Juan* analizzato da C.H. Whitebread, C. Slobogin, *op. ult. cit.*, p. 374.

non sarebbe ravvisabile una finalità, se non meramente eventuale ed indiretta, di intercettare le attività criminose dei viaggiatori mediante il ricorso alla metodica della *self-incrimination*.

La dottrina d'oltreoceano, peraltro, ha posto in evidenza come, in rapporto ad attività connotate da un elevato grado di regolamentazione legislativa, la giurisprudenza – suprema Corte inclusa – sia incline a ravvisare nel semplice fatto che esse siano intraprese un rinuncia (*waiver*) alla protezione offerta dal quinto emendamento. In questi casi, il *right to silence* cederebbe il passo alla preminenza dell'interesse pubblico, così che parrebbe configurarsi una sorta di "responsabilità di posizione" inconciliabile con le ragioni di non punibilità sottese al *privilege*[55].

Va rilevato, peratro, come le categorie elaborate dalla giurisprudenza nordamericana, ed in particolare la *"suspect class exception"* e la *"required records doctrine"*, appaiano estremamente utili per l'inquadramento dei diversi fenomeni d'interazione fra *se detegere* e legislazione penale; se ne dirà più oltre con particolare riferimento all'ordinamento italiano[56].

4. *Il* privilege *nei* corporate crimes

Nel sistema penale statunitense, diversamente da quanto accade nella cornice legislativa e giurisprudenziale europea, il *nemo tenetur se detegere* non trova applicazione all'ambito delle *corporations* e delle *legal entities* in genere[57].

---

[55] Emblematico, in questo senso, è il caso *Braswell v. United States*, nel quale la Corte suprema ha escluso che il custode di documenti appartenenti ad una società potesse, richiamandosi al quinto emendamento e lamentando la sussistenza di un pericolo di autoincriminazione, rifiutarsi di adempiere ad un ordine giudiziale di esibizione di questi ultimi. Per un'analisi del caso v., per tutti, Y. Kamisar *et al.*, *Modern criminal procedure*, cit., p. 726 s.

[56] Cfr. infra, parte seconda, capitolo terzo, sezione prima, §§ 2, 2.1, 3, 4, 4.1.

[57] Per un quadro d'assieme sul tema in chiave storico-comparatistica v. S.A. Trainor, *A comparative analysis of a corporation's right against self-incrimination*, cit., p. 2139 s.; G. McCormack, *Self-incrimination in the corporate context*, cit., pp. 425-443 s. In rapporto alla situazione australiana v., per tutti, N.M. Garland, *The unavailability to corporations of the privilege against self-incrimination*, cit., p. 55

Il percorso interpretativo che ha progressivamente condotto la suprema Corte federale nordamericana ad escludere la riferibilità del *privilege* agli enti è stato sottoposto da una parte della letteratura d'oltreoceano a stringenti censure critiche, le quali si sono appuntate anche sul contenuto letterale del quinto emendamento. In proposito si è rilevato come, analogamente a quest'ultimo, anche la *due process clause* sia preceduta dall'inciso «nor shall any person»; è però solo in rapporto al *fifth amendment* che la suprema Corte ha adottato un'interpretazione restrittiva del concetto di «person», limitandolo alle sole persone fisiche[58].

La negazione dell'operatività del principio al contesto delle *corporations* costituisce, peraltro, il risultato di un percorso giurisprudenziale maturato per tappe, attraverso alcuni *leading cases* che hanno progressivamente mutato il quadro che la Corte aveva inizialmente tracciato nel celebre caso *Boyd*, laddove era stata riconosciuta una sorta di "area di rispetto" attinente ai *business* e – in senso ampio – ai *private papers*[59].

Con una pronuncia del 1906, quella relativa al caso *Hale v. Henkel*, la Corte è pervenuta ad una prima ed assai significativa limitazione dell'operatività del *right to silence* nel contesto delle persone giuridiche[60]. La questione trattata era la seguente: il dirigente di una *corporation*, al quale era stato ingiunto di produrre in giudizio alcuni documenti riferibili a questa e che si trovavano in suo possesso, aveva sostenuto che l'adempimento di siffatto odine di esibizione si sarebbe risolto in una violazione del *privilege against self-incrimination*, sia in rapporto alla posizione della società che a quella sua

---

s.; A. Stone, *Environment protection authority v Caletex refining co pty ltd corporations and the privilege against self incrimination*, cit., p. 628 s. Recentemente, v. anche S.K. Kilgore, E.M. Smith, *Corporate criminal liability*, in *American criminal law review*, 2011, p. 422 ss. L'operatività del *se detegere* è stata espressamente estesa alle persone giuridiche dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea nel celebre caso *Orkem* (per il quale si invia alla parte seconda, capitolo secondo, § 6.).

[58] Cfr., per tutti, H.R. Feuerbach, *The constitutional rights of associations*, cit., p. 394.

[59] Ampiamente, sul punto, v. R.J. Allen *et al.*, *Comprehensive criminal procedure*, cit., p. 261 s.; S.A. Trainor, *A comparative analysis of a corporation's right against self-incrimination*, cit., p. 2168.

[60] Per un'analisi del caso richiamato nel testo v., fra gli altri, R.L. Weaver *et al.*, *Criminal procedure*, Saint Paul, 2001, p. 604 s.

propria. La Corte, nella pronuncia di cui si tratta, ha rilevato come nessuna violazione del quinto emendamento avrebbe potuto configurarsi rispetto alla persona fisica del dirigente, in quanto egli risultava protetto (sulla base di una previsione contenuta nello stesso *statute* che imponeva la conservazione dei documenti) da una specifica *immunity*; in relazione alla posizione della persona giuridica, la Corte ha sostenuto invece che, anche laddove si fosse ritenuta fondata la pretesa di quest'ultima di invocare autonomamente il *right to silence*, non ne sarebbe stato comunque ammissibile un esercizio "per delega". In altri termini, al custode dei documenti non sarebbe spettato il diritto di invocare il *privilege*, oltre che nell'interesse suo proprio, anche in nome della *corporation*[61].

Alcuni passaggi della decisione in discorso appaiono decisivi per la comprensione di quale sia stato l'approccio dei supremi giudici agli aspetti teorici del problema. La Corte, infatti, ha in realtà escluso non solo con riferimento al caso concreto, ma anche in astratto, la possibilità che una *legal entity* possa invocare il *se detegere*: il quinto emendamento si riferisce esclusivamente alla «person» e sarebbe perciò applicabile, alle sole persone fisiche:

> we are of the opinion that there is a clear distinction […] between an individual and a corporation, and […] the latter has no right to refuse to submit its books for an examination at the suit of the state[62].

Le *legal entities* sono destinate a restare, dunque, al di fuori dell'area di operatività del principio: esse, essendo – per così dire – una "creatura dello stato", andrebbero considerate per definizione soggette ai poteri disciplinari ed ispettivi di competenza di quest'ultimo – è questa la così detta «visitorial power doctrine»[63].

La successiva giurisprudenza della Corte, peraltro, ha dato un ulteriore impulso all'idea che gli enti, avendo una genesi "pubblici-

---

[61] Cfr. H.R. Feuerbach, *op. ult. cit.*, p. 395.

[62] «Siamo dell'avviso che vi sia una chiara distinzione […] fra un individuo ed una società, […] alla seconda non spetta il diritto di rifiutare la presentazione dei propri libri per un esame a richiesta dello stato». Cfr. Y. Kamisar *et al.*, *Modern criminal procedure*, cit., p. 727.

[63] Cfr. H.R. Feuerbach, *op. ult. cit.*, p. 396.

stica", resterebbero assoggettati ad un pervasivo controllo statale, ed ha finito per allargare la portata di questo indirizzo anche ad altre organizzazioni collettive. Nel caso *United States v. White*, la Corte ha esteso i principi in discorso, che erano stati affermati nel caso *Hale* solamente in relazione alle *corporations*, anche alle associazioni[64]. Il riconoscimento o meno del *se detegere* agli enti collettivi in genere dipenderebbe – come si evince dalla sentenza *in re White* – da una sorta di "test": nessuna organizzazione collettiva può essere ammessa all'esercizio del *privilege* fintanto che ne sia riconoscibile il carattere "impersonale", ovvero fintanto che essa risulti chiaramente distinguibile dalla sfera degli interessi puramente individuali dei suoi membri – «the purely private or personal interest of its constituents»[65].

Una parte della letteratura d'oltreoceano, tuttavia, ha rilevato come la concessione del *privilege* agli enti di minime dimensioni, quelli in cui non risulta possibile scindere l'apporto personale dei singoli dalla fisionomia dell'ente, pur essendo implicitamente affermata dalla sentenza in discorso, sarebbe assai più nominalistica che reale. Affiancando i principi esplicitati dalla Corte nel caso *White* a quelli propri della *required records doctrine*, ci si avvede, infatti, di come il *privilege*, rispetto alla protezione dai poteri "pubblici" inerenti agli obblighi di formazione e conservazione di documenti, possa giocare un ruolo assai ridotto[66].

La dottrina, peraltro, ha anche posto l'accento sul fatto che la distinzione, adottata *in re White*, fra la sfera di interesse dell'ente e quella degli individui che ne fanno parte, sia estremamente – e forse anche pericolosamente – generica. Essa omette di operare una distinzione che invece appare essenziale in un'ottica di tutela delle *civil liberties*, quella tra *business* e *political records*. L'incondizionato accesso delle pubbliche autorità ai documenti di qualsivoglia ente

---

[64] Cfr. S.A. Trainor, *A comparative analysis of a corporation's right against self-incrimination*, cit., p. 2169; Cfr. H.R. Feuerbach, *op. ult. cit.*, p. 398 s.; per un'analisi del caso richiamato nel testo v. R.L. Weaver *et al.*, *op. ult. cit.*, p. 503.

[65] Cfr. C.H. Whitebread, C. Slobogin, *Criminal procedure, an analysis of case and concepts*, cit., p. 392.

[66] Cfr. H.R. Feuerbach, *op. ult. cit.*, p. 399 s.

sembra poter sortire esiti marcatamente illiberali allorquando si sia in presenza di un'associazione a carattere politico[67].

La stessa Corte suprema, peraltro, ha esplicitamente ammesso che la scelta *ad excludendum* adottata con riferimento all'operatività del *se detegere* per gli enti sia stata giustificata proprio da esigenze repressive e, segnatamente, dalla necessità di non indebolire il *law enforcement* in rapporto al contrasto alla criminalità d'impresa ed ai *white collar crimes* in genere[68].

Con una pronuncia del 1988, quella adottata nel caso *Braswell v. United States*, i supremi giudici hanno avuto modo di completare il quadro che già in larga misura era stato disegnato dalle decisioni di cui si è detto. *In re Braswell*, la Corte ha chiarito un profilo che era parzialmente rimasto in ombra nel caso *Hale*: laddove un ordine di produzione di documenti venga rivolto ad un soggetto che detenga *records* per conto di una *corporation* sulla base di un rapporto di rappresentanza, questi non è comunque ammesso ad invocare il *se detegere*[69]. Colui che accetti il ruolo di custode di documenti societari, infatti, si pone, innanzi al *visitorial power* delle pubbliche autorità non diversamente da come si porrebbe la *corporation* stessa.

Le decisioni rientranti nell'ambito della «collective entity doctrine» appaiono significative non solo per le loro ricadute pratiche, ma anche per i profili teorici ad esse sottesi. Nel panorama nordamericano, vi sono essenzialmente tre orientamenti che si contendono il campo in merito alla ricostruzione teorica della *corporate personality*. Secondo la così detta *contract theory*, le persone giuridiche andrebbero riguardate come un'espressione d'insieme dei diritti e dei doveri delle persone fisiche che ne fanno parte; la *realism theory*, viceversa, ravvisa negli enti un sistema complesso di organizzazione

---

[67] Cfr. H.R. Feuerbach, *loc. ult. cit*. L'Autore richiama, quale esempio emblematico dei risvolti illiberali sottesi all'eccessiva restrizione del diritto contro le autoincriminazioni degli enti, le note vicende del partito comunista statunitense nel periodo maccartista.

[68] Cfr. C.H. Whitebread, C. Slobogin, *op. ult. cit.*, p. 395; R.F. Barone, *The 1990 clean air act amendments and implications of the self-incrimination clause: are enviromental managers risking criminal liability?*, in *Seton hall constitutional law journal*, 1995, p. 967 s.

[69] Cfr. R.L. Weaver *et al.*, *op. ult. cit.*, p. 802.

della produzione, governato da meccanismi di funzionamento suoi propri.

La *collective entity doctrine* presenta però strette connessioni non tanto con le teorie appena riferite, ma con la terza, quella così detta finzionistica, alla stregua della quale gli enti andrebbero ritenuti una sorta di "prodotto" del mondo del diritto; essendo essi una "creatura" dello stato, sarebbero privi di un'identità propria. L'impostazione finzionistica adottata dalla Corte sembra spiegare, peraltro, perché il «cruel trilemma», vero fulcro argomentativo del *se detegere*, non potrebbe essere trasferito al di fuori della sua stretta matrice personalistica[70].

[70] Per un'analisi di dettaglio circa le diverse impostazioni teoriche adottate dalla dottrina e dalla giurisprudenza statunitense in merito ai rapporti fra lo stato e le persone giuridiche, cfr. S.A. Trainor, *A comparative analysis of a corporation's right against self-incrimination*, cit., pp. 2163-2166.

Parte Seconda

LA LIBERTÀ DALLE AUTOINCRIMINAZIONI NEL SISTEMA PENALE ITALIANO

NOTE INTRODUTTIVE ALLA PARTE SECONDA

Prima di scandagliare le problematiche sostanziali del *se detegere* nel panorama italiano, pare utile soffermare brevemente l'attenzione su alcuni punti di centrale rilievo emersi dall'analisi della dottrina e della giurisprudenza dei paesi di *common law* appena effettuata.

Talune intuizioni della letteratura d'oltreoceano – ed anche della suprema Corte statunitense – circa la struttura ed il fondamento del principio si riveleranno, infatti, decisive per delimitare i suoi rapporti con il diritto penale sostanziale, anche nel nostro ordinamento.

Ciò vale, innanzitutto, per l'intima relazione – che la dottrina nordamericana ha pregevolmente messo in luce – fra *se detegere* ed il principio di materialità dell'illecito penale: essa pare in grado di far emergere un inedito ruolo della libertà dalle autoincriminazioni nella teoria del reato, e rappresenta una conferma di quanto forte sia l'interazione, nella fisionomia costituzionale del sistema penale, fra principi "del reato" e principi "del processo".

In secondo luogo, ai giudici ed agli *scholars* statunitensi va ascritto il merito di aver individuato, peraltro con grande precisione, i due momenti fondanti del *se detegere*: da un lato, la sua solida e ben ramificata matrice sistematica, che ne pone in risalto il ruolo di principio-cardine dei sistemi processuali accusatori e permette, al contempo, di darne una nitida ricostruzione in chiave oggettiva, quale valore inalienabile dell'ordinamento; dall'altro, il momento soggettivo del privilegio, che ne descrive la stretta attinenza alla sfera individuale ed anche i forti legami con il diritto alla *privacy*.

Questa valenza binaria della libertà dalle autoincriminazioni si rivelerà determinante per l'analisi dei suoi rapporti con la struttura del reato: sul versante oggettivo si innestano le sue potenzialità operative quale causa di giustificazione; su quello soggettivo prende forma la sua ricostruzione in una prospettiva scusante.

Alcuni ulteriori aspetti dell'analisi compiuta oltreoceano appaiono di centrale importanza, in quanto hanno costituito il modello per l'impostazione dell'indagine svolta nella seconda parte del libro: l'approccio metodologico, assai perspicuo ed efficace, prescelto dalla suprema Corte statunitense per l'analisi della legislazione penale configgente con il *se detegere*, ed anche le precise distinzioni che essa ha operato nell'ambito della così detta *statutory compulsion*. Tanto il primo che le seconde si riveleranno decisivi per l'individuazione, anche nel sistema penale italiano, dei casi in cui il principio rispettivamente opera come limite per il legislatore, ovvero come causa di giustificazione, ovvero ancora di quelli in cui la sua operatività nel diritto penale sostanziale semplicemente deve essere esclusa. Siffatti profili verranno analizzati nel terzo ed ultimo capitolo di questa seconda parte.

Capitolo I

GLI ASPETTI SOSTANZIALI DEL *SE DETEGERE* NEL PANORAMA DOTTRINALE E GIURISPRUDENZIALE

Sommario: 1. La tesi di Marco Zanotti: il *se detegere* come "limite logico" dell'ordinamento. – 1.1. I rilievi critici di una parte della dottrina. L'opinione di Andrea Perini. – 1.2. *Continua*: l'opinione di Domenico Pulitanò. – 2. La tesi alla stregua della quale il *nemo tenetur* troverebbe ingresso nel sistema penale nell'ambito della scriminante dell'esercizio di un diritto. – 2.1. *Continua*: il principio *nemo tenetur se detegere* come causa di giustificazione. – 3. Le osservazioni critiche di Gabriele Fornasari in merito ad un recente orientamento giurisprudenziale. – 4. Il dibattito sulla natura e sul fondamento dell'esimente di cui all'art. 384 c.p. – 4.1. In particolare: sul ruolo svolto dal *se detegere* nell'intelaiatura dell'art. 384 c.p. – 4.2. La questione dell'applicabilità dell'esimente al convivente "*more uxorio*". – 4.3. L'art. 384 c.p. come ipotesi "speciale" di stato di necessità? – 5. Un quadro d'assieme della giurisprudenza inerente al *se detegere.*

1. *La tesi di Marco Zanotti: il* se detegere *come "limite logico" dell'ordinamento*

Nel panorama italiano, il problema delle possibili interferenze fra il *nemo tenetur se detegere* ed il diritto penale sostanziale è stato scandagliato raramente dalla dottrina e dalla giurisprudenza postbelliche[1], ed ha sollecitato l'attenzione della letteratura penalistica

[1] Fra le prime pronunce che si rinvengono sull'argomento si vedano, nella giurisprudenza della Corte costituzionale, Corte cost., 16 febbraio 1963, n. 10, in *Giur. cost.*, 1963, I, p. 80; Corte cost., 23 aprile 1965, n. 32, *ivi*, 1965, I, p. 308; Corte cost., 3 dicembre 1969, n. 149, *ivi*, 1969, I, p. 2276 ss.; Corte cost.,

solamente a partire dalla seconda metà degli anni '80 del secolo scorso. In tale torno di tempo, infatti, il tema è stato affrontato da un innovativo indirizzo giurisprudenziale della suprema Corte inerente ai rapporti fra *se detegere* e falso in bilancio (allora disciplinato dall'art. 2621 c.c.). Ad avviso di tale indirizzo, le falsità sanzionate dalla disposizione in esame non avrebbero potuto considerarsi, sulla base del principio *nemo tenetur se detegere*, punibili «*perché nessuno può essere obbligato a fornire – attraverso la scritturazione nei libri sociali – prove a suo carico dei reati commessi*»[2]. Siffatto orientamento ha costituito, per un'autorevole dottrina, l'occasione speculativa per una ricostruzione in termini generali del ruolo del principio in ambito penale sostanziale[3].

Gli snodi logici di tale ricostruzione sono, in sintesi, i seguenti: la valenza del *nemo tenetur*, nel nostro ordinamento, affiorerebbe sia a livello costituzionale, quale corollario del diritto di difesa di cui all'art. 24, co. 2, Cost., sia a livello codicistico, segnatamente nella causa di non punibilità di cui all'art. 384 c.p., alla stregua della quale «non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare se medesimo o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore». Ad

---

17 novembre 1971, n. 179, *ivi*, 1971, I, p. 2190, Corte cost., 30 luglio 1984, n. 236, *ivi*, 1984, I, p. 1666. Per una panoramica della dottrina e della giurisprudenza del dopoguerra relativa alle implicazioni sostanziali del *se detegere* si vedano, per tutti, L. Paladin, *Autoincriminazioni e diritto di difesa*, in *Giur. Cost*, 1965, p. 308 ss., G.M. Flick, *L'esimente speciale dell'art. 384, co.1, c.p. e l'aggravante generale dell'art. 61 n. 2 c.p. nel delitto di falsa testimonianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, p. 215 ss.; C.F. Grosso, *Di un preteso limite all'applicabilità dell'art. 384 comma 1 c.p.*, *ivi*, 1962, p. 216 ss.; M. Boscarelli, *Sulle scriminanti previste dall'art. 384 c.p. in rapporto alla falsa testimonianza*, in *Giust. pen.*, 1952, II, p. 967; D. Santamaria, *Lo stato di necessità nella falsa testimonianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1955, p. 209 e bibliografia ivi richiamata.

[2] Cfr. Cass. pen., Sez. III, 21 gennaio 1987, Masselli, in Cass. pen., 1988, p. 379 ed in A. Crespi, *Rassegna di diritto societario (1987-1988)*, in *Riv. soc.*, 1990, p. 1491; in senso conforme, v. altresì Cass. pen., 14 marzo 1989, in Cass. pen., 1990, p. 2208, per la quale "l'obbligo della fedeltà e della verità nelle scritture contabili e nelle comunicazioni o nei bilanci sociali non è esigibile nei confronti di chi vi contravvenga per non rivelare la fonte delittuosa dei proventi ottenuti e perciò per non far emergere la prova dei reati commessi".

[3] Il riferimento va al pregevole contributo di M. Zanotti, "Nemo tenetur se detegere*: profili sostanziali*", in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1989, p. 174 ss., a partire dal quale il problema all'esame ha iniziato a sollecitare l'interesse della dottrina.

avviso della dottrina in commento, benché il *se detegere* costituisca il fondamento di entrambe le disposizioni in esame, esse avrebbero, l'una rispetto all'altra, un ambito di operatività parzialmente diverso. L'art. 24, co. 2 Cost., infatti, come è stato costantemente sostenuto dalla Corte costituzionale, sarebbe caratterizzato da un regime di operatività solamente endo-processuale, in quanto il diritto di difesa, secondo la lettera della norma, costituisce un «diritto inviolabile» limitatamente «ad ogni stato e grado del procedimento»; la disposizione codicistica, per contro, atterrebbe anche a fasi "pre" o "extra" processuali. Ciò si evincerebbe dalla presenza, fra le fattispecie richiamate dallo stesso art. 384 c.p., dei delitti di omissione di denuncia ed omissione di referto (artt. 361 e 365 c.p.), ossia di reati che risultano funzionali, e dunque necessariamente antecedenti, all'instaurazione di un procedimento penale; la differenza di ambiti fra le due disposizioni sarebbe confermata, in modo ancor più netto, dal fatto che la causa di non punibilità risulta altresì applicabile al delitto di frode processuale di cui all'art. 374 c.p., ovvero ad una fattispecie che può realizzarsi, per espressa previsione normativa, persino *anteriormente* all'inizio del procedimento[4].

Siffatta diversa modulazione del *se detegere* nelle fonti costituzionale e codicistica sarebbe giustificata dall'essere la norma di cui all'art. 24, co. 2, Cost. volta ad affermare, al più alto livello della gerarchia delle fonti, la regola, ovvero la natura endo-processuale del principio; all'art. 384 c.p. spetterebbe, per contro, il compito di fornire all'interprete una disciplina "di dettaglio", ciò mediante la puntuale individuazione dei casi, eccezionali rispetto al dettato costituzionale, nei quali sarebbe consentita un'applicazione extra-processuale dello stesso. Per dirla con la dottrina in esame «la norma ordinaria è rilevante, nella sua funzione di limite, non tanto nella parte in cui coincide con il principio costituzionale, quanto piuttosto in quella che ad esso è complementare. È nella proiezione pre-processuale dell'art. 384 c.p. che il canone *nemo tenetur se detegere* ha modo di evidenziarsi come limite logico dell'ordinamento»[5].

[4] Cfr. M. Zanotti, «Nemo tenetur se detegere: *profili sostanziali*», cit., pp. 188-191.

[5] Cfr. M. Zanotti, «Nemo tenetur se detegere: *profili sostanziali*», cit., pp. 209-210, che sul punto richiama P. Nuvolone, *I limiti taciti della norma penale*,

Proprio in quanto "limite logico", il canone in parola risulterebbe applicabile, senza che occorra fare ricorso all'analogia, al di là delle (apparentemente) rigide maglie dell'art. 384 c.p. In quest'ottica, ed è forse proprio questo l'aspetto saliente della tesi in commento, l'elenco delle norme richiamate avrebbe una natura non già tassativa, ma esemplificativa[6].

Marco Zanotti, peraltro, ha analizzato la tematica del versante sostanziale del *se detegere*, sviscerandone, in termini indubbiamente suggestivi, oltre che l'intelaiatura normativa, la stessa *ratio* fondante: le note distintive del principio, e con esso della causa di non punibilità di cui all'art. 384 c.p., sarebbero marcatamente soggettive; il soggetto attivo del reato verrebbe a trovarsi in un insuperabile conflitto motivazionale fra il proprio istinto di autoconservazione (che lo spingerebbe a non rivelare all'autorità una precedente condotta illecita) e l'osservanza di un precetto penale a contenuto autoincriminante. La norma-cardine di cui all'art. 384 c.p., stante l'inesigibilità, nelle condizioni date, di un comportamento conforme al diritto, consisterebbe perciò in una causa di esclusione della colpevolezza[7].

Il conflitto motivazionale di cui si è detto, peraltro, costituirebbe l'elemento distintivo fra la norma in questione ed il così detto "nesso teleologico" di cui all'art. 61, n. 2, c.p. Ad avviso della dottrina in parola, le due fattispecie in discorso non potrebbero ritenersi, come era stato invece sostenuto da una parte della letteratura penalistica[8], in un rapporto da regola (la circostanza aggravante comune) ad eccezione (la speciale causa di non punibilità); esse, al contrario, svolgerebbero funzioni complementari. Mentre la causa di non punibilità si fonderebbe sul requisito della "necessità" della condotta salvifica, la circostanza aggravante troverebbe applicazione nelle restanti ipotesi, ovvero quando l'autore si trovi nella possibilità di scegliere se adeguarsi o meno al precetto: «lo spazio applicativo dell'ag-

---

Padova, 1972, *passim* e spec. p. 152 ss., ed in particolare la categoria dei così detti "limiti taciti" ascrivibile all'illustre maestro.

[6] Cfr. M. Zanotti, «Nemo tenetur se detegere: *profili sostanziali*», cit., p. 210.

[7] Cfr. M. Zanotti, «Nemo tenetur se detegere: *profili sostanziali*», cit., *passim*, spec. p. 189.

[8] Cfr., in particolare, G.M. Flick, *L'esimente speciale dell'art. 384, co.1, c.p. e l'aggravante generale dell'art. 61 n. 2 c.p. nel delitto di falsa testimonianza*, cit., p. 223.

gravante si estende sino al punto in cui sussiste libertà di scelta per l'autore di un precedente reato, arrestandosi a vantaggio dell'esimente quando si passa sul terreno della necessità»[9].

Secondo i fautori di tale impostazione, neppure uno dei principali argomenti volti a confutare la tesi di una possibile valenza "allargata" del *se detegere*, quello secondo cui alla stessa conseguirebbe una «pericolosa quanto incontrollabile generalizzazione operativa»[10], coglierebbe nel segno. Da un lato, infatti, il principio, nella sua dimensione sostanziale, potrebbe essere invocato non già in termini generali, ma unicamente in situazioni circoscritte, segnatamente ove vengano penalmente imposti obblighi dichiaratavi implicanti un dovere di collaborazione probatoria *contra se*; dall'altro, la sua applicazione sarebbe comunque delimitata dal requisito della "necessità" emergente dal testo dell'art. 384 c.p. e da considerarsi quale contrassegno strutturale – avente dunque portata generale – delle ipotesi di inesigibilità correlate al principio[11]. In breve: l'intelaiatura dell'ipotesi di non punibilità di cui si discute, stante la peculiarità degli elementi che la compongono, sarebbe scolpita in modo sufficientemente chiaro; ne deriverebbe, per l'interprete, la possibilità di applicarla ai casi (non frequenti, ma talora affioranti nella legislazione complementare) in cui una fattispecie penale diversa da quelle menzionate nell'art. 384 c.p. travalichi il "limite logico" della libertà dalle autoincriminazioni che in esso è incorporato.

1.1. I rilievi critici di una parte della dottrina. L'opinione di Andrea Perini

L'orientamento interpretativo del quale si è appena detto, pur avendo riscosso autorevoli consensi[12], è stato sottoposto da parte di

---

[9] Cfr. M. Zanotti, «Nemo tenetur se detegere: *profili sostanziali*», cit., p. 182.

[10] Cfr. M. Zanotti, «Nemo tenetur se detegere: *profili sostanziali*», cit., p. 211.

[11] Cfr. M. Zanotti, «Nemo tenetur se detegere: *profili sostanziali*», *loc. ult. cit*.

[12] Si vedano G. Zuccalà, *Le false comunicazioni sociali. Problemi antichi e nuovi*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1989, p. 753 ss.; in chiave adesiva, sia pure sul diverso terreno del diritto penale fallimentare, anche P. Mangano, *Disciplina penale del fallimento*, Milano, 1993, p. 74 ss. Ancor prima che la questione emergesse all'attenzione della giurisprudenza, si mostrava possibilista rispetto alle implicazio-

alcuni Autori – all'incirca un decennio dopo la sua elaborazione – a stringenti rilievi critici.

I suoi avversari ne hanno evidenziato l'erroneità sulla base di una pluralità di argomenti. Ad avviso di un primo indirizzo critico[13], nessuna delle vie astrattamente percorribili per conferire al *se detegere* una valenza di diritto penale sostanziale più ampia rispetto a quella assegnatagli dall'art. 384 c.p. sarebbe, a ben vedere, plausibile.

Innanzitutto, non sarebbe possibile «ritenere che dietro al brocardo *nemo tenetur se detegere* si celi […] un caso specifico di stato di necessità», in quanto una tale opzione interpretativa, anche laddove si ritenesse che la fattispecie di cui all'art. 54 c.p. abbia fondamento scusante, si porrebbe in antitesi con i requisiti, ivi previsti, della "proporzione" e della "attualità del pericolo"; ciò per non dire della inapplicabilità della disposizione ai casi in cui il pericolo venga "volontariamente causato". Questi rilievi risulterebbero decisivi nell'indicare come l'ipotesi di non punibilità ritagliata sullo schema del *se detegere* sia radicalmente estranea alla sfera applicativa dello stato di necessità[14]. Quanto al bilanciamento fra beni sotteso al concetto di "proporzione", la pretesa individuale all'impunità non potrebbe, stante l'assoluta disomogeneità degli interessi in gioco, mai essere raffrontata con l'interesse pubblico alla repressione dei reati; il pericolo di far insorgere un procedimento penale a proprio carico non potrebbe propriamente definirsi come "attuale"; il carattere doloso o colposo dell'*opus illicitum* che l'autore intende nascondere ponendo in essere una nuova condotta penalmente rilevante im-

---

ni sostanziali del *se detegere* P. Mirto, *Il diritto penale delle società*, Milano, 1954, p. 163. In senso chiaramente adesivo, si veda, inoltre, N. Mazzacuva, *Il falso in bilancio, casi e problemi*, 2ª ed., Padova, 2004, p. 222 ss.; F. Foglia Manzillo, "Nemo tenetur se detegere*": un limite all'applicazione del reato di falso in bilancio?*, in *Riv. trim. dir. proc. pen.*, 1999, p. 258. Fanno riferimento all'orientamento di Marco Zanotti, senza prendere posizione critica E. Musco, *False comunicazioni sociali*, in G.E. Colombo, G.B. Portale (a cura di), *Trattato delle società per azioni*, 1994, p. 276; G.E. Colombo, *La "moda" dell'accusa di falso in bilancio nelle indagini delle Procure della Repubblica*, in *Riv. soc.*, 1996, p. 726.

[13] Cfr. A. Perini, *Ai margini dell'esigibilità*, nemo tenetur se detegere *e false comunicazioni sociali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, I, p. 538 ss.

[14] A. Perini, *Ai margini dell'esigibilità*, nemo tenetur se detegere *e false comunicazioni sociali*, cit., p. 552.

pedirebbe, infine, di soddisfare il requisito della involontarietà del pericolo; ciò fatti salvi, ovviamente, i soli casi di responsabilità oggettiva, i quali sarebbero, tuttavia, numericamente troppo esigui per giustificare un'applicazione allargata del *se detegere*[15].

Una volta escluso che le istanze di diritto penale sostanziale correlate al *nemo tenetur* possano trovare accoglimento nello schema dello stato di necessità, all'interprete non resterebbero, ad avviso della dottrina in commento, che due alternative: da una parte, l'applicazione analogica dell'art. 384 c.p.; dall'altra l'inquadramento dei profili esimenti sottesi a tale causa di non punibilità nell'ambito di una sorta di principio generale afferente alla teorica della inesigibilità. La prima strada, tuttavia, risulterebbe *ictu oculi* impercorribile in ragione della specialità della norma e del conseguente carattere tassativo delle fattispecie (espressamente richiamate dal legislatore) alle quali essa è applicabile; quanto alla seconda, i rilievi critici, pressoché unanimemente condivisi dalla letteratura penalistica, circa l'impossibilità di configurare una causa di non punibilità "meta-legale" come quella dell'inesigibilità dovrebbero ritenersi risolutivi[16].

Secondo l'opinione della medesima dottrina, vi sarebbero, peraltro, una pluralità di argomenti logici e sistematici in grado di comprovare ulteriormente la fallacia della tesi avversata: se si ammettesse un'applicazione generale del *se detegere* alla sfera del diritto penale sostanziale, si finirebbe per dare ingresso ad una sorta di "diritto all'impunità", ad «un salvacondotto riconosciuto al delinquente per continuare ad essere tale»[17]; alcune fattispecie del diritto penale fallimentare, segnatamente quelle rientranti nello schema della bancarotta documentale, verrebbero di fatto abrogate; si determinerebbe

---

[15] Va rilevato a questo proposito, come la tesi di una possibile ed immediata applicazione dello stato di necessità alle ipotesi "sostanziali" nelle quali viene in rilievo il principio *nemo tenetur se detegere*, per quanto venga energicamente confutata dall'Autore (cfr. A. Perini, *Ai margini dell'esigibilità*, nemo tenetur se detegere *e false comunicazioni sociali*, cit., pp. 552-560), non risulta sia mai stata sostenuta in dottrina nei termini dallo stesso illustrati. La questione pare semmai consistere, infatti, non tanto nella riconducibilità dei casi considerati alla scriminante di cui all'art. 54 c.p., ma nella possibilità di una sua applicazione analogica agli stessi.

[16] Cfr. A. Perini, *Ai margini dell'esigibilità*, nemo tenetur se detegere *e false comunicazioni sociali*, cit., p. 561 ss. e spec. p. 564.

[17] Cfr. A. Perini, *Ai margini dell'esigibilità*, nemo tenetur se detegere *e false comunicazioni sociali*, cit., p. 568.

un contrasto con una serie di norme della parte generale e della parte speciale del codice penale, nonché della legislazione complementare, che dimostrano inequivocabilmente la volontà del legislatore di perseguire (si pensi al reato continuato), ovvero di perseguire più gravemente (si pensi alla "regola generale" di cui all'art. 61, n. 2, c.p.) fatti sussumibili nell'ipotesi di non punibilità all'esame; ancora, si ammetterebbe, in modo paradossale, la possibilità che l'autore di una lieve contravvenzione possa commettere gravi delitti adducendo a propria discolpa di esservi stato costretto dalla necessità di evitare la propria autoincriminazione[18].

Secondo la dottrina in parola, peraltro, l'ipotesi di reato dalla quale la tesi della portata esimente generale del *se detegere* ha tratto principalmente spunto, ovvero la "vecchia" fattispecie di cui all'art. 2621 c.c., non avrebbe affatto imposto una rigida alternativa fra autoincriminazione e violazione del precetto: un amministratore posto innanzi ad un tale bivio avrebbe sempre potuto, infatti, astenersi dalla redazione del bilancio, senza per questo incorrere in alcuna sanzione penale[19].

1.2. Continua*: l'opinione di Domenico Pulitanò*

Nello stesso torno di tempo in cui in dottrina sono state avanzate le critiche delle quali si è appena detto, un'illustre voce ha posto

---

[18] Cfr. A. Perini, *Ai margini dell'esigibilità*, nemo tenetur se detegere *e false comunicazioni sociali*, cit., pp. 570-580. Argomenti non dissimili si rinvengono altresì in A. Lanzi, *Spunti e prospettive della giurisprudenza degli anni ottanta in materia penale societaria*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1990, p. 49; G. Arcese, *Il principio di inesigibilità nei reati fallimentari e societari*, in *Riv. pen. ec.*, 1991, p. 127 «ambiguo appare anzitutto e in termini generali il riferimento al criterio precipuamente di rilievo processuale, secondo cui nessuno può essere obbligato a fornire prove, penalmente rilevanti, a suo carico; una cosa è la sussistenza del reato, altra è l'autodenuncia di altro reato al primo comunque collegato».

[19] Cfr. A. Perini, *Ai margini dell'esigibilità*, nemo tenetur se detegere *e false comunicazioni sociali*, cit., p. 583. Id., *Il delitto di false comunicazioni sociali*, Padova, 1999, p. 610. In chiave critica rispetto ad una tale ricostruzione si veda però D. Pulitanò, Nemo tenetur se detegere: *Quali profili di diritto sostanziale?*, in Aa.Vv., *Studi in Ricordo di Giandomenico Pisapia*, 2000, Vol. I, p. 452. Ad avviso dell'Autore «quando la comunicazione è doverosa (è il caso del bilancio), il non presentarla, oltre che un illecito extrapenale, potrebbe pure essere una ragione di forte sospetto».

in luce alcuni ulteriori limiti della teorica secondo cui il *nemo tenetur* avrebbe, sul versante del diritto penale sostanziale, una portata generale. Quest'ultima si caratterizzerebbe per il fatto di richiamarsi ad argomenti "forti", i quali attingono alle radici etiche del diritto penale: innanzitutto verrebbe in gioco il principio di uguaglianza, stante l'incoerenza, secondo i sostenitori della tesi che ravvisa nel *se detegere* un "limite logico" dell'ordinamento, del discrimine fra ipotesi "incluse" ed "escluse" dall'ambito dell'art. 384 c.p.; in secondo luogo, la teorica in commento farebbe leva (in modo non meno suggestivo) sul principio di colpevolezza, stante la pretesa impossibilità, alla quale essa si richiama, di formulare un rimprovero nei confronti di chi abbia posto in essere una condotta penalmente rilevante essendovi stato costretto dalla necessità di evitare un'autoincriminazione[20]. Siffatte ragioni "forti" addotte a favore della vigenza allargata del *nemo tenetur* sarebbero, tuttavia, entrambe non condivisibili.

Per quanto attiene al richiamo al principio di uguaglianza, sarebbe sufficiente, onde avvedersi della sua infondatezza, riflettere circa la natura dei diversi beni in gioco a seconda che si verta nelle ipotesi *claris verbis* richiamate dall'art. 384 c.p. ovvero in casi (come quello dell'art. 2621 c.c.) non espressamente menzionati dalla disposizione. Il primo ambito atterrebbe a situazioni fra loro omogenee, in quanto l'esimente in discorso opera nel contesto dei delitti contro l'amministrazione della giustizia ed ha un raggio d'azione che, sebbene non appaia rigorosamente endo-procedimentale, come nei casi della frode processuale e del favoreggiamento, si riflette pur sempre su «interessi legati al funzionamento della giustizia, qualitativamente comparabili»; per contro, ove ci si allontani dal nucleo di tutela scolpito nell'art. 384 c.p., ci si troverebbe innanzi alla lesione di «interessi di terzi o della collettività»[21]. Ciò, ad avviso di Domenico Pulitanò, è esattamente quanto accade nell'ipotesi dalla quale la teorica del *se detegere* "sostanziale" ha preso le mosse, ovvero nella fattispecie di cui all'art. 2621 c.c.: essa prevede obblighi di comunicazione che, sebbene possano risultare in concreto autoincriminan-

[20] D. Pulitanò, Nemo tenetur se detegere: *Quali profili di diritto sostanziale?*, cit., p. 446 ss.

[21] D. Pulitanò, *Nemo tenetur se detegere: Quali profili di diritto sostanziale?*, cit. p. 448 e 449; sul punto, analogamente, v. anche V. Napoleoni, *I reati societari*, III, Milano, 1996, p. 292.

ti, sono volti a garantire non già l'accertamento di precedenti reati commessi dall'amministratore che deve redigere il bilancio, ma a tutelare beni ed interessi assolutamente diversi. Ergo: il richiamo al principio costituzionale di uguaglianza, in quanto si fonda sulla necessità di dare eguale trattamento a situazioni simili, non sarebbe, nel caso di specie, per nulla pertinente[22].

Argomenti dotati di non minore spessore logico varrebbero in rapporto alla tesi della supposta carenza di colpevolezza in capo a colui che commetta un reato essendovi sospinto dall'irrefrenabile impulso di non far scoprire un proprio precedente illecito penale: innanzitutto, l'opinione critica in commento rileva come il concetto di colpevolezza delineato dalla fondamentale sentenza della Corte costituzionale n. 364 del 1988, lungi dal disegnare un "facile" accesso alla scusa, si fondi sulla individuazione di doveri reciproci nel rapporto stato-cittadino e si iscriva, per ciò stesso, nell'orizzonte della così detta «etica della responsabilità»[23]. Nulla di più incompatibile con il (paradigmatico) caso dell'amministratore di società che invochi il *se detegere* onde discolparsi dalla commissione di un fal-

---

[22] D. Pulitanò, Nemo tenetur se detegere: *Quali profili di diritto sostanziale?*, cit., p. 449.

[23] D. Pulitanò, Nemo tenetur se detegere: *Quali profili di diritto sostanziale?*, cit., p. 451; in merito ai contenuti ed alla portata della "storica" sentenza della Corte costituzionale n. 364 del 1988, si vedano T. Padovani, *L'ignoranza inevitabile sulla legge penale e la declaratoria d'incostituzionalità parziale dell'art. 5 c.p.*, in *Leg. pen.*, 1988, p. 449; F.C. Palazzo, *Ignorantia legis: vecchi limiti ed orizzonti nuovi della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 920 ss.; Id., (voce) *Ignoranza della legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. VI, Torino, 1992, pp. 122 ss.; D. Pulitanò, (voce) *Ignoranza della legge penale (dir. pen.)*, in *Enc. dir., Agg.*, Vol. I, Milano, 1997, p. 615 ss.; E.R. Belfiore, *Contributo alla teoria dell'errore in diritto penale*, Torino, 1997, *passim*; G. Flora, *La difficile penetrazione del principio di colpevolezza: riflessioni per l'anniversario della sentenza costituzionale sull'art. 5 c.p.*, in *Giur. it.*, 1989, IV, c. 337 s.; F. Mantovani, *Ingorantia legis scusabile e inescusabile*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 379 ss.; L. Stortoni, *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1988, p. 1313 ss.; A. Vallini, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Torino, 2003, *passim*. Per un quadro d'assieme dell'attuale volto della così detta *culpa iuris* si consenta di rinviare anche a D. Tassinari, Note *a margine del principio di scusabilità/inevitabilità dell'ignoranza della legge penale a venti anni dalla sua introduzione ad opera della Corte costituzionale*, in G. De Francesco, C. Piemontese, E. Venafro (a cura di), *La prova dei fatti psichici*, Torino, 2010, p. 119 ss.

so in bilancio: se è vero, da un lato, che tale situazione risulta obiettivamente costrittiva, è altrettanto vero che essa originerebbe pur sempre, a ben guardare, dal dolo o dalla colpa del soggetto agente. Questi ben sapeva che, all'atto della presentazione del bilancio, avrebbe dovuto farsi garante dell'interesse di terzi e sarebbe stato perciò chiamato ad adempiere puntualmente ed in maniera veridica al precetto di cui all'art. 2621 c.c. Ne consegue che la situazione dell'amministratore dell'esempio, ad avviso della predetta dottrina, dovrebbe considerarsi, in realtà, soggettivamente più grave di quella di chi commetta un'analoga infrazione alla legge penale senza esservi motivato dalla necessità di occultare un precedente reato[24]. In breve: la tesi criticata risulterebbe doppiamente fallace, in quanto essa non solo si fonderebbe su di un erroneo richiamo al principio di uguaglianza, ma comporterebbe un ingiustificato trattamento di favore proprio in capo a coloro che appaiono meritevoli di una pena più grave.

2. *La tesi alla stregua della quale il* nemo tenetur *troverebbe ingresso nel sistema penale nell'ambito della scriminante dell'esercizio di un diritto*

In tempi appena più recenti rispetto a quelli in cui sono state formulate le tesi critiche di cui si è detto, il dibattito circa la rilevanza della libertà dalle autoincriminazioni sul terreno del diritto penale sostanziale si è arricchito di un nuovo e significativo contributo. Prendendo le mosse da alcune delle riflessioni che erano state svolte da Marco Zanotti in merito alla natura del *se detegere* quale "limite logico" dell'ordinamento, una parte della dottrina ha, infatti, approfondito l'analisi inerente alle sfaccettature sistematiche ed alle modalità operative del principio nella sfera extra-processuale[25].

---

[24] D. Pulitanò, Nemo tenetur se detegere: *Quali profili di diritto sostanziale?*, cit., p. 451 ss.

[25] Artefice di questi approfondimenti è E. Infante, Nemo tenetur se detegere *in ambito sostanziale: fondamento e natura giuridica*, cit., p. 832 ss.

Il punto di partenza di questo orientamento è rappresentato dalla constatazione di come, laddove si ammettesse che il legislatore possa imporre penalmente, al di fuori del processo e mediante il ricorso a fattispecie a contenuto dichiarativo, comportamenti autoincriminanti, si finirebbe per svuotare di ogni effettività l'esercizio del diritto di difesa di cui all'art. 24, co. 2, Cost.[26]. Le considerazioni critiche (che si sono già analizzate) svolte in dottrina in merito alla possibilità che il *se detegere* assuma una generale rilevanza nel diritto penale non sarebbero, peraltro, insuperabili.

Per quanto attiene alla supposta esistenza di un rapporto regola-eccezione fra la circostanza aggravante comune di cui all'art. 61, n. 2, c.p. e la norma-cardine di cui all'art. 384 c.p., coglierebbe nel segno la tesi di Marco Zanotti, secondo cui le norme in discorso avrebbero un carattere complementare ed opererebbero in ambiti affatto diversi. Solo la seconda fattispecie si radicherebbe su di un "conflitto motivazionale" e conferirebbe rilievo ad una situazione di costrizione del soggetto attivo del reato: la differenza fra le due ipotesi, dunque, risiederebbe nella "necessità", ravvisabile solo nella disposizione di parte speciale, ovvero nella "libertà", propria invece della circostanza aggravante comune, di commettere reati volti ad evitare un'incriminazione. A rendere ontologicamente diverse le due norme, peraltro, vi sarebbe un ulteriore e non meno importante elemento differenziale: l'art. 384 c.p. opererebbe su di un piano logicamente antecedente rispetto a quello proprio dell'aggravante, in quanto esso attiene ad una valutazione di punibilità che quest'ultima, per contro, presuppone. Solamente ove il giudizio di punibilità in ordine ai reati che si ipotizzano avvinti dal nesso teleologico sia già stato formulato e, dunque, già sia stata esclusa la ravvisabilità di una situazione di costrizione dell'agente, l'ipotesi di cui all'art. 61, n. 2, c.p., potrebbe trovare applicazione[27].

---

[26] E. Infante, Nemo tenetur se detegere *in ambito sostanziale: fondamento e natura giuridica*, cit., p. 849 ss.

[27] Cfr. E. Infante, Nemo tenetur se detegere *in ambito sostanziale: fondamento e natura giuridica*, cit., p. 449 ss. Per analoghi rilievi si veda anche E. Busson, Nemo tenetur se detegere *e falso in bilancio: una questione ancora aperta*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 1483.

Ancora: sarebbe infondata l'obiezione secondo cui non punire chi commetta un reato al fine di non autoincriminarsi e continuare invece a punire chi tale reato commetta *tout court* risulterebbe contrastante con il principio di uguaglianza. A ben guardare, infatti, ogni ipotesi di non punibilità implicherebbe, almeno all'apparenza, una disparità di trattamento; il peculiare caso di cui si discute, dunque, non rappresenterebbe un'anomalia, ma, al contrario, ricalcherebbe l'usuale schema di funzionamento proprio della stessa categoria della non punibilità[28].

L'unico argomento plausibile per negare alla libertà dalle autoincriminazioni una valenza sostanziale più ampia di quella evincibile dall'art. 384 c.p. consisterebbe, ad avviso della dottrina in discorso, nella evidenziazione della natura esimente della situazione di non punibilità che esso incorpora: e questo ne impedirebbe un'applicazione al di là dei limiti espressamente tracciati dal legislatore. Né sarebbe ammissibile ovviare a tale problema ricorrendo alla "clausola generale" dell'inesigibilità, giacché la stessa appare in stridente contrasto con il principio di precisione[29].

---

[28] Secondo la linea argomentativa esposta dall'Autore, sarebbe altresì infondata l'obiezione, desumibile da alcune prese di posizione della suprema Corte canadese, secondo la quale ammettere l'esistenza dell'ipotesi di non punibilità in discorso finirebbe per limitare, con particolare riferimento ai così detti reati "victimless" (i quali si connotano per l'assenza di una vittima persona-fisica ed offendono solamente interessi in senso ampio pubblicistici), i canali attraverso i quali l'autorità giudiziaria normalmente acquisisce le *notitiae criminis*. Il problema, infatti, potrebbe essere ovviato attraverso una moltiplicazione delle posizioni di garanzia, sorveglianza e controllo funzionali all'acquisizione delle notizie di reato. Cfr. E. Infante, Nemo tenetur se detegere *in ambito sostanziale: fondamento e natura giuridica*, cit., p. 449 ss., p. 834, vedi nota 8, e p. 838. Sul punto, inoltre, si veda il *decisum* del caso Funke, nel quale la Corte EDU, come esattamente rileva lo stesso Autore, pare ricalcare in parte l'argomento confutato (cfr. A.S. Butler, *Funke v. France, and the right against self-incrimination: a critical analysis*, in *Criminal law Forum*, 2001, p. 488).

[29] Cfr. E. Infante, Nemo tenetur se detegere *in ambito sostanziale: fondamento e natura giuridica*, cit., p. 449 ss., p. 839. In particolare, sul rilievo secondo cui l'argomento decisivo per escludere una generalizzata valenza della categoria della inesigibilità sarebbe ravvisabile non tanto nella salvaguardia della "tenuta" del sistema, ma nell'impossibilità di conciliarne i postulati con il principio di precisione vedi F. Viganò, *Stato di necessità e conflitto di doveri*, cit., p. 292 ss. Fra i numerosi Autori che, concordemente alla prevalente dottrina, ritengono inammissibile la categoria della inesigibilità quale clausola generale di esclusione della responsabilità penale, si vendano per tutti, nella manualistica, G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale*,

Ad avviso dell'orientamento in parola, le peculiarità strutturali del *se detegere* consentirebbero, tuttavia, di individuare in modo sufficientemente definito l'ambito di non punibilità che il principio pare poter proiettare nel diritto penale sostanziale. Con la conseguenza che non sarebbe in assoluto preclusa, a patto di individuare chiaramente le componenti del meccanismo di non punibilità in discorso, un'applicazione del *nemo tenetur* quale esimente a carattere generale.

2.1. Continua*: il principio* nemo tenetur se detegere *come causa di giustificazione*

Il passaggio saliente della tesi in discorso non è, tuttavia, imperniato sulla presunta attitudine della libertà dalle autoincriminazioni ad elidere la colpevolezza dell'agente: i problemi sistematici che inevitabilmente questo profilo della valenza del principio solleva sarebbero, ad avviso della dottrina in commento, superabili mediante il

---

parte generale, 5ª ed., Bologna, 2007, p. 405. In particolare, appaiono critici rispetto ad una generalizzata ricostruzione in chiave esimente del diritto di non autoaccusarsi G. Fornasari, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990, p. 355 ss., vedi in nota al n. 73; Id., *Le cause di esclusione della colpevolezza*, in Aa.Vv., *Introduzione al sistema penale*, Torino, 2001, p. 270; G. Arcese, *Il principio di inesigibilità nei reati fallimentari e societari*, cit., p. 126 ss.; G. Azzali, *Caratteri e problemi del delitto di false comunicazioni sociali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1991, p. 400; P. Corciulo, *Falsi in bilancio e redditi illeciti*, in *Riv. pen. econ.*, 1992, p. 254; L. Foffani, *Lotta alla corruzione e rapporti con la disciplina penale-societaria*, in *Riv. trim. dir. pen. econ*., 1994, p. 961; B. Tinti, *Rapporti tra le fattispecie di frode fiscale previste dalle lettere d), e) ed f) dell'art. 4 della legge n. 516 e il reato di cui all'art. 2621 del codice civile*, in *Il Fisco*, 1997, p. 4270; C. Pedrazzi, *Reati commessi dal fallito, Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in F. Galgano (a cura di), *Commentario alla legge fallimentare*, Bologna-Roma, 1995, p. 92, *sub* nota n. 9; Id., (voce) *Società commerciali (disciplina penale)*, in *Dig. disc. pen*., Vol. XIII, Torino, 1997, p. 361; P. Veneziani, *Appunti in tema di profili penalistici del bilancio consolidato di gruppo ai sensi del d.lgs 9 aprile 1991, n.127*, in *Riv. trim. dir. pen. econ*., 1996, p. 253; A. Crespi, *Rassegna di diritto societario (1987-1988)*, in *Riv. soc.*, 1990, p. 1492. Come noto, la tesi della valenza generale della inesigibilità è stata sostenuta, anche nel senso di un'applicazione analogica dell'art. 384 c.p., da L. Scarano, *La non esigibilità in diritto penale*, Napoli, 1948, p. 108 e *passim*. Peraltro, va rilevato come la categoria all'esame abbia talora trovato accoglimento in giurisprudenza: v. Trib. Bologna, 5 dicembre 1965, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1966, p. 1028, con nota di G. Marini, *Non colpevolezza dell'agente per inesigibilità dell'azione conforme al precetto o errore su elementi normativi del fatto?*

riconoscimento della sua possibile operatività non già quale esimente, bensì quale causa di giustificazione.

Numerosi sarebbero gli elementi indicativi della valenza scriminante del *nemo tenetur* ed essi si desumerebbero tanto dall'ordinamento interno quanto da quello internazionale.

Il radicamento del principio nelle fonti sovranazionali emergerebbe in modo nitido da alcune significative sentenze della Corte di Strasburgo e della Corte di Giustizia delle Comunità europee. Un particolare rilievo assumerebbe la condanna della Francia da parte della Corte di Strasburgo, in virtù dell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per aver violato il diritto di difesa ed il diritto al *fair trial* di un cittadino comunitario prima ancora dell'instaurazione di un processo (caso Funke)[30]: a questi era stato richiesto, sotto la minaccia di una sanzione penale prevista dalla legge in rapporto all'omessa produzione di documenti, di fornire la prova di una propria precedente condotta illecita. Una tale giurisprudenza della Corte, ad avviso della dottrina in commento, varrebbe ad evidenziare come uno degli elementi fondanti della valenza sostanziale del principio *nemo tenetur prodere seipsum* sarebbe ravvisabile, anche nel nostro ordinamento, proprio nell'art. 6 della citata Convenzione. Al giudice italiano, infatti, è fatto obbligo di interpretare l'ordinamento interno in maniera conforme alle norme internazionali che vincolano il nostro Paese[31]. Ne deriverebbe che le fattispecie penali imperniate su obbli-

[30] Cfr. CEDU, 25 febbraio 1993, Funke, in *Publications de la Cour Europeènne des Droits de l'Homme*, serie A, n. 256, 1993, p. 20. Fra i vari Autori che si sono occupati della pronuncia in discorso cfr., per tutti, S. Naismith, *Self-incrimination – Fairness or freedom?*, in *European Human Rights Law Review*, 1997, p. 229; I. Dennis, *Instrumental protection, human right or functional necessity?* cit., p. 342.

[31] In merito all'odierno inquadramento del problema alla luce delle riforme costituzionali e della giurisprudenza della Corte costituzionale, si vedano le considerazione svolte *infra*, nel capitolo secondo, § 5 e § 6. In merito all'impatto della CEDU nel sistema penale e processuale italiano ed alla natura dei vincoli dalla stessa discendenti, si vedano, *ex multis*, M. Chiavario, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969, *passim*; C. Russo, P.M. Quaini, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, Milano, 2000, *passim*; più recentemente, si vedano, per tutti, M. Del Tufo, *Il diritto penale italiano al vaglio della convenzione europea dei diritti dell'uomo: attuazione dei principi della Convenzione e ruolo del*

ghi di comunicazione dovrebbero essere interpretate in guisa tale da non compromettere l'effettività del principio in parola[32].

Un'importante conferma della necessità di dare un diverso assetto (ossia in chiave giustificante) alla libertà dalle autoincriminazioni nel diritto penale sostanziale verrebbe, come si è accennato, anche dalla giurisprudenza della Corte del Lussemburgo: poiché questa attiene all'interpretazione ed all'applicazione del diritto comunitario, ossia di una fonte sovraordinata rispetto alla legge ordinaria, ai principi dalla stessa enucleabili dovrebbe assegnarsi, nella gerarchia delle fonti del diritto, un valore ancor più elevato di quello che va riconosciuto alla stessa Convenzione europea[33]. In quest'ottica, dovrebbe ritenersi emblematica, al fine di ricostruire il ruolo del *se detegere* sul versante sostanziale, la decisione adottata dalla Corte di giustizia nel caso Orkem, laddove essa ha ritenuto contrastante con i principi fondamentali del diritto comunitario la richiesta avanzata nei confronti di una persona giuridica di esibire, nel corso di un procedimento amministrativo, documenti dai quali sarebbe emersa la sua responsabilità[34].

---

giudice interno, in *Crit. dir.*, 2000, p. 457; F. Viganò, *Diritto penale sostanziale e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 43 ss., cui si rinvia per gli ulteriori riferimenti bibliografici e Id., *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle fonti sopranazionali*, in P. Corso, E. Zanetti, (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, Vol. II, 2010, p. 620 s., p. 644 ss., p. 655.

[32] Cfr. E. Infante, Nemo tenetur se detegere *in ambito sostanziale: fondamento e natura giuridica*, cit., p. 843.

[33] In generale, sul punto, v. P.F. Lotito, *Diretta applicabilità delle norme comunitarie ed efficacia delle sentenze delle Corte di giustizia nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. Cost.*, 1990, p. 161; G. Strozzi, *Diritto istituzionale dell'Unione europea. Dal trattato di Roma al trattato di Amsterdam*, Torino, 1998, p. 384 ss. Più di recente, per una puntuale ricostruzione del ruolo e del funzionamento della Corte, nonché della valenza nel diritto interno delle decisioni dalla stessa adottate, si vedano, fra gli altri, G. Tesauro, *Diritto dell'unione europea*, Padova, 2010, p. 229 s. e, in particolare, p. 376 s.; F. Viganò in F. Viganò, O. Mazza (a cura di), *Europa e Giustizia penale*, Milano, 2011, p. 13.

[34] Cfr. Corte di Giustizia, 18.10.1989, n. 347/87, Orkem, in Racc., 1989, 3551. L'Autore, esattamente rileva, peraltro, come tale principio sia stato affermato dalla Corte in relazione ad una persona giuridica: ne consegue che le implicazioni della decisione *in re* Orkem appaiano *a fortiori* valide in relazione alle persone fisiche (Cfr. E. Infante, Nemo tenetur se detegere *in ambito sostanziale: fondamento e natura giuridica*, cit., p. 845). Per un'analisi della pronuncia in esame e per una panoramica della dottrina che si è occupata delle problematiche dalla stessa sollevate, si vedano, per tutti, S. Baldi, *Giurisprudenza comunitaria in materia di diritti*

Ulteriori indici del ruolo cardine del *se detegere* nel sistema penale sarebbero evincibili dal diritto interno, tanto da fonti aventi valore di legge ordinaria che dal dettato costituzionale.

Nell'ambito delle prime, ad avviso della tesi in commento, un peculiare ruolo sarebbe da ascriversi allo stesso art. 384 c.p.: l'ipotesi di non punibilità immanente a tale norma, essendo radicata sul *se detegere*, dovrebbe infatti considerarsi la manifestazione di un principio generale; per tale ragione, anche se non fosse stata espressamente disciplinata, essa comunque costituirebbe un "limite tacito" delle incriminazioni[35]. Il corollario di una tale impostazione è che il *nemo tenetur* in realtà avrebbe una potenzialità erosiva della punibilità più ampia di quella desumibile dalla stessa norma-chiave dell'art. 384 c.p.; essa costituirebbe perciò un indizio della centrale importanza del principio nel sistema penale, ma non ne esaurirebbe la portata. Vi sarebbero, peraltro, nel tessuto normativo (ed anche al di fuori del sistema penale) numerose altre disposizioni sintomatiche di una valenza generale ed extraprocessuale del principio: un nitido esempio sarebbe l'art. 2739 c.c., ove si stabilisce che il giuramento non può avere ad oggetto un fatto illecito; lo stesso dovrebbe dirsi della irrilevanza penale dell'autofavoreggiamento, evincibile dall'art. 378 c.p., nonché della non applicabilità delle fattispecie di riciclaggio e reimpiego agli autori dei così detti reati-fonte. Le ipotesi in esame, sia pure con diverse sfumature e nell'ambito di differenti oggettività giuridiche, dovrebbero ritenersi accomunate da una precisa scelta legislativa: non sarebbero penalmente illecite, proprio in virtù del silente, eppure affiorante in più punti del tessuto normativo, "limite logico" del *se detegere*, le attività che il reo ponga in essere al fine di "mascherare" una propria precedente condotta criminosa[36].

---

della difesa, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 1996, p. 361; A. Saggio, *La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Doc. giust.*, 1993, p. 276; D. Rinoldi, *Poteri d'inchiesta della Commissione comunitaria nel campo della concorrenza e rispetto dei diritti della difesa*, in *Dir. comm. internaz.*, 1990, p. 773.

[35] Cfr. E. Infante, Nemo tenetur se detegere *in ambito sostanziale: fondamento e natura giuridica*, cit., p. 841. L'Autore si richiama espressamente a P. Nuvolone, *I limiti taciti*, cit., p. 57.

[36] Per tutti questi rilievi Cfr. E. Infante, Nemo tenetur se detegere *in ambito sostanziale: fondamento e natura giuridica*, cit., pp. 841-842.

Nel diritto positivo, le fonti maggiormente significative per l'individuazione delle basi normative del *se detegere* e per la ricostruzione di una sua possibile rilevanza quale causa di giustificazione sarebbero, tuttavia, evincibili dalla Carta costituzionale: segnatamente, dalla presunzione d'innocenza di cui all'art. 27, co. 2, Cost., dal diritto di difesa di cui all'art. 24, co. 2, Cost. e dal principio del "giusto processo" di cui all'art. 111 Cost.[37].

La garanzia costituzionale del *nemo tenetur*, in particolare, dovrebbe enuclearsi da una lettura combinata di tali disposizioni. Sarebbe quella inerente alla presunzione d'innocenza ad assumere un ruolo decisivo nell'esegesi delle fondamenta costituzionali del principio: essa impone all'accusa un onere probatorio in ordine alla responsabilità dell'imputato che risulta incompatibile con l'imposizione allo stesso (all'interno così come all'esterno del processo), di obblighi di autoincriminazione. Il concetto di "giusto processo", dunque, nell'ottica del *nemo tenetur* e della stessa presunzione d'innocenza, implicherebbe l'illegittimità di qualsivoglia dovere confessorio eventualmente gravante sull'imputato. Laddove tale dovere fosse contemplato da una fattispecie incriminatrice, si realizzerebbe un'ipotesi di conflitto fra norme: da una parte vi sarebbero le disposizioni costituzionali appena menzionate, da considerarsi prevalenti; dall'altro le fattispecie penali implicanti obblighi di autoincriminazione. Il meccanismo deputato a risolvere tale tipologia di conflitti sarebbe quello dell'art. 51 c.p.: il *se detegere*, dunque, indipendentemente da ogni considerazione circa la sua eventuale incidenza sulla colpevolezza dell'autore, opererebbe *tout court* come una causa di giustificazione. La stessa disposizione-chiave dell'art. 384 c.p., una volta ricostruite le basi del principio secondo le cadenze argomentative delle quali si è detto, assumerebbe, una fisionomia polivalente: esso opererebbe quale causa di giustificazione in rapporto alle condotte penalmente illecite poste in essere dall'autore di un precedente reato onde salvarsi da un'incriminazione; quale causa di esclusione della colpevolezza rispetto alle condotte "salvifiche" realizzate, a

[37] Cfr. E. Infante, Nemo tenetur se detegere *in ambito sostanziale: fondamento e natura giuridica*, cit., p. 847.

beneficio dei loro prossimi congiunti, da soggetti estranei al reato-base[38].

Il *se detegere*, peraltro, si configurerebbe come una causa di esclusione dell'antigiuridicità assai peculiare: essa, in modo che appare eccentrico rispetto alla stessa dogmatica delle cause di giustificazione, opererebbe su base "personale", ovvero non potrebbe estendersi agli eventuali concorrenti nel reato[39].

3. *Le osservazioni critiche di Gabriele Fornasari in merito ad un recente orientamento giurisprudenziale*

La questione della valenza sostanziale del *nemo tenetur*, dopo aver suscitato l'interesse della giurisprudenza e della dottrina sino all'incirca all'ultimo decennio del secolo scorso, è rimasta sopita sino a tempi recenti. Ciò è verosimilmente accaduto in quanto l'orientamento favorevole ad una più ampia applicazione del *se detegere*, che la suprema Corte, come si è visto, aveva maturato attorno alla metà degli anni '80 in relazione al falso in bilancio (e dal quale aveva preso le mosse la tesi di Marco Zanotti), pur essendo stato in una occasione confermato dalla successiva giurisprudenza di legittimità, era rimasto sostanzialmente isolato[40].

---

[38] Cfr. E. Infante, Nemo tenetur se detegere *in ambito sostanziale: fondamento e natura giuridica*, cit., p. 847 ss.

[39] Cfr. E. Infante, Nemo tenetur se detegere *in ambito sostanziale: fondamento e natura giuridica*, cit., p. 851. L'autore richiama, a questo proposito, il brocardo «quod licet Jovi non licet bovi», talora citato in dottrina a sostegno della – assai discussa e non unanimemente accettata – categoria delle cause di giustificazione "a base personale". In particolare, oltre alla bibliografia citata dall'Autore alla 480. 851 si veda, a questo proposito, F. Viganò, *Stato di necessità e conflitto di doveri*, cit., p. 318; si rinvia, inoltre, le considerazioni svolte *infra*, nella parte seconda, capitolo III, sezione II, § 4. Per un punto di vista non dissimile, ed in particolare per la tesi secondo la quale l'art. 384 c.p. configurerebbe una causa di giustificazione soggettiva, vedi A. Mazzone, *Lineamenti della non punibilità ai sensi dell'art. 384 c.p.*, Napoli, 1992, p. 17 ss.

[40] La pronuncia in senso conforme è la già citata Cass. pen., Sez. I, 14 marzo 1989, De Nile; nel senso di negare, invece, qualsivoglia efficacia esimente al *se detegere* si vedano, per tutte, Cass., Sez. V, 21 gennaio 1988, Cusani, in *Giust. pen.*, 1999, III, p. 145; Cass., Sez. V, 5 dicembre 1995, Bianchini ed altri, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2780 ss., secondo cui «l'obbligo di indicare un determinato atto in bilan-

La stessa suprema Corte, tuttavia, è tornata sulla questione pochi anni or sono ed in modo decisamente innovativo. In una pronuncia del 2006, la valenza sostanziale del *nemo tenetur* è stata, infatti, riaffermata in sede di legittimità non solo ben oltre i limiti scolpiti nell'art. 384, co. 1, c.p. ma anche sulla base di argomentazioni del tutto diverse da quelle, fondate sulla inesigibilità della condotta, che avevano ispirato l'originaria apertura giurisprudenziale sul tema[41]. Il caso pratico dal quale siffatto rinnovato interesse sulla questione trae spunto è il seguente: alcuni ufficiali di polizia giudiziaria, al fine di celare una propria precedente condotta penalmente illecita in rapporto all'art. 328, co. 1, c.p., consistita nel non aver proceduto all'arresto in flagranza di un contrabbandiere in cambio della promessa di ricevere dallo stesso informazioni utili alla cattura di un latitante, avevano redatto un falso verbale di sequestro. Nello stesso, costoro avevano dato conto del rinvenimento di merce di contrabbando (poi sequestrata) in circostanze difformi dalla realtà ed in guisa tale da non far risaltare la circostanza dell'omesso arresto del contrabbandiere. Ad avviso della suprema Corte, siffatta condotta, pur astrattamente integrante il delitto di cui all'art. 479 c.p., dovrebbe ritenersi giustificata in ragione dell'art. 51 c.p., in quanto gli autori del reato avrebbero agito nell'esercizio del diritto di difesa ed in virtù del principio *nemo tenetur se detegere* di cui esso è espressione.

I tratti salienti della motivazione della pronuncia sono i seguenti: la formazione di un falso verbale di sequestro avrebbe costituito, per gli autori della condotta, l'unico mezzo per sottrarsi ad un procedimento penale a proprio carico, in quanto la descrizione veritiera di come i fatti si erano svolti sarebbe equivalsa ad una formale confessione del reato commesso; siffatta situazione, per così dire, "necessitata" avrebbe determinato, ad avviso della Corte, l'inesigibilità

---

cio non viene meno in applicazione del principio *nemo tenetur se detegere*, quando tale atto integri gli estremi di un delitto, poiché la facoltà di non assoggettarsi ad atti tendenti a provocare un'autoincriminazione non comporta anche la possibilità di violare regole di comportamento poste a tutela di interessi non legati alla pretesa punitiva».

[41] La pronuncia richiamata nel testo è Cass. pen., Sez. V, 4 dicembre 2006, n. 6458, Giordano, in *Riv. pen.*, 2007, p. 759.

di un comportamento conforme al diritto; nella pronuncia, tuttavia, si precisa come tale esito scriminante potrebbe prodursi solamente nei casi in cui la condotta penalmente imposta comporti *tout court* la confessione di un precedente reato, non invece nella diversa ipotesi in cui l'autore commetta fatti penalmente illeciti al solo fine di "ridurre" il pericolo della propria cattura; in queste ultime ipotesi dovrebbe, piuttosto, trovare applicazione l'aggravante così detta teleologica di cui all'art. 61, n. 2, c.p.[42].

La pronuncia in esame è stata oggetto, da parte di Gabriele Fornasari, di alcuni serrati rilievi critici, i quali attengono non solo al percorso argomentativo utilizzato dalla Corte, ma altresì offrono numerosi spunti di riflessione circa la questione della valenza sostanziale del *nemo tenetur*[43]. La sentenza, in primo luogo, avrebbe richiamato impropriamente il diritto di difesa di cui all'art. 24, co. 2, Cost., in quanto quest'ultimo, come è stato in talune occasioni evidenziato anche dalla Corte costituzionale, avrebbe una valenza unicamente endo-processuale; soprattutto, la situazione di "inesigibilità" tratteggiata nella sentenza non potrebbe, a meno di non incorrere in evidenti equivoci sul piano dogmatico, mai fungere da base ad

[42] «[I]n siffatta situazione, avendo comunque ritenuto i militari di procedere al sequestro almeno di una parte del tabacco lavorato estero e dovendo quindi necessariamente redigere all'uopo un verbale (cosa che avrebbero potuto invece evitare ove avessero lasciato in disponibilità dei contrabbandieri l'intero quantitativo di merce), la descrizione, in detto verbale, del reale svolgimento dei fatti che avevano portato al sequestro sarebbe equivalsa né più e né meno che ad una formale confessione del reato commesso; cosa appunto inesigibile in forza del richiamato principio del "nemo tenetur se detegere", dal momento che questo, se certamente non può valere a scriminare condotte finalizzate a ridurre il pericolo, per chi si sia reso autore di un reato, di essere individuato e perseguito (potendosi, anzi, in tali ipotesi, configurare la circostanza aggravante del nesso teleologico), non può non avere, invece, efficacia scriminante in tutti quei casi in cui l'astenersi dal commettere un determinato reato comporti necessariamente la formale confessione di altro reato già commesso (come, a titolo esemplificativo, valendo il principio anche per i reati omissivi, potrebbe ipotizzarsi con riguardo al reato di cui all'art. 361 cod. pen., teoricamente addebitabile, stando alla letterale formulazione della norma, anche al pubblico ufficiale che ometta di denunciare il reato da lui stesso commesso nell'esercizio delle sue funzioni)» (cfr. Cass. pen., Sez. V, 04/12/2006, n. 6458 cit., p. 760).

[43] Cfr. G. Fornasari, Nemo tenetur se detegere *sostanziale: qualche nuova riflessione alla luce di recenti contrasti giurisprudenziali*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, p. 907 ss.

una pretesa situazione "giustificante", giacché essa (per definizione) opera sul solo versante della colpevolezza[44]. L'aspetto saliente ed al contempo maggiormente censurabile della pronuncia in discorso atterrebbe proprio alla disinvolta ed erronea pretesa di radicare l'operatività del *nemo tenetur* nel diritto sostanziale nell'ambito delle cause di giustificazione, senza tenere conto della natura eminentemente scusante delle ipotesi scolpite dall'art. 384, co. 1, c.p. La fallacia di questa tesi viene evidenziata dall'Autore rilevando alcune paradossali conseguenze che si verrebbero a determinare qualora si riconoscesse una natura giustificante, anziché esimente, alle ipotesi in esame: «chi si sentirebbe di affermare che se Tizio commette una falsa testimonianza per non ammettere di essere il responsabile del reato di cui è erroneamente stato imputato Caio non dovrebbe risarcire il danno patito da Caio quando si sia scoperto che la sua condanna (con conseguente detenzione) è stato frutto esclusivamente della falsa testimonianza (ciò che invece sarebbe imposto riconoscendo una scriminante, visto che questa esclude anche ogni conseguenza extrapenale)?»[45].

Un analogo esempio delle inaccettabili conseguenze di una rilettura in chiave giustificante delle ipotesi di non punibilità di cui all'art. 384 c.p. viene individuato dalla dottrina in commento in relazione alla fattispecie di cui all'art. 374 c.p.: «… se Mevio reagisce alla condotta di Sempronio che sta realizzando una frode processuale ex art. 374 c.p., nascondendo nottetempo le tracce di una frenata che un perito valuterebbe facilmente come elemento di prova della sua responsabilità in un incidente che ha visto lo stesso Mevio come danneggiato e parte civile in un processo per lesioni, costui non potrebbe invocare la legittima difesa (come invece imporrebbe l'applicazione di una scriminante, che renderebbe non ingiusta l'aggressione di chi reagisce)?»[46].

---

[44] Cfr. G. Fornasari, Nemo tenetur se detegere *sostanziale: qualche nuova riflessione alla luce di recenti contrasti giurisprudenziali*, cit., pp. 910-912.

[45] Cfr. G. Fornasari, Nemo tenetur se detegere *sostanziale: qualche nuova riflessione alla luce di recenti contrasti giurisprudenziali*, cit., pp. 910-912.

[46] Cfr. G. Fornasari, Nemo tenetur se detegere *sostanziale: qualche nuova riflessione alla luce di recenti contrasti giurisprudenziali*, cit., pp. 910-912.

Parimenti erronea sarebbe la tesi (succintamente) tracciata dalla pronuncia in commento in rapporto ai criteri di delimitazione fra le condotte che dovrebbero ritenersi scriminate in virtù del *se detegere*, applicabile solo ove il comportamento penalmente imposto comporti una confessione, ovvero un'autoincriminazione certa, e quelle che, per contro, ne resterebbero al di fuori (in sintesi, tutte le altre, peraltro da ritenersi aggravate ex art. 61, n. 2, c.p.). Siffatto criterio fondato sulla "certezza" dell'autoincriminazione, ad avviso dell'Autore, sarebbe del tutto fallace: esso, in astratto, potrebbe scriminare qualsiasi fatto penalmente illecito e potrebbe perciò applicarsi persino al caso-limite in cui taluno, dopo aver commesso un reato, percuota l'unico testimone a suo carico onde farlo desistere dall'intenzione di denunciarlo[47].

L'unica soluzione per uscire da una tale *impasse* sarebbe quella di ricorrere ad un giudizio di bilanciamento fra i beni lesi dalla condotta penalmente illecita che si assume scriminata e quelli che con la stessa si intendono salvaguardare: una tale operazione, tuttavia, sarebbe logicamente impercorribile sul terreno del *se detegere* "sostanziale"; in questo caso, infatti, si dovrebbero contrapporre, in modo evidentemente incongruo, l'interesse pubblico alla repressione dei reati con la finalità, puramente egoistica e non certo meritevole di apprezzamento, dell'autore di sottrarsi alle proprie responsabilità.

Ad avviso di Gabriele Fornasari, sarebbe dunque la stessa tesi per cui il *se detegere* avrebbe una matrice giustificante a risultare erronea e fuorviante: ne sarebbe un'ulteriore prova il fatto che, nell'ambito della letteratura penalistica, i suoi sostenitori hanno dovuto fare ricorso, onde rendere artificialmente compatibili situazioni di natura marcatamente esimente con la dogmatica delle scriminanti, a categorie *sui generis*, come quella delle cause di giustificazione "su base personale"; ciò al mero fine di evitare l'inaccettabile esito, che dovrebbe invece ritenersi del tutto normale se effettivamente ci si trovasse nel contesto delle cause di giustificazione, di dover rinunciare alla punibilità, nei casi all'esame, dei concorrenti nel reato[48].

---

[47] Cfr. G. Fornasari, Nemo tenetur se detegere *sostanziale: qualche nuova riflessione alla luce di recenti contrasti giurisprudenziali*, cit., p. 911.

[48] In questi termini, quantomeno, pare doversi interpretare il pensiero dell'Autore: cfr. G. Fornasari, Nemo tenetur se detegere *sostanziale: qualche nuo-*

4. *Il dibattito sulla natura e sul fondamento dell'esimente di cui all'art. 384 c.p.*

Il dibattito circa la portata del principio *nemo tenetur se detegere* nel diritto penale sostanziale è strettamente collegato, come in parte si è già anticipato, a quello inerente alla natura ed al fondamento della causa di non punibilità contemplata dall'art. 384 c.p. Il richiamo a siffatta disposizione, in effetti, pare costituire un passaggio ineludibile di ogni trattazione inerente al tema: ne è prova il fatto che uno degli aspetti centrali e maggiormente controversi della questione è costituto proprio dalla possibilità di estendere l'applicazione di tale causa di non punibilità, che viene sovente considerata una nitida espressione del *se detegere*, a fattispecie incriminatrici affioranti nell'ordinamento (un *locus classicus* è il falso in bilancio) e dalla stessa non espressamente contemplate.

Peraltro, la tesi tradizionale, che ravvisa nell'art. 384 c.p. un'ipotesi di esclusione della colpevolezza, pare aver fortemente influenzato gli interpreti nella scelta di quale fra le due possibili ed alternative vesti di cui si è detto, quella scusante e quella giustificante, lo stesso *se detegere* debba assumere nel diritto penale sostanziale[49].

Invero, la tesi della natura scusante dell'art. 384 c.p. appare ad oggi dominante in letteratura ed è unanimemente accolta dalla manualistica: «la *ratio* della norma, del resto, è […] chiara, fondandosi sul principio che, nelle ipotesi previste non può esigersi dall'autore, per l'anomala situazione in cui agisce, di comportarsi diversamente da come si è comportato. In ipotesi siffatte l'ordinamento, nonostante la disformità del fatto dal dover essere normativo, non ritiene che sia, in radice, formulabile un giudizio di rimproverabilità»[50].

---

va riflessione alla luce di recenti contrasti giurisprudenziali, cit., p. 912.

[49] Fra gli altri, ritengono che la causa di non punibilità in discorso operi come scusante M. Romano, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1990, p. 62; D. Zotta, *Casi di non punibilità*, in F. Coppi (a cura di), *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 1996, p. 539; G. Fornasari, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit., p. 353 s.; F. Tagliarini, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, in Aa.Vv., *Diritto penale, Lineamenti di parte speciale*, Bologna, 2006, p. 234.

[50] Cfr. F. Tagliarini, in Aa.Vv., *Diritto penale, Lineamenti di parte speciale*, cit., p. 234.

L'apparente semplicità di tale ricostruzione, così ampiamente condivisa da essere oramai divenuta un punto fermo della stessa teorica delle cause di non punibilità[51], è stata, tuttavia, recentemente sottoposta in dottrina ad una serrata critica, della quale è opportuno ripercorre i punti essenziali.

La tesi critica in commento parte dal rilievo per cui vi sarebbero, in astratto, tre possibili modi d'intendere la fattispecie di cui all'art. 384 c.p.: essa, in primo luogo, potrebbe essere interpretata (come vorrebbe la dottrina dominante) come una scusante; secondariamente, vi si potrebbe ravvisare una causa di giustificazione fondata sulla tutela dei vincoli familiari; da ultimo, la *ratio* "unificante" delle diverse ipotesi di non punibilità che compongono la disposizione potrebbe essere ravvisata proprio nel suo essere il riflesso sostanziale del principio *nemo tenetur se detegere*[52].

La prima – e maggiormente accreditata – di siffatte tesi non sarebbe appagante. Essa risulterebbe fondata, a seconda delle diverse possibili interpretazioni, su di una visione, per così dire, "romantica" della norma in commento, idealmente collegata agli archetipi dell'«impulso psicologico di autodifesa» e della «forza incoercibile dei sentimenti familiari»; ovvero su di una sua lettura "esistenzialista", che riecheggerebbe l'idea della «scelta tragica» nella quale l'au-

---

[51] Cfr., oltre agli Autori richiamati supra, v., G. Bettiol, *Sulle presunzioni nel diritto e nella procedura penale*, Milano, 1938, p. 58; C. Pedrazzi, *L'"exceptio veritatis". Dogmatica ed esegesi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1954, p. 429; L. Scarano, *Non esigibilità*, cit., p. 66; G.D. Pisapia, *I rapporti di famiglia come causa di non punibilità* (1951), in Id., *Studi di diritto penale*, Milano, 1956, p. 170 ss.; P. Suchan, *Sui rapporti tra l'art. 54 e l'art. 384 c.p.*, in *Cass. pen.*, 1976, p. 675 ss.; Id., *Stato di necessità e cause di non punibilità previste dall'art. 384 c.p.*, in *Cass. pen.*, 1977, p. 66 ss.; M. Donini, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, p. 581; A. Manna, *L'art. 384 c.p. e la "famiglia di fatto": ancora un ingiustificato "diniego di giustizia" da parte della corte costituzionale?*, in *Giur. cost.*, 1996, p. 92 ss. Per una panoramica dei diversi orientamenti dottrinali inerenti al disposto di cui all'art. 384, co. 1, c.p. v. altresì G. Piffer, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia, Tomo I, I delitti contro l'attività giudiziaria*, Padova, 2005, p. 861; L. Scopinaro, *Reati contro l'amministrazione della giustizia*, in P. Pisa (a cura di), diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, *Trattato di diritto penale*, Milano, 2009, p. 291 ss.

[52] I versanti di analisi menzionati nel testo sono quelli individuati da A. Spena, *Sul fondamento della non punibilità nei casi di necessità giudiziaria (Art. 384, co.1, c.p.)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 145 ss.

tore si verrebbe a trovare ogniqualvolta debba decidere se osservare un obbligo penalmente imposto oppure esporre sé stesso, o un prossimo congiunto, ad un «grave ed inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore»[53]. Nessuna delle due possibili forme attraverso le quali viene usualmente esplicata in dottrina la supposta fisionomia scusante della norma – né quella "romantica" né quella "esistenzialista" – reggerebbero, tuttavia, ad un attento vaglio critico. Per quanto riguarda la prima, che riflette la convinzione di un agire istintuale (l'autore sarebbe mosso da un impulso di autoconservazione, ovvero da quello di salvare un familiare), ne andrebbe rilevata l'inidoneità a spiegare il perché, nell'intelaiatura dell'art. 384 c.p., non siano presenti alcune fattispecie incriminatrici in rapporto alle quali si porrebbero problemi di esigibilità della condotta non minori di quelli ravvisabili nei casi espressamente richiamati: a supporto di tale obiezione, si fanno gli esempi delle false dichiarazioni o attestazioni in atti destinati all'autorità giudiziaria (art. 374 *bis* c.p.) e della rivelazione di segreti inerenti ad un procedimento penale (art. 379 *bis* c.p.)[54]. Nell'ambito della fattispecie espressamente richiamate dalla norma, per contro, ve ne sarebbero alcune, come l'auto-calunnia, la frode processuale ed il favoreggiamento personale, che, non essendo basate sulla violazione di "obblighi di cooperazione con l'autorità giudiziaria", non sarebbero affatto in grado di incidere come le altre sul "percorso motivazionale" dell'autore[55]. La stessa categoria dei prossimi congiunti, inoltre, sarebbe nello stesso tempo "infra-inclu-

[53] Per questo approccio al problema si veda, in particolare, A. Spena, *Sul fondamento della non punibilità*, cit., pp. 151-159; la tesi "romantica" alla quale l'Autore si riferisce, pare riconducibile a A. Crespi, *Falsa testimonianza e possibilità di astensione dalla deposizione*, in *Riv. it. dir. pen*., 1952, p. 655 e a V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, Vol. V, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 1982, p. 749, che espressamente si riferiscono alla forza incoercibile degli affetti familiari, ed è stata sovente ripresa anche dalla più dottrina recente: cfr., per tutti, G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale, parte speciale*, 5ª ed., Bologna, 2012, p. 423; D. Zotta, *Casi di non punibilità*, cit., p. 529; G. Piffer, *Commento all'art. 384 c.p.*, in *Codice penale commentato*, a cura di Marinucci G., Dolcini E., 3ª ed., Milano, 2011, Vol. II, p. 3934 ss.

[54] A. Spena, *Sul fondamento della non punibilità*, cit. p. 152.

[55] A. Spena, *Sul fondamento della non punibilità*, cit. p. 153; sul punto cfr. anche A. Perini, *Ai margini dell'esigibilità*, nemo tenetur se detegere *e false comunicazioni sociali*, cit., p. 561 ss.

siva" e "sovra-inclusiva": ne resterebbero inspiegabilmente esclusi, infatti, rapporti di natura affettiva e solidaristica (emblematico è il caso della convivenza *more uxorio*) evidentemente in grado di riverberarsi sulla esigibilità della condotta; d'altro canto, il richiamo alla famiglia legittima, sotteso al concetto di "prossimi congiunti", renderebbe non punibili fatti realizzati in vista della conservazione di legami normalmente caratterizzati da una intensità minore di quella riscontrabile nelle ipotesi che la norma lascia scoperte (il caso potrebbe essere quello degli «affini nello stesso grado»)[56]. Lo stesso requisito della "costrizione", pur contemplato espressamente nell'art. 384 c.p., non comporterebbe, quantomeno per come viene interpretato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, alcun tipo di verifica in "concreto" circa l'effettiva incidenza delle situazioni di inesigibilità astrattamente prefigurate dalla norma sulla psiche dell'autore[57].

I medesimi rilievi appena effettuati, peraltro, varrebbero anche in relazione alla versione "esistenzialista" della fattispecie di non punibilità all'esame, che differisce dalla prima essenzialmente per il carattere razionale, non già istintivo, della "scelta tragica" operata dall'agente[58]. In questa seconda ipotesi dovrebbe ravvisarsi un conflitto fra i doveri incombenti sul soggetto attivo del reato (a seconda della fattispecie richiamata egli è pubblico ufficiale, medico, testimone, ecc.) e l'alternativa di incriminare sé stesso o un prossimo congiunto: tuttavia, anche rispetto a questa prospettiva interpretativa andrebbe rilevato come non tutte le situazioni contemplate nell'art.

---

[56] A. Spena, *Sul fondamento della non punibilità*, cit., p. 155; in senso non dissimile v. anche P. Pisa, *Giurisprudenza commentata di diritto penale*, II, 3ª ed., Padova, 1999, p. 604.

[57] A. Spena, *Sul fondamento della non punibilità*, cit., p. 157; in senso diverso pare, tuttavia, esprimersi P. Suchan, *Sui rapporti tra l'art. 54 e l'art. 384 c.p.*, cit., p. 676 s., il quale ritiene necessaria di una verifica delle finalità perseguite dall'agente e – se ne desume – della situazione di costrizione in cui egli si trova. Nella stessa prospettiva si veda altresì D. Zotta, *Casi di non punibilità*, cit., p. 541, ad avviso del quale «la natura soggettiva della scriminante significa che, per poter operare, è necessario che la finalità descritta dalla norma sia stata la motivazione principale dell'agente e che, pertanto, la situazione necessitante abbia determinato una effettiva costrizione psichica».

[58] Ovvero del "bivio angoscioso" nel quale egli si trova, per dirla con A. Crespi, *Falsa testimonianza e possibilità di astensione dalla deposizione*, p. 656.

384 c.p. determinerebbero l'insorgere di siffatto conflitto[59]. Ancora una volta, sarebbero emblematiche le fattispecie di frode processuale, di favoreggiamento e di autocalunnia, in quanto esse non «ruotano sulla violazione di un qualche dovere di collaborazione con l'amministrazione della giustizia» e, dunque, non sarebbero in grado di alterare significativamente la rimproverabilità dell'autore[60].

Se l'opinione secondo cui l'ipotesi di non punibilità in commento avrebbe un fondamento scusante non potrebbe dirsi, alla luce di questi rilievi, accoglibile, la diversa tesi di un suo fondamento giustificante non avrebbe maggior fortuna.

A favore di quest'ultima militerebbero, tuttavia, alcuni non secondari argomenti: innanzitutto, nonostante la diversa opinione di una parte della dottrina, nessun ostacolo logico o dogmatico impedirebbe l'effettuazione di un bilanciamento fra gli interessi ed i valori sottesi all'art. 384 c.p.; essi ben potrebbero, pertanto, essere valutati nell'ambito "oggettivo" della comparazione fra beni giuridici che caratterizza la sistematica delle cause di giustificazione[61]. Ciò, in particolare, varrebbe per la già richiamata variante "familistica" della norma in esame, in quanto essa presenta strette connessioni con la tutela della famiglia, le cui fondamenta sono individuabili tanto nella Carta costituzionale che nel codice penale[62]. Lo stesso requisito letterale della "gravità" del nocumento di cui all'art. 384 c.p., peraltro, chiaramente dimostrerebbe, ad avviso dell'Autore, come il legi-

---

[59] A. Spena, *Sul fondamento della non punibilità*, cit. p. 160.

[60] A. Spena, *Sul fondamento della non punibilità*, cit. p. 160.

[61] A. Spena, *Sul fondamento della non punibilità*, cit. p. 163; per la tesi per cui gli interessi in conflitto non sarebbero bilanciabili si vedano, fra gli altri P. Suchan, *I rapporti tra l'art. 54 e l'art. 384 c.p.*, cit., p. 677; Id., *Stato di necessità*, cit., 68; A. Manna, *L'art. 384 c.p. e la "famiglia di fatto": ancora un ingiustificato "diniego di giustizia" da parte della corte costituzionale?*, p. 92.

[62] Tale orientamento, peraltro, è stato a più riprese espresso dalla Corte costituzionale: cfr., in particolare, Corte cost., 8/96, in *Giur. cost.*, 1996, p. 81 ss., con note di A. Manna, *L'art. 384 c.p. e la "famiglia di fatto": ancora un ingiustificato "diniego di giustizia" da parte della corte costituzionale?*, cit., e M. Zanotti, *Una questione di costituzionalità mal posta: la facoltà di astensione dal dovere testimoniale del convivente di fatto e l'art. 29 Cost*. In dottrina, pare sostenere l'inerenza della disposizione in commento alla tutela dell'unità familiare M. Pisani, *La tutela penale delle prove formate nel processo*, Milano, 1959, p. 246 ss.: «il legislatore, con questa disposizione, ha voluto tutelare la lealtà e la fedeltà dell'individuo alla famiglia, in quanto primigenia società intermedia tra la persona e lo stato».

slatore abbia demandato all'interprete proprio l'effettuazione di un giudizio di bilanciamento fra gli interessi in gioco che richiamerebbe da vicino il requisito della "proporzione" nello stato di necessità[63].

La lettura in chiave scriminante della norma, pur astrattamente plausibile, rimarrebbe però inappagante essenzialmente per due ragioni: in primo luogo, la tesi, sovente sostenuta in giurisprudenza, secondo cui l'art. 384 c.p. costituirebbe un'ipotesi "speciale" di stato di necessità, sarebbe inaccoglibile[64]. Ciò sia in quanto le due norme avrebbero struttura ed ambito affatto diversi, sia in quanto tale interpretazione giurisprudenziale si risolverebbe in un'analogia *in malam partem*[65]. Invero, la dottrina richiamata rileva condivisibilmente come la giurisprudenza sembri aver accostato la disposizione in commento a quella dell'art. 54 c.p. non tanto per valorizzarne la supposta matrice "giustificante", ma piuttosto per limitarne l'applicazione: è nota l'estensione all'art. 384 c.p., operata proprio attraverso la sua ricostruzione quale ipotesi "speciale" di stato di neces-

---

[63] A. Spena, *Sul fondamento della non punibilità*, cit., p. 163.

[64] Fra i sostenitori di tale tesi, in dottrina si vedano, per tutti, V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 750; F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, parte speciale*, II, 7ª ed. riveduta ed aggiornata da L. Conti, Milano, 1997, p. 487; G. Vassalli, *Cause di non punibilità*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 631; A. Pagliaro, *Principi di diritto penale, parte generale*, 4ª ed., Milano, 1993, p. 134; B. Romano, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, 2ª ed., Milano, 2004, p. 255. In senso parzialmente difforme v. E. Mezzetti, "Necessitas non habet legem*?*", Torino, 2000, p. 99 ss., il quale, diversamente dalla dottrina appena richiamata, ritiene che l'ipotesi speciale in discorso comunque non dovrebbe applicarsi allorquando sia riscontrabile una volontaria causazione del pericolo, giacché tale requisito dovrebbe ritenersi implicito alla norma. In giurisprudenza, per una chiave di lettura analoga, si veda, fra le altre, Cass. pen., Sez. VI, 15 dicembre 1998, n. 7823, Mocerino, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2264.

[65] A. Spena, *Sul fondamento della non punibilità*, cit., p. 167. Per l'esattezza, l'Autore rileva come, nel caso in esame, sarebbe ravvisabile uno «strano *monstrum* interpretativo, frutto di una inedita combinazione di *analogia legis* ed *analogia iuris*: *analogia legis* in quanto si tratta di applicare una regola dettata per casi diversi seppur (assunti come) simili; *analogia iuris*, però, in quanto la disposizione dell'art. 54 è chiamata in causa in qualità di (espressione, formalizzazione, di un) principio generale del sistema». Sul punto si veda anche M. Zanotti, *Studi in tema di favoreggiamento personale*, Padova, 1984, p. 68, ad avviso del quale «l'inserzione nel corpo dell'esimente di elementi tipici dello stato di necessità non pare il risultato di una ammissibile interpretazione estensiva, bensì quello di una vietata estensione analogica *in malam partem* fondata su una asserita, ma indimostrabile, identità di *ratio*».

sità, del requisito della involontaria causazione del pericolo che è in realtà previsto solo per tale ultima fattispecie[66].

In secondo luogo, la collocazione della causa di non punibilità all'esame nell'ambito delle scriminanti finirebbe per valorizzarne alcuni aspetti che, a ben guardare, risulterebbero assolutamente censurabili sul piano politico-criminale: la disposizione, infatti, nella sostanza promuoverebbe, in modo stravagante dal punto di vista assiologico, una sorta di "omertà familistica", addirittura considerandola prevalente sulle istanze di giustizia statale.

4.1. In particolare: sul ruolo svolto dal se detegere *nell'intelaiatura dell'art. 384 c.p.*

Come si è accennato, secondo la prospettiva critica che si è appena esaminata, vi sarebbe, almeno in astratto, una "terza via" per ricostruire in termini unitari il fondamento delle diverse situazioni sottese alla causa di non punibilità in discorso: il suo essere espressione nel versante penale-sostanziale di quel peculiare aspetto del diritto di difesa che è il *se detegere*. Siffatto percorso speculativo muove da un dato di fatto: l'esistenza di un'intima relazione fra l'ipotesi di non punibilità ed il principio processuale è stata costantemente affermata, e talora persino enfatizzata, sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza[67]. Va anzi rilevato, a questo proposito, come la letteratura che si è occupata del tema della valenza sostanziale del *nemo tenetur* abbia considerato l'intima relazione di cui si è detto come una sorta di *a priori* nella fisionomia dell'art. 384 c.p.; con la con-

---

[66] In questo senso pare esprimersi A. Spena, *Sul fondamento della non punibilità*, cit., pp. 167-168.

[67] Cfr. A. Spena, *Sul fondamento della non punibilità*, cit., pp. 167-168. L'affermazione secondo cui il fondamento della causa di non punibilità all'esame dovrebbe rinvenirsi nella libertà dalle autoincriminazioni è ricorrente tanto in dottrina (oltre agli Autori richiamati *supra*, si vedano in particolare, V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 749; M. Zanotti, «Nemo tenetur se detegere: *profili sostanziali*», cit., *passim*; G. Fiandaca, E. Musco, *Manuale di diritto penale, parte speciale*, cit., I, p. 422) ed è assai ricorrente in giurisprudenza (cfr., fra le altre, Cass. pen., Sez. VI, 4 ottobre 2001, Mariotti, in *Cass. pen.*, 2002, 3085, con nota di M.G. Rosa, *Sull'applicabilità dell'art. 384, co.1, c.p. al testimone che non si è avvalso della facoltà di astensione*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 3087; Cass. pen., Sez. VI, 30 settembre 2003, n. 44743, Ferrari, in *Riv. pen.*, 2004, p. 458).

seguenza, come meglio si dirà più oltre, di giungere a ricostruzioni talora apodittiche circa il fondamento e la portata della disposizione. Tuttavia, come è stato condivisibilmente osservato dalla dottrina in commento, nell'intelaiatura della norma e soprattutto nelle fattispecie incriminatrici che essa richiama, contrariamente a quanto sembra sostenere la letteratura prevalente, solamente alcuni aspetti paiono effettivamente riconducibili al nucleo concettuale del *se detegere*.

In primo luogo, la tesi in parola evidenzia come il principio avrebbe un contenuto "astensivo": a colui che rivesta, all'interno del processo (*rectius*, del procedimento), determinati ruoli, segnatamente quelli richiamati dall'art. 384 c.p. (pubblico ufficiale, medico, testimone, perito, ecc.) non potrebbe imporsi penalmente di «tenere certi comportamenti positivi dai quali possa per lui in sostanza derivare una confessione di responsabilità»[68]; il *se detegere* sarebbe caratterizzato, pertanto, da una sorta di "momento omissivo", in virtù del quale al consociato che, a diverso titolo, entri in contatto con il procedimento, dovrebbe riconoscersi una facoltà di omettere il comportamento penalmente imposto e di non collaborare all'emersione giudiziale della propria responsabilità. Un riscontro tangibile di tale prospettiva circa i contenuti del principio sarebbe evincibile dalla stessa struttura di una parte dei reati "richiamati": essi consistono prevalentemente in fattispecie omissive proprie (emblematici sono i casi dell'omissione di denuncia, dell'omissione di referto, del rifiuto di uffici legalmente dovuti) o comunque caratterizzate da un rilevante aspetto omissivo (così sarebbe per l'"omissione del vero" comunque immanente alla condotta di falsa testimonianza)[69]. Se, dunque, i

[68] Cfr. A. Spena, *Sul fondamento della non punibilità*, cit., p. 175. In una prospettiva non dissimile, nell'ambito della letteratura anglosassone, v. anche M. Redmayne, *Rethinking the Privilege against Self-Incrimination*, cit., p. 225, il quale evidenzia la natura eminentemente omissiva del *privilegio*.

[69] Cfr. A. Spena, *Sul fondamento della non punibilità*, cit., p. 176; per una lettura in chiave omissiva del principio, si veda altresì M. Scaparone, *Commento all'art. 24, secondo comma, Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, G. Branca (a cura di), Bologna-Roma, 1981, p. 91, ad avviso del quale «la libertà dalle autoincriminazioni […] comprende, al di là del diritto di non rendere dichiarazioni narrative dei fatti dedotti o deducibili in imputazione, il diritto di non essere costretto a porre in essere alcun comportamento, anche non consistente in dichiarazioni, il quale possa pregiudicare il suo autore nello svolgimento di una difesa nel processo».

contenuti del principio si risolvono essenzialmente in una facoltà di "omettere" o, se si preferisce, in termini più ampi, di non collaborare all'accertamento di una responsabilità propria, vi sarebbero almeno due elementi di dissonanza fra lo stesso *se detegere* e l'intelaiatura normativa dell'art. 384 c.p.: innanzitutto, in questo figurano fattispecie che, una volta ricondotte nella sfera della non punibilità, rendono ammissibili per l'autore di un precedente reato non solo comportamenti omissivi, bensì svariate condotte attive, tutte risolventesi in un vero e proprio "intralcio" alla giustizia. Esempi emblematici ne sarebbero, ancora, le fattispecie di frode processuale, di autocalunnia e di favoreggiamento personale. In secondo luogo, uno dei due profili valorizzati dalla norma, ossia quello inerente alla necessità di evitare un nocumento all'onore, presenterebbe connessioni con il *se detegere* assai sfumate ed incerte[70].

Un esempio potrebbe essere quello di colui che, sentito come testimone, deponga il falso al mero fine di non rendere pubblicamente nota la bizzarria dei propri comportamenti sessuali: tale ipotesi, all'evidenza, nulla ha a che fare con la libertà dalle autoincriminazioni[71]. In breve: non vi sarebbe coincidenza fra i contenuti del *se detegere* e l'area di operatività dell'esimente; per questa ragione, neppure il richiamo al principio consentirebbe di far emergere una *ratio* unitaria delle varie situazioni di non punibilità dalla stessa contemplate. L'art. 384 c.p., in ultima analisi, dovrebbe ritenersi, ad avviso della dottrina in commento, una sorta di "chimera giuridica", ossia un coacervo di situazioni di non punibilità fondate su *rationes* non solo tra loro diversissime, ma altresì, in alcuni casi, radicate su schemi assiologici eccentrici e finanche censurabili sul piano politico-criminale; la fattispecie in parola, secondo l'auspicio espresso dalla dottrina di cui si tratta, dovrebbe essere per questa ragione o abrogata o almeno sensibilmente ridimensionata dal legislatore[72].

---

[70] Cfr. A. Spena, *Sul fondamento della non punibilità*, cit., pp. 176-178.
[71] Cfr. A. Spena, *Sul fondamento della non punibilità*, cit., p. 178.
[72] Cfr. A. Spena, *Sul fondamento della non punibilità*, cit., pp. 178-180.

4.2. La questione dell'applicabilità dell'esimente al convivente "more uxorio"

A conferma della scarsa omogeneità e razionalità delle diverse situazioni esimenti condensate nel disposto dell'art. 384 c.p., va segnalata la questione, anch'essa a lungo dibattuta, dell'esclusione dalle stesse della figura del convivente "*more uxorio*"[73]. Sul punto è ripetutamente intervenuto il Giudice delle leggi che, in netto disaccordo con la prevalente dottrina, ha sempre ritenuto infondate le questioni di legittimità costituzionale inerenti alla presunta disparità di trattamento fra "coniuge" e "convivente" rispetto all'accesso alla causa di non punibilità in parola[74]. La questione può essere riassunta come segue: ad avviso della Corte costituzionale, il rapporto coniugale e la convivenza di fatto darebbero luogo a situazioni nettamente diverse; solamente il matrimonio sarebbe caratterizzato da stabilità e certezza, oltre che dalla «reciprocità e corrispettività di diritti e doveri»; la diversa tipologia dei due rapporti, peraltro, sarebbe evidenziata, sul piano della loro ricostruzione "in diritto",

---

[73] Fra i più recenti contributi sul tema si vedano quelli di R. Bartoli, *Unioni di fatto e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2010, p. 1599 ss.; A. Monteleone, *Aspetti penali della "famiglia di fatto"*, in *Giur. merito*, 2005, p. 117; S. Beltrani, *La (mutevole) rilevanza penale della famiglia di fatto nel diritto penale*, in *Cass. pen*., 2008, p. 2860; G. Pestelli, *L'art. 384 c.p. ed il convivente more uxorio: i termini di un rapporto negato*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 486 ss.; P. Pittaro, *Il (controverso) rilievo giuridico della famiglia di fatto nel diritto penale*, in *Fam.dir.*, 2010, p. 933 ss.

[74] Sul punto si veda Corte cost., sentenza 18 gennaio 1996, n. 8, in *Giur. cost.*, 1996, p. 81 ss., con nota di A. Manna, *L'art. 384 c.p. e la "famiglia di fatto": ancora un ingiustificato "diniego di giustizia" da parte della corte costituzionale*, p. 90 ss.; nonché con nota di M. Zanotti, *Una questione di costituzionalità mal posta: la facoltà di astensione dal dovere testimoniale del convivente di fatto e l'art. 29 Cost*., *ivi*, 1996, p. 99 ss. La medesima pronuncia è reperibile anche in *Fam. dir.*, 1996, p. 107, con nota di G. Ferrando, *Famiglia legittima, famiglia di fatto e reato di favoreggiamento*, *ivi*, 1996, p. 109 ss. Più recentemente, si veda Corte cost., sentenza 4 maggio 2009, n. 140, in *Giur. cost.*, 2009, p. 1513 con nota di A. Pastorelli, *La convivenza more uxorio non esclude la punibilità del favoreggiamento personale*, *ivi*, p. 1525 ss., nonché in *Cass. pen.*, 2009, p. 4213 ss. Nell'ambito dell'ulteriore giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 384, co. 1, c.p., si vedano anche: Corte cost., ordinanza 7 aprile 2004, n. 121, in *Fam. dir*., 2004, p. 329, con nota di P. Pittaro; Corte cost., sentenza 13 novembre 1986, n. 237, in *Cass. pen*., 1987, p. 263, per gli ulteriori approfondimenti giurisprudenziali si rinvia agli Autori citati *supra*.

dalla riconducibilità degli stessi a differenti ambiti della tutela costituzionale. Segnatamente: la famiglia di fatto sarebbe inquadrabile fra «i diritti inviolabili dell'uomo nelle formazioni sociali» di cui all'art. 2 Cost.; il matrimonio, per contro, risulterebbe espressamente riconducibile alla disposizione di cui all'art. 29 Cost. Siffatta diversità di disciplina, ad avviso della Consulta, sottintenderebbe il riconoscimento a ciascuno dei due legami di una «propria specifica dignità» e di una differenziata cornice di valori: il maggior spazio da riconoscersi, nella convivenza, «alla soggettività individuale dei conviventi» si contrapporrebbe, nel matrimonio, alla «famiglia […] come stabile istituzione sovraindividuale». Peraltro, poiché le cause di non punibilità costituirebbero eccezioni a norme penali generali, la loro estensione necessariamente presupporrebbe un'attenta ponderazione delle ragioni che rispettivamente sorreggono la norma generale e la norma derogatoria; ovvero un giudizio rientrante, salvi i soli casi di "irragionevolezza", nella competenza del legislatore. Secondo la Corte, nell'ipotesi in esame, le esigenze sottese alle norme in conflitto sarebbero, da un lato, «l'efficacia della funzione giudiziaria penale» e, dall'altro, la tutela dei «beni afferenti la vita familiare», nel cui ambito la famiglia legittima si segnalerebbe, rispetto alla famiglia di fatto, per la presenza di un *quid pluris*. In entrambi i casi sussisterebbe «un'esigenza di tutela delle relazioni affettive individuali e dei rapporti di solidarietà personali», ma solo alla famiglia legittima dovrebbe riconoscersi anche un'esigenza di tutela «dell'istituzione familiare come tale, il cui elemento essenziale e caratterizzante è la stabilità, un bene che i coniugi ricercano attraverso il matrimonio, mentre i conviventi affidano al solo impegno bilaterale quotidiano»[75].

Siffatte considerazioni sono state vivacemente contestate in dottrina: esse, in primo luogo, sottintenderebbero una visione pubblicistico-istituzionale della famiglia di derivazione autoritaria e per ciò solo incompatibile con l'attuale assetto dei valori costituzionali[76]; peraltro, non essendo più il matrimonio giuridicamente concepito

[75] Cfr. Corte cost., sentenza 4 maggio 2009, n. 140, in *Cass. pen.*, pp. 4216-4218.

[76] In questo senso si vedano, per tutti, R. Bartoli, *Unioni di fatto e diritto penale*, cit., p. 1620; G. Ferrando, *Famiglia legittima, famiglia di fatto e reato di*

come un vincolo indissolubile, non gli si potrebbe più riconoscere un grado di stabilità maggiore di quello riscontrabile nella famiglia di fatto[77]. Aspetto ancor più importante, la *ratio* sottesa all'esimente dell'art. 384 c.p. non sarebbe affatto, come sostiene la Corte, quella di tutelare l'unità della famiglia, ma semplicemente quella di sollevare il soggetto attivo del reato dalla "scelta tragica" fra incriminare un congiunto ovvero commettere un reato[78]. L'esimente, peraltro, troverebbe fondamento, diversamente da quanto ritiene la Corte, nella libertà dei membri della famiglia di «evitare l'intrusione di soggetti terzi», con la conseguenza che ne risulterebbe valorizzata non già una concezione pubblicistico-istituzionale della famiglia, ma, all'op-

---

favoreggiamento, cit., p. 113 ss.; M. Bertolino, *La famiglia, le famiglie: nuovi orizzonti della tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 578.

[77] Cfr. R. Bartoli, *Unioni di fatto e diritto penale*, cit., p. 1620. Ad avviso dell'Autore, «detto in altro modo, venuta meno l'indissolubilità del matrimonio e legittima la separazione di fatto, la stessa stabilità del matrimonio è nella sostanza identica a quella della convivenza, divergendo solo per il profilo dell'atto e degli obblighi, che tuttavia non sono più rilevanti ai fini della stabilità/unità. In termini ancora più schietti, si deve osservare come, nell'attuale assetto costituzionale, anche nel rapporto coniugale l'affectio quotidiana risulta "liberamente e in ogni istante revocabile"». Sul punto si veda anche G. Pestelli, *L'art. 384 c.p. ed il convivente more uxorio: i termini di un rapporto negato*, cit., p. 487.

[78] In questo senso, in particolare, v. R. Bartoli, *Unioni di fatto e diritto penale*, cit., p. 1620. Peraltro, la tesi secondo cui l'art. 384, co. 1, c.p., avrebbe una natura esimente, fondata sulla situazione di inesigibilità di una condotta conforme al diritto nella quale verrebbe a trovarsi l'autore del reato, è fortemente condivisa in dottrina. Fra gli altri, in questo senso, si vedano M. Romano, *Cause di giustificazione, cause scusanti e cause di non punibilità in senso stretto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 61 ss.; G. Fornasari, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit., p. 353 ss.; Id., "Nemo tenetur se detegere", cit., p. 907 ss.; G.M. Flick, *L'esimente speciale dell'art. 384, co. 1, c.p. e l'aggravante generale dell'art. 61 n. 2 c.p. nel delitto di falsa testimonianza*, cit., p. 218 ss.; G. Conso, *L'alibi dei parenti*, in *Arch. pen.*, 1971, I, p. 176; V. Grevi, *Il segreto familiare: la testimonianza dei prossimi congiunti*, in Aa.Vv., *La testimonianza nel processo penale*, Milano, 1974, p. 105 ss.; A. Manna, *L'art. 384 c.p. e la "famiglia di fatto": ancora un ingiustificato "diniego di giustizia" da parte della corte costituzionale?*, cit., p. 90 ss.; A. Perini, *Ai margini dell'esigibilità*, nemo tenetur se detegere *e false comunicazioni sociali*, cit., p. 538 ss.; D. Zotta, *Casi di non punibilità*, cit., p. 539 ss.; F. Bellagamba, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, Milano, 2007, p. 305 ss. Nello stesso senso, peraltro, si sono espresse, in tempi ancora recenti le Sezioni Unite della suprema Corte (cfr. Cass. pen., Sez. Un., 29 novembre 2007, Genovese, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2339 (con nota di G. Andreazza).

posto, una sua visione individualistico-liberale[79]. Infine, ma non secondariamente, l'approccio della Corte sarebbe tacciabile di una eccessiva focalizzazione sul versante oggettivo del bilanciamento di interessi, al punto da trascurare che la causa di non punibilità in esame ha una matrice evidentemente soggettiva, fondata sul conflitto motivazionale del soggetto agente[80].

Invero, va rilevato come la questione all'esame si presti ad essere considerata attraverso prospettive politico-criminali opposte ed inconciliabili: da un lato, come sostiene la dottrina appena richiamata, la categoria dei "prossimi congiunti", se rapportata all'attuale modo d'essere dei rapporti familiari, potrebbe rivelarsi angusta ed obsoleta, ed andrebbe quindi ampliata e rammodernata; dall'altro, come invece sostiene – lo si è visto – un'altra parte della dottrina, le situazioni esimenti contemplate dall'art. 384 c.p. non solo non andrebbero estese, ma, laddove non si addivenisse all'abrogazione del-

[79] Cfr., in particolare, R. Bartoli, *Unioni di fatto e diritto penale*, cit., p. 1621; per una ricostruzione dei contrapposti profili di ordine pubblicistico – ovvero individualistico-liberale – che fanno da sfondo alla tutela costituzionale della famiglia si vedano M. Bessone *et al.*, *La famiglia nel nuovo diritto. Principi fondamentali, riforme legislative, orientamenti della giurisprudenza*, 5ª ed., Bologna, 2002, p. 15 ss.

[80] Proprio in quanto si è in presenza di una causa di non punibilità fondata sulla inesigibilità della condotta, la distinzione fra "famiglia legittima" e "famiglia di fatto", ad avviso di una parte della dottrina, nella fattispecie in esame sarebbe priva di ogni plausibile ragion d'essere. Sarebbe perciò «più conforme al loro carattere partire dalla loro "essenza", cioè quella, nella specie, di ipotesi tipiche di "inesigibilità", fondate, oltre che sul *nemo tenetur se detegere*, anche sul legame di solidarietà dovuto agli affetti familiari» (cfr. A. Manna, *L'art. 384 c.p. e la "famiglia di fatto": ancora un ingiustificato "diniego di giustizia" da parte della corte costituzionale?*, cit., p. 96). La medesima dottrina, peraltro, sostiene la necessità di superare l'impasse facendo ricorso *tout court* ad una applicazione analogica della norma (cfr. A. Manna, *L'art. 384 c.p. e la "famiglia di fatto": ancora un ingiustificato "diniego di giustizia" da parte della corte costituzionale?*, cit., p. 93; nello stesso senso, A. Gargani, *Riflessi sostanziali dell'estensione al convivente more uxorio della facoltà di astenersi dal testimoniare*, in *Leg. pen.*, 1991, p. 191). Va rilevato a questo proposito, come l'applicazione analogica delle esimenti sia posta condivisibilmente in discussione da una parte della dottrina (cfr., per tutti, nella manualistica, G. Marinucci, E. Dolcini, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2ª ed., Milano, 2006, p. 290; C. Fiore, S. Fiore, D*iritto penale, parte generale*, I, Torino, 2007, p. 350). Sul punto in particolare, si vedano le osservazioni di A. Spena, *Sul fondamento della non punibilità*, cit. p. 156), ad avviso del quale «prossimo congiunto» sarebbe «una locuzione che con troppa evidenza rimanda all'esistenza di relazioni parentali formalmente definite».

la norma (ritenuta auspicabile), sarebbero quantomeno proprio le ipotesi di "omertà familistica" ivi presenti a dover essere eliminate[81].

A questo proposito si impone una puntualizzazione, che verrà meglio sviluppata ed approfondita nel prosieguo di questo lavoro: le ipotesi di "soccorso giudiziario" verso i prossimi congiunti, indipendentemente dalla loro plausibilità politico-criminale e dalla possibilità di un loro ampliamento soggettivo, nulla hanno a che fare, se non per la contestualità di disciplina (peraltro parziale) nell'art. 384 c.p., con l'area di operatività del *se detegere* nel diritto penale sostanziale. Esse, invero, sono inoppugnabilmente radicate sulla (reale, ovvero solo legislativamente presunta) inesigibilità di una condotta conforme al diritto[82]: la denuncia, la testimonianza, il referto, ecc., sebbene a determinate condizioni siano imposti dalla legge, apparirebbero odiosi ed inaccettabili qualora ci si trovasse costretti a rivolgerli contro un "prossimo congiunto"; così come, per la maggior parte delle persone, risulterebbe assai arduo rifiutare aiuto ad

---

[81] Cfr. A. Spena, *Sul fondamento della non punibilità*, cit., p. 170, e pp. 178-181; rilievi critici non dissimili, peraltro, già si rinvengono in M. Pisani, *La tutela penale delle prove*, cit., p. 246 ss., ad avviso del quale il legislatore, con la disposizione in commento, avrebbe ottenuto «il risultato di introdurre una deviazione sistematica di non poco conto, ove si pensi che dei motivi di particolare valore morale e sociale assurgono a cause di giustificazione, una deroga ingiustificata ai principi che regolano il reato di favoreggiamento, come tale perseguibile anche nei confronti di colui che presti aiuto al non imputabile e all'innocente […] e per di più un indiretto incentivo all'omertà, che è il sordo atto d'ossequio alla forza cogente di un altro ordinamento inseritosi entro quello statuale». Secondo un'altra parte della dottrina, la causa di non punibilità in discorso, in quanto sintomatica di una acquiescenza del legislatore «ai tristissimi fenomeni dell'omertà e del mendacio verso gli organi della giustizia», dovrebbe operare quale «causa di attenuazione della pena» (cfr. F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, II, 9ª ed., in L. Conti, cit., p. 490; in senso analogo v. anche P. Suchan, *Stato di necessità e cause di non punibilità previste dall'art. 384 c.p.*, in *Cass. pen.*, 1977, p. 69).

[82] Su questa ricostruzione, peraltro, è fortemente condivisa in dottrina: per una panoramica della letteratura sul punto, si rinvia, oltre che agli Autori citati *supra*, in nota, G. Petragnani Gelosi, *L'esimente dell'art. 384 c.p. e la disciplina della punibilità prevista dall'art. 384 bis c.p.*, in *Trattato di diritto penale*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (a cura di), III, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 2008, p. 599 ss. In senso contrario, tuttavia, va rilevata l'opinione di quegli Autori che ravvisano nell'art. 384, co.1, c.p. un'ipotesi speciale di stato di necessità (in questo senso cfr., per tutti, F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 487; P. Suchan, *Stato di necessità e cause di non punibilità previste dall'art. 384 c.p.*, cit., p. 69).

un familiare che sia sottoposto ad indagini (come si dirà più oltre, appare invece più incerto e difficilmente spiegabile il fondamento dei richiami dell'art. 384 c.p. alle fattispecie di autocalunnia e frode processuale).

La tradizionale spiegazione delle fattispecie di soccorso giudiziario alla luce della «forza incoercibile dei sentimenti familiari» appare, dunque, ancora valida ed attuale, ciò quantomeno in rapporto alla maggior parte delle stesse; laddove siffatte ipotesi venissero abrogate, a ben guardare, si finirebbe per accordare una funzione *stricto sensu* "pedagogica" del diritto penale, ovvero si perseguirebbe l'obiettivo di educare, attraverso la minaccia della pena, i cittadini a far prevalere in modo incondizionato il loro senso di lealtà verso lo stato a scapito dei legami affettivi più profondi. Si tratterebbe, peraltro, di un orizzonte di valori la cui fondatezza costituzionale appare discutibile: l'asse della tutela verrebbe in tal modo direzionato recisamente verso l'interesse pubblicistico (potrebbe forse dirsi stato-centrico o statolatrico) alla promozione del *law enforcement*; con un parallelo ed ineluttabile abbandono dei principi di colpevolezza ed uguaglianza[83]. All'agente verrebbe crudelmente imposta, a beneficio dello stato, la rinuncia ad ogni sentimento di pietà e di lealtà familiare; verrebbe in tal modo anche richiamato ad un sacrificio enormemente maggiore rispetto a quello richiesto, fuori dall'ambito dei "prossimi congiunti", ad ogni altro cittadino. Vero è che, come è stato posto in luce dalla dottrina, nel diritto penale italiano la disciplina delle ipotesi di soccorso giudiziario presenta maglie assai più larghe di quelle riscontrabili non solo nei paesi anglosassoni, ma anche in quelli – a noi culturalmente più affini – dell'Europa meridionale[84]. Ciò può forse far ritenere auspicabile un intervento del legislatore volto a ritagliare diversamente, dopo aver attentamente pon-

[83] Principio di uguaglianza da intendersi eminentemente nella sua accezione formale, nella chiave di lettura posta il luce dalla dottrina costituzionalistica, ossia quale "eguaglianza davanti alla legge", che impone di «trattare in modo uguali situazioni uguali e in modo diverso situazioni diverse» (cfr. F. Polacchini, in *Il principio di eguaglianza*, in E. Mezzetti, *Principi costituzionali*, Torino, 2011, p. 314).

[84] Si rinvia, a questo proposito, ancora una volta all'accurata ricostruzione di A. Spena, *Sul fondamento della non punibilità*, cit., p. 156, alla nota 37, e p. 171 ss., il quale offre un quadro sintetico ed efficace della situazione normativa francese, tedesca, spagnola e di *common law*. Per una panoramica sul diritto pena-

derato il grado di evoluzione dei costumi sociali sul punto, l'estensione soggettiva della causa di non punibilità; non pare né ragionevole né condivisibile, tuttavia, la tesi di una abrogazione *tranchant* della norma in discorso.

Vale la pena di puntualizzare, peraltro, come le osservazioni recentemente ribadite dalla Corte costituzionale in merito agli interessi sottesi alle ipotesi di soccorso giudiziario, contrariamente a quanto è stato sostenuto in dottrina, appaiano perspicue. Sebbene sia corretto sostenere che l'art. 384 c.p. nella sua parte inerente alla disciplina dei casi in discorso, sia primariamente volto ad evitare, come si è appena visto, l'imposizione di scelte disumane al soggetto attivo del reato, non pare condivisibile l'idea che esso nulla abbia a che fare con la tutela dell'unità familiare. È evidente, infatti, come la facoltà, riconosciuta al soggetto attivo dall'esimente in esame, di mantenere verso i congiunti un atteggiamento leale ed osservante dei doveri morali di solidarietà che connotano questo tipo di legami sia anche volta a salvaguardare la continuità dei rapporti fra i membri del nucleo familiare e, in ultima analisi, a tutelare l'unità della famiglia; invero, l'esistenza della peculiare sfera di non punibilità dell'art. 384 c.p. sortisce il non irrilevante effetto concreto di prevenire le fratture dei legami familiari inevitabilmente conseguenti al fatto che uno dei congiunti, laddove fosse a ciò costretto dalla legge, finisca con l'accordare lealtà allo stato anziché alla famiglia. Parallelamente, occorre osservare come, sebbene le situazioni del così detto matrimonio legittimo e della convivenza *more uxorio* siano divenute molto prossime e godano, sul piano sociale, di una dignità sostanzialmente equiparabile, esse, a ben guardare, non siano coincidenti: in particolare, non pare affatto irragionevole, come ha giustamente sostenuto la Consulta, ravvisare nel primo una maggiore stabilità (basti pensare ai rapporti patrimoniali fra i coniugi, agli effetti successori, ovvero al lungo periodo di separazione personale che deve precedere il divorzio[85]); se la distinzione tracciata dal legislatore non è irragionevole, non può allora che condividersi il costante

---

le tedesco, v. anche G. Fornasari, *I reati contro l'amministrazione della giustizia nell'esperienza tedesca*, in *Ind. pen.*, 2002, p. 839.

[85] Per una ricostruzione puntuale e sintetica dei differenti vincoli esistenti fra "famiglia legittima" e "famiglia di fatto", si vedano, per tutti, nella manualistica di

orientamento negativo della stessa Corte costituzionale in rapporto all'estensione al convivente *more uxorio* di una facoltà che l'art. 384 c.p. riserva al solo coniuge. Parimenti, appare accorta l'osservazione della Corte inerente alla necessità di demandare al solo legislatore la scelta di estendere il novero delle situazioni "scusabili": la selezione di particolari situazioni umane meritevoli di scusa (così come l'individuazione del giusto punto di equilibrio fra gli interessi in gioco rispetto alle cause di giustificazione) non può che spettare, salva la censura delle ipotesi "irragionevoli", proprio al legislatore[86].

Non pare superflua neppure un'ultima annotazione: la matrice marcatamente esimente delle situazioni che si sono appena analizzate non impedisce di rilevare, nell'ambito delle ragioni che concorrono a giustificarne la presenza nel sistema, alcune tracce di un vero e proprio "bilanciamento fra interessi" compiuto dal legislatore. Invero, non pare risolutiva, in quanto eccessivamente rigida e schematica, la diffusa idea che quest'ultimo sia un fenomeno riscontrabile nel solo ambito delle cause di giustificazione[87]. Sul piano della tecnica normativa, ma l'osservazione pare valida anche sul terreno

---

diritto privato, A. Torrente, P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, 18ª ed., Milano, 2007, p. 1054 ss.

[86] In relazione al principio di ragionevolezza ed ai suoi criteri ispiratori, si rinvia ai contributi di G. Insolera, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in G. Insolera, N. Mazzacuva, M. Pavarini, M. Zanotti (a cura di), *Introduzione la sistema penale*, 3ª ed., Torino, 2006, p. 313 ss.; F.C. Palazzo, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1998, p. 350; G. Vassalli, *Giurisprudenza costituzionale e diritto penale sostanziale*, in A. Pace (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale*, Milano, 2006, p. 1021; V. Manes, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 739; F. Viganò, *Nuove prospettive per il controllo di costituzionalità in materia penale? (nota a Corte cost., 8 luglio 2010, n. 249*), in *Giur. cost.*, 2010, p. 3017 ss., al quale si rinvia per l'ulteriore bibliografia sul tema. Va rilevato, peraltro, come, ai sensi dell'art. 199, co. 3, lett. a, c.p.p., la facoltà di astensione spettante ai prossimi congiunti si applichi anche al convivente "*more uxorio*" (per un quadro della giurisprudenza e della dottrina processualistica sul punto v. N. Triggiani, *Commento all'art. 199 c.p.p.*, in A. Giarda, G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, I, Milano, 2010, p. 2024).

[87] Appaiono perspicui, a questo proposito, i rilievi di A. Spena, *Sul fondamento della non punibilità*, cit., p. 163, il quale, richiamandosi a talune innovative intuizioni J. Griffin *(Are there incommensurable values?*, in *Philosophy and public affairs*, 1977, p. 39 ss.) osserva come non vi sia «alcuna ragione per credere che, dal punto di vista dell'ordinamento, di due interessi, pure assai diversi per natura

dogmatico, la differenza fra i due contesti è, in realtà, data dal fatto che, in quello delle cause di giustificazione, gli interessi posti in comparazione hanno una natura esclusivamente oggettiva[88]; per contro, nell'ambito delle scusanti, vi sono interessi parimenti oggettivi che si contrappongono (ovvero si sommano, come nel caso del convivente *more uxorio* appena esaminato) alla necessità di dare attuazione al valore soggettivo per eccellenza nella teoria del reato, ovvero al principio di colpevolezza[89].

Come si dirà più oltre, il legislatore, nell'art. 384 c.p., ha, in effetti, compiuto, nella individuazione delle ipotesi esimenti ivi contemplate, una miscelazione fra dati oggettivi e soggettivi assai più accorta di quanto prima *facie* non appaia; essa si riscontra nitidamente nella selezione delle fattispecie che vi sono richiamate; anzi, in termini più generali, siffatta miscelazione emerge, con scale d'intensità cangianti, nell'intera vicenda dell'interazione fra il *se detegere* ed il diritto penale sostanziale.

4.3. L'art. 384 c.p. come ipotesi "speciale" di stato di necessità?

Secondo un orientamento dottrinale non più recente, eppure ancora oggi seguito da una parte della giurisprudenza, nella causa di non punibilità di cui all'art. 384 c.p. dovrebbe ravvisarsi un'ipotesi speciale di stato di necessità[90]. Su questa premessa, numerose pro-

---

e struttura, l'uno non possa ritenersi più importante dell'altro e che, dunque, tra di essi non possano effettuarsi bilanciamenti».

[88] Per un quadro della dottrina sul punto v. M. Romano, C*ommentario sistematico del codice penale*, I, 3ª ed., Milano, 2004, p. 524, ma anche P. Nuvolone, *I limiti taciti della norma penale*, cit., p. 92 ss.; In particolare, sulla non ravvisabilità di un "bilanciamento di interessi" nella fattispecie di cui all'art. 384, co.1, c.p., stante la sua natura scusante, si vedano, per tutti, M. Romano, *Cause di giustificazione*, cit., p. 61; G. Fornasari, *Il principio di inesigibilità*, cit., p. 355.

[89] Per un'attenta analisi storico-comparatistica della differenziazione fra cause di giustificazione e scusanti nella teoria del reato v. E. Venafro, *Scusanti*, Torino, 2002, p. 4 s.

[90] Questa impostazione, peraltro, è ravvisabile – sia pure in modo non del tutto esplicito – anche nella Relazione del Guardasigilli al codice penale del 1930, laddove si fa esplicito riferimento ad una pretesa identità di "situazione psicologica" fra la causa di giustificazione comune dell'art. 54 c.p. e l'ipotesi di non punibilità di cui all'art. 384 c.p. (cfr. *Relazione del Guardasigilli al codice del 1930*, in *Lav. prep.*, II, Roma, 1929, p. 179).

nunce hanno ritenuto di poter estendere il requisito della "involontarietà del pericolo", presente solamente nell'art. 54 c.p., alla fattispecie di parte speciale[91]. Il naturale corollario di una tale impostazione, benché esso non sempre sia stato espressamente riconosciuto dai suoi sostenitori[92], parrebbe dover essere, inoltre, quello per cui la disposizione all'esame avrebbe, esattamente come l'art. 54 c.p. (o quantomeno come il suo primo comma), un fondamento giustificante[93].

Sul punto va rilevato, innanzitutto, come la tesi dell'esistenza di un rapporto di "specialità" fra le due norme sia stata sottoposta in dottrina a stringenti rilievi critici[94]. In effetti, i contenuti lettera-

[91] In giurisprudenza si vedano, fra le altre, Cass. pen., Sez. VI, 23 marzo 2006, n. 12799, in *Cass. pen.*, 2007, p. 3299; con particolare riferimento all'estensione del requisito della "involontaria causazione del pericolo" dall'art. 54 c.p. all'art. 384 c.p. nella giurisprudenza di legittimità si vedano, per tutte, Cass. pen., Sez. VI, 20 febbraio 2009, n. 10654, in *CED Cass. pen.*, rv. 243076; Cass. pen., Sez. VI, 15 dicembre 1998, n. 7823, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2264; Cass. pen., Sez. VI, 23 maggio 1995, n. 8632, in *Cass. pen.*, 1996, n. 3654; la giurisprudenza più recente è, tuttavia, di diverso avviso e sottolinea, in modo condivisibile, come l'esimente di cui all'art. 384 c.p. debba applicarsi indipendentemente dal fatto che l'agente abbia volontariamente cagionato la situazione di pericolo sottostante alla fattispecie (cfr., fra le altre, Cass. pen., Sez. VI, 16 giugno 2011, n. 37398, in *Guida dir.*, 2011, p. 100, nonché Cass. pen., Sez. Un., 22 febbraio 2007, n. 21832, in *Cass. pen.*, 2007, p. 4060, con nota di M. Di Bitonto).

[92] In dottrina, fra gli altri, si vedano V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 750; F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 487; G. Vassalli, *Cause di non punibilità*, cit., p. 631; A. Pagliaro, *Principi di diritto penale, parte generale*, cit., p. 134; sul punto, vedi anche B. Romano, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 255.

[93] Una parte della giurisprudenza di legittimità, prendendo le mosse dalle supposte affinità strutturali esistenti fra la disposizione di cui all'art. 384 c.p. e lo stato di necessità ha ritenuto, peraltro, che la fattispecie di parte speciale dovrebbe applicarsi, mediante un procedimento analogico *in bonam partem*, anche alle ipotesi in cui sia ravvisabile non già un nocumento ai beni della "libertà" e dell'"onore", bensì direttamente un pericolo per l'incolumità personale dell'agente (cfr., per tutte, Cass. pen., Sez. VI, 8 marzo 2011, n. 26061, in *CED Cass. pen.*, 2011, rv. 250748; Cass. pen., 9 aprile 2009, n. 26606, in *CED Cass. pen.*, rv. 244403; in senso contrario, si veda però, fra le altre, Cass. pen., 8 aprile 2008, n. 26560, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3459).

[94] La dottrina è pressoché concorde nel ritenere che il ricorso al principio di specialità, nel caso in esame, oltre a non essere configurabile, sia richiamato dalla giurisprudenza unicamente con l'intento di giustificare un inammissibile procedimento analogico *in malam partem* (in questo senso, in particolare, v. G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale, parte speciale*, cit., p. 424; G. Fornasari, *Il principio di*

li degli artt. 54 e 384 c.p., se posti attentamente a confronto, evidenziano più asimmetrie che consonanze: l'unico dato indiscutibilmente comune ad entrambe le fattispecie è la presenza dei requisiti della "necessità" e della "costrizione", mentre i punti di divergenza fra le stesse sono molteplici. Solamente nello stato di necessità sono presenti elementi quali la "proporzione", la "involontaria causazione del pericolo" e la "attualità del pericolo"; inoltre, la scriminante opera in rapporto ai casi di "danno grave alla persona", mentre l'esimente di cui all'art. 384 c.p. attiene solo all'ipotesi del "grave e inevitabile nocumento nella libertà e nell'onore". Nel caso in esame, i meccanismi di funzionamento tipici del principio di specialità non paiono perciò ravvisabili: esso dovrebbe trovare applicazione solo laddove si sia in presenza di una fattispecie che contenga sia gli elementi propri della norma generale, sia taluni altri elementi "specializzanti"[95]. Lo stato di necessità, ossia la norma che si vorrebbe considerare come generale, presenta però un ambito di applicazione a tratti più ampio, come emerge dai beni finali tutelati, ed a tratti invece più ristretto, come si è appena visto, di quello proprio dell'esimente di cui all'art. 384 c.p.[96].

La ravvisabilità di un nucleo comune alle due norme in parola, dato dai concetti di "costrizione" e di "necessità", potrebbe far ritenere percorribile, come è stato evidenziato in dottrina, un'interpretazione alternativa a quella di cui si è appena detto, ed in particolare la riconducibilità delle stesse alla categoria, di matrice sia dottrinale che giurisprudenziale, della così detta specialità "bilaterale o

---

inesigibilità nel diritto penale, cit., p. 345; P. Suchan, *Stato di necessità e cause di non punibilità previste dall'art. 384 c.p.*, cit., p. 67; M. Zanotti, *"Nemo tenetur se detegere": profili sostanziali*, cit., p. 184; nella dottrina meno recente, v. L. Mirto, *Estensione specifica dello stato di necessità*, in *Giust. pen.*, 1937, p. 1020 ss.).

[95] In generale, sulla struttura logica del principio di specialità, si vedano, per tutti, i fondamentali contributi di A. Pagliaro, *Concorso di norme (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, VII, 1961, p. 545 ss.; Id., *Relazioni logiche ed apprezzamenti di valore nel concorso di norme penali*, in *Ind. pen.*, 1976, p. 217 ss.; in tema v. anche le considerazioni critiche M. Papa, *Le qualificazioni giuridiche multiple in diritto penale*, Torino, 1997, p. 150 ss.; V.B. Muscatiello, *Unità e pluralità di reati. Per una microfisica del molteplice*, Padova, 2002, p. 102 ss.

[96] Cfr., in questo senso, A. Spena, *Sul fondamento della non punibilità nei casi di necessità giudiziaria*, cit., p. 165 ss.

reciproca"[97]. Siffatta categoria è stata però sovente criticata a causa delle considerevoli incertezze che il suo accoglimento comporterebbe sul piano applicativo: non v'è concordia, infatti, sui criteri che dovrebbero presiedere alla scelta, fra quelle configgenti, della norma che maggiormente si attagli al caso concreto[98].

Il punto centrale della questione pare però un altro: a ben guardare, il riferimento, nell'ipotesi in esame, alle categorie della specialità e della sua discussa variante della "specialità bilaterale" non risulta di alcuna utilità per la comprensione della natura, sia essa giustificante o scusante, dell'art. 384 c.p.[99]. Il principio di specialità opera come un meccanismo di tipo logico-formale, che nulla ha a che fare con il piano assiologico, ovvero con quello politico-criminale o, più in generale, con l'analisi della *ratio* sottesa al dato normativo, ma attiene al piano della comparazione astratta fra fattispecie. Esso, dunque, si incentra esclusivamente sull'individuazione delle affinità (e delle diversità) contenutistico-strutturali fra due o più disposizioni: ed il riconoscimento dell'esistenza di un rapporto di specialità fra norme non pare affatto decisivo per la formulazione di un giudizio di identità rispetto al loro fondamento. Invero, la tesi contraria si fonda su di un non condivisibile sillogismo: la norma "a" ha carattere generale e natura giustificante; essendo la norma "b" speciale rispetto alla prima, anch'essa deve consistere in una causa di giustificazione. Appare esatto, per contro, rilevare come l'individuazione, da parte del legislatore, di un'ipotesi a carattere speciale possa essere motivata da considerazioni del tutto diverse da quelle poste a fondamento della norma generale.

---

[97] Cfr. A. Spena, *Sul fondamento della non punibilità nei casi di necessità giudiziaria*, cit., p. 165 ss. Sui concetti di specialità "reciproca" e "bilaterale" si vedano, per tutti, G.A. De Francesco, *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, Milano, 1980, p. 119 ss.; F. Mantovani, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, p. 214 ss. Per una recente applicazione giurisprudenziale della categoria della "specialità reciproca", v. Cass. pen., Sez. II, 3 dicembre 2009, n. 7587, in *Guida dir.*, 2010, p. 73 (con nota di Amato).

[98] Per un'analisi in chiave critica dei concetti in discorso si vedano, in particolare, A. Pagliaro, *Relazioni logiche ed apprezzamenti di valore nel concorso di norme penali*, cit., p. 221; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 672.

[99] In senso analogo cfr. A. Spena, *Sul fondamento della non punibilità nei casi di necessità giudiziaria*, cit., p. 165.

Peraltro, la variante giurisprudenziale della tesi secondo cui lo stato di necessità sarebbe norma generale rispetto all'art. 384 c.p., alla stregua della quale un tale rapporto fra le due norme giustificherebbe l'estensione alla seconda del requisito della "involontarietà del pericolo", appare intrinsecamente incoerente. Numerose sono le pronunce nelle quali il preteso carattere generale dell'art. 54 c.p. è stato, assai singolarmente, considerato come un argomento a favore dell'operazione interpretativa in discorso[100]. Quest'ultima appare però errata sul piano metodologico: se fosse vera la premessa circa l'esistenza di un rapporto di specialità fra le due disposizioni, dovrebbe allora trovare applicazione, sulla base del principio generale dettato dall'art. 15 c.p., solamente quella speciale, e dunque giammai gli elementi tipici della fattispecie generale potrebbero essere estesi sino ad elidere, ovvero ridimensionare fortemente, la portata di questa; ciò è tanto più vero sul terreno delle cause di non punibilità, laddove l'esistenza, nella seconda norma, di elementi specializzati che si aggiungono a quelli contenuti della fattispecie generale dovrebbe sortire un effetto concreto diametralmente opposto a quello suggerito dalla giurisprudenza in commento: un'espansione dell'area della non punibilità, non un sua contrazione[101].

In breve: l'applicazione del principio di specialità appare, nell'ipotesi qui considerata, erroneo per una pluralità di ragioni. Esso, in primo luogo, risulta chiamato in causa impropriamente, poiché il confronto fra le due fattispecie non lascia emergere, come si è visto, le caratteristiche strutturali necessarie alla sua applicazione; il ricorso al diverso concetto di "specialità bilaterale", ammes-

---

[100] Oltre alla giurisprudenza richiamata *supra*, si vedano, in termini particolarmente espliciti, Cass. pen., Sez. IV, 26 aprile 1985, in *Giust. pen*., 1986, II, p. 643, nonché le numerose pronunce richiamate in P. Suchan, *Sui rapporti tra l'art. 54 e l'art. 384 c.p.*, cit., p. 675, vedi nota n.1.

[101] Per più puntuali annotazioni critiche in relazione alla giurisprudenza richiamata nel testo si vedano, per tutti, P. Suchan, *Sui rapporti tra l'art. 54 e l'art. 384 c.p.*, cit., p. 675.; D. Santamaria, *Lo stato di necessità nella falsa testimonianza*, cit., p. 20, nonché C.F. Grosso, *Di un preteso limite all'applicabilità dell'art. 384 comma 1 c.p*., cit., p. 218, ad avviso del quale «posta l'assenza di qualsiasi univoca controindicazione legislativa, non resta dunque che prendere atto di quanto, del resto chiaramente, appare fissato nella formula in cui si esprime il 1 comma dell'art. 384 c.p., e ritenere che la instaurazione non volontaria della situazione di pericolo non sia requisito della esimente che quest'ultimo configura».

so che esso sia accoglibile sul piano dogmatico, appare inaffidabile in rapporto alla selezione della fattispecie da applicarsi in concreto; entrambe le nozioni di specialità, inoltre, appaiono intrinsecamente inidonee a far luce circa il fondamento delle disposizioni di cui si tratta; da ultimo, il richiamo all'uno o all'altro concetto non costituisce affatto un argomento utile a giustificare l'estensione alla causa di non punibilità dell'art. 384 c.p. di un requisito proprio del solo stato di necessità.

In rapporto all'orientamento giurisprudenziale "estensivo" in discorso si impongono alcune ulteriori osservazioni. Esso viene ritenuto dalla letteratura maggioritaria un evidente caso di analogia *in malam partem*. Sul punto, tuttavia, pare cogliere nel segno quella dottrina che ha recentemente rilevato l'impossibilità di ricondurre siffatta ipotesi all'ambito dell'interpretazione analogica: mentre questa presuppone l'esistenza di una lacuna normativa, le fattispecie che vengono qui in considerazione appaiono chiare nei contenuti e, dunque, non danno luogo ad alcun vuoto di disciplina[102]. Ancora: se di analogia si trattasse, dovrebbe allora concludersi che il ragionamento giurisprudenziale di cui si è detto finisca per combinare, in modo stravagante, due diversi meccanismi interpretativi: l'analogia *legis* e l'analogia *iuris*. Ciò in quanto l'art. 54 c.p. assumerebbe, nell'ottica propugnata dalla giurisprudenza, la duplice veste di norma regolatrice di un caso analogo, in quanto tale atta a colmare la (supposta) lacuna normativa afferente all'area operativa dell'art. 384 c.p., e di "principio generale" dell'ordinamento[103].

Nessuno dei procedimenti interpretativi in parola, in ultima analisi, pare in grado di spiegare il ragionamento giurisprudenziale secondo cui l'area applicativa dell'esimente di cui all'art. 384 c.p.

---

[102] Cfr. A. Spena, *Sul fondamento della non punibilità nei casi di necessità giudiziaria*, cit., p. 167. Assai perspicue, a questo proposito, appaiono anche le osservazioni di G. Vassalli (*Limiti del divieto di analogia in diritto penale*, 1942, p. 121). Ad avviso dell'illustre Autore, l'art. 384 c.p. dovrebbe considerarsi come un'esimente «a fattispecie conclusiva», ossia *ab origine* scolpita dal legislatore per trovare applicazione solamente nei casi espressamente disciplinati.

[103] Cfr., ancora, A. Spena, *Sul fondamento della non punibilità nei casi di necessità giudiziaria*, cit., p. 167. Sul punto, v. altresì P. Suchan, *Sui rapporti tra l'art. 54 e l'art. 384 c.p.*, cit., p. 677 ss.; Id., *Stato di necessità e cause di non punibilità previste dall'art. 384 c.p.*, cit., p. 67.

dovrebbe essere ridimensionata mediante il richiamo del requisito della "involontaria causazione del pericolo". Esso pare così privo di fondamento tecnico-giuridico da risultare, oltre che contrario al canone della legalità in materia penale, privo di basi ermeneutiche razionali. Si è qui in presenza, detto altrimenti, di una macroscopica violazione del *nullum crimen sine lege*, ed essa non concretizza un'analogia, ma piuttosto *tout court* una censurabile quanto stravagante interpretazione "abrogatrice" *in malam partem*.

5. *Un quadro d'assieme della giurisprudenza inerente al* se detegere

Il *nemo tenetur* ha costituito l'oggetto, a partire dal secondo dopoguerra ad oggi, di una giurisprudenza estremamente varia. Essa, peraltro, pare aver interessato, quasi a dimostrazione dell'immanenza del principio all'intero ordinamento, settori totalmente eterogenei ed afferenti non solo agli ambiti processuale e penale-sostanziale[104]. Va, tuttavia, rilevato come raramente le questioni inerenti all'operatività strettamente processuale del principio, per quanto talora esse intersechino il tema del presente lavoro, presentino una diretta ricaduta sul problema della valenza sostanziale del *se detegere*[105]; la panoramica giurisprudenziale qui di seguito tracciata attie-

[104] L'inerenza del *nemo tenetur se detegere* al diritto di difesa è stata, ad esempio, ripetutamente affermata dalla giurisprudenza in relazione ai procedimenti disciplinari (cfr., per tutte Cass. civ., Sez. III, 18 giugno 2004, n. 11412, in *Riv. notariato*, 2004, p. 1529); essa altresì traspare dal contenuto dell'art. 2739 c.c., laddove si stabilisce, in modo che appare assai significativo, come il giuramento non possa avere ad oggetto un fatto illecito (sul punto si veda C. Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile. Il proceso di cognizione*, II, Torino, 1995, p. 221, alla nota 16).

[105] Fra le questioni di ordine processuale inerenti al *se detegere* vanno certamente richiamate, per quanto esse non siano direttamente attinenti alla proiezione sostanziale del principio, le ben note pronunce della Corte costituzionale sull'art. 513 c.p.p. (la n. 254 del 3 giugno 1992 e la n. 361 del 2 novembre 1998). Per l'analisi delle problematiche dell'art. 513 c.p.p., anche in rapporto alla riforma operata con la legge n. 63 del 1 marzo 2001 (così detta legge sul "giusto processo") si rinvia alla dottrina processualistica. Cfr., per tutti, A. Mambriani, *Giusto processo e non dispersione delle prove*, Piacenza, 2002, p. 202 ss.; M. Bargis, *Commento all'art.*

ne, dunque, solamente alle pronunce, che in parte si sono già analizzate, nelle quali il richiamo al principio ha sortito dirette ricadute sul terreno del diritto penale sostanziale. Queste, pur non essendo numerose, appaiono estremamente significative, in quanto dimostrano la "trasversalità" del *se detegere* ed il suo affiorare in diverse aree dell'apparato penale: dal settore del diritto penale societario, a quelli dei reati fallimentari, dei reati di falso, del diritto penale tributario e di altri settori ancora della legislazione complementare. Di esso, peraltro, emerge il possibile rilievo non solo come causa di giustificazione, ovvero come esimente, ma anche come elemento incidente sulla tipicità del fatto e sulla commisurazione della pena; come si dirà meglio più oltre, il principio interessa finanche il settore dell'esecuzione penale.

Come si è visto, il "banco di prova" giurisprudenziale forse più significativo per l'applicazione del *se accusare* nel diritto penale sostanziale è stato rappresentato dal reato di falso in bilancio; è proprio sul tale questione, peraltro, che il dibattito dottrinale circa il ruolo della libertà dalle autoincriminazioni rispetto alla punibilità del reato ha avuto un significativo sviluppo[106].

---

18 l n. 63 del 2001, in *Leg. pen.*, 2002, p. 311; per una panoramica delle questioni in discorso precedentemente alla riforma del 2001 v. O. Dominioni, *Un nuovo* idolum teatri: *il principio di non dispersione probatoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 736 ss.; A. Giarda, *Le "novelle" di una notte di mezza estate*, in Aa.Vv., *Le nuove leggi penali*, Padova, 1998, p. 137; V. Grevi, *Alla ricerca di un processo penale "giusto". Itinerari e prospettive*, Milano, 2000, p. 201; P. Tonini, *Diritto dell'imputato a interrogare colui che lo accusa e diritto di non rispondere*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 353. Fra i temi processuali che presentano un'attinenza, sia pure indiretta, con la questione della valenza sostanziale del *se detegere*, va segnalato anche quello dell'avvertimento che, ai sensi dell'art. 199, co. 2, c.p.p., deve essere rivolto ai prossimi congiunti dell'imputato in relazione alla facoltà di astenersi dal deporre. Particolarmente rilevante, a questo proposito, risulta la pronuncia delle S.U. della Cassazione penale del 29 novembre 2007, n. 7208, (in *Cass. pen.*, 2008, p. 2339), alla stregua della quale il testimone "avvertito" non può beneficiare della causa di non punibilità di cui all'art. 384 c.p. In relazione agli orientamenti della giurisprudenza precedenti alla pronuncia in discorso, nella dottrina processualista, si veda, per tutti, P. Tonini, *La prova penale*, Padova, 2000, p. 119; nella più recente dottrina penalistica si veda, invece, G. Petragnani Gelosi, *L'esimente dell'art. 384 c.p.*, cit., p. 619.

[106] Cfr. gli Autori e la giurisprudenza citati *supra*, nel § 1 del presente capitolo. Per l'individuazione dell'oggettività giuridica del reato *de quo* si rinvia per tutti, con riferimento alla fattispecie dell'art. 2621 c.c. prima della "novella" del 2002, a

La letteratura penalistica, tuttavia, pare aver trascurato il fatto che la giurisprudenza inerente alla sfera sostanziale del *nemo tenetur* risulta, rispetto a quella in discorso, assai più ampia e, non di rado, persino più suggestiva. Un settore non privo di interesse è, ad esempio, quello dei reati fallimentari, ove la suprema Corte ha costantemente negato la possibile rilevanza del *se detegere* quale limite alla punibilità della fattispecie di bancarotta fraudolenta documentale. Tale posizione, peraltro, è stata ribadita anche in tempi recenti: «non è richiamabile il principio *nemo tenetur se detegere* in relazione a comportamenti […] che, autonomamente considerati, costituiscono l'adempimento di obblighi imposti a tutela di un diverso bene giuridico – nel caso di specie tutela del ceto creditorio e possibilità di ricostruzione del movimento degli affari di una società – e non confessione di reati»[107].

Un settore ove, invece, al principio è stato riconosciuto uno spazio quale "limite" delle incriminazioni è quello dei delitti contro l'amministrazione della giustizia. Un caso paradigmatico, in alcune occasioni preso in esame anche dalla suprema Corte, è quello del delitto di calunnia, fattispecie che, non essendo richiamata dall'art. 384 c.p., a rigore dovrebbe restare estranea alle problematiche del *se accusare*.

In questo contesto, l'argomento decisivo per ammettere una valenza sostanziale del principio è stato ravvisato dalla giurisprudenza di legittimità nei connotati di *extrema ratio* che il fatto di calunnia può presentare nella cornice del diritto di difesa. Per l'imputato,

---

C. Pedrazzi, voce *Società commerciali (disciplina penale)* in *Dig. disc. pen*., Vol. XIII, Torino, 1997, p. 352 ss.; per l'epoca successiva alla riforma si vedano, invece, fra gli altri, G. Lunghini, *La nuova disciplina penale delle false comunicazioni sociali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ*., 2001, p. 994 ss.; L. Foffani, voce *Società*, in F.C. Palazzo, C.E. Paliero (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2003, p. 1796 ss.; E. Musco, *I nuovi reati societari*, Milano, 2002, *passim;* con particolare riferimento al tema del *se detegere* v. altresì N. Mazzacuva, *Il falso in bilancio, casi e problemi*, 2ª ed., Padova, 2004, p. 220 ss.

[107] Cfr. Cass. pen., 5 giugno 2007, n. 34938, in *Guida dir*., 2007, p. 59; in senso analogo, v. altresì Cass. pen., 22 gennaio 1992, in *Cass. pen*., 1992, p. 2198 (la stessa pronuncia è altresì reperibile in *Riv. econ*., 1992, p. 572 ed in *Giust. pen*., 1993, II, p. 50). In relazione alla rilevanza del principio *nemo tenetur se detegere* sul terreno dei reati di bancarotta, si vedano, recentemente N. Mazzacuva, E. Amati, *Diritto penale dell'economia*, Padova, 2010, p. 293 ss.

l'ingiusta incolpazione di altri può, in effetti, rappresentare l'unica alternativa all'ammissione del fatto proprio. Un'ipotesi concreta è quella di colui che, dopo aver sottoscritto un verbale a contenuto confessorio, accusi il pubblico ufficiale che lo ha redatto di aver commesso un falso[108]. Il percorso logico seguito in questi casi dalla giurisprudenza pare incentrato sull'estensione alla fattispecie di calunnia dell'elemento della "inevitabilità altrimenti" che connota l'art. 384 c.p. In qualche pronuncia, quest'ultimo sembra addirittura venire in rilievo, sia pure in modo non del tutto esplicito, come l'elemento che motiverebbe l'applicazione analogica della causa di non punibilità all'esame al caso disciplinato dall'art. 368 c.p. L'aspetto forse più interessante di siffatto filone giurisprudenziale è però dato dall'espressa individuazione, ad opera di non poche sentenze, di una ratio "giustificante" nell'operatività del principio: il *se detegere*, in quanto espressione del diritto di difesa, eliderebbe, in virtù dell'art. 51 c.p., la stessa antigiuridicità del fatto[109].

---

[108] «Non esorbita dai limiti del diritto di difesa l'imputato che, in sede di interrogatorio, definisce, sia pure per implicito, falso un atto di polizia giudiziaria solo per quanto attiene alla veridicità della denuncia a suo carico in essa contenuta. Egli pertanto non è punibile a titolo di calunnia in danno dell'autore di detto atto di polizia giudiziaria, stante la presenza di una causa di esclusione della pena in forza del legittimo esercizio del diritto di difesa, purché questo si esplichi quale unico e necessario mezzo di confutazione dell'imputazione, secondo un rigoroso rapporto di connessione funzionale tra l'accusa (implicita od esplicita) formulato dall'imputato e l'oggetto della contestazione nei suoi confronti» (cfr. Cass. pen., Sez. VI, 14/03/1995, n. 5789, in *Cass. pen*. 1996, p. 2537, ed altresì in *Riv. pen*., 1996, p. 345).

[109] Fra le altre pronunce in questo senso si vedano Cass. pen., Sez. VI, 13 giugno 2008, n. 26019, in *CED Cass. pen*., 2008, rv. 240930; Cass. pen., 16 aprile 1991, in *Cass. pen*., 1992, p. 2744; Cass. pen. 2 maggio 1984, in *Cass. pen*., 1985, p.1079, con nota di A. Nappi. Per un quadro della giurisprudenza di legittimità, si veda, inoltre, M. Cerase, *Sulla calunnia commessa nell'esercizio del diritto di difesa* nota a Cass. pen., Sez. VI, 2 aprile 2001, n. 233, in *Cass. pen.*, 2001, p. 3030 ss.). Nella giurisprudenza di merito, vedi Ufficio indagini preliminari di Milano, 14 maggio 2007, in *Foro ambrosiano*, 2007, p. 145, nonché F. Mucciarelli, *Attività difensiva e delitto di calunnia: una linea di confine senza ombre?* (nota a Trib. Lecco, 22 ottobre 2002), in *Foro Ambr.*, 2003, p. 6 ss. Per una efficace sintesi del panorama giurisprudenziale sulla questione si veda S. Grillo, *Efficacia scriminante del diritto di difesa nella condotta calunniosa* (nota a Cass. pen., Sez. VI, 4 febbraio 1998), in *Dir. pen. proc*., 1998, p. 1272 ss. In dottrina, con particolare riferimento al caso qui proposto si veda D. Pulitanò, voce *Calunnia e autocalunnia*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. II, Torino, 1988, p. 19. Ad avviso dell'Autore, il rapporto fra dirit-

Soprattutto in passato, le problematiche sostanziali del *se detegere* sono emerse all'attenzione della dottrina e della giurisprudenza anche in relazione al delitto di falsità personale previsto dall'art. 496 c.p. Il caso era quello dell'automobilista che, colto dalla polizia a guidare senza patente, asseriva mendacemente di averla scordata a casa anziché confessare di non essere abilitato alla guida. La questione aveva dato luogo ad un contrasto giurisprudenziale: alcune pronunce, in particolare, pur ritenendo che il dichiararsi mendacemente titolari di patente integrasse, in rapporto alle "qualità personali" contemplate dalla fattispecie, il reato di cui all'art. 496 c.p., avevano concluso, seguendo un percorso logico analogo a quello di cui si è appena detto in tema di calunnia, per la non punibilità della condotta in virtù dell'art. 51 c.p. Ragionando diversamente, sarebbe stato, infatti, gravemente menomato il diritto di difesa del dichiarante[110]. In effetti, le domande poste dalla polizia, più che fare "da contorno" all'identificazione del fermato, si risolvevano, in casi come quello all'esame, in un'investigazione sul merito stesso della responsabilità, ovvero sulla violazione del precetto del codice della strada che impone penalmente il possesso di un'abilitazione alla guida per condurre autoveicoli[111]. A dirimere *la querelle* di cui si è detto, è intervenuta una salomonica pronuncia della suprema Corte a sezioni

---

to di difesa e reato di calunnia andrebbe ricostruito non «come di regola e deroga, ma come rapporto tra un tipo di reato ed un diritto di cui si discute se e come possa fungere da causa di giustificazione di comportamenti conformi al tipo».

[110] In questo senso, si vedano Cass. pen., Sez. V, 3 febbraio 1967, in *Mass. Uff.*, 1967, p. 393, m. 103940; Cass. pen., Sez. V, 31 gennaio 1967, in *Mass. Uff.*, 1967, p. 391, m. 103937; Cass. pen., Sez. III, 21 giugno 1966, in *Cass. pen. Mass. Annot.*, 1967, p. 382, m. 541. Per gli ulteriori richiami giurisprudenziali si veda Badellino, *Sul fondamento ed i limiti del così detto diritto al mendacio come facoltà contenuto del diritto di difesa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, p. 278 ss. La casistica in esame viene altresì richiamata, unitamente ad altre ipotesi interessanti l'ambito del *se detegere* "sostanziale" anche da A. Cadoppi, *Il reato omissivo proprio*, Vol. II, *Profili dogmatici, comparatistici e* de lege ferenda, Padova, 1988, p. 757 ss., nota 64. Per un caso analogo a quello in discorso ed un poco più recente, sia pure inerente alla fattispecie di cui all'art. 650 c.p., v. Pretura Genova, 9 ottobre 1990, in *Foro it.*, 1991, II, 370.

[111] La casistica qui considerata pare poter tornare d'attualità in seguito alla recente re-introduzione nel sistema penale, ad opera dell'art. 1, comma 1, d.l. 3 agosto 2007, n. 117, conv. nella l. 2 ottobre 2007, n. 160, del reato di guida senza patente.

unite: questa, senza in alcun modo prendere posizione sull'aspetto più interessante del problema, cioè sulla sostenibilità della lettura in chiave scriminante del *nemo tenetur se detegere* che era stata suggerita da una parte della giurisprudenza di merito, ha semplicemente escluso che, nell'ipotesi in discorso, la fattispecie di cui all'art. 496 c.p. potesse ritenersi integrata[112].

Peraltro, in tempi recenti, la giurisprudenza ha analizzato una questione che presenta profili problematici non dissimili da quelli relativi al caso che si è appena sinteticamente tratteggiato: in seguito alla recente introduzione, ad opera del D.lgs. n. 94 del 15 luglio 2009, del così detto reato di "clandestinità", si è posto il problema di stabilire se il clandestino possa essere punito, ai sensi dell'art. 6 del D.lgs. 286 del 25 luglio 1998 (T.U. sull'immigrazione) per non aver esibito i propri documenti agli ufficiali o agenti di pubblica sicurezza che glieli abbiano richiesti[113]. La giurisprudenza di merito sino ad oggi espressasi sul punto pare propendere nel senso di ritenere il fatto non punibile: ciò in quanto il «diritto riconosciuto nel nostro ordinamento di non rilasciare dichiarazioni autoincriminanti» varrebbe ad integrare la clausola di esonero da responsabilità del "giustificato motivo" prevista dalla norma in esame[114].

Ulteriori e non meno interessanti ipotesi applicative del principio sono da rinvenirsi nei più disparati ambiti del codice penale e della legislazione complementare.

---

[112] La pronuncia cui si fa riferimento è Cass. pen., Sez. Un., 4 maggio 1968, in *Cass. Pen. Mass. ann*., 1968, p. 669. Per una panoramica della vicenda giurisprudenziale in discorso si veda M. Maspero, *sub. Art. 496 c.p.*, in A. Crespi, F. Stella, G. Zuccalà (a cura di), *Commentario al codice penale*, Padova, 2003, p. 1594.

[113] «Lo straniero che, a richiesta degli ufficiali e agenti di pubblica sicurezza, non ottempera, senza giustificato motivo, all'ordine di esibizione del passaporto o di altro documento di identificazione e del permesso di soggiorno o di altro documento attestante la regolare presenza nel territorio dello Stato è punito con l'arresto fino ad un anno e con l'ammenda fino ad euro 2.000».

[114] Cfr. Trib. Monza, 23 marzo 2010, n. 544, in *Guida dir.*, 2010, 23, p. 85; GIP Trib. Bologna, 19 ottobre 2009, n. 2249, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, pp. 264-265; in senso contrario, si vedano però Cass. pen., Sez. I, 23 settembre 2009, n. 44157, in *Foro it.*, 2010, p. 70; Cass. pen., Sez. III, 3 dicembre 2010, n. 1857, in *CED Cass. pen*., 2010, rv. 249310. Per un'analisi della questione prima dell'introduzione nel sistema penale del reato di clandestinità v. anche M. Piccardi, *È reato la mancata esibizione del documento di identificazione da parte dell'extracomunitario clandestino?*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2899 ss.

Particolarmente controverso risulta, ad esempio, l'ambito di applicazione del *se accusare* nel diritto penale tributario. In questo contesto si inserisce la disposizione di cui all'art. 14 della legge 14 dicembre 1993, n. 537[115]: tale norma costituisce una sorta di sfida "a campo aperto" al *nemo tenetur seipsum prodere*, in quanto impone l'obbligo di dichiarare al fisco anche i proventi di attività penalmente illecite[116]. Non a caso, in dottrina, coloro che avversano la tesi di una valenza extra-processuale del principio si sono richiamati a questo capitolo della legislazione tributaria per evidenziare come l'ordinamento darebbe una risposta sistematicamente negativa alle istanze di impunità che il *se detegere* idealmente incarna[117].

---

[115] Le questioni di legittimità costituzionali sino ad oggi sollevate all'indirizzo di tale norma sono state peraltro, costantemente ritenute manifestamente infondate dalla giurisprudenza. Cfr., in particolare, Cass. pen., sez. III, 20 marzo 1996, n. 408, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, p. 983, con nota di G. Bersani, *La tassabilità dei proventi da attività illecita: presupposti, criteri distintivi ed esistenza di obblighi di dichiarazione*.

[116] Per rendersene conto è sufficiente esaminare il rigoroso indirizzo della giurisprudenza della suprema Corte sul punto: «Sussiste il reato di omessa dichiarazione dei redditi ai fini i.r.pe.f. (art. 4 d.lg. n. 74 del 2000), qualora l'evasione di imposta riguardi redditi provenienti da illecito penale (nella specie attività distrattiva dalle disponibilità finanziarie della società fallita), in quanto secondo l'interpretazione autentica fornita dall'art. 14, comma 4, della l. n. 537 del 1993 con riguardo al testo unico sulle imposte dei redditi n. 917 del 1986, tra le categorie di redditi tassabili classificate nell'art. 6, comma 1, devono intendersi ricompresi anche i proventi derivanti da fatti, atti o attività qualificabili come illecito civile, penale o amministrativo; né i redditi provento di attività illecita rientrano nella categoria dei redditi diversi di cui art. 6 comma 1, lett. f) del suddetto t.u. n. 917 del 1986, come attesta l'art. 14, comma 4, della l. n. 537 del 1993, oggetto di interpretazione autentica da parte dell'art. 36, comma 4 *bis*, del d.l. n. 223 del 2006, conv. con modificazioni nella l. n. 248 del 2006» (cfr. Cass. pen., Sez. V, 19 novembre 2009, n. 7411, in *Cass. pen*., 2010, p. 3576). Ancora: «Si configura il reato di cui all'art. 1 comma 1 l. n. 516/82 a carico dell'imprenditore che abbia omesso di presentare la dichiarazione dei redditi conseguenti a corrispettivi ricevuti a fronte di cessione costituente reato (nella specie, abusiva alienazione di g.p.l. per autoveicoli), non potendo rilevare che la omissione si riferisca ad anni (1984 e 1985) precedenti l'entrata in vigore della l. n. 537/93, che, nell'art. 14 comma 4, ha espressamente previsto che i proventi derivanti da fatti illeciti vanno ricompresi tra i redditi tassabili, trattandosi di norma interpretativa autentica dell'art. 6 d.P.R. n. 917/86, e, come tale, applicabile anche in relazione alle acquisizioni patrimoniali antecedenti rispetto alla sua entrata in vigore» (cfr. Cass. pen., Sez. III, 06 maggio 1997, n. 7713, in *Giur. cost*., 1998, p. 1189).

[117] Così, in particolare, A. Perini, *Ai margini dell'esigibilità*, nemo tenetur se detegere *e false comunicazioni sociali*, cit., p. 572.

Vi è, ancora, un settore dell'universo penale nel quale il principio ha destato notevoli perplessità. Esso si innesta, per così dire, perfettamente a cavallo della duplice natura, al contempo processuale e sostanziale, del *nemo tenetur.* Non si tratta di un'ipotesi di limitazione della portata di norme incriminatrici, ma di un aspetto che, tuttavia, riveste un ruolo primario per un'analisi contenutistica e ad "ampio spettro" del *seipsum prodere*. Esso viene qui in considerazione rispetto ad una fattispecie della parte generale del codice penale: l'art. 133 c.p. Tale norma, nel tracciare il quadro dei criteri di commisurazione della pena, individua, fra i vari elementi incidenti sulla determinazione della così detta "capacità a delinquere", la condotta susseguente al reato. Il tema, come noto, assume una notevole rilevanza pratica: la disposizione in discorso postula un'incidenza del così detto "comportamento processuale", ossia di uno fra gli aspetti salienti della condotta del reo successiva al reato, sulla stessa quantificazione della pena.

L'importanza della questione, se la si considera nella sua reale ampiezza, non si esaurisce al momento commisurativo, ma presenta strette connessioni con i "*topoi*" della "collaborazione processuale" e della così detta "premialità". Essi affiorano, non senza sollevare numerosi interrogativi, in diversi ambiti del codice penale e della legislazione complementare. Invero, l'elevazione ad indice commisurativo del "comportamento processuale" dell'imputato determina evidenti problemi di compatibilità con l'esercizio del diritto di difesa allo stesso spettante. La suprema Corte ha talvolta ritenuto ammissibile che il giudice possa trarre dal comportamento processuale dell'imputato elementi «indicativi del [suo] grado di ribellione alla legge»[118]; ed anche l'esercizio del diritto al silenzio e del diritto al *mendacio*, secondo alcune più esplicite posizioni della giurisprudenza di legittimità, potrebbero essere interpretati come indici di una «personalità negativa». Alla luce di queste pronunce, il sistema penale, pur configurando il *se detegere* come contenuto essenziale del diritto di difesa, parrebbe consentire la possibilità di una radicale compromissione del suo concreto esercizio: esso addirittura viene

[118] Cfr., fra le altre, Cass. pen., 10 gennaio 1979, in *Riv. pen.*, 1979, p. 665.

riguardato come un indice del "bisogno di pena" e della necessità di "risocializzazione" del colpevole.

Si tratta di una conclusione[119] interpretativa viziata da evidenti aporie logiche. Essa, come più oltre si dirà, offre significativi spunti di riflessione critica ed anche per una ricostruzione della portata complessiva dei contenuti del *se detegere* nel diritto penale sostanziale.

[119] Cfr. Cass. pen., Sez. II, 26 febbraio 1997, n. 2889, richiamata da E. Dolcini, *Commento all'art. 133 c.p.*, in A. Crespi, F. Stella, G. Zuccalà, *Commentario breve al codice penale*, cit., p. 526.

Capitolo II

I DIVERSI LIVELLI DI OPERATIVITÀ DEL *NEMO TENETUR SEIPSUM PRODERE* NEL DIRITTO PENALE SOSTANZIALE. LA SUA AMBIVALENTE NATURA OGGETTIVA E SOGGETTIVA E LA SUA MULTIFORME INTERAZIONE CON GLI ELEMENTI COSTITUTIVI DEL REATO

Sommario: 1. Premessa: il duplice livello di operatività, oggettiva e soggettiva, del principio. – 1.1. Libertà dalle autoincriminazioni e "diritto penale del fatto". – 2. I rapporti del *se detegere* con il diritto alla *privacy*. – 3. I principali riferimenti costituzionali a fondamento della libertà dalle autoincriminazioni. – 3.1. In particolare: libertà e onore non solo quali beni finali motivanti soggettivamente l'autore, ma quali aspetti della valenza sistematica del *seipsum prodere.* – 4. Il *se detegere* e le "prestazioni personali" di cui all'art. 23 Cost. – 5. Il *nemo tenetur* nelle fonti soprannazionali. – 6. *Continua*: la libertà dalle autoincriminazioni nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo. – 7. Spunti sistematici per una definizione del principio e per l'individuazione dei suoi contenuti. – 7.1. Il *se detegere* come diritto alla non collaborazione con l'accusa. – 7.2. Libertà dalle autoincriminazioni e *ius mentiendi*. – 7.3. L'operatività pre-processuale del principio. – 8. La libertà dalle autoincriminazioni nella causa di non punibilità di cui all'art. 384 c.p. Il *modus* operandi del principio quale scriminante. Il giudizio di bilanciamento degli interessi in gioco. – 8.1. Le ipotesi esimenti previste dall'art. 384 c.p. – 8.2. In particolare: le condotte di "salvamento dell'onore". – 8.3. Ulteriori annotazioni sul giudizio di bilanciamento. Gli indici desumibili dall'art. 384 c.p. ed atti a circoscrivere l'area di liceità speculare al *se detegere*. – 8.4. Le situazioni esimenti contemplate dall'art. 384 c.p. Il *se detegere* in senso stretto ed in senso ampio ed a-tecnico, quale espressione della tensione del reo verso l'impunità. – 8.5. Ulteriori specificazioni sulle peculiarità operative della libertà dalle autoincriminazioni quale causa di giustificazione. – 9. Rapporti fra *se detegere*, reato continuato e circostanza aggravante del nesso teleologico.

1. *Premessa: il duplice livello di operatività, oggettiva e soggettiva, del principio*

L'analisi comparatistica svolta nella prima parte del lavoro ha messo in luce l'individuazione, sia da parte della letteratura che si è occupata del tema, sia ad opera della suprema Corte statunitense, di due modi di essere nettamente distinti (eppure del tutto complementari) del *se detegere*: esso, innanzitutto, rappresenta un principio coessenziale al sistema processuale accusatorio e risulta strettamente collegato ad alcune idee-cardine che ne connotano il funzionamento, in particolare alla distribuzione dell'onere della prova, alla così detta "parità delle armi" delle parti nel processo ed alla presunzione d'innocenza. Questa prima accezione del principio è stata significativamente ricondotta dalla dottrina nordamericana all'abito dei così detti *sistemyc rationales*, ovvero all'insieme delle sue ragioni fondanti connotate da una valenza ordinamentale e sistematica[1]. Le diverse sfaccettature che il *nemo tenetur* presenta in questo contesto sono invariabilmente collegate all'individuazione di un preciso punto di equilibrio fra i diritti processuali spettanti all'imputato e l'esercizio della pretesa punitiva dello stato; un'alterazione di questo equilibrio, quale si produrrebbe laddove il *privilege* venisse limitato o addirittura abolito, determinerebbe un radicale mutamento del volto garantistico del processo e snaturerebbe – di fatto sino a rinnegarla – la sua natura accusatoria. Nel suo versante ordinamentale, dunque, il *se detegere* non è da intendersi tanto come funzionale alla protezione dell'individuo in chiave di contrapposizione alla pretesa punitiva dello stato, ma piuttosto va concepito esso stesso come un valore di matrice pubblicistica: il mantenimento di un assetto garantistico del processo, fondato sul contraddittorio fra accusa e difesa, rappresenta un fondamentale "ganglio" dell'intelaiatura libertaria e democratica tracciata dalla Costituzione americana; come si dirà più oltre, le medesime considerazioni valgono, sia pure in un differente quadro normativo, per il nostro ordinamento. Invero, in entrambi i sistemi, l'intera costruzione delle garanzie processuali e, assieme ad essa, dei diritti di libertà, perderebbe la propria consistenza se a nul-

[1] Cfr. parte prima, capitolo terzo, § 2.

la più valessero i raccordi logici e sistematici che intimamente la legano al *se detegere*.

Il principio del contraddittorio non potrebbe più essere inteso allo stesso modo se l'accusa potesse obbligare l'imputato a confessare il fatto suo proprio. Laddove fosse ammissibile un tale meccanismo – pressoché automatico – di "soccombenza" di una delle parti del processo, neppure avrebbe senso, a ben vedere, parlare di "contraddittorio nella formazione della prova"; né vi sarebbe ragione, per l'accusa, di profondere energie nella ricerca di prove diverse, in quanto nessuna di esse potrebbe mai essere così "probante" ed immediata come la confessione dell'imputato[2]; la presunzione d'innocenza, infine, si ridurrebbe ad un mero simulacro formale, poiché la sua enunciazione risulterebbe a maggior ragione vuota ed insensata in un sistema dominato dall'obbligo confessorio dell'imputato.

L'insieme dei concetti e principi del processo che il *se detegere* concorre a definire ed a propria volta incarna si inserisce, dunque, nel sostrato più profondo ed irrinunciabile dei valori costituzionali. Il principio gioca un ruolo centrale nella determinazione del nesso fra autorità dello stato e libertà del cittadino[3]: una sua anche piccola variazione pare in grado di produrre effetti destabilizzanti non solo

[2] È certamente suggestivo, a questo proposito, il fatto che nel sistema costituzionale giapponese, la "regina delle prove" venga guardata con estremo sospetto; ciò al punto che vige un generale divieto di pronunciare condanna nelle ipotesi in cui essa sia l'unica prova a carico dell'imputato. Cfr., sul punto, F. Munoz Conde, *Dal divieto di autoincriminazione al diritto processuale penale del nemico*, in *Arch. pen.*, 2009, p. 12, alla nota 4.

[3] Emblematiche, a questo proposito, sono le osservazioni di Giarda: «[la] tematica [è] di fondamentale portata sistematica, nella quale sono implicati i valori di fondo del processo penale: dal mito della ricerca della verità materiale alla salvaguardia del diritto di difesa; dalle esigenze della difesa sociale alla tutela della persona dell'imputato; dalla ricorrente tentazione di ripristinare strumenti di acquisizione delle 'fonti' e dei risultati di prova ad impronta inquisitoria alla sempre più diffusamente sentita necessità di riaffermare, contro o almeno a fronte di ogni potere dello Stato, taluni 'insopprimibili' diritti dell'uomo…». A. Giarda, *"Persistendo 'l reo nella negativa"*, Milano, 1980, p. 5 ss.; sul punto, recentemente, si vedano anche i rilievi di O. Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Milano, 2004, p. 2 ss.: «è proprio questo […] il terreno su cui meglio si possono misurare le scelte culturali, ideologiche e politiche sottostanti ai diversi sistemi processuali e, più in generale, all'assetto dei rapporti intercorrenti in un dato momento storico fra Stato e cittadino, fra "autorità" e "libertà"»; cfr., a questo proposito, anche G. Bellavista, *Processo penale e civiltà*, in *Studi sul processo penale*,

sul processo, ma anche sulla politica criminale e sull'intero assetto ordinamentale; riguardate in quest'ottica, le correnti abolizioniste della letteratura nordamericana che si sono esaminate nella prima parte di questo lavoro appaiono, per quanto talora siano state sostenute con argomenti assai eleganti, anacronistiche e finanche illiberali. Il versante "sistematico" del *se detegere* è, per quest'insieme di ragioni, indubbiamente inquadrabile nella logica del "bilanciamento" degli interessi propria delle cause di giustificazione[4].

Questa prima accezione del *se detegere* ha, altresì, una connotazione spiccatamente oggettiva[5]. Essa nulla ha a che vedere con i *topoi* dell'inesigibilità e della colpevolezza: questi rimangono del tutto estranei alla cornice sistematica e "pubblicistica" del principio e vengono in considerazione solamente in rapporto al suo simmetrico e complementare "momento soggettivo".

Gli aspetti soggettivi del *se detegere* affiorano nel passaggio dall'analisi della configurazione normativa-astratta del principio e delle ragioni sistematiche sulle quali esso si fonda a quello della sua applicazione concreta. Appare emblematica, a questo proposito, la sentenza della Corte suprema degli Stati Uniti relative al caso *Murphy v. Waterfront Commission of New York Harbor*, laddove la *raison d'être* del principio è stata efficacemente sintetizzata mediante

---

II, Milano, 1960, p. 215 ss.; più recentemente, L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, p. 622 ss.

[4] Sul punto, per tutti, cfr. M. Romano, C*ommentario sistematico del codice penale*, cit., p. 521; G. Fiandaca, *Nota introduttiva agli artt. 50-54 (Cause di giustificazione)*, in A. Crespi, F. Stella, G. Zuccalà (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, cit., p. 220 e bibliografia ivi richiamata; D. Pulitanò, *Politica criminale*, in G. Marinucci, E. Dolcini, (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 3 ss.; nella manualistica, cfr. altresì G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 252; F. Mantovani, *Diritto penale, parte generale*, 7ª ed., Padova, 2011, p. 239 ss.; S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., p. 518. Per un inquadramento generale delle cause di giustificazione v. G. Marinucci, *Cause di giustificazione*, in *Dig. disc. pen*., II, 1988, p. 131 ss.; in particolare, sul concetto di antigiuridicità nell'ambito della più ampia categoria delle cause di non punibilità v. G. Vassalli, *Cause di non punibilità*, in *Enc. dir.*, VI, 1960, p. 615 ss.

[5] Sulla connotazione obiettiva dell'antigiuridicità si vedano, per tutti, T. Padovani, *Alle radici di un dogma: appunti sull'origine dell'antigiuridicità obiettiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 532 ss.; G. Vassalli, *Cause di non punibilità*, cit., p. 615 ss.

l'enunciazione di entrambi i suoi ambivalenti connotati[6]. Invero, nel mentre fra le giustificazioni di natura oggettiva spiccano quelle inerenti all'impronta accusatoria del sistema processuale ed alla tematica della distribuzione dell'onere della prova, nella pronuncia sono state puntualmente individuate anche le note soggettive del *privilege*. Esso viene configurato come una sorta di "clausola d'inesigibilità" di matrice processuale: l'imputato, in un sistema che non lo contemplasse, sarebbe ingiustamente posto innanzi al così detto "*cruel trilemma*" e, dunque, dovrebbe scegliere fra l'auto-incriminazione, la falsa testimonianza e l'oltraggio alla Corte; la simmetria di tali annotazioni con quelle a più riprese effettuate dalla dottrina italiana in merito alle implicazioni del *se detegere* sull'imputazione soggettiva del reato (ed alle sue ricadute sul principio di colpevolezza) appaiono chiare.

In breve: la convergenza di aspetti oggettivi e soggettivi nella teorica del *privilege* sembra evidenziare, se posta a raffronto con l'intelaiatura del reato e, segnatamente, con la teoria tripartita oggi accolta dalla dottrina maggioritaria del nostro Paese[7], una sua possibile interazione con ciascuno dei livelli strutturali dell'illecito penale: la tipicità, l'antigiuridicità e la colpevolezza. La fisionomia del principio, in quest'ottica, non si presta affatto ad una chiusura entro i modelli contrapposti della giustificazione o della scusa; essa, piuttosto, pare poter rientrare, a seconda dei diversi contenuti che di volta in volta ne contrassegnano la vigenza e dei contesti normativi nei quali opera, come limite alla tipicità del reato, ovvero come scusante, ovvero ancora come causa di giustificazione; esso, inoltre, proprio in ragione della sua "doppia anima", ad un tempo oggettiva e soggettiva, appare, come fra poco si dirà, ancorato al sistema costituzionale in modo assai più profondo di quanto a prima vista non sembri. Da un lato, infatti, viene in considerazione un suo ruolo, sporadicamente trattato dalla dottrina italiana ma evidenziato in modo assai perspicuo nell'elaborazione d'oltreoceano, direttamente correlato al "volto costituzionale" del reato, quale riflesso del prin-

[6] Cfr. *supra*, parte prima, capitolo primo, § 4.

[7] Per una illustrazione della bipartizione e della tripartizione, sia pure in chiave critica rispetto ad entrambi i modelli di scomposizione analitica del reato, si veda, per tutti, M. Donini, *Teoria del reato, un'introduzione*, Padova, 1996, p. 221 ss.

cipio di materialità; dall'altro, esso pare presentare un'intelaiatura costituzionale assai più vasta e ramificata di quella, tradizionalmente assegnatagli dalla letteratura del nostro Paese, di contenuto "implicito" del diritto di difesa; il versante soggettivo del *se detegere*, da ultimo, evoca una sua attinenza al principio di colpevolezza ed impone un'analisi della sua interazione con l'imputazione soggettiva del reato.

1.1. Libertà dalle autoincriminazioni e "diritto penale del fatto"

L'analisi svolta nella prima parte del lavoro consente di evidenziare un altro aspetto del principio: il riconoscimento all'imputato della facoltà di non rispondere, o più in generale di "non collaborare" alla propria incriminazione, ha evidenti ricadute sul piano della prova. Esso inibisce alla pubblica accusa di avvalersi, per la ricostruzione del fatto, del "contributo conoscitivo" dell'imputato stesso[8], con la conseguenza che gli elementi dimostrativi della sua responsabilità debbono essere ricercati *aliunde*.

La prima e la più evidente conseguenza di una tale configurazione del *se detegere* attiene, a ben guardare, non tanto all'ambito del processo, ma a quello, ad esso logicamente antecedente, della legislazione penale. Nei sistemi punitivi che accolgono il principio, le incriminazioni il cui contenuto non sia comprovabile senza la collaborazione dell'imputato divengono processualmente indimostrabili e, dunque, inattuabili all'atto pratico. Invero, come è stato evidenziato dalla letteratura anglosassone, le prime applicazioni del *se detegere* non sono state motivate da ragioni di ordine processuale, ma piuttosto dalla volontà, divenuta socialmente prevalente con il progressivo affermarsi delle idee liberali, di rendere inefficaci talune leggi avvertite come "ingiuste", ed in particolare quelle attinenti alla penalizzazione della eterodossia religiosa[9].

---

[8] Ciò costituisce invece una costante storica dei sistemi inquisitori (cfr. F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2003, p. 21 ss.).

[9] Cfr. W.J. Stuntz, *The substantive origins of criminal procedure*, *The Yale law Journal*, 1995, p. 412; si rinvia, su questo tema, alle considerazioni già svolte ed alla bibliografia richiamata nella parte prima, capitolo I, § 1.3. di questo lavoro.

Questa capacità del *nemo tenetur* di circoscrivere, nei termini di cui si è detto, il contenuto della prova processuale e di "oggettivizzarlo", assume una peculiare rilevanza in rapporto: 1) al suo legame, che risulta assai evidente ed intimo, con il principio di materialità del reato; 2) al suo raccordarsi con gli attributi di laicità e secolarizzazione che contraddistinguono il diritto penale moderno; 3) alla sua incidenza sulla dinamica della prova, sulla quale influiscono non solo fattori processuali, ma anche penali-sostanziali; 4) alla necessità che la scelta dell'imputato di non contribuire alla propria incriminazione – ed *a fortiori* di non confessare il fatto commesso – non sortisca ripercussioni negative di alcun genere sulla valutazione della sua responsabilità, sulla quantificazione della pena, sul trattamento penitenziario e, in generale, sulla possibilità che egli riacquisti la libertà.

Ciascuno degli aspetti appena evidenziati sarà oggetto di una trattazione autonoma: i primi due valgono a descrivere l'immanenza del *se detegere* alla struttura del reato e, dunque, la sua natura di principio polivalente, dal carattere tanto sostanziale che processuale. Gli ultimi due, per contro, come si dirà più oltre, costituiscono la base per l'enucleazione di altrettanti corollari del *nemo tenetur* e sono funzionali ad una rilettura in senso critico di taluni istituti della legislazione vigente.

Per quanto attiene alla connessione fra il principio di materialità del reato ed il canone del *seipsum prodere*, essa è evincibile dall'esistenza di un nucleo contenutistico comune ad entrambi i concetti. Il primo impone, in senso positivo, l'incriminazione di fatti «suscettibili di percezione sensoria», ovvero dotati di una «oggettiva corporeità»[10], ovvero ancora, secondo una terminologia corretemen-

[10] Per queste definizioni del principio si veda, nella manualistica, per tutti, A. Valenti, *Il principio di materialità*, in G. Insolera *et al.* (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, 2ª ed., Torino, 2000, p. 259. Sull'oggettivazione – ed oggettivabilità – del reato come dato strutturale rispetto al suo "volto" costituzionale, si vedano le osservazioni di N. Mazzacuva, *Il disvalore di evento nell'illecito penale. L'illecito commissivo doloso e colposo*, Milano, 1983, p. 122 e di L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 483 ss. Per un'analisi in chiave casistica dei rapporti fra materialità ed offensività e per l'individuazione dell'ulteriore bibliografia si consenta di rinviare a D. Tassinari, *Il principio di offensività*, in A. Cadoppi, S. Canestrari (a cura di), *Casi e materiali di diritto penale,* Vol. I, *Parte generale*, Milano, 2002, p. 16 ss.

te adottata in dottrina, «puramente esteriori»[11]; in senso negativo, esso, secondo una felice definizione «… esclude che un libero cittadino possa essere perseguito per ciò che è, pensa, vuole»[12]. L'aspetto saliente del concetto di materialità del reato consiste, dunque, nell'esclusione dal campo di intervento del diritto penale di pensieri, credenze, sentimenti, idee, in una parola delle situazioni afferenti al solo foro interno dell'individuo ed alla sua sfera privata. Ciò implica il divieto di penalizzazione del mero "atteggiamento interiore" dell'agente. Per dirla con un insigne criminalista del passato, «il diritto di proibire certe azioni, e di dichiarale delitto, si attribuisce alla autorità sociale come mezzo di mera difesa dell'ordine esterno: non per il fine del perfezionamento interno; i pensieri, i vizi, i peccati, quando non turbano l'ordine esterno, non possono dichiararsi delitti civili»[13].

Del principio di materialità del reato il *se detegere* rappresenta il *pendant* processuale. A ben guardare, entrambi i concetti descrivono, sia pure da angolazioni diverse, uno stesso fenomeno: l'inammissibilità di forme d'incriminazione che prescindano dall'esistenza di elementi oggettivi, "esteriori" all'agente, in quanto esse sarebbero impossibili da dimostrare a meno che non sia il reo stesso a confessarle. Un fatto-reato che potesse essere provato esclusivamente attraverso il contributo del reo sarebbe non solo privo di materialità – dunque incostituzionale già nella sua conformazione tipica –, ma anche impossibile da perseguire. In definitiva, il principio di materialità insiste sul medesimo nucleo, forte e libertario, che ha storicamente contrassegnato il *nemo tenetur* come barriera rispetto all'applicazione di fattispecie incriminatrici socialmente avvertite come

---

[11] Cfr. A. Fiorella, voce *Reato in generale*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, p. 789.

[12] Cfr. S. Canestrari, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in E. Dolcini, A. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 145; l'Autore precisa come la triplice distinzione riportata nel testo faccia riferimento a «corrispondenti forme di diritto penale, conosciute da ordinamenti a tendenza totalitaria soprattutto del passato… al diritto penale d'autore…, al diritto penale sintomatico (che dalla pericolosità delle idee desume il potenziale pregiudizio per il bene giuridico, soprattutto per quello dell'ordine pubblico), dell'atteggiamento interiore» (cfr. Id., *op. ult. cit.*, p. 145, nota 15).

[13] Cfr. F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, 4ª ed., 1871, p. 32 ss.

ingiuste. Queste considerazioni consentono di ravvisare, anche nel diritto italiano, un sostrato ordinamentale profondo del *se detegere*.

In questa cornice di valori, appare pienamente condivisibile anche l'osservazione secondo cui il *se detegere* costituirebbe, come si è accennato, uno dei volti non solo della materialità del reato, ma anche del suo carattere secolare e laico: «l'idea secondo cui la prova del fatto e del rapporto tra questo e l'autore debba essere integralmente a carico dell'accusa come suo compito istituzionale e non possa essere eluso da meccanismi coercitivi di collaborazione del reo…, scolpisce una delle facce più "visibili" della laicità. Vale a dire: il divieto assoluto di penalizzazione dell'atteggiamento interiore e di fatti sintomatici inoffensivi; la necessità che siano gli apparati pubblici di coercizione ad accollarsi l'impegno della ricerca della prova, e non il reo, sotto la minaccia della sanzione, a dovere confessare la propria "mancanza di fedeltà" all'ordinamento giuridico»[14].

Invero, il contenuto precettivo dell'endiadi materialità-*nemo tenetur* implica, in senso più ampio, anche che la prova di reità sia frutto di un impegno dispendioso, attento e soprattutto "oggettivo" dell'organo d'accusa, ovvero non aggirabile per il tramite di meccanismi volti a sollecitare, eventualmente nella fase pre-processuale, la confessione dell'incolpato. I principi in parola, esigendo una proiezione esteriore del reato, segnalano, in ultima analisi, anche l'esigenza di una connotazione obiettiva ed esteriore delle fonti di prova; come si è accennato, il *se detegere* non solo riflette la fisionomia – necessariamente – materiale dell'illecito penale, ma altresì, per le ragioni appena evidenziate, incide sulle dinamiche della formazione della prova: il fatto deve poter essere dimostrato lasciando intatta la prerogativa dell'imputato, della quale egli è libero di avvalersi o me-

[14] Cfr. S. Canestrari, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, cit., p. 147. A proposito del "carattere" di laicità del diritto penale, si vedano, in termini generali, F.C. Palazzo, *Laicità del diritto penale e democrazia "sostanziale"*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, p. 437 ss.; E. Dolcini, *Laicità, 'sana laicità' e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1017 ss.; sul tema parallelo della secolarizzazione del diritto penale si vedano, fra gli altri, M. Romano, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 477 ss.; V. Vinciguerra, *Diritto penale italiano*, Vol. I, *Concetto, fonti, validità, interpretazione*, 2ª ed., Padova, 2009, p. 203 ss.; G. Marinucci, E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, 3ª ed., Milano, 2001, p. 429 ss.

no, di non collaborare in alcun modo con l'accusa. Il *se detegere* impone, dunque, che il ragionamento processuale si svolga su elementi oggettivi ed esteriori, in guisa tale da non risultare mai limitativo dell'eventuale scelta di non-collaborazione del reo.

Peraltro, è noto che le problematiche della prova non rappresentano affatto una questione solo processuale, ma interessano da vicino il diritto penale sostanziale: ne sono una dimostrazione storica le così dette "pene straordinarie", ma non ne mancano esempi nel diritto penale contemporaneo, come nel caso, ben noto, dei "reati di sospetto"[15]. Ebbene: un peculiare problema di compatibilità con il *se detegere* si pone in relazione a tutte le fattispecie incriminatici che, non diversamente dal falso in bilancio – ipotesi divenuta "celebre" proprio in rapporto al tema qui trattato – impongono a taluni soggetti, in una fase precedente al processo e sotto la minaccia della sanzione penale, obblighi dichiarativi dal potenziale contenuto au-

[15] In relazione alla categoria delle pene straordinarie, che si applicavano in presenza di una mera "probabilità" di reità dell'imputato, si veda G. Lunghini, *Problemi probatori e diritto penale sostanziale. Un'introduzione*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., p. 412 ss. In merito ai reati di sospetto ed ai profili di incostituzionalità della categoria, per tutti, si vedano le osservazioni critiche di F. Bricola, *Teoria generale del reato*, in *Nov. Dig.*, XIX, Torino, 1973, p. 82; nonché, in rapporto al versante processuale (ed in specie alla surrettizia creazione di una regola di giudizio *in dubio contra reum* attraverso il diritto penale sostanziale, come accade per la fattispecie di possesso ingiustificato di valori), si vedano i rilievi di F. Cordero, *Il giudizio d'onore*, Milano, 1959, p. 162. Peraltro, la Corte costituzionale, pur avendo recentemente rigettato una questione di costituzionalità relativa all'art. 707 c.p. – possesso ingiustificato di chiavi alterate o di grimaldelli – (cfr. Corte cost., 20 giugno 2008, in *Giur. cost.*, 2008, p. 2528 ss., con nota in chiave critica di V. Manes, *La pervicace resistenza dei "reati di sospetto"*, ivi, p. 2539 ss.) aveva in passato ritenuto costituzionalmente fondata un'analoga questione di costituzionalità posta in relazione all'art. 708 c.p. – possesso ingiustificato di valori – (cfr. Corte cost., 2 novembre 1996, n. 370, in *Giust. pen.* 1998, p. I, 25, con nota di F. Lo Iudice, M. Rossi, *Ciò che residua dei reati di sospetto*). Tale pronuncia di incostituzionalità, peraltro, appare assai significativa in relazione al tema qui trattato, in quanto la Corte ha fatto propria – sia pure mediante un richiamo implicito – un'argomentazione che era stata illustrata dal Giudice *a quo* nell'ordinanza di remissione e fondata sulla libertà dalle autoincriminazioni: «l'art. 708 del codice penale contrasterebbe altresì con l'art. 24, secondo comma, della Costituzione, per violazione del principio sostanziale (e processuale) secondo cui *nemo tenetur se detegere*. Seguendo l'orientamento giurisprudenziale in ordine alla giustificazione richiesta dalla disposizione denunciata – l'attendibile e circostanziata spiegazione del possesso di valori – si obbligherebbe di fatto l'accusato a fornire all'autorità giudiziaria la notizia della commissione di un altro reato, pur di essere scagionato da quell'accusa».

toincriminante; non v'è dubbio come, in siffatte ipotesi, sia lo stesso diritto penale sostanziale a fungere da strumento operante nella fase pre-processuale ed in grado di alterare significativamente il fisiologico assetto probatorio del processo. Tali fattispecie, invero, servono a rendere estremamente più agevole, se non ad elidere del tutto, l'onere dell'accusa di dimostrare la sussistenza del fatto, in quanto si pongono in contrasto, sia pure in una fase pre-processuale, con il divieto di imporre all'imputato una collaborazione con l'accusa. Se poste a confronto con la valenza sistematica ed ordinamentale del *se detegere*, siffatte ipotesi appaiono sospette di illegittimità costituzionale: più oltre ci si soffermerà sull'analisi della razionalità delle scelte d'incriminazione che vi sono sottese alla luce dei diversi beni giuridici in gioco.

2. *I rapporti del* se detegere *con il diritto alla* privacy

Un ulteriore ambito in relazione al quale le tesi elaborate dalla letteratura d'oltreoceano in merito al fondamento – ed alle ramificazioni costituzionali – del *se detegere* paiono poter offrire significativi spunti d'indagine è dato dalle sue connessioni con il diritto alla *privacy*[16].

È noto come tale concetto sia storicamente nato nei paesi di *common law* e, in seguito, si sia diffuso anche negli altri ordinamenti di tipo liberal-democratico. Si è già detto, peraltro, come la letteratura e la giurisprudenza nordamericane abbiano posto in luce l'esistenza di numerosi punti di contatto fra il *privilege against self incrimination* ed il diritto alla *privacy*: in alcune iniziali applicazioni giurisprudenziali del principio essi erano stati pressoché identificati[17].

---

[16] A questo proposito, si consenta di rinviare alle considerazioni svolte in D. Tassinari, *Diritto all'anonimato e diritto penale: un (possibile) oggetto di tutela o un* vulnus *per il* law enforcement?, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Francesco Galgano, Vol. XLVIII, *Diritto all'anonimato*, a cura di G. Finocchiaro, Verona, 2008, p. 193 ss.

[17] A questo proposito si vedano le osservazioni ed i richiami bibliografici già effettuati *supra*, nella parte prima, capitolo primo, § 3., del presente lavoro; in re-

Una assai efficace sintesi degli aspetti contenutistici comuni al *se detegere* ed al diritto alla riservatezza secondo la prospettiva di *common law* è individuabile nella posizione del giudice Douglas, uno dei primi e più convinti sostenitori dell'esistenza di un preciso raccordo fra i due concetti: la *privacy* includerebbe il diritto di ogni individuo di rivelare o non rivelare agli altri ciò che crede o pensa e, soprattutto, di scegliere le modalità, i tempi ed i contenuti dell'esteriorizzazione del proprio pensiero senza alcuna interferenza da parte dello stato[18].

In particolare, il più evidente elemento di raccordo fra la libertà dalle autoincriminazioni e la *privacy* dovrebbe ravvisarsi nell'esistenza di una generale "libertà di tacere", la quale costituirebbe una fra le principali espressioni dell'autonomia individuale e si configurerebbe come una sorta di corollario negativo della libertà di parola[19].

Ebbene: mentre il diritto alla riservatezza, dopo essere stato inizialmente introdotto nel nostro ordinamento ad opera degli studiosi diritto privato, risulta oggi ampiamente riconosciuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza, siffatta sua particolare implicazione in rapporto al *se detegere* non pare sia mai stata posta adeguatamente in luce[20].

---

lazione alla genesi del diritto alla *privacy*, alla sua progressiva affermazione nei paesi di *common law*, nonché in merito ad i suoi legami con il quinto emendamento, si veda, inoltre, il fondamentale contributo di A. Baldassare, *Privacy e costituzione. L'esperienza statunitense*, Roma, 1974, *passim* e spec. p. 364; A. Cerri, *Riservatezza (diritto alla)*, *II) Diritto straniero e comparato*, in *Enc. giur.*, Roma, 2001, p. 1 ss.

[18] Nel testo originale inglese, richiamato da A. Cerri, *Riservatezza (diritto alla)*, *II) Diritto straniero e comparato*, cit., p. 5, si legge: «privacy involves the choice of individual to disclose or to reveal what he believes, what he thinks, what he possesses […] That dual aspect of privacy means that the individual shoud have the freedom to select for himself the time and circumstances when he will share his secret with others and decide the extent of that sharing. This is his prerogative, not the State's». Nella letteratura d'oltreoceano, oltre agli Autori richiamati nella prima parte di questo lavoro, in merito alle peculiari implicazioni esistenti fra *nemo tenetur* e diritto alla *privacy* si veda anche R.B. Mc Kay, *Self incrimination and the new privacy*, in *The supreme court reporter*, Chicago, 1967, p. 209.

[19] In questa prospettiva si veda, in particolare, R.B. Mc Kay, *Self incrimination and the new privacy*, cit., p. 209.

[20] In relazione al ruolo assunto dalla tutela della vita privata e familiare, assicurata dall'art. 8, co. 1, della Convenzione EDU, nell'ambito delle garanzie proces-

Non è certo questa la sede per procedere ad una ricognizione delle tappe evolutive che hanno contrassegnato l'accoglimento del concetto di *privacy* nel nostro ordinamento. È però utile rilevare come esso appaia in continua evoluzione e costantemente si arricchisca di nuove sfumature. Ne è un'emblematica dimostrazione il fatto che, all'ambito della *privacy*, sia stata progressivamente ricondotta una così vasta gamma di situazioni e prerogative soggettive da rendere mutevole persino l'identificazione terminologica del concetto: dalla sua iniziale definizione, elaborata dalla dottrina nordamericana, quale «diritto di essere lasciati soli»[21], si è passati alla sua delimitazione, ad opera della giurisprudenza italiana della metà del secolo scorso quale «diritto alla autonoma determinazione della vita di relazione»[22]; la *privacy*, stando ad alcune più recenti impostazioni, potrebbe però anche essere riguardata come diritto di essere «lasciati in pace», ovvero come diritto alla «tranquillità individuale»[23], ovvero ancora, in un'ottica più articolata e moderna, quale potere

---

suali ed in senso limitativo rispetto all'azione dei pubblici poteri si veda, tuttavia, G. Ubertis, voce *Giusto processo (dir. proc. pen.)*, cit., p. 445 ss.

[21] A «*right to be let alone*», per dirla con le parole del giudice Thomas Cooley. Cfr., a questo proposito, A. Cerri, *Riservatezza (diritto alla), II) Diritto straniero e comparato*, cit., p. 3. Sul punto, si veda, inoltre, P. Patrono, voce *Privacy e vita privata (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 558.

[22] In relazione a tale originaria configurazione della *privacy*, ascrivibile all'opera interpretativa della giurisprudenza, si veda soprattutto A. De Cupis, *Riconoscimento sostanziale ma non verbale del diritto alla riservatezza*, in *Foro it.*, 1963, I, p. 1298 ss. Va rilevato, peraltro, come, nella ricostruzione del diritto alla *privacy* si sia rivelato assai significativo anche il contributo dei penalisti, i quali si sono occupati del tema soprattutto rispetto al problema – non nuovo – della "spettacolarizzazione" dei processi. Si vedano, sul punto, F. Mantovani, *Diritto alla riservatezza e libertà di manifestazione del pensiero con riguardo alla pubblicità dei fatti criminosi*, in *Arch. pen.*, 1968, p. 40 ss.; P. Nuvolone, *I problemi posti dalla pubblicità dell'udienza penale*, in *Riv. pen.*, 1962, I, p. 193 ss. Peraltro, assai numerosi e significativi sono gli aspetti nei quali il diritto ed il processo penale intersecano la "privatezza" dell'individuo. Nella dottrina più recente, si vedano, ad esempio, L. Picotti, *Trattamento dei dati genetici, violazioni della* privacy *e tutela dei diritti fondamentali nel processo penale*, in *Dir. inf.*, 2003, p. 689 ss.; S. Quattrocolo, *Indagini preliminari e tutela della vita privata dell'accusato*, in *Leg. pen.*, 2005, p. 199 ss.

[23] Cfr., in particolare, P. Zatti, *Immissioni-inibitoria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, I, p. 732. Per una illustrazione di entrambe le accezioni di *privacy* citate nel testo si veda anche M. Atelli, *Riservatezza (diritto alla), III) Diritto costituzionale*, in *Enc. giur.*, Roma, *Aggiornamento*, 2001, pp. 1 e 3.

di "controllo" sulla circolazione delle proprie informazioni personali[24]. Nel diritto costituzionale, i punti riferimento dell'idea di "privatezza" sono molteplici. Invero, numerose sono le ricostruzioni che ne sono state proposte nel corso del tempo. Esse hanno consistentemente contribuito ad affinare il concetto e ad individuarne le multiformi implicazioni. I fondamenti del diritto in discorso sono stati, di volta in volta, ravvisati: nel "catalogo aperto" dei diritti inviolabili dell'uomo come singolo e nelle formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost.[25]; nel diritto al pieno sviluppo della persona umana di cui all'art. 3 Cost.; negli articoli 14 e 15 della Costituzione, relativi rispettivamente alla libertà del domicilio ed alla libertà e segretezza della corrispondenza; ancora, negli articoli 13, 21 e 29 Cost., inerenti il primo alla inviolabilità della libertà personale, il secondo alla libera manifestazione del pensiero (di cui la *privacy* rappresenterebbe il risvolto negativo) ed il terzo al complesso dei diritti afferenti all'ambito familiare[26].

Può dirsi che, nell'attuale panorama degli studi del nostro Paese inerenti al tema, siano in realtà ravvisabili "diritti di privatezza" diversi e settoriali: mentre alcuni di essi hanno una chiara matrice costituzionale, altri sono desumibili dalla legislazione ordinaria[27] ed

---

[24] Cfr., in quest'ottica, S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, p. 80.

[25] Sul punto cfr. Corte cost., 12 aprile 1973, n. 38, in *Giur. cost.*, 1973, p. 362. Nella dottrina penalistica vedi F. Bricola, *Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 1079; per una panoramica della dottrina e della giurisprudenza sul punto vedi altresì S. Fiore, *Riservatezza (diritto alla)*, IV, *Diritto penale*, in *Enc. giur.*, Roma, Vol. XXVII, 1998, p. 2.

[26] Per un dettagliato quadro dei riferimenti costituzionali del diritto alla *privacy* richiamati nel testo v. A. Cerri, *Riservatezza (diritto alla), III) Diritto costituzionale*, in *Enc. giur.*, Roma, 1995, p. 3.

[27] In rapporto alla normativa sulla *privacy* si vedano le considerazioni – che appaiono valide ed attuali nonostante le riforme legislative che hanno interessato il settore – di S. Rodotà, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, p. 591; per i profili penalistici v. P. Veneziani, *Beni giuridici protetti e tecniche di tutela penale nella nuova legge sul trattamento dei dati personali: prime osservazioni*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, p. 135 ss. In merito alla vigente legislazione sulla *privacy*, si veda, per tutti, A. Manna, *Il quadro sanzionatorio penale ed amministrativo del Codice sul trattamento dei dati personali*, in *Dir. inf.*, 2003, p. 729 s.

altri ancora scaturiscono direttamente dal processo di armonizzazione del diritto propugnato dall'Unione europea[28].

A questo proposito, è stato esattamente rilevato come sia in effetti arduo attribuire al concetto di "privacy" una valenza strettamente tecnico-giuridica, in quanto esso esprime un'idea di ascendenza eminentemente filosofico-politica, per numerosi aspetti accostabile al così detto «principio di autonomia»[29]. La "privatezza", detto altrimenti, sembra costituire la rappresentazione sintetica (o forse persino la radice) di una serie di diritti di libertà, con la conseguenza che la sua giustapposizione al sistema normativo finisce per individuare non uno specifico diritto, bensì una «costellazione di diritti»[30]. Essi appaiono «non tanto accomunati da caratteri strutturali o formali, quanto proprio da una certa matrice ideale di rifiuto di intrusioni non consentite in una sfera riconosciuta come propria della persona…»[31].

La relazione fra *se detegere* e privatezza pare potersi compiutamente cogliere, nel complesso delle possibili accezioni di quest'ultima, nella ricostruzione della *privacy* quale momento "negativo" del diritto di manifestazione del pensiero; questa tesi è stata originariamente sostenuta dalla dottrina di lingua inglese e poi ripresa, con eleganti argomentazioni, anche da numerosi studi di diritto costituzionale e di diritto privato del nostro Paese[32].

---

[28] In merito alle "influenze" sul tema del diritto comunitario cfr., per tutti, M. Atelli, *Commento all'art. 10*, in M. Atelli (a cura di), *Privacy e telecomunicazioni*, Napoli, 1999, p. 201 ss.

[29] Sul punto si veda, in particolare, A. Cerri, *Riservatezza (diritto alla), II) Diritto straniero e comparato*, cit., p. 4. L'Autore sottolinea come la *privacy*, oltre che sullo sfondo di numerosi diritti espressamente riconosciuti dalla Costituzione, «viene in evidenza come un principio di 'autonomia' […] che finisce con l'assumere un connotato fortemente espansivo. […]e per ricongiungersi alla positiva garanzia costituzionale del 'pieno sviluppo della persona' (art. 3 co. 2 Cost.)».

[30] Cfr. F. Modugno, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, p. 20.

[31] Cfr. A. Cerri, *Riservatezza (diritto alla), III) Diritto costituzionale*, in *Enc. giur.*, Roma, 1995, p. 3.

[32] In relazione a tale accezione "negativa" della *privacy* desumibile dalla giurisprudenza nordamericana v. A. Cerri, *Riservatezza (diritto alla), III) Diritto costituzionale*, cit., p. 3; nella dottrina italiana, in rapporto alla ricostruzione della *privacy* quale risvolto "negativo" del diritto alla libera manifestazione del pensiero, si vedano, per tutti, i fondamentali contributi di F. Carnelutti, *Diritto alla vita priva-*

Laddove si focalizzi l'attenzione, nel multiforme contesto del diritto di *privacy*, su tale suo particolare significato, appare difficile negare che esso comprenda, quale sua più immediata forma di estrinsecazione, la libertà di tacere e, in senso ampio, il diritto dell'individuo di scegliere se e come rivelare ad altri determinati fatti, ovvero propri stati d'animo.

In quest'ottica, il *se detegere* senza dubbio costituisce una particolare articolazione del diritto alla *privacy*, in quanto ne condivide il contenuto di fondo e se ne differenzia essenzialmente per il particolare *oggetto* sul quale insiste la scelta di "non esteriorizzazione" spettante al titolare del diritto.

La "privatezza" ha certamente un contenuto più ampio ed al contempo meno determinato rispetto al *nemo tenetur*, eppure i due diritti, nonostante la maggiore specificità del secondo, si presentano come cerchi concentrici, in quanto contengono un nucleo di tutela comune. La maggiore determinatezza del *se detegere* va ravvisata nella sua attinenza non già a qualunque tipologia di dato conosciuto dal soggetto e che questi decida di mantenere celato alla collettività generalmente intesa, bensì ai soli fatti dal contenuto potenzialmente autoincriminante che egli sia chiamato a rivelare nell'ambito di una relazione con i pubblici poteri.

Nel diritto alla *privacy* va rilevata anche una nota maggiormente "intimistica", in quanto la libertà di scelta che esso sottende attiene soprattutto all'esteriorizzazione di dati utili a descrivere la personalità, la soggettività del loro titolare. Si tratta di una tipologia di dati normalmente (sia pur non necessariamente) incidenti sul concetto di reputazione[33]; il *se detegere* pare, invece, funzionale, come ben emerge dall'idea di "non collaborazione" fra accusato ed accusa che

---

ta, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, p. 3 ss.; A. Cataudella, *La tutela civile della vita privata*, Milano, 1972, *passim*; A. Cerri, *La libertà negativa di manifestazione del pensiero e di comunicazione privata – diritto alla riservatezza: fondamento e limiti*, in *Giur. cost.*, 1974, I, p. 610; Id., *Diritto di non ascoltare l'altrui propaganda*, in *Giur. cost.*, 1985, I, p. 987. In relazione ai contenuti "positivi" e "negativi" della *privacy* cfr., recentemente, anche A. Manna, *Erosione delle garanzie individuali in nome dell'efficienza dell'azione di contrasto al terrorismo: la privacy*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 1031, alla nota 16.

[33] In relazione a questo profilo si vedano le osservazioni di G. Giacobbe, voce *Riservatezza (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, XL, 1989, p. 1245 ss.

vi è sottesa, soprattutto (ma non esclusivamente) alla tutela della libertà personale.

A ben vedere, tuttavia, fra i due ambiti non pare esista una demarcazione così netta, essendo innegabile, da un lato, come ha posto in luce una parte della letteratura nordamericana, che la confessione di un reato talvolta si innesta in un percorso di rielaborazione critica da parte del suo autore nient'affatto privo di note "intimistiche"[34]; dall'altro, va rilevato come anche la scelta di non svelare la commissione di un illecito penale sia strettamente correlata al concetto di reputazione. Ne è una dimostrazione evidentissima l'espresso riferimento all'onore contenuto nell'art. 384 c.p.

In breve: il diritto alla *privacy* ed il *nemo tenetur* esprimono, sia pure con accezioni diverse ed in contesti solo parzialmente sovrapponibili, un comune nocciolo libertario, che è dato dall'enunciazione di un principio di "non ingerenza", da parte della generalità dei terzi, ovvero da parte dello stato, nella sfera privata dell'individuo[35]. In quest'ottica, non pare per nulla azzardato ravvisare l'esistenza, nell'ampio contesto delle norme costituzionali che danno fondamento al *se detegere* (se ne dirà fra poco), anche di un suo saldo legame con il diritto alla *privacy*, con il quale esso pare condividere quantomeno la veste di un'estrinsecazione negativa del diritto alla libera manifestazione del pensiero.

Il rapporto esistente fra i due diritti ed il loro fondamento (parzialmente) comune certamente vale a rafforzare l'idea di un possibile ruolo del *se detegere* nel diritto penale sostanziale: nonostante l'ancora modesto radicamento (rispetto ai Paesi di *common law*) dei diritti di *privacy* nel nostro ordinamento, il loro stretto raccordo logico-contenutistico con il privilegio appare assai utile a dar conto dei numerosi risvolti che esso assume nell'intelaiatura costituziona-

[34] Cfr. le osservazioni svolte *supra*, nella parte prima, capitolo terzo, § 3.3. di questo lavoro, a cui si rinvia anche per i richiami bibliografici.

[35] In quest'ottica appare assai perspicua la ricostruzione, propugnata da una parte della dottrina civilistica, del diritto alla *privacy* anche come garanzia dall'ingerenza normativa dello stato. Cfr., in particolare, L. Elia, *I diritti umani nella politica – una politica per i diritti umani*, in Aa.Vv., *Diritti umani e politica*, Roma, 1983, p. 113 ss.

le[36] e della sua centralità nel quadro di valori dalla stessa emergenti, nonché, come si dirà più oltre, della sua fisionomia pre-processuale.

3. *I principali riferimenti costituzionali a fondamento della libertà dalle autoincriminazioni*

Il principio *nemo tenetur se detegere*, pur non essendo espressamente contemplato né dalla Costituzione, né dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, appare ben radicato nel quadro dei valori fondamentali del nostro ordinamento. Nell'intelaiatura della Carta costituzionale, si rinvengono una pluralità di riferimenti logici e normativi che consentono di ricostruirne, da un lato, l'assoluta centralità nell'ambito del processo, e dall'altro, il carattere di diritto di libertà[37].

[36] Invero, le connessioni fra *se detegere* e diritto alla riservatezza sono talora emerse anche a livello giurisprudenziale; ciò è recentemente accaduto, ad esempio, nel giudizio di legittimità costituzionale della norma del C.d.s. che impone ai proprietari di autoveicoli di comunicare all'Autorità i dati personali e della patente del responsabile delle infrazioni stradali; sebbene la questione sia stata rigettata dalla Corte costituzionale, appare interessanti talune argomentazioni che erano state esposte dal giudice *a quo* nell'ordinanza di remissione. In essa, si evidenzia come la previsione del sopraddetto obbligo di comunicazione dovrebbe ritenersi lesiva dei diritti della personalità del conducente «e, in particolare, del suo diritto alla riservatezza, garantito dall'art. 2 della Costituzione»; nell'ipotesi in cui autore dell'infrazione sia lo stesso proprietario del veicolo, peraltro, tale disciplina dovrebbe ritenersi simultaneamente in contrasto con i parametri costituzionali «perché è diritto primario e inviolabile quello di non essere tenuto alla confessione di un illecito: "nemo tenetur se ipsum accusare"». Cfr. Corte Cost., 20 maggio 2008, n. 165, in *Arch. giur. circol. e sinistri* 2009, 1, p. 15, con nota di C. Bruno, *Art. 126 bis: in tema di diritto al silenzio la consulta cambia tutto perché (quasi) nulla cambi*.

[37] La dottrina costituzionalistica, in particolare, ha evidenziato come il concetto giuridico di libertà – coerentemente con i suoi antecedenti filosofici – debba essere ricostruito, quantomeno in relazione alla sua genesi storica, primariamente in senso negativo, ovvero secondo una prospettiva che si attaglia assai bene al principio *nemo tenetur se detegere*: «la libertà negativa – e quindi la libertà giuridica – hanno in sé l'assunto che il potere sia in ogni caso alieno, sia fonte di obblighi eteronomi. Nel conflitto che si instaura fra esso ed il singolo, fanno valere le ragioni di quest'ultimo, conferendo loro una tendenziale priorità. Costituiscono […] una presupposizione a favore dell'individuo nei confronti del potere politico dello stato». cfr. G. Amato, *Libertà (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXIV, 1974, p. 273 ss. Nella stessa prospettiva si vedano le annotazioni di A.C. Jemolo, voce *Libertà, aspetti giuridi-*

Il *se detegere* costituisce, in primo luogo, un aspetto del diritto di autodeterminazione, o di "libertà morale" dell'imputato ed a questo è legato in modo evidente: se l'imputato fosse obbligato a rendere dichiarazioni sul fatto che gli viene attribuito, egli non potrebbe più liberamente determinarsi ad alcuna scelta difensiva ed anzi neppure potrebbe più essere considerato alla stregua di un soggetto del processo, ma ne diverrebbe piuttosto l'oggetto[38]. Il diritto all'autodeterminazione si salda perfettamente al *nemo tenetur* nella parte in cui entrambi i principi impongono la salvaguardia della personalità psichica dell'imputato o, per dirla con le parole di un illustre Autore, «la libertà di ragionare con la propria testa […] la libertà di non vedere né ingannata né coartata la propria coscienza, il diritto a non vedersi ingiustamente imposto un determinato contegno, neanche passivo od inerte, il diritto infine… a formare con "motivi propri" le proprie determinazioni»[39].

La libertà morale dell'imputato, come hanno condivisibilmente posto in luce la dottrina processualistica e la stessa Corte costituzionale, si presenta, rispetto al diritto di difesa, come una sua pre-condizione, potrebbe forse dirsi come un suo elemento implicito: senza di essa la difesa processuale diverrebbe impossibile. In quest'ottica, la libertà morale è stata efficacemente definita quale «diritto all'invio-

---

ci, in *Enc. dir.*, XXIV, 1974, p. 269 ss., il quale sottolinea che le libertà, nel diritto costituzionale, sono «verso lo Stato del cittadino, ed in genere dell'uomo, rispetto all'ordinamento statale».

[38] Sul concetto di libertà morale si veda, nella manualistica processuale, M. Scaparone, *Procedura penale*, Vol. I, Torino, 2008, p. 321; la dottrina processualistica sottolinea, condivisibilmente, come la nozione in discorso si collochi su di un piano metagiuridico, in quanto è volta a tutelare un superiore principio di dignità dell'uomo. Sul punto, si vedano, fra gli altri, A.M. Capitta, *Ricognizione coatta,* comunicative evidence *e diritto al silenzio*, in *Giur. it.*, 1996, I, p. 118; A. Bargi, *Procedimento probatorio e giusto processo*, Napoli, 1990, p. 288. Per una panoramica della letteratura sul punto, si veda altresì M. Nobili, sub *Art. 188 c.p.p.*, in Aa.Vv., *Commento al codice di procedura penale*, 2ª ed., Torino, 1993, p. 396. Nella dottrina costituzionalistica, in relazione alla libertà morale come "luogo" nel quale troverebbero tutela le facoltà primordiali dell'uomo, ossia in primo luogo la sua libertà di autodeterminazione, si vedano A. Barbera, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1971, p. 190; P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 112.

[39] Cfr. G. Vassalli, *Il diritto alla libertà morale*, 1960, in Id., *Scritti giuridici*, III, *Il processo e la libertà*, Milano, 1997, p. 306 ss.

labilità dell'anima» ed annoverata dalla dottrina fra i diritti dell'uomo di cui all'art. 2 Cost.[40]. Sono numerose ed univoche, peraltro, sia nelle fonti del diritto interno che in quelle internazionali, le conferme di quanto la libertà in discorso rivesta un ruolo centrale nel quadro dei valori del processo: nell'ambito delle prime va annoverato l'art. 13, co. 4, Cost., laddove viene «punita ogni violenza fisica o morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà»[41], nonché, al livello codicistico, gli art. 64, co. 2, e 188 c.p.p., in relazione ai quali la libertà morale è stata esattamente ritenuta l'espressione di un «principio di ordine pubblico processuale»[42]; in rapporto alle fonti soprannazionali, assumono rilievo a questo proposito tutte le convezioni ed i trattati internazionali volti a bandire la tortura e, più in generale, le forme di violenza anche solo psicologica sull'imputato[43].

Peraltro, soprattutto nel periodo antecedente alla riforma dell'art. 111 della Costituzione, la letteratura processualistica e costituzionalistica erano concordi nel ritenere che il *se detegere*, proprio in ragione della sua attinenza al principio di libertà morale, dovesse implicitamente desumersi dalla stessa enunciazione costitu-

---

[40] Cfr. O. Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., p. 28 il quale cita testualmente F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, 1987, p. 472. In particolare, in relazione al raccordo fra libertà morale ed art. 2 Cost. vedi G. Di Chiara, *Libertà personale dell'imputato e presunzione di non colpevolezza*, in G. Fiandaca, G. Di Chiara, *Una introduzione al sistema penale*, Napoli, 2003, p. 305. L'affermazione secondo cui la libertà morale «rappresenta una diretta applicazione dell'art. 2 Cost.» è ricorrente anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale (cfr., per tutte, Corte Cost., 19 giugno 1998, n. 229, in *Giur. cost.*, 1998, p. 1790).

[41] A questo proposito v. C. Mainardis, sub *Art. 13 Cost.*, in V. Crisafulli *et al.*, *Commentario breve alla Costituzione*, 2ª ed., Padova, 2008, p. 112.

[42] Cfr. O. Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., p. 31; E. Fortuna, *I soggetti*, in E. Fortuna, S. Dragone, E. Fassone, R. Giustozzi, *Nuovo manuale pratico del processo penale*, Padova, 2002, p. 228.

[43] Si veda, sul punto, M. Chiavario, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969, p. 65 ss.; fra le principali fonti internazionali sul punto si rammentano l'art. 7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici (adottato a New York il 16 dicembre 1966) e l'art. 5 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (approvata dall'assemblea dell'ONU il 10 dicembre 1948), che stabiliscono il divieto di tortura e di trattamenti crudeli, disumani e degradanti.

zionale del diritto di difesa di cui all'art. 24, co. 2, Cost.[44]. In questa prospettiva, pare rivestire un peculiare rilievo interpretativo la proclamazione della difesa come «diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento», in quanto essa «si colloca nitidamente all'interno di un programma personalista per il quale il funzionamento delle istituzioni giudiziarie è posposto all'intangibilità dei valori dei quali è portatrice la persona umana»[45]*;* l'orientamento personalistico della carta costituzionale risulterebbe, infatti, contraddetto *in nuce* se il diritto inviolabile di difesa potesse ritenersi compatibile con l'imposizione all'imputato di obblighi di autoincriminazione; ed è proprio alla luce di queste considerazioni che la Corte costituzionale ha ripetutamente riconosciuto, anche in tempi recenti, l'implicita attinenza del *se detegere* ai contenuti dell'art. 24, co. 2, Cost. e lo ha definito un «principio cardine del nostro sistema processuale» ed un «corollario essenziale del diritto di difesa»[46].

---

[44] Cfr., in particolare, M. Scaparone, *L'articolo 24 della Costituzione*, in Aa.Vv., *Commentario alla Costituzione*, A. Scialoja, G. Branca (a cura di), Bologna-Roma, 1981, Vol. XXI, p. 87: «il rispetto dovuto alla libertà morale dell'inquisito e quindi l'esigenza di assicurare un certo grado di dignità ai metodi di investigazione giudiziaria hanno indotto a ravvisare nel diritto di difesa dell'imputato anche una componente per così dire negativa, rappresentata dal diritto di tale soggetto di non fornire prove della propria eventuale colpevolezza e più in generale le prove suscettibili di pregiudicare lo svolgimento dei sui assunti difensivi nel processo». Sul punto, ed anche per l'individuazione dei contenuti processuali del diritto vedi, inoltre, P. Ferrua, voce *Difesa (Diritto di)*, in *Dig. dis. pen*., 1988, p. 467 ss.; A. Carli Giardino, *Il diritto di difesa nell'istruttoria penale*, Milano, 1983, p. 23 ss.; G.P. Voena, voce *Difesa penale*, in *Enc. giur. Treccani*, Vol. X, Roma, 1988, p. 1 ss. Si veda altresì Corte cost., 6 aprile 1973, n. 34, in *Giur. cost*., 1973, p. 341, laddove si afferma la particolare importanza del *se detegere* nella fase antecedente all'interrogatorio dell'imputato, in quanto «occorre rafforzare la libertà morale dell'imputato per sollevarlo dallo stato di soggezione in cui possa venire a trovarsi a cospetto dell'autorità e per porlo al riparo da eventuali pressioni».

[45] Cfr. G.P. Voena, voce *Difesa penale*, cit. p. 3, il quale richiama le analoghe osservazioni di O. Dominioni, *Le parti nel processo penale*, Milano, 1985, p. 152 e di G. Amato, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, p. 304.

[46] Si vedano, fra le numerose pronunce della Corte costituzionale sul punto, la n. 267 del 30 giugno 1994, in *Giur. cost.*, 1994, p. 2180, l'ordinanza n. 291 del 26 giugno 2002 (in *Giur. cost.*, 2002, p. 2106), nonché, sia pure nell'ambito della giurisprudenza meno recente, la significativa sentenza n. 34 del 6 aprile 1973, in *Giur cost.*, 1973, p. 341, laddove l'importanza del diritto al silenzio (e dunque del *se detegere*) è sottolineata nei seguenti termini: «scopo dell'istituto è evidentemente quello di rafforzare la libertà morale dell'imputato per sollevarlo dallo stato di sog-

L'appartenenza del *se detegere* al sistema costituzionale, ed anzi, occorre dire, la sua assoluta centralità nel quadro dei valori in esso accolti, trova, qualora ve ne fosse bisogno, numerose altre conferme: assai rilevante appare, in particolare, il riferimento alla presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27, co. 2, Cost.[47].

Essa impone di non relegare l'imputato al ruolo di "vittima sacrificale" dell'accertamento processuale[48] ed esprime perciò l'esigenza che questo si svolga indipendentemente dal suo contributo, ovvero in maniera quanto più possibile "oggettivata"; nella prospettiva dell'art. 27, co. 2, Cost., risulterebbe evidentemente inammissibile il ricorso ad una scorciatoia di profilo inquisitorio come quella di vincolare l'imputato a dichiarazioni confessorie[49].

Sul piano della disciplina processuale, la necessità di privilegiare una tale fisionomia della prova pare oggi espresso in modo assai suggestivo anche dal – recentemente introdotto – *standard* del "ragionevole dubbio"; benché la formula in discorso, la cui matrice si rinviene nel diritto processuale nordamericano[50], sia stata talvolta criticata per il suo carattere enfatico, ed addirittura sia stata da qualche Autore ritenuta pleonastica[51], essa sembra presentare il pregio di descrivere in termini sintetici ed efficaci l'entità dell'impegno

---

gezione psicologica in cui possa venire a trovarsi a cospetto dell'autorità e per porlo a riparo da eventuali pressioni che su di lui possano essere esercitate».

[47] Cfr., V. Grevi, "Nemo tenetur se detegere", cit., p. 46 e 47; più recentemente, Id., *Il diritto al silenzio dell'imputato sul fatto proprio e sul fatto altrui*, 1998, in Id., *Alla ricerca di un processo penale "giusto". Itinerari e prospettive*, Milano, 2000, p. 203 ss. Sul punto si vedano anche i rilievi di M. Nobili, *Spunti per un dibattito sull'art. 27, co. 2 Cost.*, in *Tommaso Natale*, 1978, p. 833 ss.

[48] Sui legami fra presunzione di non colpevolezza, contraddittorio e *nemo tenetur se detegere* si veda, soprattutto, G. Illuminati, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, p. 172 ss.

[49] «… dall'art. 27, co.2, Cost., [si ricava] una regola di giudizio che tutela la difesa ponendo a carico dell'accusatore il rischio della mancata prova senza escludere ed anzi sottintendendo il diritto dell'imputato di contestare gli elementi a carico e di ottenere l'ammissione di quelli a favore». Cfr. P. Ferrua, voce *Difesa (Diritto di)*, in *Dig. disc. pen.*, 1988, p. 477.

[50] Per le origini della formula del "ragionevole dubbio" si veda, per tutti, J.Q. Whitman, *The Origins of Reasonable doubt*, New Haven, London, 2008, *passim.*

[51] Ritiene pleonastico il richiamo al "ragionevole dubbio", pur non disconoscendo che esso si è rivelato utile in altri sistemi processuali M. Nobili, *Storia di un'illustre formula: il "libero convincimento" negli ultimi trent'anni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 82.

probatorio gravante sull'accusa[52]. In breve: per dirla con la dottrina processualistica, la presunzione d'innocenza vale, in primo luogo, ad escludere che a carico dell'imputato sia configurabile un "onere di difesa"[53]; ciò dimostra la rilevanza costituzionale, entro il perimetro logico tracciato dall'art. 27, co. 2, Cost., della scelta dello stesso di astenersi, laddove lo desideri, dall'agone della prova e dal partecipare alla sua formazione[54]; essendo l'imputato presunto innocente, inoltre, egli non potrà essere riguardato, come accadrebbe laddove si seguisse un'impostazione inquisitoria, come il depositario della verità dei fatti[55], ma all'opposto deve essere considerato come la persona fra tutte "meno informata" in merito agli stessi[56]. Detto al-

[52] Parte della dottrina, peraltro, in senso contrario alla letteratura richiamata nella nota precedente, ha sottolineato la valenza positiva della formula del "ragionevole dubbio", in quanto il suo espresso richiamo corrisponde ad una "scelta di civiltà": cfr., in particolare, F. D'Alessandro, *La certezza del nesso causale: la lezione "antica" di Carrara e la lezione "moderna" della Corte di Cassazione "sull'oltre ragionevole dubbio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 743; sul punto cfr. anche A. Paliero, *Il "ragionevole dubbio" diventa criterio*, in *Guida dir.*, 2006, fasc. 10, p. 73.

[53] Cfr. O. Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., p. 47.

[54] O. Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., p. 47 nonché G. Illuminati, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., p. 191. In relazione all'equivalenza fra la nozione di "presunzione d'innocenza" e di "considerazione di non colpevolezza" utilizzata dall'art. 27, co. 2, Cost., v. V. Garofoli, *Presunzione d'innocenza e considerazione di non colpevolezza. La fungibilità delle due formulazioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 1196.

[55] La distorta prospettiva secondo la quale l'imputato dovrebbe essere considerato come il depositario della verità dei fatti è ben evidenziata storicamente dal ricorso all'interrogatorio quale strumento d'inquisizione. Si vedano, a questo proposito, le osservazioni di O. Dominioni, voce *Imputato*, in *Enc. dir.*, XX, 1970, p. 791, il quale sottolinea, in chiave retrospettiva come «… l'ambiguità di disciplina legislativa fece sopravvivere per non poco tempo nella prassi giudiziaria l'idea che esso [l'interrogatorio] dovesse servire ad ottenere la confessione dell'imputato». In merito alla funzione dell'interrogatorio quale mezzo di difesa – funzione che peraltro gli era stata riconosciuta, nonostante una difforme prassi, anche nei lavori preparatori del codice di procedura penale del 1930 – si veda anche O. Campo, voce *Interrogatorio dell'imputato*, in *Enc. dir.*, XXII, 1972, p. 335, nel testo ed alla nota 10.

[56] Cfr. O. Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., p. 48; a questo proposito vedi anche S. Buzzelli, voce *Processo penale europeo*, in *Enc. dir.*, Annali, II, 1, 2008, p. 717 ss. che richiama il Libro verde sulla presunzione di non colpevolezza delle Commissione europea: «[l'individuo accusato] deve essere trattato come se non avesse commesso il reato fino al momento in

trimenti, in forza della presunzione d'innocenza, «sarebbe contraddittorio pretendere un contributo alla ricerca della verità da parte di colui che va presunto estraneo al fatto per cui si procede»[57]. Ed è per tale complesso di ragioni e valori che la prova, come risulta confermato dal *pendant* che il *se detegere* trova nel principio di materialità del reato, deve essere edificata su parametri oggettivi, ovvero su dati e fatti necessariamente alieni al foro interno dell'imputato ed, in linea di principio, ovvero salva la diversa e libera scelta di questi, sempre virtualmente sganciati dalla sua collaborazione[58].

Il quadro delle disposizioni costituzionali dalle quali il *nemo tenetur se detegere* trae fondamento risulterebbe però incompleto se non si dicesse anche della sua stretta inerenza al principio del contraddittorio. A ben vedere, il legame logico esistente fra i due principi era già desumibile, ben prima della riforma (risalente a poco più di un decennio fa) dell'art. 111 Cost., dalla stessa garanzia costituzionale del diritto di difesa: la dottrina costituzionalistica ha condivisibilmente osservato come la difesa sia una nozione «di relazione», che si manifesta e prende corpo proprio nella sua giustapposizione all'accusa. Essa costituisce perciò un presupposto logico imprescindibile del "trittico"[59] processuale ed è funzionale alla formazione

---

cui lo Stato, mediante le autorità titolari dell'azione penale, acquisisce un impianto probatorio sufficiente a convincere della sua colpevolezza un giudice indipendente ed imparziale».

[57] Cfr. G. Ubertis, voce *Giusto processo (dir. proc. pen.)*, cit., p. 435 ss.

[58] Come sottolinea G. Illuminati: «l'imputato non va considerato quale depositario di una verità da carpire ad ogni costo, ma è un organo di prova solo eventuale, che interviene nell'accertamento per libera scelta e nel proprio interesse difensivo» (cfr. *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., p. 193). A questo proposito v. anche G. Bellavista, voce *Confessione (dir. proc. pen.)* in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 919, il quale sottolinea come la confessione «lungi dall'avere il valore probatorio preclusivo e preminente goduto in passato (regina probarum) nel processo penale moderno non mantiene la forza decisiva di un tempo […] ed essa sottostà […] alle regole di valutazione che si esprimono nei due principi della ricerca della verità reale e del libero convincimento».

[59] Cfr. G. Bellavista, voce *Difesa giudiziaria penale*, in *Enc. dir.*, 1966, p. 454: "… sul piano dialettico […] l'accusa si profila come tesi, e la difesa come antitesi […] ond'è che i due concetti appaiono legati da una interdipendenza funzionale, che finisce, in verità, per vincolare tutto il "trittico" giudiziario: l'ufficio dell'accusa, l'ufficio della difesa, e l'ufficio della decisione: tesi, antitesi, sintesi». sul punto, si vedano, inoltre G. Conso, *Accusa e sistema accusatorio*, in *Enc. dir.*, Vol. I, p. 334 ss.; F. Carnelutti, *Principi del processo penale*, Napoli, 1960, p. 36

della prova innanzi al giudice. Non potrebbe esservi contraddittorio se non vi fosse il diritto di difesa; né, come si è detto, potrebbe esservi diritto di difesa se non fosse garantita la libertà morale dell'imputato. Poiché quest'ultima resterebbe una vuota enunciazione se il sistema non contemplasse il *nemo tenetur se detegere*, appare allora chiaro come il principio si collochi logicamente all'origine stessa delle garanzie che servono alla realizzazione del contraddittorio, ovvero dell'elemento portante, ontologico del processo accusatorio. Siffatta posizione, per così dire, apicale della libertà dalle autoincriminazioni nella piramide delle garanzie processuali vale a dar conto, in quanto ne costituisce un'efficace sintesi, di quanto il principio, sia pure singolarmente inespresso, rappresenti il risvolto più recondito ed essenziale dell'intera intelaiatura costituzionale del processo; esso è, per ciò stesso, uno degli aspetti della procedura penale maggiormente adatto a misurare con un colpo d'occhio «le scelte culturali, ideologiche e politiche sottostanti ai diversi sistemi processuali»[60].

Peraltro, il ruolo basilare del *se detegere* nell'edificio delle garanzie processuali risulta oggi, rispetto al passato, ancor più nettamente evincibile dal tessuto costituzionale in virtù della novellata disposizione dell'art. 111 Cost.[61]. Nel contesto della stessa sono ravvisabili una pluralità di elementi che valgono a rendere decisamente assai solido l'ancoraggio costituzionale del principio e, parallelamente, incontrovertibile la sua valenza sistematica ed ordinamen-

---

ss.: l'illustre Autore sottolinea, in particolare, la stretta attinenza del diritto difesa al contraddittorio al fine di realizzare la sua fisiologia. La decisione, infatti, comporta necessariamente la creazione del "*dubium*" al cui superamento si perviene attraverso il "*duellum*" fra le parti nel processo (cfr. F. Carnelutti, *Principi del processo penale*, cit., p. 46).

[60] Cfr. O. Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., pp. 2-3.

[61] In merito alle origini ed al dibattito inerenti alla riforma dell'art. 111 Cost. si vedano, in generale, M. Cecchetti, *Il principio del "giusto processo" nel nuovo art. 111 Cost. Origini e contenuti normativi generali*, 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. 49 ss.; E. Marzaduri, *La riforma dell'art. 111 Cost., tra spinte contingenti e ricerca di un modello costituzionale del processo penale*, in *Leg. pen.*, 2000, p. 758 ss.; P. Tonini, *"Giusto processo": riemerge l'iniziativa del parlamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 137 ss.

tale: in primo luogo, è la stessa nozione di equità processuale, per come essa è stata interpretata anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, a presupporre il *nemo tenetur*[62]. Certamente non potrebbe aversi un processo "giusto" se l'accusa potesse legalmente obbligare l'imputato alla confessione.

Altrettanto emblematico è il riferimento dell'art. 111 Cost. alle "condizioni di parità" della parti nell'esercizio del contraddittorio innanzi ad un giudice "terzo ed imparziale". Non pare seriamente revocabile in dubbio che di "parità della armi" non potrebbe neppure parlarsi in un sistema che sconoscesse la libertà dell'imputato di non accusare se stesso[63].

La rilevanza dell'art. 111 Cost. per il tema qui analizzato va però colta soprattutto in relazione all'esplicita identificazione, emergente dal suo contenuto letterale, del contraddittorio quale dato in-

---

[62] Sul punto, si veda, ancora O. Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., pp. 2-3, nonché quanto esposto *infra*, nel testo. Il concetto stesso di "giusto processo", ad avviso della dottrina, andrebbe ricavato alla luce del complesso di diritti delineati dalla Convenzione europea e dalle principali fonti soprannazionali inerenti al processo, quali la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 ed il Patto internazionale sui diritti civili e politici: in proposito, vedi S. Buzzelli, *Giusto processo*, in *Dig. disc. pen*., Agg. II, 2004, p. 344; per l'individuazione del complesso delle fonti internazionali si veda anche G. M. De Vincenzi, voce *Difesa (diritto di) in diritto comparato*, in *Dig. disc. pen.*, 1988, 492 ss.. La nozione in discorso, peraltro, ad avviso di un'altra parte della dottrina, varrebbe a descrivere idealmente l'insieme dei diritti inviolabili dei soggetti coinvolti nel processo (ed anzi a riconoscere un ideale di giustizia meta-legale, nel cui ambito, si aggiunge, si colloca perfettamente la nozione primigenia del *se detegere*). Sul punto, per tutti, si veda C. Conti, *L'imputato nel procedimento connesso. Diritto al silenzio e obbligo di verità*, Padova, 2003, p. 94.

[63] Appare condivisibile, peraltro, l'interpretazione del significato e della portata della novella costituzionale nel suo complesso che è stata suggerita da una parte della dottrina: «la scelta tra rispondere e tacere è ormai diventata, per l'imputato, un diritto costituzionalmente protetto. Se è vero infatti che la garanzia del controesame, come canone di utilizzabilità della prova dichiarativa, è riconosciuta in termini inequivocabili dall'art. 111 Cost. tanto nel principio del contraddittorio nella formazione della prova (comma 4), quanto nel diritto di far esaminare le persone che rendono dichiarazioni a carico (comma 3), non è meno vero che anche il diritto al silenzio viene elevato al rango costituzionale dalla stessa norma. Sia pure al fine di dettare una regola di esclusione, il quarto comma dell'art. 111 Cost. infatti attribuisce all'imputato la titolarità di una 'libera scelta' che può risolversi nel sottrarsi al controesame esercitando lo *ius tacendi*» (cfr. E. Amodio, *Giusto processo, diritto al silenzio e obblighi di verità dell'imputato sul fatto altrui*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 3589).

cidente sull'assetto della giurisdizione, in quanto presuppone la presenza di un organo giudicante "terzo ed imparziale"[64]. Se è vero che il *se detegere* rappresenta, come si è sino ad ora cercato di evidenziare, un presupposto essenziale ed ineliminabile dello stesso principio del contraddittorio, appare allora chiaro come anch'esso, per quanto sottaciuto dalla Carta fondamentale, costituisca una parte integrante della fisionomia costituzionale del processo penale ed assolva ad un preciso ed essenziale ruolo nella cornice garantistica della giurisdizione. Ne discende una valenza del *se detegere* di carattere sistematico, d'impronta oggettiva, la quale va evidentemente ben al di là della sua possibile operatività quale causa di esclusione della colpevolezza. Il principio, proprio in quanto rappresenta un valore inscindibile dai fondamentali attributi del processo penale moderno, costituisce, non meno dei primi, un suo carattere ontologico. Essendo una nota irrinunciabile del processo, il *nemo tenetur* non può non essere considerato come un principio di carattere generale, espressivo di una valenza "dell'intero ordinamento" e, dunque, in grado non solo di assumere una eventuale valenza scusante, ma di sorreggere un meccanismo di giustificazione.

Il quadro dei principi e valori costituzionali che si è qui sinteticamente tratteggiato, peraltro, per quanto rappresenti una sintesi degli aspetti maggiormente qualificanti del principio, non esaurisce (se ne dirà fra poco) il novero degli appigli esegetici che, nell'ambito delle norme costituzionali, valgono a descriverne contenuto e funzioni.

---

[64] «Per comprendere appieno il principio del contraddittorio, occorre osservare che esso assume una valenza concernente non soltanto la situazione dei portatori degli interessi in conflitto, ma pure l'assetto della giurisdizione, collegandosi – come emerge peraltro dalla formulazione costituzionale – alla necessaria presenza di un organo giudicante 'terzo ed imparziale' […] che controlli il corretto esercizio dei poteri delle parti e assuma le proprie determinazioni dopo aver ascoltato la loro opinione su ciascuna questione di cui sia investito…». Cfr. G. Ubertis, voce *Giusto processo (dir. proc. pen.)*, cit., p. 432. In particolare, sul nesso esistente fra principio del contraddittorio e *nemo tenetur se detegere* si veda P. Ferrua, voce *Difesa (Diritto di)*, cit., p. 471.

3.1. In particolare: libertà e onore non solo quali beni finali motivanti soggettivamente l'autore, ma quali aspetti della valenza sistematica del seipsum prodere

Come si dirà meglio più oltre, appare illogico e ingiustificatamente limitativo ritenere che il *nemo tenetur* esaurisca la propria funzione nel contesto processuale. Si è già visto come il principio presenti strette connessioni con il diritto alla *privacy* e come con lo stesso condivida un fondamento costituzionale non limitato al processo. Considerazioni non dissimili valgono in rapporto alla disposizione di cui all'art. 13 Cost., relativa all'inviolabilità della libertà personale, la quale riveste un indubbio rilievo per il tema qui trattato.

Essa pare potersi accostare al *se detegere* sotto un duplice punto di vista. Innanzitutto, viene in considerazione l'impianto garantistico ivi enunciato ed inerente alle possibili limitazioni, da parte dell'autorità giudiziaria, del diritto tutelato; il sistema di guarentigie dell'art. 13 Cost., specie alla luce del suo quarto comma («è punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà»), costituisce un chiaro divieto di impiegare la custodia cautelare per «"convincere" l'imputato ad edere contra se, magari soltanto nella forma di uno squallido "baratto" fra libertà provvisoria e confessione»[65].

In secondo luogo (*but non least*), va rilevato come la libertà personale costituisca essa stessa uno degli elementi strutturali del principio. L'idea di "non collaborazione con l'accusa", che il *nemo tenetur* incarna, risulta funzionale, infatti, proprio alla tutela della libertà del soggetto "non collaborante" (e non solo di essa). Ciò è emblematicamente comprovato, nel diritto positivo, dalla discussa norma dell'art. 384 c.p. Benché questa vada ritenuta, stante la varietà dei

[65] Cfr. V. Grevi, voce *Libertà personale dell'imputato*, in *Enc. dir.*, XXIV, 1974, p. 335 ss. In questa prospettiva, peraltro, la tutela della libertà personale si raccorda saldamente alla garanzia della libertà morale dell'inquisito: «un provvedimento dovrebbe ritenersi restrittivo della libertà personale non in considerazione della qualità e gravosità dei limiti che impone, bensì […] in base alla possibilità che, attraverso la limitazione della libera disponibilità della propria persona, si venga ad incidere sulla personalità morale e sulla dignità sociale del singolo» (cfr. A. Barbera, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967, p. 119).

suoi contenuti e l'impossibilità di rintracciare una *ratio* unitaria degli stessi (come si è visto), solo in parte espressiva del *se detegere*, i beni finali della libertà e dell'onore ivi menzionati certamente concorrono a definire il volto ordinamentale del principio[66]. Si è già detto di come il riferimento all'onore rappresenti un riflesso dei rapporti fra il *nemo tenetur* ed il diritto di *privacy*; in relazione al richiamo, nell'art. 384 c.p., del bene della "libertà", appare persino ovvio evidenziare come esso si radichi saldamente nel dettato costituzionale proprio in quanto espressamente tutelato nell'art. 13 Cost.[67].

Si badi, peraltro, che libertà ed onore, per quanto risultino apparentemente attinenti alla sola sfera individuale, con la conseguenza che potrebbero *prima facie* essere considerati espressivi unicamente del versante soggettivo del principio, in realtà presentano, se correttamente collocati nella intelaiatura "a più dimensioni" dello stesso, anche un significativo riflesso ordinamentale e sistematico[68].

---

[66] Va rilevato come la salvaguardia della libertà e quella dell'onore vadano sovente di pari passo. Non pare revocabile in dubbio, in particolare, il fatto che i provvedimenti limitativi della libertà personale determinino, quale immancabile effetto "collaterale", un nocumento della dignità sociale di coloro che ne sono raggiunti. Ad avviso di una parte della dottrina, le garanzie previste dall'art. 13 Cost. dovrebbero perciò operare "sia ogniqualvolta si configuri un'ipotesi di coercizione fisica, sia allorché il provvedimento autoritativo, pur esibendo contenuto esclusivamente obbligatorio o pur investendo la sfera economico-patrimoniale del soggetto […] si riconnetta alla valutazione di disvalore circa la personalità e la pericolosità del destinatario". Cfr. R. Nania, *La libertà individuale nell'esperienza costituzionale italiana*, Torino, 1989, p. 69.

[67] «Il diritto alla libertà personale atteso il carattere peculiare e primordiale dell'interesse che vi è garantito, si configura nel sistema come presupposto di tutti gli altri diritti di libertà, in quanto logicamente li precede e li condiziona a livello operativo, rendendone possibile la piena esplicazione» (cfr. V. Grevi, *Libertà personale dell'imputato e costituzione*, Milano, 1976, p. 2). Sull'importanza storica dell'art. 13 Cost. per l'affermazione del diritto in discorso, si veda, inoltre A. De Caro, voce *Libertà personale (profili costituzionali)*, in *Dig. disc. pen.*, 2005, p. 836: «precedentemente all'entrata in vigore della Carta costituzionale, nel sistema giuridico italiano, il tema non aveva una particolare considerazione per la mancanza di riferimenti normativi sicuri, per l'inesistenza oggettiva di una sedimentata coscienza democratica capace di esaltare la tutela della libertà personale e per l'ideologia politica dominante orientata a riconoscere prevalenza assoluta ai diritti «collettivi» e alla «tutela sociale», successivamente alla sua promulgazione ed alla previsione normativa dell'inviolabilità della libertà personale è iniziato un percorso lento, ma progressivo, di recupero dei diritti fondamentali della persona».

[68] In senso contrario si veda però A. Fiorella, voce *Responsabilità penale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, pp. 1327-1328, il quale pare escludere a priori

Lo sviluppo logico che si è più sopra tracciato fra *se detegere*, diritto di difesa e principio del contraddittorio evidenzia come il *nemo tenetur* concorra in modo determinante a delineare l'attuale assetto garantistico del processo, ed in particolare come esso sia inscindibilmente legato all'attuazione del contraddittorio stesso. Questo costituisce, per usare una ricorrente espressione della dottrina processualistica, la "migliore forma di conoscenza"[69]. Invero, il percorso evolutivo del processo penale dal dopoguerra ad oggi pare contrassegnato da un costante sviluppo di tale principio, e fors'anche dalla progressiva acquisizione di una sua posizione preminente rispetto agli altri caratteri del processo[70]. Il contraddittorio è l'ideale luogo di estrinsecazione dei canoni dell'oralità-immediatezza a cui è ispirato il vigente codice di procedura penale; esso è divenuto, a partire dalla riforma costituzionale del 2001, il principio verso la cui tutela paiono convergere gli altri valori garantistici della giurisdizione; il contraddittorio sembra essere, in una parola, più di ogni altro, l'elemento distintivo del processo "giusto"[71]. Alla luce di un tale assetto costituzionale, risultano inammissibili limitazioni della libertà personale che non siano frutto di una decisione adottata nella contrappo-

---

la possibilità che i beni della libertà e dell'onore possano, se interpretati in una più ampia prospettiva sistematica, risultare indicativi di una costruzione in chiave giustificante della fattispecie dell'art. 384 c.p.: «è impensabile che essa [n.d.r. la fattispecie dell'art. 384 c.p.] denoti un fattore di incompletezza del fatto in senso stretto. Nemmeno può pensarsi che rappresenti un fattore di esclusione della responsabilità per ragioni inerenti l'offensività del fatto, in quanto non è ipotizzabile che la legge abbia inteso bilanciare i beni in giuoco, non ponendo certo a confronto il bene della libertà o dell'onore difeso dal soggetto esonerato da pena ed il bene offeso dalle fattispecie di reato richiamate dall'art. 384 comma 1».

[69] Cfr. P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, 11ª ed., Milano, 2010, p. 242.

[70] Sul punto, in generale si vedano M. Scaparone, *Commento all'art. 24, secondo comma, Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, cit., pp. 82-127; L.P. Comoglio, voce *Contraddittorio*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, Vol. VIII, p. 155 ss.; V. Cavallari, (voce) *Contraddittorio (principio del) dir. proc. pen.*, in *Enc. dir.*, IX, 1961, pp. 728-729.

[71] Né pare casuale il fatto che la riforma dell'art. 111 Cost. menzioni il contraddittorio in apertura del catalogo dei diritti che nel loro complesso compongono la poliforme idea di "giusto processo". Esso, peraltro, è stato qui enunciato dal legislatore costituente nella sua accezione più ampia e generale. Cfr. V. Grevi, *Dichiarazioni dell'imputato sul fatto altrui, diritto al silenzio e garanzia del contraddittorio (dagli insegnamenti della Corte costituzionale al progettato nuovo modello di 'giusto processo')*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 821.

sizione dialettica delle parti. Ne discende l'esistenza di un filo rosso fra *se detegere*, contraddittorio, e tutela della libertà personale: essendo gli obblighi di autoincriminazione all'antitesi del contraddittorio, sarebbe inaccettabile, per le ragioni sistematiche appena esposte, l'irrogazione di una pena detentiva fondata su prove ottenute *obtorto collo* dall'interessato, poco importa se prima o dopo l'inizio del procedimento penale. Il *nemo tenetur* è dunque funzionale alla tutela della libertà personale non solo in quanto diritto individuale, ma anche in quanto bene giuridico limitabile solamente all'esito di un processo "giusto": allorquando un soggetto, prima che il procedimento abbia inizio, non collabora con l'autorità onde sottrarsi a future limitazioni della propria libertà, non è solo quest'ultima a risultarne protetta, ma anche il principio stesso per cui siffatte limitazioni non debbono scaturire da violazioni del contraddittorio, ossia da prove che egli sia stato costretto a fornire *contra se*.

Riflessi sistematici di non minore pregnanza sono individuabili con riferimento alla tutela dell'onore[72], in quanto essa non si riconnette soltanto ad un'esigenza soggettiva e personale dell'autore, ma, se riguardata nell'architettura dei valori e concetti che valgono a rendere cogente il principio del contraddittorio, costituisce un corollario del principio di libertà morale dell'accusato[73]. Invero, la costrizione a rivelare un fatto criminoso, anche laddove comporti conseguenze che, in ipotesi, restino relegate alla sfera della "mera" reputazione del dichiarante, senza metterne a repentaglio la libertà, risulta *ictu oculi* in contrasto con la sua autodeterminazione e con la sua autonoma morale.

[72] In relazione al quale, si veda, per un inquadramento generale del tema e per l'individuazione dei principali riferimenti normativi M. Liotta, voce *Onore (diritto all')*, in *Enc. dir.*, XXX, 1980, p. 202 ss.

[73] Questa, a propria volta, come ha condivisibilmente rilevato una parte della dottrina processualistica, dovrebbe considerarsi rientrante nel concetto di libertà personale – intesa in senso ampio – di cui all'art. 13 Cost., che racchiuderebbe «insieme la libertà fisica e la libertà morale, profili coessenziali alla personalità dell'individuo ed entrambi caratteristici del valore coinvolto» cfr. A. De Caro, *Libertà personale e sistema processuale penale*, Napoli, 2000, p. 194.

4. *Il* se detegere *e le "prestazioni personali" di cui all'art. 23 Cost.*

Nel reticolo dei diritti di libertà enunciati dalla carta costituzionale ed a chiusura del quadro sin qui tracciato, pare individuabile anche un'altra disposizione che presenta significativi punti di contatto con il *se detegere*. Si tratta dell'art. 23 Cost., a mente del quale «nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge»[74].

Tale norma è stata ritenuta, da una parte della dottrina costituzionalistica, il fondamento di un generale diritto di "libertà individuale" ed in quanto tale è stata accostata, sul piano esegetico, allo stesso art. 13 Cost. (che ne costituirebbe una sorta di specificazione[75]). Ebbene: mentre le prestazioni "patrimoniali" a cui la norma si riferisce evidentemente esulano dal tema qui trattato, lo stesso non può dirsi delle prestazioni "personali". Contrariamente alle indicazioni di una parte della dottrina, ad avviso della quale siffatto concetto dovrebbe intendersi come limitato ad attività suscettibili di valutazione economica[76], la giurisprudenza della Corte costituzionale ha evidenziato, infatti, come la nozione di "prestazioni personali" sia estremamente ampia. Essa, in realtà, pare idonea a ricomprendere situazioni alquanto eterogenee ed anche del tutto aliene a profili economici. Ad avviso della Consulta, sarebbero riconducibili allo schema dell'art. 23 Cost., fra l'altro, l'obbligo di comparire in giudizio come testimone, quello di presentarsi all'autorità di pubblica sicurezza e la presentazione del fallito al giudice delegato, al curatore,

---

[74] Per un inquadramento generale di tale disposizione, si vedano, fra gli altri, A. Berliri, *Appunti sul fondamento e sul contenuto dell'art. 23 Cost.*, ora in Id., *Scritti scelti di diritto tributario*, Milano, 1990, p. 274; M. Longo, *Saggio critico sulle finalità e sull'oggetto dell'art. 23 Cost*., Torino, 1968, p. 11 ss.

[75] Cfr., in proposito, A. Pace, voce *Libertà personale (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXIV, 1974, p. 291 ss.; per una ricostruzione storica della disposizione dell'art. 23 Cost., svolta alla luce dei suoi antecedenti normativi ed anche del diritto comparato, si veda, recentemente, L. Ferrari, *I principi costituzionali in materia tributaria*, in L. Mezzetti (a cura di), *Principi costituzionali*, Torino, 2011, p. 706 ss.

[76] Sul punto, anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici, si veda L. Antonini, sub *Art. 23 Cost.*, in R. Bifulco, A. Cellotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 491.

al comitato dei creditori[77]. Appare, quindi, maggiormente perspicua la tesi secondo cui, in un senso certamente più generico, eppure al contempo più aderente al dato normativo, il concetto di prestazioni personali abbraccerebbe «tutte le attività che si traducono nell'esplicazione di energie fisiche e intellettuali, limitando la facoltà di determinazione, da parte del privato, della destinazione delle energie medesime»[78].

I casi concretamente presi in esame dalla Corte costituzionale e che si sono appena richiamati, peraltro, sono attinenti ad una tipologia di prestazioni tutte emblematicamente correlate alla sfera operativa del *se detegere*: fra esse spicca l'obbligo di presentarsi per rendere testimonianza, ma non meno suggestivi risultano quelli di presentazione all'autorità di pubblica sicurezza e delle dichiarazioni rese dal fallito nel contesto della procedura fallimentare, la cui compatibilità con la libertà dalle autoincriminazioni è stata costantemente oggetto di controversie[79]. In breve: soprattutto alla luce della giurisprudenza citata, appare difficilmente contestabile il fatto che il diritto di libertà individuale sancito dall'art. 23 Cost., per quanto esso

---

[77] Cfr., oltre alla giurisprudenza della Corte costituzionale richiamata nel testo e citata in L. Antonini, *Commentario alla Costituzione*, cit., p. 491, anche la recente Corte Cost., 7 aprile 2011, n. 115, in *Giur cost.*, 2011, p. 1581, con nota di V. Irelli Cerulli, laddove l'art. 23 Cost. viene riguardata come norma posta a tutela della «generale sfera di libertà dei consociati».

[78] Cfr., L. Antonini, in R. Bifulco, A. Cellotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario breve alla costituzione*, cit., p. 491; sul punto si veda si veda anche L. Ferrari, *I principi costituzionali in materia tributaria*, cit., p. 713, ad avviso del quale l'orientamento interpretativo espresso dalla Consulta relativamente all'art. 23 Cost. «riecheggia l'antica *"liberty and property clause"* di stampo anglosassone».

[79] Cfr., nella recente giurisprudenza della Cassazione, Cass. pen., Sez. V, 24 settembre 2008, Magano, in *Riv. pen.*, 2009, p. 1313; nonché Corte cost., 27 aprile 1995, n. 136, in *il Fallimento*, 1996, p. 14, con nota di Cò. In particolare, ad avviso della Consulta «è infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 63 c.p.p., sollevata in riferimento agli art. 3 e 24 cost., nella parte in cui tale norma non ricomprende, tra i destinatari delle dichiarazioni oltre all'autorità giudiziaria ed alla polizia giudiziaria, anche il curatore fallimentare». Cfr. Corte cost., 27 aprile 1995, cit.; sul punto, in dottrina, si veda, per tutti, P. Cappitelli, *Brevi osservazioni intorno ai limiti applicativi della garanzia della non utilizzabilità delle dichiarazioni autoindizianti*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1985.

sia inteso a disegnare una sfera di liceità dai contenuti estremamente ampi, comprenda il *se detegere*[80].

Ciò consente di effettuare alcune osservazioni preliminari, sulle quali si tornerà più oltre: l'art. 23 Cost., pur non costituendo una specifica fonte di tutela della libertà dalle incriminazioni, si estende logicamente sino a comprenderla; si tratta, peraltro, di una norma virtualmente operante anche nella fase pre-processuale, la quale consente sacrifici del diritto tutelato a fronte dell'imposizione di una riserva di legge ed appare perciò improntata ad una logica di bilanciamento dei diversi interessi in gioco[81].

5. *Il* nemo tenetur *nelle fonti soprannazionali*

Le osservazioni sino ad ora effettuate circa le numerose disposizioni che concorrono a descrivere il volto costituzionale del principio *nemo tenetur se detegere*, nonché a metterne in luce – come meglio si dirà più oltre – la portata nel diritto penale sostanziale, risulterebbero incomplete senza un'analisi della sua valenza nel sistema normativo soprannazionale.

In tale ambito, vengono in considerazione fonti il cui rilievo appare indiscutibile non solo sul piano tecnico-giuridico, ma anche (e forse primariamente) su quello storico-politico. Invero, l'adegua-

---

[80] Coglie nel segno, a questo proposito, quella parte della dottrina costituzionalistica che pare aver ravvisato nella riserva di legge di cui all'art. 23 Cost. l'espressione di valori ordinamentali ben più preganti di quello della "autoimposizione tributaria" ed ha perciò sottolineato come «[il] principio acquista nel periodo dello Stato liberale significati ben più pregnanti: esso tende infatti a ricollegarsi, in armonia con l'ideologia politica che caratterizza questa forma di Stato, con la garanzia dei diritti economici e di libertà civile dei singoli». cfr. R. Balduzzi, F. Sorrentino, voce *Riserva di legge*, in *Enc. dir.*, Vol. LX, 1989, p. 1207 ss.; sul punto si vedano altresì S. Fois, *La «riserva di legge». Lineamenti storici e problemi attuali*, Milano, 1963, pp. 11-12 e spec. 61; recentemente R. Bin, voce *Stato di diritto*, in *Enc. dir.*, *Annali*, IV, 2011, p. 1155 ss.).

[81] Sul punto, per tutti, si vedano R. Balduzzi, F. Sorrentino, voce *Riserva di legge*, cit., p. 1219 ss. Per una aggiornato quadro del significato e della portata della riserva di legge di cui all'art. 23 Cost., anche alla luce dell'ordinamento comunitario, vedi, per tutti, L. Ferrari, *I principi costituzionali in materia tributaria*, cit., p. 712 ss.

mento alle norme convenzionali ratificate dall'Italia e relative ai diritti della persona e al processo penale ha costituito, come è espressamente stabilito nell'art. 2 della legge-delega n. 81 del 1987, uno fra i principi ispiratori del codice di procedura penale del 1988[82].

Sono note, tuttavia, le non irrilevanti difficoltà interpretative che, negli scorsi decenni, hanno contrassegnato i rapporti fra la legislazione nazionale negli ambiti del diritto penale sostanziale e processuale e le fonti normative dell'Unione europea, le Convenzioni, i Trattati internazionali[83].

Un'analisi delle peculiari problematiche del tema rappresenterebbe evidentemente un fuor d'opera: appare utile, tuttavia, tracciare un breve quadro delle fonti soprannazionali inerenti al *se detegere*, nonché individuarne i possibili risvolti nell'applicazione del diritto interno.

In termini generali (ed in estrema sintesi), va detto come, il multiforme panorama delle combinazioni fra il diritto internazionale e l'ordinamento italiano sia stato progressivamente chiarificato dalla Corte costituzionale con una serie di importanti pronunce susseguitesi dagli anni '70 ed '80 del secolo scorso e sino a tempi recenti[84]; un assetto definitivo della questione pare però essere stato tracciato, successivamente alla legge costituzionale n. 131 del 2003, che ha sensibilmente modificato l'art. 117, co. 1, Cost., dal Giudice delle leggi con le sentenze n. 348 e 349 del 2007[85]. Ad avviso della Corte

---

[82] Sul punto, cfr., per tutti, P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, 11ª ed., Milano, 2010, p. 53.

[83] Per una panoramica delle questioni richiamate nel testo, si vedano recentemente C. Di Paola, *Trattato di Lisbona*, in A. Giarda, G. Spangher, *Codice di procedura penale commentato*, 4ª ed., Milano, 2010, Vol. I, p. 163 ss.; F. Viganò, *Europa e giustizia penale*, gli *Speciali di Diritto penale e processo*, 2011, *passim*.

[84] Per un quadro generale delle interazioni fra il nostro ordinamento ed il diritto dell'Unione europea, oltre alla dottrina richiamata nella nota precedente si vedano, recentemente, M. Borraccetti, *L'Italia in Europa: il diritto dell'Unione europea e l'ordinamento italiano*, in *Principi costituzionali*, cit., p. 499 ss.; nonché G. Tesauro, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2010, *passim*.

[85] Cfr. Corte Cost. n. 348 e n. 349 del 24 ottobre 2007, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3475 e p. 3535, entrambe annotate da M. Cartabia, *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici*, *ivi*, p. 3564; da A. Guazzarotti, *La Corte e la C.e.d.u.: il problematico confronto di standard di tutela alla luce dell'art. 117, co. 1, Cost.*, *ivi*, p. 3574 e da V. Sciarabba, *Nuovi punti fermi (e questioni aperte) nei rapporti tra fonti e corti nazionali*, *ivi*, p. 3579. In relazione alle pronunce in di-

costituzionale, l'assetto evincibile da siffatta novella costituzionale dovrebbe essere quello per cui le disposizioni contenute nei trattati internazionali si collocherebbero ad un livello intermedio fra la Costituzione e la legge ordinaria. Le norme rientranti in tale categoria vengono perciò usualmente definite dalla dottrina internazionalistica come "interposte"[86]; fra queste, per quanto qui rileva, rientra il Patto internazionale sui diritti civili e politici, approvato dall'Assemblea generale dell'O.N.U. il 16 dicembre 1966; l'art 14, n. 3, del Patto conferisce «ad ogni individuo accusato di un reato» alcune garanzie fondamentali, che vengono altresì qualificate quali espressioni minime ed inderogabili (potrebbe dirsi ontologiche) di ogni sistema processuale penale; alla lettera g) dell'articolo è, in particolare, previsto il diritto «a non essere costretto a deporre contro se stesso od a confessarsi colpevole»[87].

In tempi più recenti, il *se detegere* è stato, peraltro, espressamente richiamato, con un'analoga formula, anche dallo Statuto della Corte penale internazionale, ossia da un'altra fonte di indubitabile rilievo per il tema qui trattato, che appare assimilabile, nella gerarchia delle fonti del diritto, al Patto delle Nazioni Unite; in particolare, nell'art. 55, co. 1, lett. a) dello Statuto, è sancito il diritto di ogni persona sottoposta alla giurisdizione della Corte a non «testimoniare contro di se, né a dichiararsi colpevole»[88].

---

scorso, si vedano, inoltre, G. Gaja, *Il limite costituzionale del rispetto degli "obblighi internazionali": un parametro definito solo parzialmente*, in *Riv. dir. internaz.*, 2008, p. 136; B. Piattoli, *Diritto giurisprudenziale CEDU, garanzie europee e prospettive nazionali*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 262 ss.

[86] Oltre agli Autori citati alla nota precedente, a questo proposito si veda P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 55; F. Viganò, *L'influenza delle norme soprannazionali nel giudizio di 'antigiuridicità' del fatto tipico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1072.

[87] Sul punto, si veda, in particolare, M. Chiavario, *Le garanzie fondamentali del processo nel patto internazionale sui diritti civili e politici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, p. 490; Id., *Diritto processuale penale. Profili istituzionali*, Torino, 2005, p. 143 ss.

[88] Per un quadro di sintesi (non privo di rilievi critici), delle garanzie procedurali applicabili innanzi alla Corte, si veda V. Fanchiotti, *Il processo davanti alla corte penale internazionale: principi e garanzie*, in *Quest. giust*., 2007, p. 93 ss.; per una retrospettiva storica in merito ai principi ispiratori della Corte v. anche B. Lima, *Dall'idea ottocentesca del tribunale federale universale all'istituzione della Corte penale internazionale*, in *Riv. it. della coop. giur. internaz.*, 2002, p. 101 ss.

Nel sistema delineato dalla Consulta nelle sentenze sopraccitate, il Giudice italiano è tenuto ad interpretare le norme interne, nel limite massimo consentito dal contenuto letterale delle stesse, in modo conforme alle norme dei Trattati; qualora ciò non sia possibile, pur non potendo procedere ad una diretta disapplicazione della norma nazionale, egli è tenuto a sollevare *ex officio* una questione di costituzionalità innanzi alla Corte utilizzando quale parametro di costituzionalità lo stesso art. 117, co. 1, Cost.[89].

Siffatta impostazione base, peraltro, subisce alcune rilevanti variazioni in rapporto a due fonti di particolare rilievo: il diritto dell'Unione europea e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Per quanto attiene alla prima, in seguito alla fondamentale sentenza della Corte costituzionale n. 270 del 1984 (le cui argomentazioni sono state recentemente ribadite dalla sentenza 284 del 2007), essa va collocata, nella gerarchia delle fonti del diritto, ad un livello sovraordinato rispetto a quello dei Trattati[90]. In rapporto al diritto comunitario (oggi diritto dell'Unione Europea) è, infatti, ravvisabile, ad avviso della Corte costituzionale, una vera e propria limitazione di sovranità dello stato (salva la garanzia dei soli principi e diritti fondamentali), che troverebbe il proprio fondamento nell'art. 11 Cost.; il giudice deve, pertanto, qui procedere ad una disapplicazione della norma interna contrastante con quella comunitaria dotata, secondo i parametri stabiliti dalla Corte di giustizia, di efficacia diretta nei paesi dell'Unione (così detto "primato" del diritto comunitario)[91].

---

[89] Per una sintesi sul punto cfr., ancora, P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 55.

[90] Cfr. Corte cost., sent. n. 170, 8 giugno 1984, in *Giur. cost.*, 1984, p. 1098; Corte cost., sent. n. 284, 13 luglio 2007, *Giur. cost*., 2007, p. 2780, con nota di A. Guazzarotti, *Competizione fra giudici nazionali e intervento della Corte di giustizia*, *ivi*, p. 2788; in dottrina, per tutti, vedi C. Di Paola, *Trattato di Lisbona*, cit., p. 171; P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 54.

[91] Con ampi richiami alla giurisprudenza della Corte di Giustizia v. M. Borraccetti, *L'italia in Europa: il diritto dell'Unione europea e l'ordinamento italiano*, cit., p. 505 ss.; F. Viganò, *Europa e giustizia penale*, cit., pp. 9-11; per un quadro generale dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale sul punto vedi altresì M. Cartabia, J.H.H. Weiler, *L'Italia in Europa*, Bologna, 2002, p. 163 ss. Uno degli aspetti avvertiti come particolarmente problematici negli ultimi anni attiene ai limiti in cui l'obbligo di così detta interpretazione conforme spettante al giudice na-

La recente entrata in vigore del Trattato di Lisbona, peraltro, pare aver considerevolmente rafforzato le potenzialità espansive della legislazione dell'Unione europea. Nella dichiarazione n. 17, allegata all'atto finale del trattato, è stata ribadita la clausola del primato del diritto comunitario, già contenuta nell'assetto normativo precedente («i trattati e il diritto adottato dall'Unione sulla base dei trattati prevalgono sul diritto degli stati membri»); questa scelta, come la dottrina non ha mancato di evidenziare, risulta funzionale all'attribuzione di un'efficacia diretta delle norme che verranno adottate nell'ambito del così detto "Spazio di libertà, sicurezza e giustizia" progettato dall'Unione[92]. Quest'ultimo comprende gli essenziali settori della "cooperazione in materia penale" e della "cooperazione di polizia", nell'ambito dei quali è stata delineata, di fatto, una competenza comunitaria concorrente con quella degli stati membri, nonché qualificata dall'emanazione di atti ad efficacia diretta ed invocabili innanzi alle giurisdizioni nazionali[93]. Un ulteriore – e non certo secondario – effetto del trattato di Lisbona è dato, come noto, dall'elevazione della così detta Carta di Nizza, la quale contiene un assai rilevante catalogo di diritti fondamentali, al rango di fonte primaria del diritto dell'Unione europea e perciò equiparabile ai Trattati istitutivi della stessa[94]. Invero, nella Carta di Nizza, sono ravvi-

---

zionale (in cui si sostanzia "l'efficacia diretta") possa essere esteso dai regolamenti e dalle cosi dette direttive *self executing*, a cui storicamente appartiene, alle così dette "decisioni-quadro". Sul punto, fra gli altri si vedano: V. Manes, *L'incidenza delle "decisioni quadro" sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1150-1164; S. Allegrezza, *Il caso "Pupino": profili processuali*, in F. Sgubbi, V. Manes (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bologna, 2007, pp. 53-87; M. Caianiello, *Il caso "Pupino": riflessioni sul nuovo ruolo riconosciuto al giudice alla luce del metodo adottato dalla Corte di giustizia*, in *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, cit., pp. 89-101; F. Viganò, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle fonti soprannazionali*, in P. Corso, E. Zanetti (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, Vol. II, 2010, p. 620 ss., p. 644 ss.

92 Cfr. C. Di Paola, *Trattato di Lisbona*, cit., p. 164.

93 Sul punto, si vedano le osservazioni di F. Viganò, *Europa e giustizia penale*, cit., pp. 12-13; per un'analisi di dettaglio della questione, vedi altresì R. Cafari Panico, *Lo spazio di libertà sicurezza e giustizia nel trattato di riforma e nel trattato costituzionale*, in C. Baruffi (a cura di), *Dalla Costituzione europea al trattato di Lisbona*, Padova, 2008, p. 82 ss.

94 Cfr., ancora, C. Di Paola, *Trattato di Lisbona*, cit., p. 167; F. Viganò, *Europa e giustizia penale*, cit., p. 19.

sabili alcune disposizioni il cui contenuto presenta un'evidente attinenza con le diverse articolazioni interpretative del *se detegere* nel tessuto costituzionale che si sono più sopra delineate: il diritto alla *privacy*, il principio di libertà morale, il diritto di difesa, la presunzione di innocenza ed il principio del contraddittorio[95]. Uno fra gli aspetti più innovativi del Trattato di Lisbona e della stessa carta di Nizza è, peraltro, dato dal fatto che l'art. 52 di quest'ultima richiama espressamente la Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, recependone *in toto* i contenuti[96].

Invero, in rapporto alla CEDU, va rilevato come essa, pur essendo usualmente collocata fra le così dette "norme interposte", oggi si distingua da queste non solo per la peculiarità di attribuire una legittimazione attiva ai singoli individui anziché agli stati e, dunque, di attuare una protezione "diretta" dei diritti umani che vi sono enunciati[97]; in virtù dell'impianto normativo inaugurato dal Trattato di Lisbona, la CEDU pare poter esercitare la funzione di garanzia dell'"ordine pubblico europeo" che oramai storicamente le spetta in modo sensibilmente rafforzato[98].

Alla luce delle innovazioni che si sono più sopra sinteticamente tracciate, una parte della dottrina ha ipotizzato che la Convenzione possa venire in considerazione, non solo "*ex se*", ovvero quale

---

[95] Si vedano, in particolare, gli art. 4 (Proibizione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti), 7 (rispetto della vita privata e della vita familiare), 8 (protezione dei dati di carattere personale), 10 (libertà di pensiero, di coscienza e di religione), 47 (diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale), 48 (presunzione di innocenza e diritti della difesa).

[96] «[L]a Carta, per cominciare, contiene più diritti di quelli riconosciuti dalla CEDU e dai suoi protocolli addizionali (in particolare in materia di diritti sociali), ma per altro verso è più laconica di quella rispetto ad alcuni diritti e libertà fondamentali. Proprio per evitare possibili discrasie fra la Carta e i paralleli strumenti del Consiglio d'Europa, peraltro, la Carta contiene una disposizione di raccordo, per cui laddove essa contenga 'diritti corrispondenti' a quelli garantiti dalla CEDU, 'il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti' dalla CEDU medesima, salva restando la possibilità che la Carta conceda a tali diritti una "protezione più estesa"» cfr. F. Viganò, *Europa e giustizia penale*, cit., p.19.

[97] In termini assai chiari si veda, a questo proposito P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 56.

[98] Cfr. P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 56, nonché V. Zagrebelsky, *Corte costituzionale, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali*, in *Foro it.*, 2006, p. 3.

complesso di norme "interposte", sovraordinate alla legge ordinaria, ma al contempo subordinate alle disposizioni costituzionali; essa potrebbe altresì assumere una diversa e più spiccata valenza proprio nell'ambito della Carta di Nizza, dalla quale è stata recepita, così da risultare equiparabile, nella gerarchia delle fonti, al diritto dell'Unione europea[99].

Sebbene questa prospettiva sia stata recentemente esclusa dalla Corte costituzionale[100], l'influenza delle decisioni della Corte di Strasburgo nell'ambito del diritto interno, risulta oggi più rilevante; secondo l'orientamento recentemente espresso dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 317 del 2009, la CEDU sembra, infatti, dover operare quale fonte interposta *sui generis*, in quanto, stante la sua centralità nella cornice internazionale della tutela dei diritti umani, essa varrebbe ad innescare una sorta di meccanismo di "massimizzazione delle garanzie"[101]. Invero, ad avviso della Consulta, «il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali» dovrebbe essere volto a conseguire «la massima espansione delle garanzie, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti»[102].

Appare persino superfluo, peraltro, evidenziare come il complesso delle garanzie e dei diritti sanciti dalla CEDU, fra i quali spiccano quelli di matrice processuale enunciati dall'art. 6, assumano

---

[99] Sul punto si veda L. Tomasi, *Il dialogo tra Corti di Lussemburgo e di Strasburgo in materia di diritti fondamentali dopo il Trattato di Lisbona*, in Aa.Vv., *Dalla Costituzione europea al trattato di Lisbona*, cit., p. 181; recentemente, F. Palazzo, *Europa e diritto penale: i nodi al pettine*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 658.

[100] Cfr. Corte cost., 11 marzo 2011, in *Giur. cost.*, 2011, p. 1224. Invero, la decisione della Consulta appare motivata dalla necessità di evitare che i principi della UE possano operare al di fuori dell'ambito di applicazione loro propri (nel caso di specie era all'esame la problematica delle misure di prevenzione). Sul punto si vedano le osservazioni di F. Viganò, *Europa e giustizia penale*, cit., p. 20 e di F.C. Palazzo, *Europa e diritto penale: i nodi al pettine*, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, p. 657 ss.

[101] Cfr. Corte cost., sent. n. 317 del 4 dicembre 2009, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2011, p. 149 (con nota di C. Dell'Agli); in relazione a tale pronuncia, v. le osservazioni di S. Faga, *Ancora sul rapporto tra diritto interno e CEDU: una "contaminazione virtuosa" delle due prospettive*, in *Giur. it.*, 2010, p. 1780 ss.

[102] Cfr. P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 58, il quale richiama testualmente la pronuncia citata.

un ruolo primario nella ricostruzione del volto soprannazionale del *se detegere*; ciò sebbene il principio – assai singolarmente – non sia espressamente sancito neppure nella Convenzione.

6. Continua: *la libertà dalle autoincriminazioni nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo*

Le considerazioni sino ad ora svolte consentono di delineare un significativo ampliamento delle fonti alla luce delle quali il concetto di giusto processo, nonché il suo fondamentale risvolto costituto dal *nemo tenetur se detegere*, debbono oggi essere riguardati nel nostro ordinamento. Invero, nella determinazione della fisionomia e dell'estensione di siffatti principi, occorre tenere conto delle indicazioni provenienti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (ed in generale del diritto dell'Unione), nel cui ambito sono in qualche modo confluite, con le modalità di cui si è detto poc'anzi, anche le garanzie sancite dalla CEDU.

L'interpretazione dell'ampio spettro di garanzie derivanti da tali fonti eterogenee e concorrenti, inoltre, è vincolata alle determinazioni di volta in volta adottate dagli Organi giurisdizionali deputati a renderne cogenti i contenuti, ossia le Corti del Lussemburgo e di Strasburgo[103]; nella giurisprudenza di entrambe sono individuabili alcune pronunce che appaiono estremamente suggestive per la determinazione del ruolo del *se detegere* nel diritto penale sostanziale.

In particolare, appare a tutt'oggi di notevole rilievo, per quanto riguarda la Corte lussemburghese, il *decisum* relativo al caso Orkem[104], risalente al 1989 ed i cui contenuti sono stati confermati,

---

[103] Per un quadro davvero chiarificatore circa le rispettive origini, il ruolo e gli effetti della giurisprudenza delle due Corti nel nostro ordinamento si veda F. Viganò, *Europa e giustizia penale*, cit., p. 4 ss.

[104] Corte di giustizia, 18 ottobre 1989, n. 347/87, Orkem, in Racc., 1989, p. 3551; in relazione alla pronuncia in esame si veda anche S. Baldi, *Giurisprudenza comunitaria in materia di diritti della difes*a, in *Riv. int. dir. uomo*, 1996, p. 361.

sebbene il numero delle pronunce attinenti al tema sia estremamente esiguo, dalla successiva giurisprudenza dell'Unione[105].

La vicenda giudiziaria in discorso trae origine da una richiesta di informazioni che era stata avanzata dalla Commissione europea in rapporto ad alcune supposte violazioni dell'art. 85, n. 1, del trattato CEE (inerente alla tutela della libertà di concorrenza nel mercato comune) nei confronti della Orkem SA, ovvero della Società che di siffatte violazioni appariva la primaria responsabile.

Secondo la tesi difensiva esposta dalla Orkem, una richiesta di tal fatta avrebbe dovuto ritenersi in netto contrasto con il principio *nemo tenetur se detegere*; pur non essendo questo espressamente richiamato dalle fonti comunitarie, infatti, la sua inerenza ai diritti fondamentali garantiti nell'ambito dello "spazio comune" europeo avrebbe dovuto desumersi dal suo accoglimento nel diritto degli stati membri, dal Patto internazionale sui diritti civili e politici, e (sia pure implicitamente) dalla CEDU.

Ad avviso della Corte, l'analisi di siffatte fonti non consentirebbe di rilevare un'estensione del *se detegere* tale da comprendere l'ambito pre-processuale, né tale da far ritenere che il principio possa essere invocato da una persona giuridica ed in relazione ad infrazioni di natura economica.

La vicenda in commento, ciononostante, celerebbe, ad avviso dei Giudici lussemburghesi, una violazione del diritto di difesa della ricorrente. I poteri d'indagine della Commissione, infatti, pur potendo essere legittimamente esercitati, nei confronti delle imprese, mediante la richiesta di esibizione di documenti, non potrebbero estendersi al punto da obbligare queste a fornire una risposta confessoria circa la sussistenza di eventuali infrazioni: «la Commissione non può […] imporre all'impresa l'obbligo di fornire risposte attraverso le

[105] Si vedano, fra le altre Trib. di I grado U.E., Sez. I, 20 febbraio 2001, n. 112 (Causa T/112/98 Racc. p. 729, punto 65), nonché Corte Giust., causa Otto B.V., C-60/92, in Racc. I, I, 5683, laddove si ribadisce la ravvisabilità del diritto al silenzio delle imprese nei limiti già tracciati dalla sentenza Orkem, ovvero relativamente ai casi in cui l'impresa venga «obbligata a fornire risposte attraverso le quali sia indotta ad ammettere l'esistenza dell'infrazione che deve essere provata dalla Commissione…».

quali questa sarebbe indotta ad ammettere l'esistenza della trasgressione, che deve invece essere provata dalla Commissione»[106].

Ulteriori e non meno importanti spunti di riflessione circa i contenuti extra-processuali del diritto di difesa e del *se detegere* sono evincibili dalla giurisprudenza della Corte EDU; dalle pronunce inerenti al tema pare anzi possibile desumere, come si dirà fra poco, alcune indicazioni di ordine generale circa la valenza di tali principi nel diritto penale sostanziale.

Un primo aspetto sul quale conviene soffermarsi è che il *nemo tenetur*, alla luce della consolidata giurisprudenza della Corte, pur non essendo espressamente contemplato dalla Convenzione, deve ritenersi saldamente radicato nell'impianto dei principi processuali dalla stessa tracciati, nell'ambito dei quali assume un ruolo primario: oltre ad essere generalmente ed internazionalmente riconosciuto, il *se detegere* – come la Corte ha in più occasioni sottolineato – si colloca "al cuore" del concetto di "processo equo" di cui all'art. 6, co. 1, della medesima Convenzione[107]. Il *se detegere*, invero, assolve alla funzione di proteggere l'imputato da possibili abusi dell'autorità e serve perciò a prevenire, secondo i Giudici di Strasburgo, errori giudiziari[108]; esso, ancora, va considerato quale una sorta di enunciato implicito alla presunzione d'innocenza, in quanto ne costituisce un imprescindibile risvolto[109].

---

[106] Cfr. il punto n. 35 della sentenza citata.

[107] Cfr. C. eur. dir. uomo, Sez. II, sent. 20 giugno 2006, Örs e altri c. Turchia, § 55 ss.; C. eur dir. uomo, Sez. III, sent. 2 maggio 2000, Condron c. Regno Unito, in *Riv. intern. dir. uomo*, 2000, p. 902; sul punto, anche per ulteriori richiami della giurisprudenza della Corte EDU, si vedano altresì P. Moscarini, *Il silenzio dell'imputato sul fatto proprio secondo la Corte di Strasburgo e nell'esperienza italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen*. 2006, p. 613; F. Zacchè, Nemo tenetur se detegere *vs. obblighi da circolazione stradale di fronte alla corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen*., 2008, p. 1615 ss.

[108] Fra le numerose pronunce sul tema, in particolare si vedano: C. eur. dir. uomo, Sez. III, 23 marzo 2006, Van vondel c. Paesi Bassi; C. eur. dir. uomo, Sez. IV, sent. 2 agosto 2005, Kolu c. Turchia, § 51.

[109] Cfr. C. eur dir. uomo, Sez. IV, sent. 21 dicembre 2000, Heaney e McGuinness c. Irlanda, § 40; C. eur. dir. uomo, Sez. IV, sent. 21dicembre 2000, Quinn c. Irlanda, § 40; C. eur. dir. uomo, sent. 17 dicembre 1996, Saunders c. Regno Unito, in *Riv. intern. dir. uomo*, 1997, p. 170 ss. Per un quadro generale della giurisprudenza della Corte in tema di presunzione d'innocenza si veda, inoltre, M. Chia-

Non v'è dubbio che siffatte indicazioni della giurisprudenza sopranazionale valgano a rafforzare, in quanto danno alle stesse una conferma estrinseca, le considerazioni che si sono più sopra svolte circa la stretta inerenza del *se detegere* al principio del contraddittorio; ed è tale la sua immanenza al funzionamento delle fondamentali garanzie processuali, che esso si configura, come ha ben evidenziato un illustre Autore, come la «prima massima del garantismo processuale accusatorio»[110].

Gli aspetti di interesse della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, peraltro, non si arrestano a quelli che si sono appena evidenziati: procedendo in ordine cronologico, e prendendo in considerazione le sole decisioni più significative per il tema qui trattato, occorre prendere le mosse dal *leading case* Funke v. France, deciso nel 1993[111]. La vicenda dalla quale siffatta decisione trae spunto può essere così sintetizzata: alcuni agenti doganali, dopo essersi presentati presso l'abitazione di un cittadino tedesco residente in Francia, Jean Gustave Funke, gli avevano richiesto di esibire dei documenti che ritenevano dimostrativi del possesso, da parte dello stesso, di ingenti beni all'estero. In seguito ad una prolungata attività di perquisizione dell'abitazione di Funke (peraltro svolta senza la sua collaborazione) gli agenti doganali gli intimavano formalmente di consegnare loro una serie di documenti di natura fiscale; il mancato rispetto di siffatto ordine formale di esibizione conduceva all'incriminazione di Funke ed alla sua condanna al pagamento di una multa. Questi, in

---

VARIO, *La presunzione d'innocenza nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. it.*, 2000, p. 1089 ss.

[110] Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 623. Come è stato condivisibilmente sottolineato dalla dottrina processualistica, il *se detegere* «non è statuito espressamente né dalla Convenzione europea né dalla Carta fondamentale, ma può ritenersi contenuto nell'ambito sia costituzionale che patrizio attraverso la sua riconduzione all'interno della nozione di equità processuale» cfr. G. UBERTIS, *Giusto processo (dir. proc. pen.)*, cit., p. 435. L'inerenza del principio al concetto di "giusto processo", peraltro, è stata sovente affermata nell'ambito della stessa giurisprudenza della Corte EDU. Cfr., fra le alte, C. eur dir. uomo, 8 febbraio 1996, *John Murray c. Regno Unito*, § 45.

[111] Cfr. C. eur. dir. uomo, 25 febbraio 1993, Funke, in *Publications de la cour europeènne des droits de l'homme*, serie A, n. 256, 1993, p. 30. Per una recente analisi della pronuncia e dei suoi legami con il diritto alla privacy v. A. IANNIELLO SALICETI, *La protezione dei dati personali nell'ordine pubblico europeo: tutela della sfera privata e ingerenza dello stato*, in *Informatica e diritto*, 2008, p. 99 ss.

ragione di tali fatti, proponeva ricorso innanzi alla Corte EDU e lamentava la violazione del proprio diritto ad un processo equo, della presunzione di innocenza (entrambi contemplati dall'art. 6 della Convenzione), nonché, quasi a conferma dei legami fra *se detegere* e "privatezza", del proprio diritto alla *privacy* (tutelato dall'art. 8 della stessa). La decisione della Corte è stata, in breve, la seguente: la pretesa che i cittadini conservino e rendano disponibili alle autorità taluni documenti, ovvero si facciano carico, in certi ambiti, di alcuni doveri nei confronti dello stato, non potrebbe essere considerata irragionevole, né essa comporterebbe una violazione del diritto dei singoli ad un processo equo; tuttavia, sarebbe un preciso onere degli organi d'indagine quello di procurarsi autonomamente le prove a sostegno dell'accusa, non potendosi pretendere dal singolo una rinuncia al proprio diritto al silenzio, né che egli mantenga con le autorità un comportamento collaborativo *contra se*.

La decisione adottata nel caso in esame, peraltro, pare rappresentare la base dei successivi sviluppi della giurisprudenza dalla Corte inerente al tema. Nel caso Saunders vs. United Kingdom, deciso nel 1996, la questione portata all'attenzione dei Giudici di Strasburgo atteneva alla liceità, in rapporto al principio del giusto processo, di un'investigazione amministrativa[112]; nello specifico, questa era stata promossa dagli ispettori del Dipartimento del Commercio del Regno Unito, che avevano richiesto al Sig. Saunders di rilasciare, sotto la minaccia di sanzioni penali "*ad hoc*" (previste dalla Sezione 432 del *Companies Act* del 1985) dichiarazioni dal contenuto auto-incriminante. Ebbene: ad avviso della Corte, nel caso di specie, sarebbe stata posta in essere non tanto un'azione "amministrativa" ma un'attività di investigazione in senso stretto, in quanto essa era volta a precostituire prove circa la responsabilità penale della persona alla quale veniva richiesto di rilasciare dichiarazioni. In ipotesi di

[112] Cfr. C. eur. dir uomo, sent. 17 dicembre 1996, Saunders c. Regno Unito, cit. Per un quadro d'assieme in merito alle problematiche della libertà dalle autoincriminazioni nel contesto dell'azione amministrativa v. M. Berger, *Compelled self-reporting and the principle against compelled self-incrimination: some comparative perspectives*, in *European human rights law review*, 2006, p. 25 ss.; nonché, nel panorama della dottrina processualistica italiana, il fondamentale contributo di R. Orlandi, *Atti e informazioni dell'autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, Milano, 1992, p. 170 ss.

tal fatta, si verrebbe perciò a configurare una violazione dei principi del processo equo e della presunzione d'innocenza. La Corte, peraltro, ha tratteggiato, nel caso Saunders, i contenuti del principio della libertà dalle autoincriminazioni riprendendo alcuni concetti già espressi nel caso Funke ed ampliandoli nei seguenti termini: compito dell'accusa dovrebbe essere quello di adoperarsi per provare la responsabilità di una persona indagata in modo autonomo, ovvero senza impiegare metodi coercitivi nei suoi confronti; siffatti metodi dovrebbero considerarsi ammissibili solo laddove vengano in considerazione fonti di prova esistenti indipendentemente dalla volontà dell'indagato stesso, come accade nel caso di documenti ottenuti sulla base di un mandato, ovvero dei prelievi di sangue, di tessuti utilizzabili per le analisi del DNA ecc.[113].

Un'ultima vicenda approdata alla Corte di Strasburgo merita di essere succintamente richiamata[114]: il caso Shannon vs. United Kingdom, deciso nel 2005 e relativa ad un'ipotesi di false dichiarazioni rilasciate da un membro dell'Irish Republican Felons Club nel corso di un'investigazione finanziaria avviata nei suoi confronti. Segnatamente, siffatta investigazione era stata condotta sulla base del *Proceeds of Crime Northern Ireland Order* del 1996, che conferisce agli organi d'indagine penetranti poteri di accertamento volti a garantire la confisca di beni di provenienza illecita. Ad avviso della Corte, la previsione legislativa in discorso, che di fatto obbliga le persone "intervistate" a fornire dichiarazioni autoincriminanti, aveva determinato, nel caso concreto, un contrasto con i principi previsti dall'art. 6 della Convenzione; ciò in quanto la persona a cui era stato richiesto di rilasciare le dichiarazioni era già stata sottoposta ad indagini per i medesimi fatti oggetto dell'"intervista". La Corte, peraltro, ha ritenuto priva di pregio la tesi difensiva sostenuta nel corso del processo dalla Gran Bretagna, alla stregua della quale l'importanza dei beni tutelati dalla normativa nazionale di cui si tratta sarebbe stata

[113] Cfr. C. eur. dir uomo, sent. 17 dicembre 1996, Saunders c. Regno Unito, cit. § 69; sul punto si veda, fra gli altri, M.A. Loiodice, *L'utilizzabilità dei mezzi di prova nel processo penale secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2009, fasc. 1, p. 52.

[114] Cfr. C. eur. dir. uomo, *Shannon vs. United Kingdom*, sent. 4 ottobre 2005, racc. 6563/03, § 35.

tale da consentire una "contrazione" della libertà dalle autoincriminazioni; nessuna esigenza di tutela, neppure quelle riguardanti beni di primario rango, ad avviso dei Giudici di Strasburgo, potrebbe giustificare una violazione del canone del *se detegere*[115].

Va rilevato, a chiusura di questo *excursus*, come, nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, per quanto siano ravvisabili elementi di notevole interesse per la ricostruzione in chiave sostanziale del *se detegere*, sono altresì individuabili alcune pronunce che hanno largamente deluso le aspettative della dottrina più garantista; ciò è vero, in particolare, per l'orientamento, in più occasioni seguito dai Giudici di Strasburgo, secondo cui, nell'ipotesi in cui sussistano elementi d'accusa assolutamente univoci, il silenzio serbato dall'imputato potrebbe essere legittimamente interpretato come un dato a lui sfavorevole[116]; meritano di essere menzionate, inoltre, anche talune pronunce inerenti al settore della circolazione stradale, laddove la Corte ha ripetutamente ritenuto legittima l'imposizione, al proprietario di un veicolo, dell'obbligo di comunicare, in caso di infrazioni, alla polizia i dati necessari ad identificarne il conducente[117]. Di queste si dirà più oltre.

---

[115] Cfr. C. eur. dir. uomo, *Shannon vs. United Kingdom*, cit., § 38: «The Court recalls that in Heaney and McGuinness […] it found that the security context of the relevant provision in that case (Section 52 of the Irish Offences against the State Act 1939) could not justify a provision which «extinguishes the very essence of the […] right to silence and […] right not to incriminate (oneself)».

[116] In particolare, la Corte EDU, nel mentre ha in più occasioni affermato che l'imputato non potrebbe mai essere condannato a cagione del suo silenzio, ha tuttavia asserito che un tale divieto «… non [potrebbe] impedire di prendere in considerazione il silenzio dell'interessato, in situazioni che richiedono certamente una spiegazione da parte sua, per apprezzare la forza persuasiva degli elementi a carico» (cfr. il caso *Murray vs United Kingdom*, cit. § 49; per una più approfondita analisi di tale aspetto v. P. Moscarini, *Il silenzio dell'imputato sul fatto proprio secondo la Corte di Strasburgo e nell'esperienza italiana*, cit., p. 615; in senso critico su tale orientamento della Corte v., inoltre, O. Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., p. 377 ss.).

[117] Per una panoramica, si veda, per tutti, F. Zacchè, Nemo tenetur se detegere *vs. obblighi da circolazione stradale di fronte alla corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 1615 ss.

7. *Spunti sistematici per una definizione del principio e per l'individuazione dei suoi contenuti*

Quasi a dispetto della sua centralità nel sistema processuale, ed anzi del suo essenziale ruolo nel quadro delle garanzie fondamentali del processo disegnate nella Carta costituzionale e nelle fonti soprannazionali, il *nemo tenetur se detegere* pecca di una singolare vaghezza tanto nei contenuti che nell'ambito applicativo. Questa, peraltro, traspare nitidamente nelle decisioni della Corte EDU che si sono appena richiamate e talora anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Le prime sembrano concepire, ed anzi in alcuni casi enunciano nelle premesse, un apparente ruolo solamente endo-processuale del *se detegere*[118]; al contempo, tuttavia, in tali decisioni traspare, neppure in modo nascosto, l'idea che il principio operi anche in situazioni *pre* o *extra* processuali. È altresì significativo il fatto che il Giudice delle leggi abbia pressoché costantemente richiamato il privilegio (peraltro implicito e "silente" nella nostra Carta costituzionale) senza enunciarne chiaramente i contenuti[119]; ciò sembra sottintendere una sorta di timore reverenziale della Consulta, quasi che il principio fosse, per così dire, un ordigno da manipolare con cautela, le cui più radicali e nascoste implicazioni potrebbero sortire effetti sistematicamente deflagranti.

Invero, la libertà dalle autoincriminazioni, al di là dell'apparente semplicità che connota la sua più essenziale manifestazione qua-

---

[118] Cfr. fra le altre pronunce in questo senso, Corte cost., sent. 3 dicembre 1969, n. 149, in *Giur. cost.*, 1969, I, p. 2297, con note di G. Frigo e P. Caretti; Corte cost., sent. 17 novembre 1971, n. 179, in *Giur. cost.*, 1971, I, p. 2193; Corte cost., sent. 236 del 30 luglio 1984, in *Cass. pen.*, 1985, p. 4 ss.; nonché, in particolare, Corte cost., sent. n. 10 del 7 febbraio 1963, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, p. 613, con nota di M. Chiavario, laddove si legge «l'art. 24 Cost., in tutto il suo contenuto, si riferisce esclusivamente al giudizio e alle garanzie assicurate a chi deve agire in giudizio o comunque subire un giudizio, e non si estende a considerare i momenti anteriori dai quali questo trae origine. In particolare, a norma del secondo comma del suddetto articolo, il diritto di difesa viene espressamente delimitato nell'ambito del procedimento, in termini tali da non dar luogo ad incertezze di sorta».

[119] Cfr., per tutte, C. Cost., sent. n. 202 del 28 giugno 2004, in *Giur. cost.*, 2004, p. 4687, con nota di R. Garofoli, laddove il *se detegere* viene genericamente correlato, senza ulteriori specificazioni, al «diritto al silenzio, inteso nella sua dimensione di corollario essenziale dell'inviolabilità del diritto di difesa».

le diritto al silenzio, pare celare una sorta di lato oscuro. La dottrina processualistica ha condivisibilmente sottolineato come lo stesso brocardo latino convenzionalmente utilizzato per l'identificazione del principio, nelle sue diverse varianti (*nemo tenetur se detegere*, ovvero *edere contra se*, ovvero *se accusare*, ovvero *seipsum prodere*), abbia finito per assumere una fisionomia polisensa[120]. Esso viene richiamato indistintamente per designare una rosa di comportamenti e prerogative alquanto eterogenee, nel cui ambito rientrano tanto lo *ius tacendi* che lo *ius mentiendi*; ovvero di volta in volta il diritto "a non produrre prove"; a "non dichiarare la propria colpevolezza"; a "non collaborare con l'accusa"; ovvero ancora, secondo la definizione di un illustre Autore del passato, «[a non] agire a proprio danno»[121].

---

[120] «[N]on si ignora come tale principio, nelle molteplici varianti della sua formulazione latina, sia stato spesso richiamato con riguardo ad una gamma di comportamenti piuttosto eterogenei, dal rifiuto della parte di produrre 'contra se instrumenta propria' fino alla falsa testimonianza di chi vi sia stato costretto 'dalla necessità di salvare se medesimo […] da un grave e inevitabile nocumento nella libertà e nell'onore'. Del resto, anche restringendo il campo alla posizione processuale dell'imputato sottoposto ad interrogatorio, l'ambito di riferimento del principio de quo non risulta individuato in termini costantemente univoci, essendo stato talora inteso ad abbracciare, accanto all'ipotesi del silenzio, la diversa ipotesi del mendacio proveniente dall'imputato» (cfr. V. Grevi, *"Nemo tenetur se detegere"*, cit., pp. 3-4); nella dottrina più recente, sul punto v. anche V. Patané, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Torino, 2006, p. 2.

[121] In merito all'individuazione dei contenuti del principio esistono numerose e non sempre univoche indicazioni della dottrina: «L'*auto-difesa* è considerata come una incoercibile manifestazione dell'istinto di libertà e quindi si è ritenuto iniquo e inumano assoggettarla a vincoli giudico-morali, riconoscendo il principio: *nemo tenetur se detegere*, o, più latamente, nessuno può essere costretto ad agire in proprio danno». Cfr. V. Manzini, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, cit., II, p. 543 ss.; «dalla ratio dell'articolo [24, co. 2, Cost.] sembra possibile argomentare che la libertà dalle autoincriminazioni ivi garantita comprende, al di là del diritto di non rendere dichiarazioni narrative dei fatti dedotti o deducibili in imputazione, il diritto di non essere costretto a porre in essere alcun comportamento, anche non consistente in dichiarazioni, il quale possa pregiudicare il suo autore nello svolgimento di una difesa nel processo». cfr. M. Scaparone, *Commento all'art. 24, secondo comma, Cost*., cit., p. 91); «[il *nemo tenetur*] concerne i profili tanto del diritto al silenzio […] quanto del diritto a non autoincriminarsi (anch'esso esercitabile attraverso il silenzio, ma più specificatamente inteso come diritto a non rendere dichiarazioni da cui potrebbe emergere una propria responsabilità per fatti diversi da quello per cui si procede, nonché più in generale, come comprensivo pure del diritto a non effettuare dichiarazioni confessorie sui fatti di cui si è accusati)» (cfr.

Ne emerge un quadro frammentario, multiforme e per di più geograficamente e storicamente mutevole, come è ben dimostrato dalle diverse modalità operative che contrassegnano il *se detegere* nei paesi di *common law* e (per restare all'ambito nazionale) nei codici di procedura penale pre-unitari[122]; sembra anzi cogliere nel segno quella parte della dottrina ad avviso della quale, costituendo il principio il precipitato giuridico di immanenti questioni di teoria della politica, esso resterebbe esposto, sul piano storico della sua vigenza non meno che su quello dogmatico, ad una costante «instabilità concettuale»[123].

Al di là dei suoi aspetti più suggestivi e reconditi, certamente confinanti con la filosofia e la psicologia morale, il perimetro entro il quale si addensano i problemi interpretativi inerenti all'operatività sostanziale del principio pare però delimitato da tre questioni: la prima attiene all'individuazione dei suoi contenuti; la seconda attiene alla operatività, nell'ambito dello stesso, del così detto *ius mentien-*

G. Ubertis, *Sistema di procedura penale, I, principi generali*, Torino, 2007, p. 153). Recentemente, nella dottrina penalistica – a riprova della valenza sostanziale del principio – il *se detegere* è stato sintetizzato nella massima per cui «nessuno deve contribuire alla dimostrazione della propria colpevolezza» (cfr. K. Volk, *Struttura del reato e diritti dell'uomo*, in *Critica dir.*, 1999, p. 160); ovvero si è sottolineato che «… da detto principio, si deducono diritti fondamentali nel moderno processo penale, quali il diritto di difesa dell'accusato, il diritto al silenzio, a non rispondere ovvero a rispondere mendacemente, il diritto alla assistenza da parte di un avvocato difensore fin dal primo momento di detenzione, ed, infine, a non essere obbligato direttamente, coattivamente, o indirettamente, mediante raggiri, a dichiarare la propria colpevolezza o a fornire dati che facilitino le indagini relative ad un delitto al quale si presume che il soggetto abbia partecipato» (cfr. F. Munoz Conde, *Dal divieto di autoincriminazione al diritto processuale penale del nemico*, in *Arch. pen.*, 2009, pp.10-11).

[122] Su questo punto, si rinvia all'esaustiva trattazione di V. Grevi, *"Nemo tenetur se detegere"*, cit., pp. 23-27. Cfr., inoltre, E. Amodio, *Diritto al silenzio o dovere di collaborazione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, Vol. XXIX, 1974, p. 408 ss., ad avviso del quale l'analisi in chiave retrospettiva dell'istituto dell'interrogatorio consente di rilevare «la gradualità dell'imporsi di un vero e proprio diritto di difendersi col silenzio, le cui tappe evolutive possono essere individuate, appunto, nell'attenuarsi del rigore dell'apparato coercitivo volto ad ottenere il rispetto dell'obbligo di verità cui fa seguito un regime di silenzio tollerato, destinato a trovare poi uno sbocco nel silenzio protetto».

[123] Cfr. M.S. Green, *The privilege's last stand: the privilege against self-incrimination and the right to rebeal against the state*, cit., p. 628, ed in particolare i brani richiamati *supra*, nella parte prima, capitolo secondo, § 2.1. di questo lavoro.

di (questo punto costituisce una sorta di specificazione della prima questione, ma merita una separata analisi); la terza, infine, riguarda l'ambito di operatività pre-processuale del principio.

7.1. Il se detegere *come diritto alla non collaborazione con l'accusa*

Si è già detto di come, nel panorama della dottrina italiana, uno degli argomenti maggiormente utilizzati per negare una possibile valenza del privilegio dalle autoincriminazioni nel diritto penale sostanziale sia quello relativo alla sua supposta ed inaccettabile veste di "diritto all'impunità"[124]. Secondo una tale suggestiva tesi, che pone immancabilmente l'accento sui soli connotati soggettivi del principio, ovvero sulla sua generica operatività quale peculiare ipotesi di inesigibilità, lo schema di funzionamento del *se detegere* parrebbe doversi ricostruire, essenzialmente, nei seguenti due passaggi: l'esistenza di un precedente *opus illicitum*; il fatto che l'autore dello stesso si trovi costretto a commettere ulteriori reati onde sottrarsi ad una (giusta) punizione. Tale meccanismo di funzionamento (par di capire) potrebbe potenzialmente operare senza eccezioni, ossia indipendentemente dalla natura attiva o omissiva degli ulteriori reati commessi e, ovviamente, senza che neppure occorra prendere in considerazione (trattandosi di una elisione della punibilità fondata sul solo momento soggettivo del reato) l'entità delle numerose offese che il reo eventualmente perpetri; egli vi è indotto, infatti, da un irrefrenabile (quanto rovinoso) impulso auto-salvifico. Siffatte dirompenti caratteristiche del privilegio, peraltro, dimostrerebbero chiaramente come esso sia assolutamente non accoglibile nella sfera extra-processuale; diversamente, si assisterebbe alla capitolazione dello stesso *law enforcement*[125].

---

[124] Cfr. le considerazioni svolte *supra*, capitolo primo, § 1.1. e § 1.2. e la bibliografia ivi richiamata.

[125] «[L]ungi dall'essere un principio di civiltà giuridica, l'ipotetica scusante generale del nemo tenetur darebbe luogo ad uno stravolgimento dei valori in gioco: la non punibilità sarebbe introdotta, in nome dell'inesigibilità, per comportamenti che, sul piano obiettivo, presentano una accentuata carica lesiva per l'interesse protetto, e, sul piano soggettivo, una colpevolezza non minore» (cfr., in particolare, D. Pulitanò, Nemo tenetur se detegere: *Quali profili di diritto sostanziale?*, cit., p. 453).

L'argomento in discorso è assai categorico; esso, tuttavia, appare non condivisibile nei presupposti. Va in primo luogo ribadito che i contenuti del principio, per come essi sono desumibili dalla Costituzione e dalle fonti soprannazionali assumono una valenza oggettiva e di tipo sistematico, mentre solo in seconda battuta, e non certo in una prospettiva fondante, possono incidere anche sull'elemento soggettivo del reato (se ne dirà più oltre); soprattutto nessuna fra le (pur estremamente sfaccettate e storicamente cangianti) enunciazioni del *se detegere*, né alcuno dei suoi connotati quale principio implicito al sistema costituzionale – che più sopra si sono scandagliati – ne supportano l'interpretazione quale generico e destabilizzante diritto a "commettere reati onde conseguire l'impunità".

Nelle fonti soprannazionali nelle quali è espresso – tutte fortemente ispirate al quinto emendamento della Costituzione statunitense – il *se detegere* affiora, invero, come mero diritto a non "testimoniare" contro se stessi; il suo più essenziale contenuto consiste, pertanto, nel diritto dell'accusato a non fornire prove di natura dichiarativa, né pare possibile che tale concetto possa essere dilatato sino ad abbracciare condotte di qualsivoglia natura e contrassegnate dal solo fatto di risultare funzionali all'impunità dell'autore.

Invero, in termini un poco più ampi, pare semmai condivisibile l'idea avallata dalla stessa giurisprudenza della Corte di Strasburgo e recentemente anche dalla Commissione europea nel così detto "libro verde" sulla presunzione d'innocenza[126], che il *se detegere* esprima, indipendentemente dalla natura dichiarativa o meno dell'atto richiesto, un più lato principio di "non collaborazione" con l'accusa; risultano assai significativi, a questo proposito, alcuni passaggi (soprattutto) delle decisioni Funke e Sauders, laddove la Corte EDU pare considerare immanente al *se detegere*, oltre al suo connotato tipico del diritto al silenzio, una sorta di facoltà di "astensione", un diritto al *non facere*, o, meglio ancora, il *pendant* negativo del dovere dell'accusa di reperire autonomamente le prove a carico dell'accusato[127]. In altri termini non può pretendersi, nella fisionomia del

[126] Per ampi richiami al quale si rinvia a S. Buzzelli, voce *Processo penale europeo*, *loc. ult. cit*.

[127] Cfr., in relazione a quest'ultimo aspetto, la sentenza *Saunders vs United Kingdom*, cit., § 68.

principio così come è stata delineata a livello soprannazionale, che una persona accusata si adoperi *positivamente* per costruire prove *contra se*; e si badi, peraltro, che la *ratio* fondante di tale assunto non è stata affatto correlata dalla Corte di Strasburgo ad una supposta carenza di colpevolezza dell'autore, ma, all'opposto, è stata motivata da considerazioni platealmente oggettive: fra queste spicca la necessità di evitare errori giudiziari conseguenti alle prove (ritenute inattendibili) eventualmente acquisite in violazione del privilegio[128].

A risultati analoghi ha condotto, come si è accennato, il summenzionato e ben noto "libro verde" della Commissione europea, laddove il *se detegere* è stato definito non solo come "diritto al silenzio", ma, in senso più ampio, come diritto «a non essere obbligato a fornire prove di colpevolezza»[129].

Siffatti connotati del principio, sinteticamente individuabili nel concetto di "non collaborazione con l'accusa", sono i medesimi, peraltro, che sovente gli vengono attribuiti dalla dottrina, che ne ha di volta in volta evidenziato le possibili esplicazioni anche come «diritto [dell'imputato] di non fornire cose o documenti a sostegno dell'accusa» o di «non permettere la stessa instaurazione dell'atto processuale che lo coinvolgerebbe»[130]; ovvero, ancora «a fornire dati che facilitino le indagini relative ad un delitto al quale si presume che il soggetto abbia partecipato»[131]. Appare, in quest'ottica, condivisibile l'idea, lumeggiata anche dagli studi filosofici della letteratura nordamericana che hanno teorizzato una matrice del *se detege-*

---

[128] Cfr., oltre alla sentenza *Saunders*, la sentenza *Funke vs France*, cit., § 46. In dottrina, sul punto, si vedano anche le osservazioni di P. Moscarini, *Il silenzio dell'imputato sul fatto proprio secondo la Corte di Strasburgo e nell'esperienza italiana*, cit., p. 613.

[129] Cfr. Commissione delle Comunità Europee, *Libro verde sulla presunzione di non colpevolezza*, Bruxelles, 2006, COM (2006-174 def.), § 2.4. «La presunzione di non colpevolezza comprende il diritto di evitare l'autoincriminazione, diritto fondato sul diritto al silenzio e a non essere obbligato a fornire prove di colpevolezza. Si tratta, in altri termini, di applicare l'antica massima nemo tenetur prodere seipsum (nessuno può essere obbligato ad accusare se stesso). L'imputato può rifiutarsi di rispondere alle domande e produrre elementi probatori».

[130] G. Ubertis, voce *Giusto processo (dir. proc. pen.)*, cit., p. 435.

[131] Cfr. F. Munoz Conde, *Dal divieto di autoincriminazione al diritto processuale penale del nemico*, cit., pp. 10-11. Per ulteriori ed analoghe definizioni del principio, tanto ad opera della letteratura processualistica che quella sostanzialistica, si rinvia alla bibliografia richiamata *supra*.

re comune a quella del così detto "diritto a non collaborare con il nemico", che il principio abbia una connotazione "astensiva"; esso si manifesta, in altri termini, in condotte di natura prevalentemente omissiva, salvo quanto fra poco si dirà per il così detto *ius mentiendi*, ovvero si sostanzia, per utilizzare una terminologia in uso alla dottrina processualistica, in una forma di "autodifesa passiva"[132]. Si tratta, invero, di concetti e lineamenti totalmente non assimilabili al preteso – e indeterminato – diritto all'impunità di cui si è detto. Invero, il *nemo tenetur* assume uno spiccato valore nel novero dei diritti processuali ed è in tale contesto sistematico, di impronta rigorosamente oggettiva, che debbono esserne rintracciate le concrete modalità di manifestazione.

7.2. Libertà dalle autoincriminazioni e ius mentiendi

Il "diritto di mentire" rappresenta, come è stato efficacemente sottolineato dalla dottrina processualistica, il tratto saliente della così detta autodifesa attiva; esso, al contempo, costituisce uno degli aspetti contenutistici più controversi del *nemo tenetur se detegere*[133]. Invero, è proprio in questo contesto che la sintetica idea di

---

[132] Sul concetto di autodifesa, in generale, si veda A. Presutti, voce *Autodifesa giudiziaria*, in *Enc. dir.*, Agg., I, Milano, 1997, p. 234 ss.; nella più recente dottrina processualistica sulla autodifesa passiva, si vedano, per tutti, i fondamentali contributi di O. Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit. p. 42 ss. e di V. Patané, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, cit., p. 88 ss.

[133] Grevi sottolinea come la dottrina processualistica avrebbe cominciato ad ipotizzare l'esistenza del così detto "diritto di mentire" nel quadro «del generale recupero dei diritti democratici seguito alla caduta del regime fascita – e, in specie, nel quadro del nuovo assetto dei rapporti fra stato e cittadino, maggiormente rispettoso della personalità del singolo e dei suoi essenziali diritti di libertà…» (cfr. V. Grevi, "Nemo tenetur se detegere", cit., pp. 47-48); in relazione alla configurabilità dello *ius mentiendi* si vedano, fra gli altri, i rilievi di D. Barbieri, voce *Interrogatorio nel processo penale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, p. 227 e di O. Campo, voce *Interrogatorio dell'imputato*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 343 e, nella dottrina più recente, di V. Patané, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, cit., p. 94 e di P. Moscarini, *Il silenzio dell'imputato sul fatto proprio secondo la Corte di Strasburgo e nell'esperienza italiana*, cit., p. 624. Più prudente l'indirizzo espresso da O. Dominioni, *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, I, Art. 1-108, Milano, 1989, p. 406, ad avviso del quale «[le dichiarazioni mendaci] possono, ove ne ricorrano gli estremi storici e logici della significatività, entrare nella valutazione giudiziale diretta a stabilire l'attendibilità dei vari mezzi di prova: qui

"non collaborazione" sottesa al principio ed imperniata, per dirla con la Commissione europea, sulla facoltà dell'indagato-imputato di non "fornire prove di colpevolezza", compie un balzo in avanti, da condotte d'impronta omissiva verso la manifestazione attiva della autodifesa.

L'attribuzione all'indagato-imputato di una simile facoltà pone il problema dell'individuazione dei così detti "limiti esterni" del principio: non v'è dubbio, infatti, che la possibilità di mentire determini non solo un potenziale sviamento della giustizia, ma altresì possa dare luogo alla lesione di beni giuridici alieni all'oggetto del processo ed incidentalmente interferenti con il perimetro della difesa. Un caso paradigmatico è quello, che ha rappresentato l'*incipit* del dibattito dottrinale circa gli aspetti sostanziali del *se detegere*, del falso in bilancio, laddove il mendacio documentale dell'imputato, sebbene indubbiamente attuato nel contesto dell'autodifesa preprocessuale, si risolve nella lesione del generale interesse alla veridicità dei bilanci; considerazioni non dissimili, peraltro, possono effettuarsi in relazione a tutte le principali ipotesi di applicazione extra processuale del principio, le quali sono prevalentemente imperniate su obblighi in senso ampio dichiarativi, come nel caso dei reati di falso, ovvero in quello della bancarotta documentale. Al contempo, la questione del fondamento e dei limiti del diritto di mentire si riverbera su quella del confine, sovente assai labile, fra esercizio del diritto di difesa e delitto di calunnia.

Invero, una sintetica retrospettiva storica delle diversi opinioni espresse dalla dottrina processualistica in merito allo *ius mentiendi*, a partire dall'entrata in vigore del codice di procedura penale del 1930 ad oggi, evidenzia come la sua presenza nel sistema, significativamente "a cavallo" fra diritto e processo, sia estremamente controversa.

Non sono mancate, soprattutto ad opera della dottrina meno recente (in Italia come oltreoceano), neppure proposte d'impronta marcatamente autoritaria e apertamente abolizioniste rispetto a

---

oggetto di valutazione non è l'atteggiamento menzognero in sé, ma sono i racconti storici nei quali la menzogna si sviluppa e le deduzioni che secondo le regole della logica e dell'esperienza sia possibile trovare nel quadro generale della valutazione dei materiali probatori».

questo peculiare profilo "attivo" del *nemo tenetur*: «l'imputato ha l'obbligo di rispondere e di dire la verità. A noi desta sorpresa che si sia potuto seriamente sostenere che l'imputato abbia viceversa il diritto di non rispondere al giudice e, peggio ancora, di mentire per difendersi»[134]; in una prospettiva analoga quanto agli esiti, sia pure motivata da considerazioni "tecniche" e senza apparenti suggestioni dagli indirizzi politici del passato regime, si colloca la tesi espressa da Carnelutti nell'ambito della concezione così detta "medicinale" della pena[135]. Ad avviso dell'illustre Autore, il reale interesse dell'imputato (metaforicamente equiparato ad un ammalato) sarebbe sempre quello di riferire all'autorità, onde far si che ne derivi il desiderabile effetto della pena (da considerarsi quale appropriata cura), solamente fatti veridici. Alla stregua di tale indirizzo anche la tortura dovrebbe essere esaminata con sguardo possibilista: al suo accoglimento non osterebbero ragioni di tipo etico (difetto della tortura sarebbe semmai quella di non garantire il pentimento dell'incolpato), bensì impedimenti di tipo eminentemente "tecnico", date le incertezze sulla veridicità dei fatti confessati dal torturato[136].

Forme appena più blande di avversione allo *ius mentiendi* sono state manifestate, nell'immediato dopoguerra, da quella parte della dottrina che, senza direttamente propugnarne l'abolizione, ha enfatizzato le potenzialità della menzogna (e dello stesso silenzio) quali prove "a carico": «è di comune esperienza del resto, che l'innocente imputato in un processo penale, fin dal primo momento svela apertamente l'animo suo, perché non ha che da dire la verità. Chi si ri-

---

[134] «A noi desta sorpresa che si sia potuto seriamente sostenere che l'imputato abbia viceversa il diritto di non rispondere al giudice e, peggio ancora di mentire per difendersi. Eppure questo fu l'orientamento legislativo di tutte o quasi tutte le legislazioni penali sorte sotto l'influenza di quell'individualismo a oltranza, che oggi costituisce per noi un ciclo storico completamente superato. Mutata alle radici la concezione filosofica e politica dei rapporti tra lo Stato e l'individuo, il nuovo codice doveva affermare il principio opposto» (cfr. U. Aloisi, *Manuale pratico di procedura penale*, Milano, 1932, p. 21, richiamato da O. Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., p. 65, vedi nota 187).

[135] Cfr. F. Carnelutti, *Il problema della pena*, Roma, 1945, *passim*.

[136] Cfr. F. Carnelutti, *A proposito di tortura*, in *Riv. it. dir. proc.*, 1952, I, p. 236 ss.

serva o tace è il delinquente più scaltro, pericoloso […] È normale quindi che da tale condotta gli derivi una situazione sfavorevole»[137].

Nel pensiero dottrinale contemporaneo, nel mentre non sono ravvisabili posizioni estreme come quelle appena riferite, pare però possibile enucleare due indirizzi, ciascuno dei quali sottende un diverso livello di apertura al diritto al mendacio: alla stregua del primo, il diritto di mentire parrebbe costituire una scelta discrezionale del legislatore, che avrebbe ritagliato un peculiare spazio di liceità a beneficio dell'indagato-imputato omettendo di prevedere sanzioni penali a suo carico[138]; alla stregua di una seconda, un poco più recente ed approfondita tesi, invece, allo *ius mentiendi* dovrebbe attribuirsi un ben diverso valore. Esso, infatti, costituirebbe una fra le più rilevanti forme di manifestazione del diritto di difesa, in quanto un sistema ove fosse impedito all'inquisito di "interloquire liberamente" con l'autorità finirebbe per sacrificare in modo drastico la sua possibilità di contraddire in modo pieno ed efficace i postulati d'accusa[139]. Si verrebbe così a configurare una difesa «dimezzata»[140],

---

[137] Cfr. G. Guarnieri, *Le parti nel processo penale*, Milano, 1949 p. 185; per un quadro d'assieme dell'evoluzione storica del pensiero dottrinale in tema di *ius mentiendi* nonché per l'ulteriore bibliografia, si veda, per tutti, O. Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., p. 65 ss.

[138] «[I]n omaggio al ricordato principio del "nemo tenetur se detegere", l'imputato può dare, in ogni caso, risposte contrarie al vero per quel che concerne il merito dell'imputazione. Si discute, anzi, se l'imputato sia titolare, o no, di un vero e proprio diritto di mentire, ma qualsiasi discissione appare superflua di fronte alla legislazione vigente che esclude che possano infliggersi sanzioni all'imputato mendace. L'unico limite è costituito dal fatto che egli non accusi falsamente se stesso o altri della commissione di un reato, nel qual caso risponderebbe, rispettivamente, del delitto di autocalunnia e di calunnia» (cfr. O. Campo, voce *Interrogatorio dell'imputato*, cit., p. 43).

[139] Cfr. O. Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., p. 71. In una prospettiva non molto diversa pare collocarsi, peraltro, quella parte della dottrina ad avviso della quale «nel contesto dell'autodifesa, contrariamente a quanto potrebbe apparire a prima vista, il silenzio ne rappresenta la massima espressione perché forma di assoluta mancanza di volontà di collaborare con la giustizia, rispetto alla quale la possibilità di rispondere mendacemente discende a fortiori. Facoltà di non rispondere, non semplicemente diritto al silenzio, significa anche poter rispondere come si vuole, e, quindi, anche mentire» (in questo senso, vedi C. Taormina, *Silenzio e mendacio dell'imputato sui suoi precedenti penali*, in *Giur. cost.*, 1976, I, p. 1454).

[140] Cfr. O. Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., p. 71. In senso analogo, vedi altresì G. Floridia, *False dichiarazioni*

ovvero non solo privata di uno dei suoi strumenti più penetranti, ma anche, si aggiunge, della più significativa (per non dire dell'unica) concretizzazione processuale di un rapporto dialettico libero, può fors'anche dirsi paritetico, fra accusato ed autorità.

Questa prospettiva appare, invero, l'unica in grado di dare una compiuta realizzazione al diritto di cui all'art. 24, co. 2, Cost.: essa valorizza e sviluppa concettualmente il più evidente ed al contempo il più caratterizzante fra i tratti comuni del diritto al silenzio e del diritto di mentire; entrambi assolvono ad una funzione di garanzia dell'accusato, consentendogli (il primo) di non collaborare con l'accusa e di svolgere (il secondo) una *performance* dialettica ampia e senza timori; essi rispecchiano una visione del diritto di difesa, per così dire, senza complessi di inferiorità[141], che non tollera ed anzi stigmatizza le remore, le minacce, le dissuasioni volte a far si che l'imputato si ritragga e soccomba ad un confronto ad armi impari. La combinazione dell'aspetto attivo e di quello passivo dell'autodifesa, che ne costituiscono fattori autonomi e complementari[142], pare l'unica in grado di riflettere appieno il *quantum* di libertà morale implicito al *se detegere*; essa riesce a dar conto degli stretti rapporti che il principio presenta, con le modalità che si sono più sopra tratteggiate, con il diritto alla libera manifestazione del pensiero, nonché a disvelarne le sfumature di diritto della personalità. Ed invero nella peculiare "formazione sociale" del processo appare imprescindibile che il diretto interessato possa manifestare liberamente il proprio punto di vista, la sua soggettiva interpretazione dei fatti, finanche asserire l'insostenibile: attraverso queste modalità egli è posto nelle

---

dell'imputato sull'incensuratezza e ius mentiendi, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 1329: «il diritto a sottrarsi all'autoincriminazione tacendo e anche mentendo sull'oggetto dell'accusa [deve essere ammesso], come acquisizione di civiltà, per intero; oppure non lo si ammetta affatto, nei casi in cui configge con norme munite di sanzione penale».

[141] Condivisibilmente la Corte costituzionale, nella sentenza n. 34 del 6 aprile 1973, cit., p. 341, ha posto in luce come la libertà dalle autoincriminazioni valga ad evitare che l'imputato possa venirsi a trovare in uno stato di soggezione psicologica nei confronti dell'accusa.

[142] Cfr. O. Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., p. 71.

condizioni, ad un tempo, di realizzare la propria difesa e di affermare, in una chiave libertaria, l'autonomia della propria figura morale.

Appare interessante rilevare, peraltro, come il diritto di mentire rappresenti il punto di maggior distanza fra la concezione del *se detegere* radicata nei paesi di *common law* e quella consolidatasi nella realtà giudiziaria italiana.

Il paragone fra i due sistemi, pur essendo stato il primo più precoce ed esplicito nell'elevazione del principio a diritto fondamentale, evidenzia come sia stato proprio quello italiano, sebbene gravato da un considerevole ritardo storico, a far emergere i contenuti di garanzia più appropriati e, per così dire, rivoluzionari del principio.

La dottrina, in effetti, ha condivisibilmente posto in luce come, nel paradigma nordamericano, il *nemo tenetur* finisca immancabilmente per essere privato, stante il dualismo che ivi impera fra silenzio ed obbligo di verità, di una sua parte essenziale: "l'attribuzione all'imputato della facoltà di prestare giuramento svaluta, per così dire, la credibilità delle dichiarazioni da lui rese senza giuramento, e finisce col generare, in concreto, un'ombra di sospetto sull'imputato che preferisca non avvalersi di tale facoltà. Ne deriva, a ben vedere, un gravoso onere in capo all'imputato, che si traduce in un limite di palese rilevanza alla sua libertà morale, incidendo negativamente su un'effettiva realizzazione del "nemo tenetur se detegere"»[143].

I limiti dell'impostazione d'oltreoceano, peraltro, paiono efficacemente sintetizzati dalla casistica che si è esaminata nella prima parte di questo lavoro: i timidi tentativi giurisprudenziali di introdurre, tramite la così detta *"exculpatory no" doctrine*, un temperamento ai rigori derivanti da una concezione del *se detegere* "chiusa" entro il diritto al silenzio erano dettati dalla necessità di evitare situazioni paradossali. Attribuire ad una persona la mera facoltà di non rispondere di fronte alla domanda diretta "sei tu il colpevole?", senza neppure ritenerne lecita la più blanda ed istintiva delle reazioni (proferire un semplice "no"), significa, nella sostanza, negare il suo diritto all'autodifesa[144].

---

[143] Cfr. V. Grevi, "*Nemo tenetur se detegere*", cit., pp. 79-80.

[144] Si rinvia, a questo proposito, all'analisi svolta *supra*, nella parte prima, capitolo IV, § 2.

Invero, in un'ipotesi di tal fatta, appare lapalissiano come l'unico contegno realmente protettivo che taluno possa assumere consiste nella negazione dell'accusa. È significativo, peraltro, che la casistica in questione attenesse alla sfera pre-processuale ed ai rapporti fra *se detegere* e diritto penale sostanziale, laddove l'autodifesa, nelle sue varianti attiva e passiva è, di fatto, stante l'impossibilità di ricorrere alla difesa tecnica, l'unico strumento accessibile al (potenziale) incolpato.

Inoltre, va rilevato come, spostando l'attenzione al terreno processuale, lo *ius mentiendi* valga ad eliminare nell'imputato il timore che un suo comportamento totalmente passivo possa essere inteso in una chiave negativa, magari come una sua trascuratezza, o una forma di indifferenza rispetto all'accusa; egli deve essere perciò lasciato libero di valutare l'opportunità che un confronto dialettico, benché totalmente o parzialmente mendace, valga a far emergere alcuni aspetti della difesa valutabili positivamente; e certamente ve ne sono molti che non potrebbero essere mai esposti così efficacemente come dalla sua viva voce[145].

In questo senso pare doversi logicamente concludere anche alla luce della giurisprudenza soprannazionale: se, ad avviso della Corte EDU, l'emersione di un quadro probatorio totalmente sfavorevole all'imputato, come si è più sopra accennato, consente di valutarne il silenzio come elemento "a carico", in quanto egli si è astenuto dal

[145] Queste prerogative dell'imputato, peraltro, come è stato condivisibilmente evidenziato in dottrina, sembrano essere state colte, sia pure in modo che ancora non appare totalmente soddisfacente sul piano delle garanzie, anche dalla giurisprudenza di Strasburgo: «[secondo la Corte europea] qualora lo svolgimento del processo abbia evidenziato un quadro probatorio sfavorevole all'imputato, tale da esigergli concretamente di dare spiegazioni e/o indicazioni, la sua mancata offerta delle une e/o delle altre *ben potrà costituire un elemento apprezzabile come elemento di "riscontro" a suo carico.* Tuttavia – sempre secondo il medesimo Organo europeo – questa massima vale *nel solo caso* in cui il prevenuto *si sia effettivamente rifiutato di rispondere durante tutto il corso del procedimento.* Se, invece, egli, in qualunque momento, abbia parlato circa il fatto addebitatogli […], fornendo informazioni e/od esponendo argomenti a sua discolpa, nonché dato conto delle ragioni già determinanti il suo anteriore silenzio, tali elementi *dovranno comunque essere tenuti in conto* dal giudice di merito; né il suo precedente esercizio dello *ius tacendi* potrà più, ormai, essere valutato negativamente» (cfr. P. Moscarini, *Il silenzio dell'imputato sul fatto proprio secondo la Corte di Strasburgo e nell'esperienza italiana*, cit., p. 615, corsivi dell'Autore).

fornire spiegazioni di sorta sul merito dell'accusa[146], deve allora concludersi che egli abbia quantomeno diritto, *in extremis*, di ricorrere al mendacio difensivo. Invero, tale corollario certamente non è stato preso in considerazione dai Giudici di Strasburgo, che nella giurisprudenza in discorso hanno singolarmente (e non condivisibilmente) fornito un'interpretazione restrittiva del *se detegere*. Esso appare però l'unico compatibile con il *proprium* del diritto di difesa. Se si ammette che il mero silenzio possa sortire conseguenze pregiudizievoli per l'imputato, allo stesso si deve allora riconoscere la libertà di poter scegliere l'alternativa di interloquire mendacemente, in guisa da far si che egli possa, almeno, tentare di impedire che sia il suo stesso contegno silente a rafforzare l'accusa formulata a suo carico.

Siffatte considerazioni valgono a far emergere un volto costituzionale sfaccettato e complesso del *nemo tenetur*, la cui estrinsecazione garantistica più piena deve riconoscersi inclusiva del diritto al mendacio; le due manifestazioni, attiva e passiva, del principio, sono strettamente avvinte, in quanto è con il concorso di entrambe che si realizza la libertà della difesa, cioè, in ultima analisi, il diritto di difesa stesso. Per queste stesse ragioni, apparirebbe astrattamente inammissibile, rispetto al quadro dei valori costituzionali che nel loro assieme danno forma al volto laico e garantistico del processo penale, una decurtazione per via legislativa del *se detegere* tramite un'abolizione del diritto al mendacio.

La Corte costituzionale ha sino ad oggi fatto riferimento allo *ius mentiendi* in un senso, per così dire, puramente ricognitivo, ovvero senza enfatizzarne la portata[147]. La giurisprudenza della Consulta sul punto è, peraltro, quantitativamente modesta, ed in parte meriterebbe di essere riconsiderata: così è, ad esempio, per la pronuncia, risalente al 1976, che esclude, in modo non condivisibile, la confi-

[146] Cfr. le considerazioni svolte *supra*, al § 5, in relazione al caso *Murray*.

[147] Cfr., in particolare, Corte cost., 16 maggio 1994, n. 179, in *Giur. cost.*, 1994, p. 1594, laddove è rinvenibile un accenno allo *ius mentiendi*: «l'imputato non solo gode della facoltà di non rispondere, ma non ha nemmeno l'obbligo di dire la verità». Pare altresì riconoscere la facoltà di mentire – sia pure in termini non espliciti – quale contenuto del se detegere Corte cost., 3 ottobre 1990, sent. n. 432, in *Giur. cost.* 1990, p. 2578: «[alla] stregua del principio "nemo tenetur contra se detegere", […] il prosciolto in istruttoria non è tenuto a rispondere e non ha comunque l'obbligo di dire la verità tranne che sulla propria identità personale».

gurabilità del diritto al mendacio dell'imputato (in rapporto all'art. 495 c.p.) circa i propri precedenti penali[148].

Va rilevato, per contro, come la suprema Corte non di rado abbia riconosciuto il valore dello *ius mentiendi* quale diritto alla negazione – anche pervicace – dell'accusa[149]; essa, al contempo, come si vedrà più oltre, ne ha segnalato i limiti in rapporto al delitto di calunnia, un aspetto che pare particolarmente rilevante al fine di disegnare la portata sostanziale della libertà dalle autoincriminazioni.

7.3. L'operatività pre-processuale del principio

Come si è accennato, la questione dell'operatività pre-processuale nel *nemo tenetur* rappresenta a tutt'oggi un problema aperto. Peraltro, è proprio nella fase precedente il processo che appare più elevato il pericolo di una violazione indiretta o surrettizia della li-

---

[148] Cfr. Corte cost., sent. 6 maggio 1976, n. 108, in *Giur. cost.*, 1976, I, p. 827. La Corte, in tale pronuncia, ha concluso, non senza ambiguità per la liceità del solo rifiuto di rispondere, mentre resterebbe penalmente illecito il mendacio inerente alla qualità di pregiudicato. Per una puntuale analisi della pronuncia ed una sua rilettura in chiave critica v. G. Floridia, *False dichiarazioni dell'imputato sull'incensuratezza e* ius mentiendi, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 1326 ss. Pare, peraltro, indirizzarsi in senso diverso la successiva giurisprudenza della suprema Corte, laddove l'unico limite allo *ius mentiendi* viene individuato nell'obbligo di dire il vero circa le proprie generalità: «il diritto al silenzio di cui all'art. 78 comma 3 c.p.p. comprende il diritto di mentire non essendo l'imputato un soggetto di prova, ma è limitato sia dal divieto di dare false generalità in sede di identificazione personale sia da norme relative ai delitti contro l'amministrazione della giustizia, che vietano le false attestazioni suscettibili di fuorviare il giudice o gli organi tenuti a riferirgli tanto da determinare il pericolo dell'instaurazione di un altro procedimento per fatto diverso, inesistente o a carico di persone incensurate. Ne consegue che risponde del delitto di cui all'art. 495 c.p. l'imputato che, in sede di verbalizzazione della contravvenzione contestatagli fornisca false generalità in ordine al nome, al luogo e alla data di nascita nonché al luogo di residenza» (cfr. Cass., sez. V, 03 luglio 1986, in *Cass. pen.*, 1988, p. 441).

[149] «L'imputato ha il diritto di tacere o di mentire e, ove scelga in tal senso, tale scelta non può di per sè essergli pregiudizievole» (cfr. Cass., Sez. I, 31 maggio 1988, in *Cass. pen.*, 1989, p. 1458). In senso ancor più esplicito, si veda Cass. pen., Sez. I, 29 maggio 1987, in *Giust. pen.*, 1988, II, p. 343 «il diniego della concessione delle circostanze attenuanti generiche non può essere fatto discendere dalla mancata confessione dell'imputato, poiché questi, come ha diritto di non rispondere, ha pure diritto di mentire nel processo, senza che da ciò possano derivargli conseguenze negative».

bertà dalle autoincriminazioni e di un conseguente allentamento dei cardini del contraddittorio e della presunzione d'innocenza.

Come è stato esattamente rilevato in dottrina, se si escludesse radicalmente la valenza del principio nel momento pre-procedimentale, sarebbe allora sufficiente al legislatore, onde vanificare (o quantomeno ridimensionare fortemente) le tutele operanti nella fase endo-procedimentale, introdurre nel sistema una fitta rete di obblighi dichiarativi, di posizioni di garanzia, di doveri di denuncia ecc.; ovvero una serie di meccanismi di autoincriminazione sanzionati penalmente – o anche solo in via amministrativa – e tali da garantire all'accusa, in spregio all'idea di non collaborazione sottesa al privilegio, un *plafond* probatorio di sicuro impatto nel processo[150]. Peraltro, obblighi di siffatta natura sono già largamente presenti nella vigente legislazione, il che lascia ben comprendere la ragione per cui il tema sia stato preso in esame, sia pure da diverse angolazioni, non solo dalla dottrina penalistica, ma altresì da numerosi studi inerenti al processo penale ed anche al diritto costituzionale[151].

---

[150] Le violazioni del *privilege* operate, utilizzando lo strumento del diritto penale sostanziale, in momenti antecedenti al processo (se non al fine di istruirne uno) sono evidentemente in grado di annichilire i valori processuali che il principio tutela. Sul punto, in particolare, si veda v. M. Zanotti, *«Nemo tenetur se detegere: profili sostanziali»*, cit., p. 197: «… la costruzione teorica sin qui esaminata entra in crisi proprio in presenza di fattispecie incriminatrici che prevedono obblighi, per loro specifica conformazione, di comunicazione implicanti una autentica confessione da parte del destinatario. Da questo punto di vista, appare completamente illogico postulare una pienezza della garanzia difensiva, destinata ad operare in una fase successiva (quella processuale, appunto), in cui essa è visibilmente irrilevante». Sul punto, si vedano però anche le annotazioni di M. Scaparone, *Commento all'art. 24, secondo comma, Cost.*, cit., p. 90: «… sarebbe inutile ed anzi contraddittorio assicurare alla persona indiziata o imputata di un reato la facoltà di non fornire dichiarazioni sfavorevoli nel processo e nello stesso tempo ammettere che la medesima persona, esaminata come testimone allorché nessun indizio è ravvisabile a suo carico dall'organo che procede, possa essere costretta a rilasciare dichiarazioni che renderanno impossibile ogni sua difesa nel procedimento penale successivamente aperto nei suoi confronti».

[151] In particolare, dopo l'11 settembre 2001, pare essersi innescato, a livello internazionale, un *trend* legislativo non ancora esauritosi e volto a sacrificare sensibilmente, tramite strumenti normativi endo processuali ed extra processuali, le prerogative individuali in vista di rendere più efficiente la repressione dei reati, ed in particolare la lotta al terrorismo. Sul punto, fra gli altri, si vedano i rilievi di A. Manna, *Erosione delle garanzie individuali in nome dell'efficienza dell'azione di contrasto al terrorismo:* la privacy, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 1031; M. Bel-

Va rilevato, in primo luogo, come l'orientamento sino ad oggi espresso dalla Corte costituzionale a questo proposito appaia assai restrittivo.

Pare ancora attuale, in quanto sostanzialmente è stata confermata dalla successiva giurisprudenza del Giudice delle leggi, l'affermazione, risalente alla sentenza n. 149 del 1969, secondo cui il diritto di difesa non potrebbe ritenersi «operante prima che un indizio di reato ci sia e prima che esso si soggettivizzi nei confronti di una determinata persona»[152]; in un'altra pronuncia, la Corte ha altresì asserito che, laddove vengano in considerazione obblighi dichiarativi connessi all'azione amministrativa e previsti in via generale per tutti i cittadini, l'autoincriminazione di un singolo individuo si porrebbe come una «eventualità di fatto e non certo [come] una conseguenza astrattamente necessaria ed inevitabile»[153]. Dal punto di vi-

---

LAZZI, *I "patriot act" e la limitazione dei diritti costituzionali negli Stati Uniti*, in *Pol. Dir.*, 2003, p. 681 s.; P. BONETTI, *In nome della sicurezza internazionale si possono limitare i diritti di difesa, di giusto processo e di proprietà di potenziali finanziatori del terrorismo?*, in *Quaderni cost.*, 2006, p. 144 ss. C. BASSU, *Il ruolo delle Corti nella lotta al terrorismo: una comparazione angloamericana*, in *Quaderni cost*., 2006, p. 467 ss. V. MONETTI, *La legislazione antiterrorismo dopo l'11 settembre: il contesto internazionale e l'Italia*, in *Quest. giust.*, 2002, p. 55 ss.; J. VERVAELE, *La legislazione anti-terrorismo negli Stati Uniti:* inter arma silent leges, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2005, p. 739 ss.; M. MIRAGLIA, *Paura e libertà (legislazione antiterrorismo e diritti di difesa negli Stati uniti)*, in *Quest. Giust*., 2004, p. 298 ss.; F. MUNOZ CONDE, *Dal divieto di autoincriminazione al diritto processuale penale del nemico*, cit., p. 16. Sul punto, si veda altresì il fondamentale contributo di S. MOCCIA, *La perenne emergenza, tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997, *passim.* Si consenta, inoltre, di rinviare a D. TASSINARI, *Diritto all'anonimato e diritto penale: un (possibile) oggetto di tutela o un* vulnus *per* il law enforcement?, cit., pp. 198-199 ed alla bibliografia ivi richiamata: «l'art. 2 Cost., mentre enuncia l'aperto catalogo dei diritti umani inviolabili […] ne consente una limitazione ai fini dell'adempimento dei "doveri inderogabili di solidarietà politica, economica, sociale». Fra tali doveri non figura, a ben vedere, l'interesse pubblico alla repressione dei reati. Per contro, la fisionomia del diritto di difesa emergente dai principi del giusto processo imporrebbe un rafforzamento delle prerogative del singolo, secondo lo schema della parità delle parti nella formazione della prova. In quest'ottica, dovrebbe essere bandita dal sistema penale qualsiasi forma di coazione dell'indagato o dell'imputato che sia finalizzata ad ottenere una sua collaborazione forzata a vantaggio dell'accusa; ciò specie nel contesto pre ed extra processuale, laddove a quest'ultimo risulta impossibile avvalersi dell'assistenza di un difensore».

[152] Cfr. Corte cost., 3 dicembre 1969, n. 149, cit., p. 2276 ss.

[153] Cfr. Corte cost., ord. 31 maggio 1996, n. 186, in *Riv. giur. ambiente*, 1997, p. 283 ss.

sta formale, l'esclusione dell'operatività extra-processuale del principio è stata, come si è accennato, motivata dalla Corte mediante il riferimento al contenuto letterale dell'art. 24, co. 2, Cost., laddove il diritto di difesa viene «espressamente delimitato all'ambito del procedimento»[154].

Gli argomenti in discorso, tuttavia, non appaiono insuperabili. Essi, inoltre, sono ascrivibili ad una giurisprudenza oramai risalente e non più in linea con la fisionomia del diritto di difesa attualmente desumibile dalle fonti soprannazionali.

Peraltro, anche le (non più recenti) decisioni che si sono sinteticamente richiamate, pur essendo giunte alla negazione, rispetto ai casi concreti che ne costituivano l'oggetto, di una valenza pre-processuale del principio, paiono offrire alcuni spunti di riflessione utili proprio a tratteggiare le possibili condizioni operative ed i presupposti di essa.

Occorre porre l'accento, in primo luogo, su alcune considerazioni della Corte che sembrano, sia pure implicitamente, censurare le ipotesi di autoincriminazione "legislativamente" imposta. Invero, nel sistema normativo vigente sono individuabili alcuni casi, dei quali si dirà meglio più oltre, laddove obblighi di auto-denuncia, ovvero anche solo di collaborazione con l'autorità giudiziaria, vengono imposti a soggetti – o a certuni "gruppi" di persone – a dispetto del fatto di per sé essi appaiono *ictu oculi* come i "sospetti" autori un illecito penale (ed anzi forse proprio per questa ragione).

---

[154] Cfr., espressamente in questo senso, Corte cost., 7 febbraio 1963, n. 10, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, p. 613. In una prospettiva non dissimile, si veda, oltre alle sentenze già citate nelle note precedenti, anche Corte cost., sent. n. 34 del 1973, cit., p. 341 s., laddove si ritiene che il principio possa considerarsi operante solo nel caso in cui il soggetto venga posto «a confronto diretto con l'autorità». Peraltro, il tema dell'eventuale vigenza pre-procssuale del principio pare essere stato lasciato "in ombra" dalla recente giurisprudenza costituzionale inerente al *se detegere*: cfr., fra le altre, Corte cost., 16 luglio 2008, n. 282, in *Giur. cost.*, 2008, p. 3149, riguardante l'obbligo del proprietario di un veicolo, previsto dall'art. 126 *bis* del codice della strada, di comunicare all'autorità il nominativo del conducente nell'ipotesi in cui siano state commesse infrazioni che comportino la decurtazione di punti dalla patente di guida; in tale ipotesi la Corte si è limitata ad affermare che «il diritto al silenzio si esplica in ogni procedimento secondo le regole proprie di questo».

Ebbene: si è appena detto di come, ad avviso della Consulta, il principio *nemo tenetur se detegere* non possa ritenersi «operante prima che un indizio di reato ci sia e prima che esso si soggettivizzi nei confronti di una determinata persona»[155]. Sulla scorta di tali indicazioni, dovrebbe apparire pacifico che, laddove sia possibile, sul piano normativo-astratto, individuare alcune categorie di persone che *ex ante* appaiono riconoscibili quali autori di un reato, ciò equivalga a raggiungere, sebbene per via legislativa e non *de facto*, un rilevante grado di individuazione (o "soggettivizzazione") della responsabilità penale. Sulla base delle linee interpretative tracciate dalla stessa Corte costituzionale, in una tale situazione, la libertà dalle autoincriminazioni dovrebbe ritenersi pienamente operante; conseguentemente, come ha evidenziato anche la suprema Corte statunitense in relazione alla così detta «suspect class exception»[156], in siffatte ipotesi, giacché comportamenti auto-incriminanti vengono imposti in capo agli appartenenti a "classi sospette", si è in presenza di una antinomia fra le norme penali che tali comportamenti impongono e la libertà dalle autoincriminazioni spettante agli individui che di esse fanno parte[157].

Laddove una tale situazione si verifichi, sono le stesse puntuali indicazioni offerte dalla Corte costituzionale a rendere innegabile l'esistenza di una dimensione pre-processuale del principio.

Si potrebbe obiettare, a questo proposito, che l'individuazione, sul piano generale ed astratto della legislazione penale, di un'intera "classe" di persone sospette non equivale affatto a "soggettiviz-

---

[155] Cfr. Corte cost., 3 dicembre 1969, n. 149, *loc. cit*. Sul punto, cfr. anche Corte cost., ordinanza n. 186 del 1996, alla luce della quale una parte della dottrina è giunta a sostenere che «esiste […] un divieto costituzionale di qualunque legge che possa compromettere la difesa giudiziaria delle parti, indipendentemente dalla circostanza che si tratti di un processo già iniziato, ovvero di un procedimento futuro ed eventuale». cfr. A. Andronio, *Informazione ambientale e garanzia dalle autoincriminazioni*, in *Riv. giur. ambiente*, 1997, p. 289.

[156] Si rinvia, a questo proposito, all'analisi svolta *supra*, Parte prima, capitolo primo, sezione IV, § 3.2.

[157] Condivisibilmente sottolinea L. Paladin, *Autoincriminazioni e diritto di difesa*, cit., p. 314, come dall'art. 24, comma 2, Cost., debba desumersi «il divieto di qualunque legge che possa compromettere la difesa giudiziaria delle parti: indipendentemente dalla circostanza che si tratti di un processo già iniziato, ovvero di un procedimento futuro ed eventuale».

zare" la responsabilità nei confronti di una persona determinata; il sacrificio della libertà dalle autoincriminazioni spettante al singolo, in quest'ottica, potrebbe apparire, giacché gli obblighi dichiarativi sono rivolti ad una categoria più ampia, come un fatto puramente "eventuale", con conseguente negazione di un ruolo pre-processuale e – soprattutto – giustificante del *se detegere*[158].

Una tale obiezione si palesa però inconsistente laddove si rifletta sul peculiare modo di atteggiarsi dell'antinomia in discorso: invero, rientra proprio nel paradigma della scriminante dell'esercizio di un diritto di cui all'art. 51 c.p. il fatto che una condotta illecita possa, alla luce di una situazione di liceità ravvisabile non in via generale ed astratta, ma solamente in relazione al caso concreto e ad un determinato soggetto, risultare scriminata[159].

Fra gli argomenti richiamati dalla Corte costituzionale nella giurisprudenza di cui si è appena detto, a ben guardare, uno solamente risulta – all'apparenza – ostativo rispetto al possibile accoglimento di un ruolo pre-processuale del *se detegere*, ossia quello, di matrice formale, dato dal riferimento dell'art. 24, co. 2, Cost. al solo "procedimento".

---

[158] Alcune indicazioni in questo senso paiono potersi trarre dalla già citata C. cost., ord. 31 maggio 1996, n. 186, cit., p. 283 ss.

[159] In generale, sull'antinomia si veda N. Bobbio, voce *Antinomia*, in *Noviss. dig. it.*, I, 1957, p. 667; è noto come in dottrina si ravvisi il fondamento della scriminante in questione nel così detto "principio di non contraddizione" (cfr., in particolare, I. Caraccioli, *L'esercizio del diritto*, Milano, 1965, p. 179 ss.; nella manualistica, si veda, per tutti, F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, 14ª ed., a cura di L. Conti, Milano, 1997, p. 277, il quale sottolinea come "un'azione non può essere contemporaneamente consentita e vietata dall'ordinamento giuridico"); una parte della letteratura penalistica, peraltro, ha evidenziato, come è noto, la sostanziale superfluità della disposizione dell'art. 51 c.p. in quanto la soluzione del conflitto fra norme che essa pare deputata a risolvere potrebbe essere già ricavata dai "classici" canoni ermeneutici della specialità, della gerarchia delle fonti, della posteriorità. Si vedano, a questo proposito, le osservazioni di F. Mantovani, voce *Esercizio del diritto (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 632; D. Pulitanò, voce *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1990, p. 321; F. Viganò, *Stato di necessità e conflitto di doveri*, Milano, 2000, p. 238. In senso critico rispetto a questa impostazione, si veda però M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 541, il quale sottolinea come la causa di giustificazione in esame, a differenza dell'antinomia, la cui soluzione comporta l'eliminazione di una delle due norme, si fondi sulla sopravvivenza di entrambe.

L'argomento non sembra però decisivo. Si è già detto come, in linea di principio, anche le innovative decisioni della Corte di Strasburgo e di quella del Lussemburgo che si sono più sopra illustrate abbiano espressamente individuato nel solo processo l'ambito elettivo di applicazione del *se detegere*. Entrambe le Corti non hanno però esitato a riconoscere, sia pure in termini che avrebbero meritato una più approfondita esplicazione, anche una valenza pre-processuale del privilegio.

In particolare, dai *leading cases* Orkem e Sauders[160] sembrano potersi desumere in modo chiaro, nonostante la difficoltà data dal fatto che si tratta di cogliere i tratti comuni a decisioni provenienti da diverse giurisdizioni, i lineamenti essenziali per la soluzione del problema: deve ritenersi, in linea di principio, legittima la previsione in via legislativa dell'obbligo, posto a carico di privati o di persone giuridiche, di compilare e/o conservare in modo veritiero documenti di vario genere; siffatto obbligo non potrebbe però, ad avviso delle predette Corti internazionali, spingersi al punto da pretendere, da parte di un soggetto che appaia "sospetto", una dichiarazione *tout court* confessoria, ovvero l'imposizione di un dovere di collaborazione con l'accusa; diversamente, verrebbe a realizzarsi non già un'azione "amministrativa" in senso lato, ma una vera e propria attività di investigazione; ciò determinerebbe, quand'anche ci si trovi formalmente al fuori del contesto processuale, una inammissibile violazione del *nemo tenetur se detegere*. Una efficace sintesi del problema è stata tracciata, come si è visto, dalla Corte del Lussemburgo nel caso Orkem: «la Commissione non può… imporre all'impresa l'obbligo di fornire risposte attraverso le quali questa sarebbe indotta ad ammettere l'esistenza della trasgressione, che deve invece essere provata dalla Commissione stessa»[161]. Poiché tale principio è stato affermato nei confronti di una persona giuridica, deve certamente escludersi, peraltro, che i Giudici lussemburghesi possano essersi ispirati in qualche modo a considerazioni di matrice soggettiva, riconnesse alla teorica della "inesigibilità"; la vigenza pre-pro-

[160] Per la cui analisi si rinvia *supra*, al § 6.
[161] Cfr., ancora, il punto n. 35 della sentenza citata.

cessuale del privilegio, dunque, appare, anche in questo caso, il portato esclusivo della cifra oggettiva ed ordinamentale del *se detegere*.

Invero, alla luce della cornice evincibile dalla giurisprudenza sopranazionale, specie ove si tenga in considerazione il ruolo sistemico quanto mai forte ed incisivo che oggi deve riconoscersi alle due Corti, l'idea che un'interpretazione letterale dell'art. 24, co. 2, Cost. sia sufficiente a motivare una limitazione del *se detegere* al solo ambito del processo appare, oltre che anacronistica, contraddittoria[162]; essa, in particolare, finirebbe per rinnegare il principio, che la stessa Consulta ha univocamente enunciato e fatto proprio, che il raccordo fra la dimensione interna dei diritti fondamentali e quella scandita a livello sovranazionale debba sempre condurre ad una "espansione delle garanzie", non certo ad una loro contrazione[163]. La stessa Corte costituzionale italiana, peraltro, pur senza aver adeguatamente approfondito la questione, pare aver lasciato spazio, come si vedrà più oltre, ad applicazioni inequivocabilmente pre-processuali del *nemo tenetur*; ciò per non dire del fatto che l'operatività pre-processuale del privilegio è positivamente evincibile, entro certi limiti, per-

[162] «La cosiddetta libertà dalle autoincriminazioni sembra peraltro garantita [dall'art. 24, co.2, Cost.] in una dimensione più ampia di quella considerata sinora. Anzitutto va osservato che sarebbe inutile ed anzi contraddittorio assicurare alla persona indiziata o imputata di un reato la facoltà di non fornire dichiarazioni sfavorevoli nel processo e nello stesso tempo ammettere che la medesima persona, esaminata come testimone allorché nessun indizio di reità è ravvisabile a suo carcio dall'organo che procede, possa essere costretta a rilasciare dichiarazioni che renderanno impossibile ogni sua difesa nel procedimento penale successivamente aperto nei suoi confronti. Per evitare un simile assurdo, bisognia convenire che l'articolo in esame […] nella parte in cui garantisce il diritto al silenzio, entra in opera già prima che un indizio di reità emerga a carico di una persona determinata» (cfr. M. Scaparone, *Commento all'art. 24, secondo comma, Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, cit., pp. 89-90).

[163] Cfr. le considerazioni svolte *supra*, Parte seconda, capitolo secondo, § 5, nonché P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 58. Sul punto si vedano anche le considerazioni di A. Morrone, voce *Bilanciamento (giustizia cost.)*, in *Enc. dir.*, Annali II-2, 2008, p. 188 «… questi cataloghi internazionali di diritti (e la relativa giurisprudenza), alla luce di una rivoluzionaria lettura giurisprudenziale dell'art. 117, co. 1, Cost., inteso quale norma di "rinvio mobile" ai relativi trattati (come, nella fattispecie, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950), sono destinati a divenire parte di quello che si può oramai definire un blocco di legittimità che, se coerente con la costituzione, si impone in funzione parametrica direttamente alla legislazione statale e regionale».

sino dalla legislazione ordinaria. La causa di non punibilità dell'art. 384 c.p., nella parte in cui risulta espressiva del principio (se ne dirà a breve), è certamente applicabile a prescindere dalla formale assunzione della veste di indagato, come accade, ad esempio, nel caso di colui che sia chiamato a deporre come testimone in un processo inerente ad un reato di cui è l'autore[164]; ovvero nei casi di omissione di denuncia ed omissione di referto di cui agli artt. 361 e 365 c.p., laddove l'esercizio della libertà dalle autoincriminazioni inibisce la stessa instaurazione di un procedimento. Sul versante in senso lato processuale, un peculiare risvolto dell'operatività "anticipata" del *se detegere* è ravvisabile nell'art. 63 c.p.p., laddove viene vietata l'utilizzazione delle "dichiarazioni indizianti" rese da un soggetto che ancora non abbia assunto la veste di indagato o imputato[165].

Agli argomenti appena esposti pare possano affiancarsene altri di non minore rilievo. Invero, il *nemo tenetur* ha fondamenta costituzionali decisamente solide ed ampie, nient'affatto limitate, come pare aver restrittivamente suggerito il Giudice delle leggi nelle suddette, risalenti pronunce, al diritto di difesa di cui all'art. 24, co. 2, Cost.: in particolare, stanti i suoi legami con il principio di autonomia, con il diritto alla privacy e con la tutela della libertà personale, esso affiora nell'intelaiatura della Carta costituzionale, come si è detto, in relazione ad una serie di norme e principi che, autonomamente ed in modo sinergico, valgono a descriverne il profilo multiforme. Esso, in relazione alla libertà morale ed alla *privacy* si mani-

---

[164] D'altro canto, la stessa Corte costituzionale, in talune pronunce, ha chiaramente considerato la causa di non punibilità di cui all'art. 384 c.p., come espressiva, anche nei suoi aspetti *pre* o *extra* procedimentali, del "volto costituzionale" del *se detegere*. In particolare, nel giudizio di costituzionalità dell'art. 246 c.p.p. (tacciato di illegittimità costituzionale nella parte in cui non vieta la testimonianza di un soggetto imputato dello stesso fatto o di un fatto connesso a lui attribuito quale reato) la Corte ha evidenziato che «[non] si ravvisa contrasto con l'art. 24, comma secondo, Cost., in quanto il teste, sotto l'usbergo dell'art. 384, comma primo, c.p. è libero di tenere un comportamento che non pregiudichi la sua difesa in sede penale…» (Cfr. Corte cost., 7 aprile 1983, n. 85, in *Foro it.*, 1983, I, p. 1512).

[165] In generale, sul fondamento, l'ambito di applicabilità della disposizione in discorso e sulla sua attinenza al *nemo tenetur se detegere*, si vedano, fra gli altri, A. Sanna, *Dichiarazioni autoindizianti e loro inutilizzabilità*, in *Giurisp. it.*, 1996, II, p. 175 ss.; E.M.T. Di Palma, *Inutilizzabilità delle dichiarazioni indizianti ed invalidità derivata*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 178 ss.

festa come un diritto inviolabile dell'uomo ed assume rilevanza (fra l'altro) nel contesto dell'art. 2 Cost.; il principio pare poter altresì svolgere un ruolo rafforzativo della tutela della libertà personale, giacché, proprio laddove se ne riconosca l'attinenza anche alla fase pre-processuale, vale a prevenire la possibilità che essa possa essere lesa tramite inammissibili "scorciatoie" al contraddittorio; un ulteriore riferimento atto a descrivere le implicazioni del principio nel contesto dei diritti di libertà è dato, come si è visto, dall'art. 23 Cost., laddove la previsione di una riserva di legge indica l'esigenza che le limitazioni all'autonomia individuale ivi previste siano il frutto di un'attenta ponderazione fra "interessi contrapposti". Nessuna delle norme costituzionali fondanti a questo complesso di diritti e di situazioni[166], con le quali il *se detegere* innegabilmente interagisce e nelle quali si riflettono le sue molteplici sfaccettature, è confinata alla fase processuale; peraltro, se anche si ritenesse una tale ampia ed eclettica base ordinamentale ancora troppo generica per dare corpo ad applicazioni pre-processuali del principio, vi è una considerazione di tipo logico-garantistico che appare assorbente.

Laddove si disconoscesse l'esistenza di una dimensione pre-procedimentale del privilegio, esso diverrebbe inutile e privo di significato anche nella sfera processuale. In primo luogo: che senso avrebbe garantire all'indagato-imputato l'autodifesa (attiva e passiva) nel corso del procedimento se si ammettesse che questo possa scaturire da comportamenti auto-incriminanti impostigli in un momento precedente?

Soprattutto, il diritto di difesa, in un simile scenario, verrebbe potenzialmente svuotato della sua concreta funzione. Invero, le prove di reità coattivamente ottenute dall'imputato nella fase pre-procedimentale finirebbero immancabilmente per essere utilizzate, come già si è evidenziato, nel processo a suo carico.

Questi rilievi consentono di effettuare un'ulteriore annotazione. Il diritto al mendacio, come già si è detto, rappresenta una parte integrante, ed anzi imprescindibile, costituzionalmente necessaria, del *nemo tenetur se detegere*. Ciò è tanto più vero nel contesto pre-pro-

[166] Per i quali si rinvia all'analisi svolta nei precedenti paragrafi del presente capitolo.

cessuale, laddove l'autodifesa attiva è normalmente l'unico strumento accessibile al potenziale "sospetto" ed anche il solo capace di impedire che sia lui stesso a causare l'avvio di un'indagine a suo carico.

Invero, è difficile non riconoscere che, in siffatte situazioni, il mero esercizio del diritto al silenzio sarebbe privo di qualsivoglia efficacia protettiva[167]. Appare chiaro, come, in un tale contesto, il silenzio del "sospettato" finirebbe soltanto per attirare su di lui le attenzioni investigative, ovvero per rafforzarle. Non sussistono, peraltro, ragioni logiche o sistematiche per asserire che, nella fase preprocedimentale, il *se detegere* debba risultare, per così dire, menomato di una sua essenziale parte. Invero, il principio presenta contenuti sinergici ed inscindibili a prescindere dal momento nel quale trova applicazione; i due aspetti simmetrici dell'autodifesa, quello attivo e quello passivo, danno luogo ad una fisionomia unitaria, ed anzi alla stessa caratterizzazione del *se detegere* quale sintesi dei suoi contenuti fondamentali di non collaborazione e diritto al mendacio.

8. *La libertà dalle autoincriminazioni nella causa di non punibilità di cui all'art. 384 c.p. Il* modus operandi *del principio quale scriminante. Il giudizio di bilanciamento degli interessi in gioco*

Le osservazioni che sino ad ora si sono svolte in merito ai lineamenti del *nemo tenetur* consentono di effettuare alcune annotazioni circa i rapporti fra il principio e la causa di non punibilità di cui all'art. 384 c.p.

Invero, salvo qualche eccezione, la letteratura penalistica italiana ha costantemente ravvisato nella norma in discorso una chiara espressione del *se detegere*. Essa, in particolare, rifletterebbe, ad

[167] In relazione alla "classica" ipotesi del falso il bilancio una soluzione che richiama alla mente il diritto al silenzio è stata, in particolare, sostenuta, come già si è visto, da A. Perini, *Ai margini dell'esigibilità*, nemo tenetur se detegere *e false comunicazioni sociali*, cit., p. 583, ad avviso del quale l'amministratore che si trovi, all'atto della redazione del bilancio, nell'alternativa fra redigerlo in modo non veritiero ovvero autoincriminarsi, dovrebbe riconoscersi la possibilità di astenersi dal presentare lo stesso.

avviso dell'opinione maggioritaria, la situazione di inesigibilità ravvisabile in capo all'autore allorquando egli venga posto di fronte ad un obbligo di auto-incriminarsi ed andrebbe perciò classificata come una causa di esclusione della colpevolezza[168].

Ebbene: l'indagine appena svolta pare evidenziare come queste conclusioni siano condivisibili solo in parte. In primo luogo, la norma sembra fondarsi sul *se detegere* solamente in rapporto ad alcune delle fattispecie che vi sono richiamate e, soprattutto, limitatamente alle ipotesi in cui la condotta sia posta in essere per "salvare sé stessi". Rimane, per contro, chiaramente esclusa da questo ambito la categoria (peraltro piuttosto ampia) dei "prossimi congiunti"; fra le ipotesi fondate sul s*e detegere*, inoltre, pressoché tutte integrano, salvo alcune significative eccezioni, non già cause di esclusione della colpevolezza, bensì cause di giustificazione; vi sono, infine, come si vedrà a breve, alcuni casi di non punibilità residui ed attinenti a situazioni di inesigibilità esterne all'ambito del *se detegere*, se pure ad esso contigue, ed altre ancora che con il principio hanno una assai modesta attinenza.

Alcune ulteriori puntualizzazioni appaiono, peraltro, necessarie (anche su questo punto si tornerà fra poco) con riferimento ai due distinti beni finali in funzione dei quali la condotta viene posta in essere, ossia la "libertà" e "l'onore".

Questo quadro, assai frammentario e diversificato, vale a confermare i rilievi che sono stati recentemente effettuati in dottrina circa l'impossibilità di operare una *reductio ad unum* delle molteplici ed eterogenee ragioni (neppure tutte pienamente afferrabili) poste a fondamento della disposizione[169].

Procedendo con ordine, sembra opportuno identificare per prime le condotte riconducibili al versante oggettivo e "giustificante" del *nemo tenetur*.

---

[168] Si rinvia, a questo proposito, alla bibliografia citata *supra*, parte seconda, capitolo primo, § 4.

[169] Cfr., in particolare, A. Spena, *Sul fondamento della non punibilità nei casi di necessità giudiziaria (Art. 384, co.1, c.p.)*, cit., p. 178: «la figura di cui all'art. 384, co. 1, c.p., vista nel suo insieme, è una sorta di chimera giuridica, un "mostro" irriducibile ad una medesima natura, e dal fondamento politico-criminale complessivamente piuttosto dubbio ed ambiguo».

Le due modalità nelle quali il principio si estrinseca, che ne riflettono la dimensione ordinamentale e sistematica, certamente "bilanciabile", in quanto oggettiva, con i contro-interessi configgenti, in sintesi sono: il diritto, di carattere passivo, o meglio omissivo, a non collaborare con l'accusa; il simmetrico e complementare diritto di mentire, parimenti rientrante nel perimetro della garanzia costituzionale della difesa, ma a connotazione attiva. Siffatte situazioni sono pacificamente ravvisabili nelle fattispecie contemplate dagli artt. da 361 a 365 c.p., tutte, peraltro, modellate quali reati omissivi propri[170]. Considerazioni non diverse valgono in relazione alle fattispecie (imperniate su obblighi di tipo dichiarativo) di cui agli artt. 371 *bis*, 371 *ter*, 372 e 373 c.p.[171]. In esse si intravede nitidamente una gamma di condotte, talora omissive, talaltra attive, che delimitano la sfera oggettiva di operatività del principio e che risultano pacificamente ascrivibili al paradigma costituzionale della libertà dalle autoincriminazioni.

Prima di procedere oltre, è però necessario effettuare alcuni più specifici rilievi. Le fattispecie giustificanti che più sopra si sono sinteticamente elencate, infatti, si segnalano, nell'ambito dell'intero si-

---

[170] Si tratta, segnatamente, delle fattispecie di: omessa denuncia di reato da parte del pubblico ufficiale (art. 361 c.p.); omessa denuncia da parte di un incaricato di pubblico servizio (art 362 c.p.); omessa denuncia aggravata (art. 363 c.p.); omessa denuncia di reato da parte del cittadino (art. 364 c.p.); omissione di referto (art. 365 c.p.). Per una panoramica in merito alle predette fattispecie ed alla loro connotazione quali reati omissivi propri cfr., recentemente, F. Macrì, *I delitti di omessa denuncia*, in A. Cadoppi *et al.* (a cura di), *Trattato di diritto penale*, III, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 2008, p. 5 ss. Con particolare riferimento alla riconducibilità di siffatte ipotesi criminose al *se detegere* si veda A. Spena, *Sul fondamento della non punibilità nei casi di necessità giudiziaria (Art. 384, co.1, c.p.)*, cit., p. 176.

[171] Si tratta, segnatamente, delle fattispecie di: false informazioni al pubblico ministero (art. 371 *bis*); false dichiarazioni al difensore (art. 371 *ter*); falsa testimonianza (art. 372 c.p.); falsa perizia o interpretazione (art. 373 c.p.). Per un'analisi in termini generali dei delitti in discorso nella cornice dei reati contro l'amministrazione della giustizia, vedi U. Nannucci, M. Papa, *I delitti di falsa testimonianza*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (a cura di), *Trattato di diritto penale*, Vol. III, cit., p. 181 ss.; in relazione al delitto di falsa perizia o interpretazione si veda, invece, nell'ambito della medesima raccolta di studi, D. Notaro, *I delitti di falsa perizia, interpretazione, dichiarazione e attestazione destinata all'autorità giudiziaria*, p. 271 ss.

stema penale, per essere le uniche espressamente tipizzate ed ascrivibili all'ambito del *se detegere*.

Appare interessante, dunque, analizzare quali siano i criteri adottati dal legislatore del 1930 per procedere al giudizio di bilanciamento fra interessi contrapposti che costituisce il *proprium* di ogni causa di giustificazione, perciò anche di quelle all'esame.

Se è vero che nell'art. 384 c.p. si riversa la "doppia anima" oggettivo/soggettiva del principio e, che, dunque, in esso sono presenti (anche) le valutazioni d'impronta sistematica ed ordinamentale che ne fondano il versante giustificante, la disposizione in discorso – si deve supporre – trae necessariamente origine da un giudizio di bilanciamento compiuto dal legislatore[172].

Ebbene: tutte le ipotesi delittuose richiamate dalla disposizione rientrano nel novero dei delitti contro l'amministrazione della giustizia, tutte attengono alla dinamica della prova (tant'è che il parallelismo con i mezzi di prova è lampante: vengono in considerazione, esplicitamente o implicitamente, la testimonianza, l'esame, l'esperimento giudiziale, la perizia, ecc., quasi una riproposizione, sia pure meno organica, della disciplina dettata, sul punto, dal codice di rito); tutte, in altre parole, proteggono interessi di esclusivo carattere endo-processuale o, al limite, aspetti pre-processuali in grado di riverberarsi in modo significativo sul terreno, ancora una volta endo-processuale, dell'accertamento[173].

---

[172] Sul punto si vedano, G. Marinucci, voce *Cause di giustificazione*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. II, 1988, p. 131; Ad avviso di M. Romano, C*ommentario sistematico del codice penale*, cit., p. 524: «quando il punto di vista legislativo concerne in tutto o in prevalenza un bilanciamento di beni o interessi 'interni' alla meritevolezza di pena, si muove cioè nell'ambito del contenuto di illiceità propria del fatto vietato, la non punibilità sarà da considerare dovuta ad una autentica causa di giustificazione…». Con particolare riferimento all'effettuazione del giudizio di bilanciamento in rapporto all'art. 51 c.p., nella manualistica si veda D. Pulitanò, *Diritto penale*, Torino, 2005, p. 284.

[173] Così è in particolare per i delitti "di omessa denuncia" che più sopra si sono esaminati. Per un'analoga annotazione circa il carattere endo-processuale degli interessi tutelati dalle fattispecie di cui all'art. 384 c.p. si veda D. Pulitanò, *Nemo tenetur se detegere*: *Quali profili di diritto sostanziale?*, cit., p. 448: «… la natura dell'interesse in gioco […] in tutti i casi cui si riferisce la scusante codificata, è esclusivamente processuale, nel senso che riguarda sempre e soltanto il funzionamento della macchina giudiziaria…».

La tipologia di offese in rapporto alle quali il principio, nell'ordinamento positivo, sortisce effetti liberatori dalla responsabilità penale, coincide, dunque, con condotte rientranti nel *genus* della non-collaborazione al processo, ossia con il terreno elettivo di esplicazione del *se detegere*. Ciò che è "leso" dalle condotte delittuose richiamate nell'art. 384 c.p., per dirla in breve, è l'accertamento di un precedente *opus illicitum*, ovvero, in ultima analisi, le esigenze repressive sottese al *law enforcement*, alle quali può aggiungersi l'aspettativa di riparazione del danno da parte della vittima del reato. L'imputato, sul terreno tecnico del procedimento, può perciò liberamente cercare di impedire che l'accertamento processuale *contra se* possa risultare fruttuoso, non collaborandovi, e, nei limiti dell'autodifesa attiva, persino boicottandolo.

Il confine di tale diritto, stando a quanto implicitamente si evince l'art. 384 c.p., è però rappresentato dalla lesione di interessi estranei alla relazione accusa-difesa ed all'accertamento del fatto. Il mancato richiamo del delitto di calunnia fra quelli elencati dalla fattispecie costituisce un dato, in questo senso, assai significativo, in quanto sottintende una consapevole scelta del legislatore, come meglio si dirà più oltre[174], di contenimento della non punibilità entro confini logici e normativi scrupolosamente segnati.

I criteri che debbono orientare l'interprete in relazione ad una possibile applicazione "allargata" del principio, al di fuori delle ben circoscritte maglie ordinamentali dell'art. 384 c.p., non possono, dunque, che focalizzarsi su di un dato essenziale: in ciascuna delle ipotesi che si sono più sopra esaminate, la condotta omissiva o mendace posta in essere dal soggetto attivo si contrappone alla pretesa dello stato all'accertamento del "suo" reato.

Sullo sfondo del giudizio di bilanciamento compiuto dal legislatore si stagliano, pertanto, solamente due oggettività giuridiche, ed esse sono perfettamente omogenee[175]: il concetto stesso di "pa-

---

[174] Cfr., le considerazioni svolte *infra*, al capitolo terzo, § 3.1. e la bibliografia ivi richiamata.

[175] Invero, «il principale problema che l'analisi della giurisprudenza pone in chiave di teoria del bilanciamento è la necessità di circoscrivere il giudizio almeno a interessi omogenei quanto a valore costituzionale». Cfr. A. Morrone, voce *Bilanciamento*, cit., p. 190.

rità delle parti" accolto nel dettato costituzionale – segnatamente dall'art. 111 Cost. – non può che implicare una parità assiologica degli interessi antagonistici di cui accusa e difesa sono legittimamente titolari[176]; nel meccanismo di giustificazione tracciato dall'art. 384 c.p. il diritto di difesa, o meglio il peculiare e multiforme suo risvolto rappresentato dal *se detegere*, emerge come prevalente; l'interesse oggettivo ad una efficace amministrazione della giustizia e, dunque, al perseguimento di "quel" reato, risulta, invece, soccombente.

Invero, non si intravedono, nell'ambito delle fattispecie più sopra considerate, beni o interessi diversi da quelli in discorso[177]. Siffatta conformazione delle ipotesi giustificanti di cui si tratta e la fisionomia del bilanciamento degli interessi ad esse sotteso, rispecchia pienamente tanto il meccanismo di funzionamento del privilegio che la sua *ratio* garantistica: la raccolta delle prove "a carico" costituisce un compito esclusivo dell'accusa, e le eventuali lacune probatorie non possono essere colmate forzando l'imputato ad *edere contra se*; "l'astensione" o il mendacio auto-difensivo, in modo simmetrico e contrario, costituiscono la lecita – e perciò giammai antigiuridica – estrinsecazione della garanzia costituzionale del diritto di difesa.

Dall'analisi delle ipotesi giustificanti sottese all'art. 384 c.p. emergono, in definitiva, alcuni indici estremamente precisi circa il funzionamento del *se detegere* come causa di liceità, ed essi consentono di individuare, in termini più generali, i limiti entro i quali esso può interagire con il livello dell'antigiuridicità del reato.

La già descritta valenza sistematica "forte" del principio, che ne consente una netta rivalutazione sul piano oggettivo, affiora, nella

---

[176] Ciò anche qualora si condivida la tesi, espressa da una parte della dottrina processualistica, secondo cui la "parità" in discorso si atteggerebbe in modo necessariamente diverso nel processo civile e nel processo penale, giacché nel secondo occorrerebbe tenere conto della diversa posizione istituzionale in cui si trovano il p.m. e l'imputato. Si vedano a questo proposito, le osservazioni di G. Spangher, *Il "giusto processo" penale*, in *Studium iuris*, 2000, p. 255 ss.; M. Chiavario, voce *Giusto processo (processo penale)*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, Roma, 2001, p. 13.

[177] La lesione cagionata dalle fattispecie di cui si tratta risulta confinata, in altri termini, al solo bene giuridico dell'amministrazione della giustizia, per i cui lineamenti generali si veda F. Tagliarini, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, in Aa.Vv., *Diritto penale, parte speciale*, 5ª ed., Bologna, 2009, p. 195.

struttura dell'art. 384 c.p., come interesse bilanciabile, ma al contempo risulta scandita da una stretta relazione binaria accusa/difesa.

Il nesso esistente sul piano assiologico-costituzionale fra i due poli del contraddittorio ("parità delle parti") si presenta come logicamente inscindibile: l'operazione di bilanciamento di cui si discute risulta perciò metodologicamente corretta ed affidabile solamente quando il principio sia posto in relazione con il suo simmetrico contrario, ovvero con la pretesa punitiva dello stato; secondo le indicazioni del diritto positivo, è unicamente entro tale relazione che si registra la prevalenza del diritto di difesa; la cui struttura non consente, invece, di ipotizzarne una generalizzata prevalenza rispetto ad altri beni o valori dell'ordinamento allorquando esso eventualmente venga in considerazione, al di fuori del processo, in una chiave scriminante, quale esercizio di un diritto nel contesto dell'art. 51 c.p.

Al contrario: la giurisprudenza soprannazionale che si è esaminata, ma anche le (numericamente esigue) pronunce della Corte costituzionale già richiamate, sebbene indichino in modo assai chiaro l'esistenza di una dimensione obiettiva del privilegio, al contempo sembrano rimarcarne la non bilanciabilità con interessi alieni alla relazione accusa/difesa, ovvero esterni alla sua matrice processuale[178].

Ciò consente di anticipare alcune osservazioni che si svolgeranno nel capitolo terzo: il *se detegere*, proprio in considerazione della sua origine processuale, ha una fisionomia assai netta, che non muta allorquando esso interferisce con il diritto penale sostanziale; l'operatività in senso scriminante del principio nella sfera pre-processuale è certamente possibile, ma risulta perciò limitata alle sole ipotesi in cui si sia in presenza proprio (e solamente) dei beni omogenei che ne formano la struttura, ossia della contrapposizione fra

[178] Invero, nella giurisprudenza della Corte costituzionale, si rinviene non di rado l'affermazione per cui al diritto di difesa spettante all'imputato «come ad altre situazioni costituzionalmente garantite, non può attribuirsi un valore assoluto, tale da non consentire adattamenti o anche restrizioni da parte del legislatore ordinario, qualora si appalesino giustificate da altre norme o da principi fondamentali desunti dal sistema costituzionale» (cfr. Corte cost., 19 febbraio 1965, n. 5, in *Giur. cost.*, 1965, p. 43; in senso analogo, Corte cost., 22 marzo 1971, n. 55, in *Giur. cost.*, 1971, p. 577; sul punto vedi altresì M. Scaparone, *Commento all'art. 24, secondo comma, Cost.*, cit., pp. 84-85). Su questo punto, si veda *infra*, capitolo terzo, sezione prima, § 4 e § 4.1.

diritto di difesa e pretesa punitiva dello stato; laddove, per contro, l'esercizio del primo nella sfera extra-processuale dovesse risolversi nel sacrificio di valori ad esso non omogenei, in quanto esterni a tale relazione, si deve concludere per la sua soccombenza. Siffatto risultato, peraltro, si fonda (come si dirà più oltre) anche sul rilievo per cui, allorquando un conflitto fra *se detegere* e beni eterogenei viene in essere, è normalmente ravvisabile, in capo al soggetto agente, un'assunzione di responsabilità, o meglio una posizione di garanzia, in virtù della quale egli si è impegnato a tutelare questi ultimi; ed il garante ben sa, nel momento in cui assume un tale obbligo di tutela, che esso è potenzialmente configgente con la propria libertà dalle autoincriminazioni, della quale perciò implicitamente accetta il possibile sacrificio.

8.1. Le ipotesi esimenti previste dall'art. 384 c.p.

Una volta individuati i tratti essenziali delle cause di liceità contemplate dall'art. 384 c.p. non resta che analizzare le ragioni per le quali alcune delle fattispecie richiamate dalla norma si discostano dallo schema appena evidenziato.

Si tratta di quattro ipotesi delittuose: il rifiuto di uffici legalmente dovuti di cui all'art. 366 c.p.; l'autocalunnia di cui all'art. 369 c.p.; la frode processuale di cui all'art. 374 c.p.; infine, il favoreggiamento personale di cui all'art. 378 c.p.

Ciascuna delle predette norme incriminatrici merita di essere analizzata partitamente. Per quanto attiene all'art. 366 c.p., lo scostamento dalla dimensione giustificativa segnata dal *se detegere* è – a ben guardare – alquanto modesto ed attiene solamente al comma 1 dell'articolo, laddove si fa riferimento all'impiego di "mezzi fraudolenti" per ottenere l'esenzione dall'obbligo di comparire o prestare gli uffici di perito, interprete, ovvero di custode che la disposizione richiama[179]. Tale concetto pare cristallizzare condotte di natura at-

[179] Per un inquadramento generale della fattispecie si vedano soprattutto G. De Vero, *Rifiuto di uffici legalmente dovuti*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 832 ss.; G. Piffer, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia. I delitti contro l'attività giudiziaria*, in G. Marinucci, E. Dolcini (a cura di), *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, Vol. IV, Padova, 2005, p. 115 ss.; L. Cerqua, *Commento all'art. 366*

tiva la cui concreta individuazione non è agevole (assai pochi sono i precedenti giurisprudenziali sul punto); esse appaiono però certamente più insidiose ed articolate del mero mendacio[180]. In dottrina, si richiamano ad esempio i falsi pretesti, gli artifici, le simulazioni ecc., come nel caso della presentazione di un certificato medico falso[181]; la sufficienza delle menzogne ad integrare l'ipotesi delittuosa in discorso è, per contro, controversa ed è stata esclusa dalla giurisprudenza della suprema Corte[182]. Non sembra, quindi, che la fattispecie all'esame possa essere ricondotta al versante giustificante del *nemo tenetur se detegere*, in quanto essa, sia pure in un contesto interpretativo che lascia spazio a diverse opinioni, a rigore travalica il diritto al mendacio ad esso inerente.

---

c.p, in A. Cadoppi, S. Canestrari, P. Veneziani (a cura di), *Codice penale commentato*, Piacenza, 2011, p. 1263 ss.

[180] Appaiono condivisibili, a questo proposito, le considerazioni di quella parte della dottrina che non ritiene sufficiente ad integrare la fattispecie in discorso la mera menzogna del soggetto attivo: «l'artificio consiste in un'alterazione del mondo esterno architettata in modo da far apparire la realtà differente da quello che è. Il raggiro consiste nell'impiego del linguaggio o di altre forme simboliche allo scopo di determinare convincimenti erronei in altre persone (però non nella mera affermazione del falso, non accompagnata da mezzi atti a convincere)». Cfr. A. Pagliaro, *Principi di diritto penale, Parte speciale*, II, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Milano, 2000, p. 52; per un'analoga prospettiva si vedano, inoltre, G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale, parte speciale*, cit., p. 358; A. Santoro, *Rifiuto di uffici legalmente dovuti*, in *Noviss. dig. it*., XV, Torino, 1968, p. 1068. In senso contrario, si esprimono M.C. Germani, *Rifiuto di uffici legalmente dovuti*, in F. Coppi (a cura di), *I delitti contro l'amministrazione delle giustizia*, Torino, 1996, pp. 101-102, ad avviso del quale i mezzi fraudolenti sarebbero integrati da "qualunque artificio diretto ed idoneo ad ingannare l'Autorità giudiziaria sulle condizioni di chi è obbligato ad assumere la funzione"; nonché G. Piffer, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia. I delitti contro l'attività giudiziaria*, cit., p. 120 e G. De vero, *Rifiuto di uffici legalmente dovuti*, cit., p. 836. Per una puntuale analisi della problematica in discorso e per l'individuazione dell'ulteriore bibliografia, si veda, recentemente F. Macrì, *Il rifiuto di uffici legalmente dovuti*, cit., pp. 53-54.

[181] Sul punto si vedano gli Autori citati alle note precedenti, nonché, per l'esempio riportato nel testo, R. Bricchetti, *Rifiuto di uffici legalmente dovuti*, in T. Padovani (a cura di), *Codice penale*, 3ª ed., Milano, 2005, p. 1766.

[182] Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 2 gennaio 1959, in *Giust. pen.*, 1959, II, p. 1150. Per l'individuazione delle diverse opinioni della dottrina si vedano le note precedenti.

Qualche annotazione più approfondita occorre effettuare in rapporto al delitto di autocalunnia[183]. Invero, di primo acchito parrebbe che il reato in questione sia stato richiamato nel contesto dell'art. 384 c.p. in modo funzionale alla sola ipotesi di aiuto verso i prossimi congiunti a cui la norma (pure) si ispira; poiché la fattispecie è imperniata su di una condotta (per quanto mendace) di auto-accusa, parrebbe logico, inoltre, escludere che essa possa costituire un'espressione della libertà dalle autoincriminazioni. Una più attenta analisi del problema conduce però ad evidenziare come, oltre che in rapporto alla protezione dei prossimi congiunti, l'autocalunnia possa in concreto operare anche quale strumento di difesa: si prenda ad esempio il caso in cui taluno sia accusato di aver posto in essere un fatto di ricettazione (reato punito con la reclusione da due a otto anni) e, al fine di contrastare una tale imputazione, asserisca falsamente di essere lui stesso l'autore del reato-base, nella specie "strategicamente" individuato in un furto non procedibile per difetto di querela. Stante la clausola di riserva posta in apertura della fattispecie di cui all'art. 648 c.p. ("fuori dai casi di concorso nel reato") il risultato finale di una tale autocalunnia difensiva potrebbe essere il conseguimento dell'impunità[184].

Non v'è dubbio, peraltro, che, essendo la fattispecie in discorso realizzabile anche per il tramite di un mero mendacio[185], essa astrattamente potrebbe rientrare nell'ambito scriminante del diritto di difesa.

---

[183] Per un quadro d'assieme della dottrina e della giurisprudenza inerenti alla fattispecie di autocalunnia, si vedano, fra gli altri, R. Pannain, voce *Calunnia ed autocalunnia*, in *Noviss. dig. it.*, II, Torino, 1974, p. 685 ss.; P. Curatola, voce *Calunnia (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, Vol. V, Milano, 1958, p. 827; recentemente, G. Mazzotta, *I delitti concernenti le false notizie di reato*, in A. Cadoppi *et al.* (a cura di), *Trattato di diritto penale*, cit., p. 129 ss.

[184] Sulla clausola di riserva in discorso si veda, per tutti, la ricostruzione, anche in chiave di retrospettiva storica, di V. Manes, *Delitti contro il patrimonio mediante frode*, in Aa.Vv., *Diritto penale*, cit., p. 701 ss. e spec. p. 705.

[185] In merito alla condotta del reato in discorso, anche in relazione alla sua possibile configurabilità in forma implicita, si vedano, oltre agli Autori già citati *supra*, G. Mazzotta, *I delitti concernenti le false notizie di reato*, cit., p. 135; nonché E. Antonini Andreozzi, *Autocalunnia implicita e falsa testimonianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, p. 1078; C. Santoriello, *Calunnia, autocalunnia e simulazione di reato*, Milano, 2004, p. 198.

Ciò che, tuttavia, risulta ostativo ad una tale ricostruzione, è l'assenza, in un'ipotesi come quella appena considerata, della necessaria simmetria fra la condotta difensiva e l'oggetto dell'accusa; manca, cioè, il tratto saliente, strutturale del *se detegere* "giustificante", ovvero la specularità fra gli interessi sottesi all'operazione di bilanciamento compiuta dal legislatore.

Invero, nell'esempio considerato, l'autore della condotta finisce per ostacolare l'intervento punitivo dello stato in relazione al perseguimento di un diverso reato (laddove questo sia realmente esistente), ovvero per attivare inutilmente la "macchina" giudiziaria (laddove egli si auto-incolpi di un fatto inesistente)[186]; il diritto di difesa viene perciò impropriamente utilizzato, ed è dunque travalicato, in quanto le dichiarazioni menzognere finiscono per attingere, con un effetto di sviamento della giustizia, un fatto criminoso che il dichiarante non ha commesso e del quale neppure è accusato. Nel caso in esame, la lesione (*rectius*, la messa in pericolo[187]) del bene giuridi-

---

[186] La disposizione in commento, invero, sembra poter concorrere con quella, che presenta con essa considerevoli punti di contatto, di simulazione di reato. Ritiene configurabile, fra gli altri, il concorso fra i due reati V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, 5ª ed., Torino, 1981, p. 866; in giurisprudenza, nel senso della ravvisabilità della sola autocalunnia nell'ipotesi in cui il soggetto si incolpi falsamente di un reato mai avvenuto, si veda Cass., Sez. V, 26 settembre 1983, in *Cass. pen.*, 1985, p. 67: «commette autocalunnia sia chi incolpa se stesso di un reato che egli sa non avvenuto, sia chi incolpa se stesso di un reato che sia stato effettivamente commesso ma da altri. In tale seconda ipotesi l'azione postula che chi si autocalunnia sia incolpevole, cioè non abbia commesso o non sia concorso a commettere il reato».

[187] Nella giurisprudenza di merito, qualifica espressamente l'autocalunnia quale reato di pericolo Trib. Perugia, 29 novembre 2001, in *Rass. giur. umbra*, 2001, p. 352, con nota di C. Lazzari: "il delitto di autocalunnia, in quanto reato di pericolo, presuppone che la condotta criminosa renda in concreto possibile l'inizio di un procedimento penale e perciò non metta in moto la macchina della giustizia una direzione falsata". La dottrina, sebbene appaia concorde sulla qualificazione della fattispecie in esame come reato di pericolo (cfr., per tutti, L. Cerqua, *Commento all'art. 369 c.p.*, in *Codice penale commentato*, cit., p. 1277), risulta in disaccordo circa i suoi contenuti di offensività: "le ragioni per le quali il legislatore ha voluto punire chi accusa sé stesso di un reato non commesso si devono individuare pure nell'intenzione di porre un ulteriore argine di protezione contro l'insorgere di situazioni che possano esporre l'innocente ad una condanna ingiusta" (cfr. G. Mazzotta, *I delitti concernenti le false notizie di reato*, cit., p. 131; di diverso avviso è, fra gli altri, F. Tagliarini, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 212, secondo il quale «… l'autoaccusarsi importa […] esclusivamente la lesione del

co dell'amministrazione della giustizia risulta, pertanto, *qualitativamente* diversa da quella richiesta perché si realizzi lo schema di giustificazione sotteso al principio che si è più sopra tracciato.

Per quanto attiene alla frode processuale, che talvolta è stata richiamata in dottrina quale esempio della valenza pre-procedimentale del *se detegere*[188], appare sufficiente procedere ad una sommaria lettura della fattispecie per avvedersi di come essa sia, in realtà, incentrata su condotte del tutto esorbitanti rispetto al contenuto oggettivo del privilegio. L'artificiosa "immutazione" dello stato dei luoghi, attuata al fine di trarre in inganno il giudice, a cui la norma in discorso si riferisce, si colloca nettamente al di fuori della sua intelaiatura liceizzante; peraltro, vengono qui in considerazione condotte attive consistenti in *un facere*, non già in un *dicere*[189].

La fattispecie di favoreggiamento personale pone, invece, problemi in parte diversi. Va rilevato, in primo luogo, come anch'essa trovi applicazione solamente al di «fuori [dei] casi di concorso nel reato»[190]. Da ciò si desume l'irrilevanza penale dei casi di auto-favo-

---

bene di categoria, ossia la corretta amministrazione della giustizia, senza che risultino compromessi profili individuali ulteriori»).

[188] In questo senso, in particolare, v. M. Zanotti, *«Nemo tenetur se detegere*: *profili sostanziali»*, cit., p. 188: «la fattispecie di frode processuale […] include l'immutazione dello stato dei luoghi, delle persone o delle cose commessa *anteriormente* ad un procedimento penale, ove il senso della condotta criminosa si coglie nello scopo di evitarne l'eventuale instaurazione» (corsivo dell'Autore).

[189] In relazione alla condotta sanzionata dall'art. 374 c.p., fra gli altri si vedano, con particolare riferimento alla "immutazione dello stato dei luoghi", con ampi richiami alla casistica giurisprudenziale, V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, Vol. V, cit., p. 969; P. Pisa, voce *Frode processuale*, in *Dig. pen*., Torino, 1991, p. 331; R. Pannain, voce *Frode processuale*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1965, p. 662; D. Notaro, *I delitti di falsa perizia, interpretazione, dichiarazione e attestazione destinata all'autorità giudiziaria*, cit., p. 306; L. Conti, voce *Frode processuale*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 163.

[190] La fattispecie è definita da «un presupposto positivo ed uno negativo: la previa commissione di un reato, rispetto al quale si realizza la condotta ausiliatrice, e la mancanza di compartecipazione nel medesimo» (cfr. F. Tagliarini, I *delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., pp. 213-214). Un'analoga strutturazione del delitto era prevista all'art. 225 del codice Zanardelli, laddove era punito il fatto di «chiunque, dopo che fu commesso un delitto per il quale è prevista una pena non inferiore alla detenzione, senza concerto anteriore al delitto stesso, e senza contribuire a portarlo a conseguenze ulteriori, aiuta taluno ad assicurarne il profitto, a eludere le investigazioni dell'autorità…», cfr., in proposito, L. Zilletti, *I delitti di favoreggiamento*, in *Trattato di diritto penale*, A. Cadoppi *et al.* (a cura di), *Trattato*

reggiamento, soluzione normativa che vale ad evidenziare in modo chiarissimo come il *se detegere* interagisca qui con il livello della tipicità del reato, non con quelli dell'antigiuridicità e della colpevolezza[191].

Alla luce del contenuto letterale della norma, infatti, deve ritenersi penalmente irrilevante, in primo luogo, "l'aiuto" ad eludere le investigazioni prestato (per così dire) a sé stessi, e, cosa non meno importante, alla stessa conclusione deve pervenirsi in relazione alle condotte ausliatrici poste in essere dall'autore a vantaggio dei correi[192].

---

di diritto penale, cit., p. 461. «Il panorama appare quindi già sufficientemente delineato, per cui il codice penale del 1930 si limita ad effettuare meri aggiustamenti sistematici: vengono suddivise più nettamente le due figure di favoreggiamento (art. 378 e 379)…», cfr. P. Pisa, voce *Favoreggiamento personale e reale*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. V, 1991, p. 161. In merito all'evoluzione storica della fattispecie ed al suo progressivo distacco dal concorso di persone nel reato v. A. Pagliaro, voce *Favoreggiamento (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XVII, 1968, p. 38: «I postglossatori italiani distinsero l'auxilium, come specie della compartecipazione, in tre forme, secondo che fosse prestato ante delictum, in delicto, ovvero post delictum; e la distinzione fu accolta anche nel diritto comune. Il legislatore moderno si avvide, tuttavia, che la nozione di concorso nel reato in quanto indica la realizzazione unitaria della volontà tipica di più soggetti, non può comprendere l'ausilio prestato dopo il delitto, proprio perché non è dato concorrere alla realizzazione di qualcosa che già è stato realizzato». Per alcune considerazioni critiche sulla fattispecie di favoreggiamento personale attualmente vigente, la cui "emancipazione" dalla tematica concorsuale è rimasto "sostanzialmente a metà" si veda M. Zanotti, *Sul problematico rapporto tra favoreggiamento personale e diritto di difesa*, in *Critica dir.*, 2005, p. 276 ss.

[191] In merito alla riconducibilità del favoreggiamento personale al *nemo tenetur se detegere* vi è sostanziale concordia in dottrina. In proposito, si vedano, fra gli altri, L. Zilletti, *I delitti di favoreggiamento*, cit., p. 466; V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 977; T. Padovani, voce *Favoreggiamento*, in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989, p. 2.

[192] «Non rispondono di favoreggiamento i partecipati al reato principale che in fondo favoriscono se stessi aiutando il correo, senza dire che l'opera loro è continuazione dell'attività precedente», cfr., fra gli altri, A. Pagliaro, voce *Favoreggiamento (dir. pen.)*, cit., p. 40, che cita testualmente G. Maggiore, *Diritto penale*, II, Bologna, 1950, p. 294. «Dal generale principio del nostro ordinamento processuale penale, secondo cui 'nemo tenetur contra se', discende che deve escludersi il delitto di favoreggiamento, dovendosi configurare la scriminante di cui all'art. 384 c.p., quando l'agente aiuta taluno ad eludere le investigazioni dell'autorità in ordine ad un reato, da questi o da altri posto in essere, per non essere costretto, ove palesasse gli elementi del fatto a lui noti, ad accusarsi inevitabilmente di reati da lui commessi nelle stesse circostanze di tempo e di luogo, ed oggettivamente connessi al reato presupposto» (cfr. Cass., Sez. III, 12 dicembre 1978, in *Cass. pen.*, 1980,

Il favoreggiamento personale, perciò, non rientra nella cornice scriminante del *se detegere*, ma semmai ne rappresenta un'importante espressione prodromica: ad ogni autore di un reato compete, stante la clausola di riserva posta in apertura della norma, una sfera di liceità nella quale gli è consentito porre in essere condotte finalizzate ad eludere le "investigazioni dell'autorità"; il delitto di cui all'art. 378 c.p., per questa ragione, significativamente delimita una sfera – peraltro piuttosto ampia – di operatività pre-penale del principio.

Ciò non toglie, ovviamente, che, dato il carattere polivalente dell'art. 384 c.p. e la difficile *reductio ad unum* dei fenomeni di non punibilità che esso disciplina, la disposizione di cui all'art. 378 c.p. possa venire in considerazione anche in chiave esimente: basti pensare al caso in cui la condotta di "aiuto" attorno alla quale la fattispecie ruota venga posta in essere dall'autore del reato a vantaggio dei suoi "prossimi congiunti"; viene però qui in considerazione un'ipotesi che, come si è visto, rimane del tutto al di fuori dell'ambito operativo della libertà dalle autoincriminazioni[193].

La fattispecie all'esame ha dato luogo, peraltro, a controversie applicative non secondarie, delle quali più oltre si darà conto, e si interseca in modo alquanto problematico con alcune disposizioni processuali. Innanzitutto, in giurisprudenza, si è posto il problema di stabilire se il meccanismo di non punibilità dell'art. 384 c.p. possa valere rispetto al caso in cui il reato venga posto in essere non già per favorire un correo, ma l'imputato di un altro reato (vi rientra l'ipotesi, nota alla prassi, del favoreggiamento "reciproco")[194];

---

p. 698). Sul punto si veda altresì G. Piffer, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia. I delitti contro l'attività giudiziaria*, cit., p. 872, il quale richiama la giurisprudenza sul così detto "auto-favoreggiamento mediato"; alla stregua della stessa, il favoreggiamento non è punibile se «il favoreggiamento di altri costituisce il mezzo esclusivo, nonché l'effetto automatico e riflesso dell'autofavoreggiamento» (cfr. Cass., Sez. I, 3 luglio 1980, in *Cass. pen.*, 1982, p. 473). Sul concetto di "aiuto" di cui all'art. 378 c.p., con particolare riferimento alla sua idoneità vedi anche D. Pulitanò, *Il favoreggiamento personale fra diritto e processo penale*, Milano, 1984, p. 92 ss.

[193] Cfr. quanto già si è detto *supra*, nella parte seconda, capitolo primo, § 4, § 4.1., § 4.2.

[194] Per un inquadramento di tale figura si veda G. Piffer, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia. I delitti contro l'attività giudiziaria*, cit., p. 873. Per

in secondo luogo, va rilevato come la novella del "giusto processo" abbia significativamente limitato la possibilità – in linea di principio penalmente irrilevante rispetto all'art. 378 c.p. – di realizzare condotte favoreggiatrici di natura dichiarativa nei confronti degli stessi correi. Vale, a questo proposito, la regola dettata dall'art. 64, co. 3, lett. c) c.p.p., alla stregua della quale il dichiarante assume la qualità di testimone laddove le sue propalazioni attengano «a fatti che concernono la responsabilità di altri»; ed essa pare applicabile indipendentemente dal fatto che le propalazioni in parola valgano ad accusare, piuttosto che a scagionare, un correo[195].

8.2. In particolare: le condotte di "salvamento dell'onore"

La causa di non punibilità di cui all'art. 384 c.p. ha, dunque, una struttura composita, nella quale sono individuabili una pluralità di casi; la norma si presenta come un coacervo di situazioni giustificanti ed esimenti, le prime riconducibili al *se detegere*, le seconde al valore scusante dato dalla "forza dei sentimenti familiari". Ulteriori ipotesi esimenti, delle quali si dirà fra poco, sono collegabili a situazioni esterne ai contenuti costituzionali del *se detegere*, eppure ad esso concettualmente ricollegabili; sono ascrivibili alla categoria delle cause di esclusione della colpevolezza, inoltre, anche i casi in cui il soggetto agisca solamente per tutelare il proprio onore, senza che sussista alcuna esigenza di autodifesa[196].

---

una panoramica giurisprudenziale, oltre alle considerazioni svolte *infra*, si veda altresì V. D'Ambrosio, in *Codice penale*, a cura di T. Padovani, cit., p. 1843.

[195] Nella dottrina processualistica, sul punto si vedano V. Santoro, *Commento all'art. 64 c.p.p.*, in A. Giarda, G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milano, 2010, Vol. I, p. 845 («la norma si intende riferita a tutti i contributi conoscitivi che possano assumere rilevanza anche solo indiretta, in positivo o in negativo, a dimostrare la responsabilità di altre persone. In tale ottica, anche l'esistenza di un fatto che scagiona un altro soggetto è un fatto che concerne la responsabilità altrui ex art. 64, co.3, lett. c.»); nonché, analogamente, P. Tonini, *Il diritto al silenzio tra giusto processo e disciplina di attuazione*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 842; V. Patané, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, cit., p. 205.

[196] «Il concetto di onore è assunto in senso lato, comprensivo di tutti i beni giuridici che sono tutelati mediante l'incriminazione dell'ingiuria e della diffamazione, e si estende altresì al così detto onore sessuale» (V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 752).

Questo punto pare meritevole di qualche annotazione. Vi sono casi in cui la realizzazione dei reati previsti dall'art. 384 c.p. neppure astrattamente potrebbe rientrare nell'ambito del principio. Questo, invero, è inerente al diritto di difesa ed attiene perciò al solo fenomeno dell'autoincriminazione; la causa di non punibilità in parola, per contro, trova applicazione anche in situazioni nelle quali l'autore dei reati ivi contemplati agisce non già nell'esercizio del diritto all'autodifesa, bensì al solo fine di evitare un nocumento alla propria reputazione. Un esempio potrebbe essere quello del testimone che neghi falsamente di essere aduso a pratiche sessuali le quali, pur non essendo illecite, laddove divenissero pubblicamente note potrebbero pregiudicare irrimediabilmente la sua immagine e la sua considerazione sociale[197]. In una tale ipotesi, è ravvisabile un fondamento scusante del meccanismo di non punibilità motivato da considerazioni del tutto aliene alla sfera del diritto di difesa ed al suo sostrato oggettivo.

Vi sono, tuttavia, anche situazioni nelle quali la potenziale lesione dell'onore si riconnette alla rivelazione di un precedente reato, mentre la libertà fisica dell'interessato non è esposta ad alcun pericolo. Si ponga il caso dell'agente di polizia penitenziaria che, per negligenza, abbia omesso di avvisare i propri diretti superiori della temporanea fuga di un detenuto; laddove egli venisse sentito in qualità di testimone in merito alle circostanze dell'evasione, si troverebbe costretto a rivelare la propria precedente condotta, segnatamente

[197] Ad esempio, si veda il caso delle false dichiarazioni rese da un soggetto al fine di non rendere nota la propria dedizione alla prostituzione. Il caso è preso in esame da Cass. pen., Sez. IV, 21 marzo 2003, in *Riv. pen.*, 2004, p. 672 e riportato in G. Piffer, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia. I delitti contro l'attività giudiziaria*, cit., p. 880, al quale si rinvia per l'individuazione delle numerose ipotesi in cui la giurisprudenza ha riconosciuto l'operatività dell'art. 384 c.p. in relazione a comportamenti censurabili solo moralmente, non anche giuridicamente. In giurisprudenza, con riferimento al caso in cui la condotta auto-difensiva sia stata mantenuta al fine di non rendere noto un precedente *opus illicutum* di natura non penale, si veda Cass. pen., Sez. IV, 7 febbraio 2005, n. 19384, in *CED Cass.*, 2005: «in tema di favoreggiamento personale, l'esimente di cui all'art. 384 c.p. è configurabile a favore della persona che ha negato l'acquisto ed il consumo di sostanze stupefacenti, in considerazione del rischio di un grave ed inevitabile nocumento nell'onore derivante dalla prospettiva dell'applicazione nei suoi confronti delle sanzioni amministrative previste dall'art. 75 D.p.r. 309/1990».

integrante la contravvenzione, punita con la sola ammenda, di cui all'art. 716 c.p. Invero, in ipotesi di questo tipo, l'eventuale negazione del fatto oggetto di discredito e la conseguente commissione del reato di falsa testimonianza debbono ritenersi scriminati indipendentemente dalla sussistenza di una potenziale lesione della libertà fisica del dichiarante: non solo risultano qui perfettamente validi ed integrati i presupposti giustificanti del principio, giacché l'interessato agisce pur sempre nell'esercizio del proprio diritto all'autodifesa attiva, ma altresì emergono con forza i legami – normalmente in ombra – sussistenti fra il *se detegere* ed il diritto alla *privacy*[198]. L'agente di polizia penitenziaria dell'esempio si troverebbe costretto a realizzare una auto-lesione della propria reputazione professionale, alla quale potrebbero conseguire ulteriori effetti pregiudizievoli, ad esempio sul piano disciplinare. L'esercizio del diritto di difesa, dunque, appare qui pacifico ed incontestabile; esso trova un elemento rafforzativo non già nella tutela della libertà del dichiarante, come accade nella normalità delle ipotesi, bensì nella protezione della sua sfera di "privatezza" e, per tramite essa, della sua onorabilità, ossia in valori entrambi rientranti, come si è visto, nell'intelaiatura costituzionale del *nemo tenetur*[199].

8.3. Ulteriori annotazioni sul giudizio di bilanciamento. Gli indici desumibili dall'art. 384 c.p. ed atti a circoscrivere l'area di liceità speculare al se detegere

Il complesso delle disposizioni costituzionali e soprannazionali, unitamente agli indirizzi evincibili dalla giurisprudenza che si è più

[198] Rileva condivisibilmente D. Zotta, *Casi di non punibilità*, cit., p. 543, come il nocumento alla libertà al quale si riferisce l'art. 384 c.p. debba essere inteso come comprensivo tanto della libertà "fisica" che di quella "morale" del dichiarante, la quale costituisce lo stesso presupposto logico del diritto di difesa.

[199] Appaiono, per contro, estranee al perimetro del diritto di difesa, ed anche alla tutela dell'onore, le ipotesi in cui la giurisprudenza, evidentemente operando un'interpretazione analogica della disposizione, ha ricondotto alla disciplina esimente dell'art. 384 c.p. le condotte poste in essere dall'autore al fine di tutelare la propria incolumità fisica (cfr. Cass. pen., Sez. VI, 8 marzo 2011, n. 26061, in *CED Cass. pen.*, 2011, rv. 250748), ovvero di conservare il proprio posto di lavoro (cfr. Cass. pen., Sez. VI, 16 giugno 2011, n. 37398, in *Guida dir.*, 2011, p. 102).

sopra esaminata, sarebbero da sole sufficienti a ritagliare un'operatività giustificante del *se detegere* virtualmente indipendente dalla disposizione di cui all'art. 384 c.p. Si tratta, peraltro, di un complesso di garanzie e diritti fra loro strettamente interconnessi, tutti caratterizzati da una duplice e possibile chiave di lettura oggettivo-soggettiva, ossia emergenti contemporaneamente quali prerogative individuali e valori sistematici della giurisdizione.

Invero, l'eventuale imposizione all'accusato di obblighi di *edere contra se* limiterebbero ingiustificatamente – secondo lo schema piramidale di cui già si è detto, alla stregua del quale il *se detegere* riveste un ruolo fondante nel sistema processuale[200] – la sua libertà personale ed il suo onore; così pregiudicandone l'autodeterminazione, di riflesso il diritto di difesa e, per ciò stesso, il suo diritto al contraddittorio, ossia un valore ontologico del processo penale, incidente sul suo assetto costituzionale.

Sebbene la disposizione dell'art. 384 c.p. non assuma un ruolo fondante per la ricostruzione dei contenuti e dei limiti del *se detegere* nel nostro ordinamento, essa, tuttavia, rappresenta un utile modello di riferimento per delineare il *modus operandi* della causa di giustificazione all'esame nel diritto positivo. Essa, infatti, contiene elementi di tipizzazione di indubbio rilievo, come i requisiti della costrizione, della necessità e della "gravità" della lesione ai beni finali che vi sono richiamati.

Di chiara utilità è, peraltro, come si è in parte accennato, la ricognizione dei meccanismi di bilanciamento sottesi al versante giustificante della disposizione.

Questo aspetto del problema può essere messo in luce raffrontando la fattispecie di cui all'art. 384 c.p. con la nozione costituzionale di contraddittorio, che costituisce, per così dire, il cuore del congegno di giustificazione sotteso al *se detegere*.

Siffatta nozione si incentra sulla relazione fra accusa e difesa, ossia fra posizioni dal valore costituzionale omogeneo, in quanto entrambi confluenti nel concetto di "parità delle armi" e funzionali, il

[200] Cfr. quanto si è esposto *supra*, al § 3.

primo, all'interesse dello stato al perseguimento dei reati e, la seconda, alla confutazione della tesi avversaria[201].

Alla base dell'esercizio scriminante del diritto di difesa deve perciò potersi individuare, innanzitutto, una situazione in cui l'autore (ovvero colui che sia solamente supposto tale) di un precedente fatto-reato si trovi costretto a rivelarne la commissione, ovvero ad attirare su di sé i sospetti dell'autorità.

Il primo dato davvero caratterizzante, che vale a distinguere, nella sua conformazione, il privilegio dalle altre cause di non punibilità, è rappresentato, dunque, dal presupposto, al contempo giuridico e naturalistico, della commissione di un "fatto pregresso".

Invero, la natura e le modalità di commissione di quest'ultimo rivestono un ruolo essenziale per l'individuazione della struttura e dei limiti della causa di non punibilità di cui si discute. L'area di esenzione da pena che il principio ritaglia a vantaggio dell'autore va, infatti, rintracciata necessariamente nell'esistenza di un nesso difensivo fra il fatto precedente e quello successivo (ovvero quelli successivi).

Tale concetto implica necessariamente una valutazione della capacità, ricostruibile in base ai concetti positivi di "necessità e costrizione" di cui all'art. 384 c.p. (entrambi da leggersi qui in chiave rigorosamente oggettiva[202]), dell'illecito penale ulteriore a concretiz-

---

[201] «Accusa e difesa sono due forze eguali e contrarie, da porre ritualmente l'una davanti all'altra, come termini di uno stesso paradigma, nella sostanza quello del si/no, giacché si tratta rispettivamente di affermare e di negare l'ipotesi sulla quale il giudice dovrà sentenziare. E poiché è l'accusa formulare il tema che ha l'onere di provare e su cui la difesa ha diritto di contraddire, bisogna che i poteri della seconda siano simmetricamente costruiti su quelli della prima; non nel senso della identità, perché l'eguaglianza delle parti non distrugge la diversa posizione iniziale (l'accusa attacca e la difesa resiste), ma nel senso della reciprocità, ossia della idoneità degli uni a controbilanciare gli altri in funzione delle opposte prospettive, così da assicurare l'equilibrio nelle varie tappe del processo…». Cfr. P. Ferrua, voce *Difesa (diritto di)*, cit., p. 467.

[202] Ad esempio, pare interpretare in senso oggettivo il requisito della "costrizione" Cass., Sez. IV, 3 ottobre 2002, n. 35554, in *Cass. pen*., 2004, p. 3632: «non è punibile, per il principio 'nemo tenetur se detegere' di cui all'art. 384 cpv c.p., la persona che sia stata costretta a rendere falsa testimonianza nel procedimento promosso su querela, così sostenendo l'accusa al fine di evitare l'incriminazione per calunnia».

zare il diritto di difesa del soggetto esposto ad un pericolo di autoincriminazione.

Il *plafond* sul quale il *nemo tenetur* opera è, in altre parole, delimitato dall'esistenza di uno scenario probatorio incidente sulla punibilità del fatto anteriore. Entro questo perimetro, deve potersi ravvisare un'esigenza effettiva di ricorso al diritto di difesa[203]. Tale situazione probatoria può configurarsi, se relazionata alla sua attitudine incriminante, o in termini di certezza (il caso paradigmatico potrebbe essere il referto che incrimina lo stesso medico che lo redige), ovvero in termini di probabilità[204]. Il delitto successivo, peral-

[203] La necessaria funzionalità difensiva del reato commesso non è sfuggita alla giurisprudenza che si è occupata del tema e che, non di rado, ha correttamente interpretato il *se detegere* in chiave giustificante: «le dichiarazioni rese dal soggetto che, in qualità di persona informata sui fatti, si trovi di fronte all'alternativa di autoaccusarsi di un reato, eludendo in tal modo la possibilità di essere accusato di calunnia, ovvero di negare l'addebito, esponendosi all'accusa di calunnia, non possono che ritenersi caratterizzate dal legittimo esercizio del diritto, costituzionalmente garantito, di difesa e per l'effetto l'azione del medesimo è scriminata dall'art. 51 c.p. (cfr. Uff. indagini preliminari di Milano, 14 maggio 2007, in *Foro ambr.*, 2007, p. 145); ad avviso di Cass., Sez. IV, 25 ottobre 1989, in *Cass. pen.*, 1991, I, p. 2000, è, per contro, punibile «colui che compie un atto superfluo e non producente ai fini dell'autofavoreggiamento ed [altresì] colui che, al fine di sottrarsi al pericolo di essere incriminato per un determinato reato, falsamente accusa altri di averlo commesso, quando in virtù del principio etico-giuridico secondo cui *nemo tenetur se detegere*, gli era sufficiente avvalersi della facoltà di non rispondere».

[204] Dalla giurisprudenza inerente a questo punto non pare possibile desumere indicazioni univoche. Un primo indirizzo pare ritenere sufficiente, ai fini del riconoscimento all'agente della causa di non punibilità di cui all'art. 384 c.p., la ravvisabilità, in capo a questi, di un "pericolo" di autoincriminazione: «la causa di non punibilità prevista dall'art. 384 c.p., ricorre anche nell'ipotesi in cui il testimone abbia reso una falsa deposizione al fine di sottrarsi al pericolo di essere incriminato per gli stessi reati oggetto del giudizio principale, e ciò in applicazione del principio etico-giuridico del nostro ordinamento, secondo cui nemo tenetur se detegere» (cfr. Cass., Sez. VI, 28 maggio 1985, in *Cass. pen.*, 1987, p. 548; per l'individuazione dell'ulteriore giurisprudenza in questo senso si veda, per tutti, G. Piffer, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia. I delitti contro l'attività giudiziaria*, cit., p. 875 ss., nonché alla nota 35). Secondo un più rigoroso orientamento, per contro, la causa di giustificazione in parola dovrebbe essere riconosciuta all'agente solamente quando il mantenimento, da parte dello stesso, di una condotta conforme al diritto sortirebbe immediati (e dunque certi) effetti auto-incriminanti: «deve ritenersi scriminata, ai sensi dell'art. 51 c.p., in quanto costituente esercizio del diritto di difesa, al quale va ricondotto il principio "nemo tenetur se detegere", la condotta posta in essere in condizioni tali per cui l'astenersi dal realizzarla comporterebbe necessariamente non soltanto l'aumento del pericolo, per l'agente, di essere indivi-

tro, pare poter incidere sul "teatro di prove" scaturente dal precedente *opus illicitum* secondo diversi stadi o gradi: può riverberare effetti favorevoli al reo con riferimento al merito dell'imputazione, ovvero riguardare semplicemente il regime sanzionatorio o, ancora, essere relativo a solo alcuni degli elementi dell'accusa. La prova che il soggetto omette di fornire, inoltre, può avere un'attitudine euristica a suo carico a seconda dei casi, maggiore o minore; essa potrebbe, pur apparendo rilevante sulla base di un giudizio *ex ante*, risultare, al concreto esito processuale, ininfluente.

Non ogni elemento probatorio che il soggetto legittimamente può astenersi dal fornire riveste, inoltre, un'uguale collocazione nell'*iter* procedimentale; senza dubbio vi rientra la notizia *criminis*, come si evince anche dai delitti di omissione di denuncia ed omissione di referto richiamati dall'art. 384 c.p., nonché *a fortiori*, ogni dato che renderebbe accertabile il merito della responsabilità; ne sono una conferma i delitti espressamente richiamati dall'art. 384 c.p. e rientranti nella dimensione giustificante del principio, in quanto essi si pongono in una relazione di elevata pericolosità (quando non di certezza) in rapporto all'auto-denuncia del fatto incriminato. Parimenti, paiono poter assumere un rilievo nella dinamica della causa di giustificazione qui esaminata le condizioni di procedibilità, quelle di punibilità, le circostanze aggravanti, ovvero tutti gli elementi, anche di natura accessoria, che potrebbero concorrere a definire

---

duato e perseguito come responsabile di altro reato già commesso (nel qual caso, anzi si configurerebbe l'aggravante del nesso teleologico di cui all'art. 61, n. 2 c.p.), ma piuttosto la formale confessione della propria responsabilità in ordine al suddetto reato» (cfr. Cass. pen., Sez. V, 4 dicembre 2006, n. 6458, in *Riv. pen.*, 2007, p. 759). In relazione ai contenuti di quest'ultima pronuncia, peraltro, va rilevato come, in dottrina, si sia posto condivisibilmente in rilievo come l'aggravante di cui all'art. 61, n. 2, c.p. e l'ambito operativo del se detegere siano affatto diversi: «[è] ben comprensibile, e del tutto logico, che l'art. 61, n. 2, c.p., consideri la maggiore gravità del vincolo teleologico tra due illeciti quando il secondo è motivato dalla scelta opportunistica di conseguire l'impunità…». «La situazione (inerente al *se detegere*) […], invece, è del tutto diversa, perché non dà rilievo a considerazioni opportunistiche (e perciò *libere*) dettate dall'interesse alla personale impunità, quanto alla *necessità* di non fornire dichiarazioni che, se veridiche, rappresenterebbero la confessione di un reato pregresso» cfr. N. Mazzacuva, *Lo straordinario "sviluppo" delle false comunicazioni sociali nel diritto penale giurisprudenziale: tra legittime istanze punitive e "irrazionali" soluzioni interpretative*, in *Crit. dir.*, 1995, p. 288; sul punto, si vedano altresì le considerazioni svolte *infra*, al § 9 di questo capitolo.

l'oggetto dell'imputazione, e che, parallelamente, segnano lo spazio operativo della difesa.

Una volta determinata l'area operativa del diritto all'autodifesa, la valutazione dei requisiti della "costrizione" e della "necessità" pare doversi risolvere in un giudizio causale, alla stregua del quale occorrerà verificare quali sarebbero stati gli effetti autoincriminanti a carico del soggetto se questi non avesse fatto ricorso al *nemo tenetur se detegere*[205].

[205] Peraltro, potendo il principio, come si è visto, concretizzarsi in condotte tanto attive che passive – simmetricamente ai concetti di autodifesa "attiva" e "passiva" che sono stati delimitati dalla dottrina processualistica e dei quali si è già detto – siffatto accertamento causale sembra doversi effettuare, a seconda dei casi, alla stregua dei parametri individuati in dottrina ed in giurisprudenza in relazione alla causalità attiva ed omissiva. In merito a tali fondamentali problematiche, una trattazione maggiormente analitica delle quali in questo lavoro risulterebbe un fuor d'opera, si rinvia, nella manualistica, per tutti, a G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale*, *Parte generale*, 6ª ed., Bologna, 2010, p. 230 ss.; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte Generale*, cit., p. 137 ss.; G. Marinucci, E. Dolcini, *Diritto penale. Parte generale*, 3ª ed., Milano, 2009, p. 176 ss. In proposito, si veda, inoltre, M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 361 ss. A questo proposito occorre, tuttavia, rilevare come il tema dell'accertamento causale, nella situazione in esame, non solo non si presti ad essere spiegato mediante criteri astratti e generalmente validi – stante la sua dipendenza dagli innumerevoli aspetti "concreti" che si sono delineati –, ma altresì presenti profili problematici non secondari. Uno fra questi attiene alla valutazione della sufficienza o meno del silenzio a garantire le esigenze difensive che di volta in volta vengano in considerazione (sul punto si veda la già citata Cass. pen., Sez. IV, 25 ottobre 1989); appare chiaro, a questo proposito, che in situazioni analoghe a quella denominata dalla dottrina nordamericana dell'"*exculpatory no*" (si vedano le considerazioni svolte *supra*, al § 7.2.) non possano esservi dubbi sulla assoluta inidoneità del mero silenzio, specie laddove il principio venga in considerazione in una fase pre-procedimentale, a tutelare adeguatamente le prerogative difensive dell'interessato. Un ulteriore profilo problematico attiene, con particolare riferimento al delitto di falsa testimonianza, alla collocazione, nel quadro dell'accertamento eziologico della causa di non punibilità in discorso, della ritrattazione. Una parte della giurisprudenza meno recente (cfr., in particolare, Cass. pen., Sez. II, 6 giugno 1961, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, p. 215 ss.), infatti, in modo non condivisibile, è pervenuta a negare la configurabilità della causa di giustificazione di cui all'art. 384 c.p. – in particolare facendo leva sul requisito letterale del "nocumento inevitabile" – nell'ipotesi in cui l'agente abbia commesso falsa testimonianza per coprire una propria precedente condotta di uguale tenore allorquando, relativamente a questa, erano già spirati i termini per la ritrattazione. Sul punto appaiono pienamente condivisibili i rilievi di C.F. Grosso, *Di un preteso limite all'applicabilità dell'art. 384 comma 1 c.p.*, cit., p. 222), ad avviso del quale: «Tizio, che ha deposto il falso, avrebbe potuto, ritrattando, evitare di trovarsi nella situazione (successiva) di dovere ripetere la dichiarazione mendace dinnanzi alla

La suprema Corte, peraltro, si è espressa in numerose occasioni in merito alle problematiche di accertamento di cui si discute e ne ha delineato in modo condivisibile alcuni parametri: la causa di non punibilità in parola, in particolare, non potrebbe essere invocata sulla base di un «pericolo genericamente temuto», in quanto questo deve essere «collegato a circostanze obiettive, attuali e concrete che ne delimitino con precisione contenuto ed effetti»[206]; occorrerebbe, inoltre, uno stretto collegamento eziologico tra la commissione di taluno dei reati previsti dall'art. 384 c.p. e le esigenze di tutela della libertà e dell'onore reclamate dal soggetto[207].

Un'ulteriore questione riguarda il requisito della "gravità" del nocumento ai suddetti beni. Invero, va rilevato come l'esistenza di un tale elemento nella struttura della causa di non punibilità in parola si addica assai più alla sua veste scriminante che non alla sua versione esimente; non v'è dubbio, infatti, che l'accertamento di un tale profilo della fattispecie implichi l'effettuazione di un giudizio di bilanciamento fra gli interessi che vi sono sottesi[208]. Tuttavia, una

---

autorità giudiziaria costretto dalla necessità di occultare il precedente reato, e pertanto non potrebbe nella specie parlarsi di inevitabilità del danno. Ragionamento, questo, che tuttavia evidentemente presuppone una valutazione delle inevitabilità anticipata ad un momento anteriore a quello commissivo del fatto nei cui confronti si fa questione di esistenza o di inesistenza della circostanza di non punibilità di cui al 1° comma dell'art. 384 c.p.».

[206] «[A]i fini dell'integrazione dell'esimente di cui all'art. 384 comma 1 c.p. […] è necessario che il pericolo non sia genericamente temuto ma sia collegato a circostanze obiettive, attuali e concrete che ne delimitino con precisione contenuto ed effetti" (cfr. Cass. pen., Sez. VI, 26 aprile 1999, n. 8638, in *Cass. pen.*, 2000, p. 1587; in senso conforme, v. altresì Cass. pen., sez. VI, 13 luglio 1989, in *Cass. pen.*, 1990, I, p. 2120; Cass. pen., Sez. VI, 04 luglio 1985, in *Giust. pen.*, 1986, II, p. 701).

[207] Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 23 maggio 1995, Nizzola, in *Cass. pen*., 1996, p. 3654.

[208] Si vedano, per tutti, C.F. Grosso, *Di un preteso limite all'applicabilità dell'art.384 comma 1 c.p.*, cit., p. 223, il quale sottolinea come il giudizio circa la «gravità del nocumento» possa essere dato «confrontando […] il bene che si intenda tutelare con quello che si sacrifica»; nonché A. Spena, *Sul fondamento della non punibilità nei casi di necessità giudiziaria (Art. 384, co.1, c.p.)*, cit., p. 163, «la disposizione [dell'art.384 c.p.] contiene, inoltre, un implicito riferimento alla 'proporzione' quando richiede che il nocumento, dal quale si vorrebbe salvare sé o un prossimo congiunto, sia 'grave'»; in proposito, si vedano altresì le annotazioni di A. Perini, *Ai margini dell'esigibilità*, nemo tenetur se detegere *e false comunicazioni sociali*, cit., p. 581, spec. in nota 112.

valutazione di "gravità" si inerisce assai problematicamente in un contesto nel quale il nocumento alla libertà ed all'onore (ciò è vero per la quasi totalità dei casi disciplinati dall'art. 384 c.p.) è collegato all'emersione di una responsabilità penale del soggetto attivo. Pare esserne una conferma il fatto che la giurisprudenza inerente a questo aspetto è quantitativamente assai scarsa: la suprema Corte ha, tuttavia, escluso la ravvisabilità di una "grave" limitazione della libertà nell'ipotesi di sottoposizione al programma di riabilitazione per le tossicodipendenze previsto dall'art. 122 del d.P.R. 309 del 1990; nel caso concretamente preso all'esame dai giudici di legittimità non sarebbe stato neppure configurabile, a loro avviso, un danno all'onore, in quanto l'imputato, al momento in cui aveva posto in essere la condotta, aveva già riportato due precedenti condanne per fatti analoghi[209]. Va rilevato, a questo proposito, come il requisito della "gravità", seppure scarsamente vitale nella prassi, finisca per rappresentare, nello schema di funzionamento della scriminante all'esame, un elemento potenzialmente in grado di condurre ad inammissibili compressioni del diritto di difesa. Invero, la sussistenza di un rilevante rischio di nocumento dei suddetti beni finali, giacché si è in presenza di una condotta auto-difensiva, dunque correlata ad un precedente reato, non dovrebbe essere mai posta in discussione; il requisito all'esame, per contro, potenzialmente attribuisce al giudice la facoltà di escludere la valenza scriminante del *se detegere* anche quando il diritto di difesa sia stato esercitato correttamente, ma ciononostante la lesione della libertà o dell'onore non appaia sufficientemente "grave". Invero, poiché il meccanismo giustificante sotteso all'art. 384 c.p. è fondamentalmente regolato dal principio del contraddittorio, l'esito paradossale di una siffatta decisione sa-

[209] Cfr. Cass., Sez. IV, 9 dicembre 2004, n. 2991, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3662; v. anche Cass. pen., Sez. Un., 22 febbraio 2007, n. 21832: «È configurabile il delitto di favoreggiamento nei confronti dell'acquirente di modiche quantità di sostanza stupefacente per uso personale che, sentito come persona informata dei fatti, si rifiuti di fornire alla P.G. informazioni sulle persone da cui ha ricevuto la droga, ferma restando, in tale ipotesi, l'applicabilità dell'esimente prevista dall'art. 384, comma primo, cod. pen. se, in concreto, le informazioni richieste possano determinare un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore, che consiste anche nell'applicazione delle misure previste dall'art. 75 d.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309» (in *Cass. pen.*, 2007, p. 4060, con nota M. Di Bitonto).

rebbe quello di alterare, sebbene in relazione ai soli casi ove le conseguenze pregiudizievoli per l'accusato (o potenziale accusato) dovrebbero essere più lievi, la stessa parità delle armi fra accusa e difesa. Sotto tale punto di vista, la norma si espone a non secondarie censure di costituzionalità e comunque, in ragione della fisionomia soprannazionale del principio, nella quale non è dato scorgere alcuna sua limitazione in termini quantitativi (almeno nel versante endoprocessuale)[210], appare corretto ritenere che essa debba essere, alla luce dei principi regolatori dei rapporti fra norme interne e diritto internazionale, disapplicata nella prassi giudiziaria[211].

8.4. Le situazioni esimenti contemplate dall'art. 384 c.p. Il se detegere *in senso stretto ed in senso ampio ed a-tecnico, quale espressione della tensione del reo verso l'impunità*

Nel composito quadro normativo vigente, l'art. 384 c.p., essendo il suo versante giustificante già desumibile da fonti normative e giurisprudenziali, interne e soprannazionali, svolge, alla luce di quanto si è appena esposto, una residua, ma non secondaria, funzione di disciplina rispetto alle eterogenee esimenti che esso contempla.

Peraltro, gli elementi letterali della norma, ossia le situazioni di necessità e di costrizione, nonché la gravità e l'inevitabilità del nocumento, si prestano ad una lettura sia oggettiva che soggettiva ed

---

[210] Si rinvia, a questo proposito, all'analisi della giurisprudenza delle Corti di Strasburgo e del Lussemburgo svolta *supra*, al § 6.

[211] Sul punto, per tutti, si vedano le considerazioni di F. Viganò, *L'influenza delle norme soprannazionali nel giudizio di 'antigiuridicità' del fatto tipico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p.1085: «i meccanismi *riduttivi* della punibilità discendenti dalle fonti soprannazionali che riconoscano e tutelino libertà e diritti individuali sono invero da sempre considerati aproblematici anche dalla dottrina penalisitica. Il fenomeno della *disapplicazione* della norma penale interna contrastante con la norma comunitaria che riconosca una libertà individuale sono, in particolare, da tempo noti, e non hanno mai suscitato particolare scandalo: la riserva di legge in materia penale, almeno secondo la dottrina maggioritaria, non è posta in discussione dal riconoscimento di *nuove cause di giustificazione*, nemmeno se di fonte comunitaria (o comunque soprannazionale), dal momento che le cause di giustificazione non sono considerate norme *penali* in senso stretto; né preoccupano gli effetti di un tale meccanismo, che si risolve sempre in *bonam partem* e – dunque – in un ampliamento degli spazi di libertà del cittadino…» (corsivi dell'Autore).

appaiono, pertanto, pienamente fungibili rispetto alle connotazioni scriminanti e scusanti delle fattispecie ivi contemplate[212].

Fra queste ultime, come si è accennato, sono individuabili alcune ipotesi che nulla hanno a che vedere con il principio: *in primis*, l'intervento soccorritore dispiegato nei confronti dei prossimi congiunti; in secondo luogo, le condotte volte a prevenire una mera lesione dell'onore, senza che vengano in considerazione profili di autoincriminazione. Ve ne sono altre, tuttavia, che pur restando esterne ai contenuti costituzionali del *nemo tenetur*, si collocano su di un terreno ad esso indubbiamente assai prossimo e forse rientrante in un concetto, per così dire, "allargato" di libertà dalle autoincriminazioni.

Siffatte ipotesi sono ravvisabili nei casi, più sopra brevemente elencati, di rifiuto di uffici legalmente dovuti, quando l'esenzione dall'obbligo di prestare l'ufficio di perito, interprete ecc., sia ottenuto con "mezzi fraudolenti"; nei casi di autocalunnia, quando il fatto sia commesso, come nell'esempio che si è già esposto, per salvare sé stessi da una sicura condanna per un diverso e più grave titolo di reato; nonché nei casi di frode processuale e favoreggiamento, che si delineeranno meglio in seguito[213]. In ciascuna di queste fattispecie, è evidente il ricorso a condotte attive qualitativamente molto diverse (ed assai più incisive) dal mero esercizio dello *ius mentiendi*,

---

[212] La duplice veste oggettivo-soggettiva degli elementi in discorso – essi accomunano la causa di giustificazione all'esame e lo stato di necessità – pare comprovata dal fatto che essi sono stati interpretati dalla dottrina tanto in chiave oggettiva che soggettiva. Nel primo senso si colloca la letteratura penalistica prevalente (per tutti si vedano i rilievi di M. Romano, *Commentario sistematico al codice penale*, cit., p. 552, ad avviso del quale il carattere oggettivo di tali elementi è connesso [all]'«operatività delle cause di giustificazione sulla base di un bilanciamento di beni o interessi»); per l'interpretazione in un prospettiva soggettiva, si vedano, in particolare, G. Spagnolo, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, Padova, 1980, pp. 59-60; F. Schiaffo, *L'elemento soggettivo nelle cause di giustificazione: prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1003; S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, p. 205. Per una panoramica in merito alla problematica presenza di elementi a connotazione soggettiva nelle cause di giustificazione, vedi, fra gli altri, Bellagamba, in *Dir. pen. e proc.*, 2001, p. 495 ss.; C.F. Grosso, voce *Cause di giustificazione*, in *Enc. giur.*, Vol. VI, 1988, p. 6.

[213] In relazione alle diverse ipotesi richiamate nel testo si vedano le considerazioni svolte *supra*, al § 8.

o comunque caratterizzate, come nel caso dell'autocalunnia, da una tipologia di offesa all'amministrazione della giustizia esorbitante rispetto al perimetro del contraddittorio; esse vengono poste in essere dall'autore non già nell'esercizio del diritto di difesa, dai cui contenuti marcatamente si discostano, ma nella tentativo di conservare la propria libertà[214].

Nessun dato sistematico, ovvero logico, consente di configurare una tale istinto del reo (o meglio dell'accusato) come un diritto; ed è unicamente rispetto a tali ipotesi che colgono nel segno le preoccupazioni della dottrina circa gli effetti deteriori che conseguirebbero alla liceizzazione delle condotte di "occultamento delle prove" compiute dall'autore di un precedente reato.

Appare però inesatto sostenere che siffatte condotte siano ascrivibili al *se detegere*.

Invero, la libertà dalle autoincriminazioni non viene qui affatto in considerazione, se non in una accezione "allargata", ovvero atecnica; è, in ultima analisi, un fraintendimento circa la portata ed i contenuti del principio che ha condotto una parte della letteratura penalistica a stigmatizzarne ingiustificatamente le possibili applicazioni al di fuori dell'angusto ambito dell'art. 384 c.p.

Una immediata esemplificazione di queste due diverse accezioni del *nemo tenetur* e della loro diversa portata pare ricavabile dal delitto di favoreggiamento. L'auto-favoreggiamento, come si è detto, oltre ad essere penalmente irrilevante, rappresenta una proiezione del *nemo tenetur* sulla tipicità del reato. La condotta penalmente lecita di cui si discute consiste, segnatamente, nell'aiutare "se stessi" a conseguire l'impunità, ovvero in una gamma di comportamenti concreti estremamente ampia e non definibile una volta per tutte; ciò è tanto vero che il delitto in discorso viene condivisibilmente conside-

[214] L'espressione, assai efficace, è mutuata da C.F. Grosso *Di un preteso limite*, cit., p. 222, il quale individua [nell'] «istinto alla conservazione della propria libertà» il tratto saliente del *nemo tenetur se accusare*.

rato in dottrina "a forma libera"[215], e, soprattutto in giurisprudenza, viene ritenuto compatibile anche con condotte di tipo omissivo[216].

Non v'è dubbio che, in queste multiformi modalità concrete di atteggiarsi della fattispecie in esame, rientrino anche le espressioni tipiche e "tecniche" del *se detegere*, ovvero la mancata collaborazione con gli organi d'indagine, il silenzio, l'omissione o il mendacio sul fatto proprio; comportamenti che, peraltro, appaiono ammissibili, come si dirà più oltre, anche in rapporto al ruolo dei concorrenti nel reato. Parimenti, vi rientrano condotte assai variegate, estranee all'ambito ordinamentale del *nemo tenetur* e sovente consistenti in *un facere* (darsi alla fuga; offrire riparo ad un correo ecc.); esse esprimono, a ben guardare, proprio la "naturale", istintiva aspirazione all'impunità degli autori di un reato. L'irrilevanza penale dell'auto-favoreggiamento, ovvero del favoreggiamento dei correi, costituisce, sotto questo punto di vista, la presa d'atto normativa di un dato empirico che non necessita di dimostrazioni. Il desiderio del reo di sottrarsi alla giustizia e di conseguire l'impunità, costituisce, per dirla con un illustre Autore del passato, come un «limite tacito» della legislazione penale[217]. Il caso dell'auto-favoreggiamento dimostra come l'ambito naturalistico delle (molteplici ed indeterminate) condotte espressive di tale desiderio d'impunità comprendano quelle rientranti nel privilegio, le quali sole, tuttavia, assurgono a diritto; ciò conferma la contiguità logica fra i due concetti, in quanto il *se dete-*

---

[215] Così, per esempio, F. Tagliarini, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 215.

[216] Così, fra le altre, si veda Cass., Sez. I, 14 dicembre 1994, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1158 (laddove, significativamente, viene attribuita rilevanza penale al mero "silenzio" del favoreggiatore); va rilevato, a questo proposito, come la dottrina prevalente abbia recisamente contestato un tale orientamento giurisprudenziale, in specie rilevando, in modo perspicuo, come si finisca in tal modo per dare vita ad un obbligo di garanzia non previsto dalla legge. cfr., in particolare, A. Pagliaro, voce *Favoreggiamento*, cit., p. 41; D. Pulitanò, *Il favoreggiamento personale fra diritto e processo penale*, Milano, 1984, pp. 92 e 161; analogamente, V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 922; T. Padovani, voce *Favoreggiamento*, cit., p. 6. Appare minoritario, peraltro, l'orientamento di segno opposto, alla stregua del quale non sanzionare penalmente le condotte omissive finirebbe per incentivare atteggiamenti omertosi (in questa prospettiva, in particolare, vedi M. Boscarelli, *La tutela penale del processo*, Milano, 1951, p. 243).

[217] P. Nuvolone, *I limiti taciti della norma penale*, Padova, 1972, *passim* e spec. p. 152 ss.

gere rappresenta, per così dire, un sotto-insieme, assai circoscritto e normativizzato, dell'ampio ed indeterminato gruppo di condotte che esprimono la tensione del reo (ovvero del semplice sospetto) alla fuga dalla responsabilità.

8.5. Ulteriori specificazioni sulle peculiarità operative della libertà dalle autoincriminazioni quale causa di giustificazione

Il privilegio, come si è visto, si configura, per usare l'efficace espressione di sintesi del libro verde della Commissione europea, come «diritto a non essere obbligati a fornire prove di colpevolezza»[218]; esso è perciò – in prima battuta – riferibile all'autore di un precedente reato e si fonda sulla relazione esistente fra due *opera illicita*[219].

Uno fra i problemi della configurazione del *se detegere* giustificante è, dunque, quello di stabilire, come in parte si è già detto, quali debbano essere i rapporti fra un certo *crimen anterior* e un reato successivo (ovvero anche più reati successivi), che si ponga, rispetto alla prima condotta, in un ordine, per così dire, di "derivazione probatoria". Occorre, quindi, valutare quali debbano essere i caratteri che il primo illecito deve possedere per fungere da presupposto del *se accusare*.

È, innanzitutto, possibile che l'*opus illicitum* originario, ovvero il primo termine della "relazione probatoria" di cui si discute, sia inesistente nella realtà e costituisca il frutto di un'errata rappresentazione dell'autore[220]. La questione presenta qualche affinità

---

[218] Cfr. Commissione delle Comunità Europee, *Libro verde sulla presunzione di non colpevolezza*, Bruxelles, 2006, COM (2006-174 def.).

[219] Pare soffermare in particolare l'attenzione su questa caratteristica strutturale del principio E. Infante, Nemo tenetur se detegere *in ambito sostanziale: fondamento e natura giuridica*, cit., p. 811 ss.

[220] La questione, si pone, peraltro, in modo non dissimile rispetto all'art. 61 n. 2 c.p., laddove la dottrina ha preso soprattutto in esame l'ipotesi in cui il reato putativo sia il reato-fine. Cfr., in proposito, soprattutto G. Bettiol, *Diritto penale*, Padova, 11ª ed., 1982, p. 586; con riferimento all'art. 384 c.p., si veda D. Zotta, *Casi di non punibilità*, in F. Coppi (a cura di), *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 525 ss. Il problema dell'errore sulla causa di non punibilità di cui si tratta è recentemente emerso anche in giurisprudenza: «in tema di favoreggiamento personale l'esimente di cui all'art. 384 c.p. opera anche sotto il profilo meramente putativo, ovvero quando l'agente agisca nell'erronea convinzione di essere coinvol-

con il tema della causa di giustificazione putativa e, più in generale, dell'errore incidente sulle cause di liceità; stanti le peculiarità strutturali del *se detegere*, essa interseca anche l'istituto del reato putativo[221].

Il primo termine di una tale "relazione probatoria", consistendo esso stesso in un illecito penale, pone, insomma, preliminarmente all'analisi della dinamica dell'autodifesa propria del *seipsum prodere*, problemi di qualificazione e d'imputazione: occorre stabilire se il *primum delictum* debba essere realmente esistente e, ipotizzando che lo sia, se debba essere punibile "in concreto".

Sebbene l'impianto-base del *se accusare*, così come esso è enucleabile dall'osservazione empirica (valida per la gran parte dei casi pratici in cui esso viene in considerazione) sia rappresentato dal suo innestarsi su una pluralità di fatti penalmente illeciti e "relazionati", va rilevato, in primo luogo, come non vi siano ragioni logico-sistematiche per escludere che il principio possa assumere una valenza giustificante anche in assenza di un reato presupposto.

Si ponga il caso di Tizio, che, essendo stato coinvolto in un incidente stradale, al quale sono però conseguiti danni alle sole cose, tema erroneamente di poter essere accusato di omissione di soccorso; sentito quale testimone in un processo penale, laddove viene chiamato a descrivere, ad altri fini, i suoi spostamenti, egli nega di aver condotto un'autovettura il giorno dell'incidente.

Invero, la dimensione sostanziale del *privilege*, in aderenza agli originari connotati di garanzia processuale dello stesso, non presuppone affatto, a ben guardare, la sussistenza di una responsabilità penale dell'autore per il primo fatto; né questa rappresenta la premessa logica per una sua applicazione in chiave scriminate. Il principio, infatti, in maniera del tutto speculare al suo più intimo significato garantistico, non opera a solo vantaggio del colpevole, ma si pone in

---

to nella stessa indagine o in indagini connesse» (così Uff. indagini preliminari Milano, 8 giugno 1999, in *Foro ambr.*, 2000, p. 145).

[221] In generale, sul problema del reato putativo si vedano S. Piacenza, voce *Reato Putativo*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, p. 1003 ss.; V. Serianni, voce *Reato impossibile e reato putativo*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991, *passim*; I. Giacona, *Il concetto d'idoneità nella struttura del delitto tentato*, Torino, 2000, p. 303 ss.

modo del tutto neutrale rispetto all'accertamento della responsabilità; esso si riferisce perciò, in modo non pregiudiziale, alla generica figura dell'indagato-imputato, e soprattutto può operare – come si è detto – anche prima della formale instaurazione di un procedimento penale, allorquando tali qualifiche sono solo potenziali. La libertà dalle autoincriminazioni, insomma, nel diritto penale come nel processo, si rivolge, come chiaramente si evince anche dal suo diretto legame con la presunzione d'innocenza, a chiunque si trovi esposto al pericolo di *edere contra se*.

Se, nella normalità delle ipotesi, e – per così dire – nella modalità operativa più semplice del principio, esso si riferisce all'autore – effettivo e punibile – di fatti di reato "probatoriamente" relazionati, tuttavia questo schema non pare costituire una condizione necessaria del *nemo tenetur* sostanziale. Ciò che, viceversa, appare realmente distintivo, il tratto saliente del *se accusare*, sia rispetto al suo angusto modello positivo che alla sua veste quale scriminante generale, è, come si è già detto, l'esistenza di una relazione di pericolo fra una potenziale accusa e una condotta auto-difensiva (nelle sue possibili forme attiva e passiva) integrante un fatto tipico di reato.

Deve ritenersi, peraltro, come talvolta è stato affermato anche in giurisprudenza, che la libertà dalle autoincriminazioni operi in chiave scriminante anche quando il *primum delictum* non sia punibile in concreto[222]. Vengono qui in rilievo le considerazioni che già si sono svolte in merito alla stretta attinenza del *se detegere* con il diritto alla *privacy* e, di riflesso, alla sua funzionalità alla tutela non solo della libertà "fisica", ma altresì della libertà morale del dichiaran-

[222] Appare significativa, a questo proposito, Cass., Sez. VI, 6 febbraio 2007, n. 28631, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2466. Sebbene le motivazioni della pronuncia siano incentrate sul solo profilo della tutela dell'onore, la questione dalla stessa presa in esame atteneva all'ammissione di una precedente responsabilità penale del dichiarante, ovvero ad una fattispecie che pare rientrare nell'ambito del *se detegere* in senso stretto: «è scriminata, ai sensi dell'art. 384 c.p., la condotta di colui che rende falsa testimonianza per non confessare di avere erogato prestiti a tassi usurari, pur se già processato e assolto da tale imputazione, perché tale condotta, indipendentemente da ogni altra possibile conseguenza, è ispirata alla necessità di evitare il grave e inevitabile nocumento all'onore derivante dalla confessione di aver commesso il reato di usura».

te[223]. Questa potrebbe risultare irrimediabilmente lesa (in uno con il diritto di difesa) per il solo fatto che taluno sia costretto a confessare una propria precedente condotta costituente reato, indipendentemente dalla sua punibilità "in concreto".

Si pensi all'ipotesi (paradigmatica) in cui taluno venga costretto ad ammettere di aver commesso reati oramai prescritti: la sua confessione potrebbe essere utilizzata quale argomento "a carico" in futuri procedimenti penali per fatti analoghi; le prerogative difensive del dichiarante in tali procedimenti ne risulterebbero perciò fortemente indebolite, se non del tutto fiaccate[224].

La finalità di tutela del diritto di difesa che è sottesa al principio, impone, in ultima analisi, che esso venga riconosciuto fermamente e nel modo più ampio; ciò in guisa tale da evitare, anche nelle ipotesi

---

[223] Pare cogliere questa latitudine del concetto di libertà sotteso all'art. 384 c.p. la recente giurisprudenza della suprema Corte: «ai fini dell'applicabilità dell'art. 384, comma 1, c.p., che scrimina o comunque manda esente da responsabilità penale colui che commetta un fatto di favoreggiamento personale perché ha agito per tutelare un proprio (o di un familiare) individuale interesse di libertà o di onore, la nozione di libertà deve essere intesa nella sua più lata interpretazione, in linea con la lettera della norma che non introduce alcuna particolare specificazione, onde vi rientra senz'altro l'esigenza di libertà di evitare un'accusa penale, cioè un procedimento penale o anche soltanto indagini penali, ricollegandosi tale esigenza al diritto inviolabile di difesa (art. 24, comma 2, Cost.), che ha valore costituzionale al pari di quello della non fuorviata e giusta amministrazione della giustizia (art. 111 e 112 Cost.) che sta alla base dell'incriminazione del favoreggiamento. In questa prospettiva, è comunque irrilevante, ai fini dell'efficacia scriminante, che la situazione di pericolo trovi causa in un fatto accidentale, in un fatto altrui o anche nel fatto proprio e volontario del soggetto agente che realizzi la condotta di favoreggiamento» (cfr. Cass., sez. VI, 16 giugno 2011, n. 37398, in *Guida dir.*, 2011, 47, p. 100).

[224] Appaiono ancora attuali e particolarmente calzanti, sul punto, i rilievi di G. Floridia, *False dichiarazioni dell'imputato sull'incensuratezza e* ius mentiendi, cit., p. 1331, in relazione alla questione di costituzionalità dell'art. 495, co. 3, alinea n. 2, c.p. decisa da Corte cost., sent. n. 108/1976: «l'incensuratezza (o il suo rovescio), piuttosto che una qualità personale [è] da ritenere la sostanza di una qualità processuale dell'imputato, e, più precisamente, una qualità che si identifica con una circostanza di reato inerente alla persona del colpevole. […] [D]alla qualità processuale di già condannato possono derivare […] conseguenze sul merito dell'accusa contestata ed anche di un'accusa che ancora non è formale ma potrebbe, in futuro, essere contestata». Appare evidente, in particolare, come la situazione ipotizzata nel testo, laddove un soggetto viene costretto a confessare la commissione di un precedente reato, sebbene prescritto, sia analoga – se non addirittura maggiormente pregiudizievole – rispetto al caso in cui egli venga costretto ad ammettere la propria "qualità" di pregiudicato.

in cui il *primum delictum* sia inesistente o non punibile, che il soggetto che ne è titolare possa trovarsi costretto – in spregio ai basilari contenuti del *se detegere* – a depotenziare le proprie prerogative difensive, o addirittura ad agevolare l'insorgere di un procedimento penale a proprio carico[225].

9. *Rapporti fra* se detegere*, reato continuato e circostanza aggravante del nesso teleologico*

Alla luce di quanto si è detto, emerge come il tema del *nemo tenetur*, stanti le sue peculiarità strutturali, potenzialmente interferisca con quegli istituti, *in primis* l'aggravante così detta "teleologica" ed il reato continuato, che disciplinano fenomeni di connessione criminosa.

Sulla base delle considerazioni che si sono appena svolte, va però rilevato, in primo luogo, come lo spazio applicativo spettante al principio non sia del tutto sovrapponibile a quello della continuazione e del nesso teleologico. La circostanza aggravante presuppone l'esistenza quantomeno di un *primum delictum*[226]; il reato continuato è strutturato sul presupposto della realizzazione di due (o più) reati "relazionati"; l'ipotesi giustificante sottesa al *se detegere* appare,

---

[225] Appare significativa, a questo proposito, Cass., Sez. VI, 30 settembre 2003, n. 44743, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2592, riguardante il reato di favoreggiamento personale, laddove l'operatività del principio è stata riconosciuta, come appare corretto, semplicemente in ragione della necessità del dichiarante di allontanare da sé il sospetto di un suo possibile concorso nel reato-presupposto: «non è punibile, ai sensi di cui all'art. 384 c.p., colui che ha posto in essere una condotta di favoreggiamento personale, consistita nel negare, agli agenti della polizia giudiziaria, la presenza nella propria abitazione degli autori di una rapina quando l'agire in modo conforme alla legge avrebbe comportato un'accusa contro se stesso, in contrasto con il principio nemo tenetur se detegere, senza che rilevi la circostanza che avrebbero potuto delinearsi altre e diverse possibilità difensive».

[226] Come è stato correttamente sottolineato in dottrina, nell'ipotesi di «reato commesso per commetterne un altro» di cui all'art. 61, n. 2, c.p., infatti, «potrebbero mancare il concorso di reati ed i reati connessi», mentre «non rileva la concreta punibilità del reato-fine per l'intervento di una causa estintiva, né la sua non perseguibilità per la mancata presentazione della querela». Cfr., per tutti, M. Romano, *Commentario sistematico al codice penale*, cit., p. 664.

per contro, contrassegnata da uno spazio operativo potenzialmente più ampio rispetto ad entrambe le predette figure della parte generale del codice penale ed ha un fondamento del tutto eterogeneo alle stesse. Essa è, infatti, ontologicamente destinata ad operare anche a vantaggio di colui che non abbia commesso alcun reato.

Tuttavia, nel caso in cui il *se accusare* si innesti sulla "classica" ipotesi di reati effettivamente esistenti e "relazionati" sul piano probatorio, appare indiscutibile il fatto che possa verificarsi una sua sovrapposizione con l'ambito di disciplina degli artt. 61, n. 2, c.p., e 81, co. 2, c.p.

L'analisi delle interrelazioni esistenti fra ciascuna di queste diverse ipotesi, peraltro, si innesta sul tema dei rapporti – da sempre irresolubilmente problematici – fra connessione teleologica e reato continuato[227]. I tentativi, non di rado compiuti in dottrina, di fornire una spiegazione razionale ed armoniosa del ruolo sistematico rispettivamente svolto dall'art. 61, n. 2, c.p. e dall'art. 81, co. 2, c.p., non paiono, peraltro, essere approdati a risultati definitivi. Le differenze fra le situazioni disciplinate dalle due norme, che qualche Autore

[227] Alcuni Autori, in particolare, hanno concluso per l'abrogazione tacita della circostanza aggravante in parola in seguito all'entrata in vigore della riforma del reato continuato operata con la legge 7 giugno 1974, n. 220, sulla quale, fra gli altri, si veda G. Flora, *Concorso formale e reato continuato nella riforma del libro I del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1975, p. 506: in questa senso, si vedano, in particolare, G. Vassalli, *La riforma penale del 1974*, Padova, 1975, pp. 62-63; I. Caraccioli, *Sul problema della sopravvivenza dell'aggravante dell'art. 61, n. 2, cod. pen. (tra mini-riforma e progetto di riforma del codice penale)*, in *Riv. pen*., 1976, p. 5; per un'analoga prospettiva, sia pure in tempi antecedenti all'entrata in vigore della predetta riforma, vedi F. Mantovani, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, p. 513; sottolinea, inoltre, l'incompatibilità fra le due figure A. Manna, *Circostanze del reato*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, Vol. VI, p. 9; nell'ambito della letteratura penalistica di contrario avviso, si vedano, fra gli altri, P. Nuvolone, *Les circonstances aggravantes exceptés la récidive et le concours d'infractions*, in Aa.Vv., *Les circonstances aggravantes en droit pénal italien*, Milano, 1964, p. 387; V. Zagrebelsky, voce *Reato continuato*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, pp. 844-845, che sottolinea come l'aggravante riguardi «il singolo reato e la continuazione il complesso di essi»; G.A. De Francesco, *La connessione teleologica nel quadro del reato continuato*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1978, pp. 120-121, ad avviso del quale «in definitiva, dal momento che la determinazione della pena-base rappresenta pur sempre la prima fase del procedimento di applicazione della pena per un reato continuato, e data, inoltre, come premessa, l'applicabilità dell'art. 61 n. 2 anche nel caso dell'effettiva realizzazione del reato-fine, la circostanza dovrà necessariamente essere applicata».

ha individuato, a seconda dei casi, nel loro diverso ambito applicativo[228] e nel differente "grado" di manifestazione del disegno criminoso che vi è sotteso[229], non sembrano, in effetti, risolvere il problema dell'incoerente trattamento sanzionatorio delle ipotesi (le più) che risultano regolate da entrambe.

Di fatto, l'esperienza applicativa dimostra ampiamente come una medesima condotta materiale possa risultare aggravata ex art. 61, n. 2, c.p. e, al contempo, rientrare nel vincolo della continuazione; ai fini della presente indagine, tuttavia, più che sulla *vexata quaestio* del diverso ambito di disciplina sotteso alle due norme, pare interessante porre l'attenzione sulle divergenti scelte di politica criminale a cui esse si ispirano.

Mentre, nell'aggravante, l'intenzione criminosa che teleologicamente sorregge i delitti connessi viene apprezzata dal legislatore come un fattore di inasprimento della responsabilità, motivata dalla particolare riprovevolezza dei motivi a delinquere[230], il reato conti-

---

[228] Cfr., in questa prospettiva, F. Coppi, voce *Reato continuato*, in *Dig. disc. pen.*, XI, 1996, p. 233, il quale, pur ritenendo preferibile la tesi dell'abrogazione implicita della circostanza aggravante, sottolinea come «il nesso teleologico (o consequenziale) non è un requisito indefettibile e interno del disegno criminoso […] può essere progettata una serie di violazioni (per esempio: più furti in diverse notti successive) senza che una debba essere necessariamente legata all'altra da un rapporto di mezzo a fine. Secondo questa obiezione, nel quadro della continuazione varie possono essere le relazioni fra differenti reati e potrebbe quindi configurarsi anche quella rilevante ex art. 61, n. 2, apprezzabile, tra l'altro, per individuare la violazione più grave».

[229] Appare, fra le altre, assai elegante la tesi di G.A. De Francesco, *La connessione teleologica nel quadro del reato continuato*, cit., p. 116: «il legame teleologico, a differenza del disegno criminoso astrattamente considerato, esige sempre un determinato ordine logico e cronologico tra i reati connessi. […] da questo angolo visuale, la sequenza 'obbligata' con cui si presentano i reati teleologicamente connessi non è altro, per così dire, che una 'forma di manifestazione del disegno', o, più esattamente un suo grado».

[230] La giurisprudenza sottolinea come, in questo caso, il legislatore abbia voluto penalizzare una particolare categoria di "motivo ignobile", qual è appunto il motivo criminoso (così, fra le altre, Cass., 2 aprile 1981, in *Cass. pen.*, 1982, p. 1507); una parte della dottrina ha rilevato come il fondamento della circostanza dovrebbe rinvenirsi nel «valore sociale negativo» delle finalità che essa contempla (cfr. A. Santoro, *Le circostanze del reato*, Torino, 1952, p. 52); ancor più esplicitamente ad avviso di C. Pedrazzi, *L'aggravante della connessione nella luce dell'oggettività giuridica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1956, p. 318, il fondamento dell'aggravante consisterebbe nel fatto che «il soggetto dà prova di un'accentuata man-

nuato è ispirato da considerazioni diametralmente opposte: l'unicità della deliberazione criminosa, proprio perché "riunisce" in un unico scopo offensivo reati formalmente distinti, giustificherebbe un trattamento sanzionatorio complessivamente meno severo[231].

L'antinomia sottesa alle due disposizioni di cui si discute, la cui diversità di *ratio* evidentemente risiede sul piano criminologico e politico criminale, per alcuni aspetti si ricollega idealmente alla posizione dottrinale che ravvisa nel *se accusare* una causa di esclusione della colpevolezza[232].

La lettura esimente del *se detegere*, infatti, è coerente con l'idea – immanente anche alla disciplina del reato continuato – che la commissione di fatto criminoso, e successivamente di una serie di fatti criminosi ulteriori, con esso relazionati, dia luogo ad un minor disvalore complessivo rispetto a quello che sarebbe ravvisabile nella mera "somma" delle medesime condotte autonomamente considerate.

Prendendo le mosse da questa considerazione, l'ordinamento, nel caso del *nemo tenetur*, rileverebbe – paiono ritenere i sostenitori della sua veste esimente nel diritto penale sostanziale – un affievoli-

---

canza di scrupoli, di un sovrano disprezzo per l'altrui sfera di interessi quando, pur di raggiungere il suo scopo, non esita ad accumulare offesa su offesa». Evidenzia, tuttavia, l'irrazionalità dell'aggravante all'esame, A. Malinverni, voce *Circostanze del reato*, cit., p. 79.

[231] A proposito della *ratio* fondante del reato continuato, oltre agli Autori già citati, si veda in particolare il quadro d'assieme tracciato da F. Coppi, voce *Reato continuato*, cit., p. 223 e bibliografia ivi richiamata: «muovendo dall'idea che chi viola la legge deve pur sempre aver affrontato e risolto nell'intimo della propria coscienza il conflitto tra le forze che lo spingono a commettere il male e quelle che invece vorrebbero trattenerlo e impedirgli di compierlo, si sostiene da un lato […] che differente e più grave è la riprovevolezza di colui che realizza nel tempo una pluralità di illeciti tra i quali non corre alcun legame di natura psicologica rispetto a quella di chi, invece, gli stessi illeciti pone in essere in esecuzione di un medesimo disegno criminoso. Mentre nel primo caso – si osserva – il soggetto deve ogni volta porsi il problema del suo atteggiamento di fronte ai valori tutelati dall'ordinamento ed ogni volta lo risolve scegliendo di violarli, nel secondo caso il soggetto affronta una sola volta questo problema e la reiterazione delle violazioni non assume il valore di una rinnovata autonoma ribellione ai valori perché essa è soltanto l'esecuzione di una scelta già compiuta, una volta per tutte, meditando un unico programma criminoso».

[232] Per una panoramica della dottrina sul punto si veda *supra*, parte seconda, capitolo primo, § 4.

mento dell'elemento soggettivo del reato tale non solo da consentire una mitigazione della pena (come accade per il reato continuato) ma da fondare una valutazione di inesigibilità della condotta. Più in particolare, la scelta di "ribellione" insita nel reato base, renderebbe futile l'aspettativa che il reo possa restare leale all'ordinamento; una volta operata la prima, fatale decisione di violare lo schermo dell'illiceità penale, l'antagonismo rispetto al *law enforcement* ormai abbracciato dall'autore renderebbe poco plausibile l'idea che egli possa ritornare sui propri passi ed astenersi dal compiere condotte in grado di garantirgli l'impunità dal primo delitto.

In relazione all'art. 384 c.p., questi rilievi sembrano, in effetti, condivisibili con riguardo alle ipotesi *scusanti* ivi contemplate; ciò con la precisazione – si è visto – che esse non attengono ai contenuti sistematici ed obiettivi del *se detegere*, bensì alla sua accezione ampia, la quale si incentra sull'istinto del reo alla conservazione della propria libertà.

Considerazioni diametralmente opposte a quelle di cui si è appena detto paiono aver ispirato il legislatore in relazione all'aggravante "consequenziale" di cui all'art. 61, n. 2, c.p. Quest'ipotesi, tuttavia, giacché fa espresso riferimento a fatti di "occultamento" del reato pregresso, evidentemente si riconnette anch'essa all'accezione ampia ed a-tecnica del *se detegere*.

La dottrina che ha propugnato una lettura in chiave esimente del principio ha sottolineato come, fra la causa di non punibilità e la circostanza aggravante comune, per diversità di struttura e di ambiti, non sussisterebbe alcun rapporto da regola (eventualmente ravvisabile nell'art. 61, n. 2, c.p.) ad eccezione (l'art. 384 c.p.); in quest'ottica, si è sostenuto (lo si è visto) che le due disposizioni rifletterebbero situazioni psicologiche del reo del tutto diverse, nel senso che il solo *se detegere*, e non anche la circostanza aggravante, scolpirebbe un'ipotesi di inesigibilità della condotta[233].

[233] Cfr., in particolare, M. Zanotti, Nemo tenetur se detegere: *profili sostanziali*, cit., p. 181: «all'aggravante […] è estraneo un elemento viceversa fondamentale nel quadro complessivo dell'esimente: il conflitto motivazionale del soggetto nell'alternativa tra una azione lecita ed una illecita».

L'analisi dei rapporti – indubbiamente problematici – fra le due norme cambia però completamente angolazione laddove si prendano le mosse da una concezione "giustificante" del *nemo tenetur*.

Anzitutto, lo spostamento ricostruttivo della causa di non punibilità in parola dal piano della colpevolezza a quello della antigiuridicità certamente comporta un affievolimento, se non un annullamento, della portata euristica del momento "soggettivo" del *se detegere*. La dimensione strutturalmente oggettiva, può forse dirsi "puramente" oggettiva, delle cause di giustificazione impone di non prendere in considerazione le note soggettive del principio[234]; esse, seppur innegabilmente presenti, stante la sua pluridimensionalità, non sono strutturalmente necessarie a conseguire un esito di non punibilità in un contesto giustificante, e potrebbero ricevere – a tutto concedere – un ipotetico riconoscimento nel discusso ambito della rilevanza degli elementi soggettivi nelle scriminanti[235].

Dunque, la cosidetta inesigibilità può concorrere a descrivere le caratteristiche del *se detegere* sostanziale solamente nel quadro dei suoi polivalenti lineamenti generali, non rispetto al meccanismo giustificante ad esso sotteso; si deve perciò concludere che esso non serva neppure a dar conto della diversità di ambiti fra la dimensione scriminante del privilegio e l'art. 61, n. 2, c.p.

Invero, la valorizzazione del carattere giustificante del privilegio rende superflua la stessa analisi del problema dei rapporti fra la circostanza aggravante in discorso e la causa di non punibilità. Se, infatti, le cause di giustificazione, secondo l'insegnamento tradizionale, rappresentano l'estrinsecazione di principi generali (o di "fatti"

---

[234] Cfr., sul punto, si veda per tutti T. Padovani, *Alle radici di un dogma: appunti sull'origine dell'antigiuridicità obiettiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 532 ss.; nell'ambito della dottrina meno recente, si veda, inoltre, il fondamentale contributo di G. Delitala, *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, Milano, 1930, pp. 13 ss. e 25 ss.

[235] Sul punto, oltre alla letteratura richiamata *supra*, in nota, si vedano i rilievi critici di M. Romano, *Commentario sistematico al codice penale*, cit., p. 523: «gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione appaiono più come sviluppi di teorie che accentuano eccessivamente il ruolo del disvalore di azione rispetto a quello di evento, che come conseguenze necessarie di impostazioni che, pur non disconoscendo il disvalore di azione, ancorano il reato soprattutto al disvalore di evento».

dell'intero ordinamento giuridico)[236], è chiaro che, sul terreno ermeneutico, la questione non attiene più al tema di un possibile rapporto regola-eccezione[237], ma a quello dell'antinomia, di cui l'esercizio del diritto ex art. 51 c.p. rappresenta il meccanismo di rilevazione[238]. In prima approssimazione, dunque, al problema della compatibilità fra *nemo tenetur* e nesso teleologico, si sostituisce, in una prospettiva giustificante, quello del bilanciamento tra l'offesa sottostante al fatto criminoso concretamente realizzato ed il principio di libertà dalle autoincriminazioni. Nessuna rilevanza, in tale quadro, può assumere la disposizione di cui all'art. 61, n. 2, c. p.: infatti, risulterebbe, oltre che metodologicamente errato, persino illogico interrogarsi circa l'applicabilità di una circostanza aggravante ad una condotta non antigiuridica[239].

Un ulteriore appunto non pare superfluo. Le ipotesi esimenti presenti nell'art. 384 c.p., seppure non costituiscono un'espressione

---

[236] In questo senso, si vedano, fra gli altri, G. Marinucci, *Cause di giustificazione*, cit., p. 1228; D. Pulitanò, *La "non punibilità" di fronte alla Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1983, I, p. 1810. Per un'analisi in chiave storica di questo profilo della dogmatica penale v. M. Donini, *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, cit., p. 242.

[237] Per la cui ricostruzione si veda, in particolare, G.M. Flick, *L'esimente speciale dell'art. 384, co.1, c.p. e l'aggravante generale dell'art. 61 n. 2 c.p. nel delitto di falsa testimonianza*, cit., p. 215; nella stessa prospettiva, fra gli altri, cfr. R. Bricchetti, E. Cervio, *Il falso in bilancio ed in altre comunicazioni sociali*, Milano, 1999, p. 244; G. Azzali, *Caratteri e problemi del delitto di false comunicazioni sociali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1991, p. 399; L. Foffani, *Lotta alla corruzione e rapporti con la disciplina penale societaria*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1994, p. 961; per una panoramica su tale orientamento e sulle considerazioni critiche avanzate contro di esso da parte della dottrina, si veda, oltre agli Autori citati nella parte seconda, capitolo primo, dal § 1 al § 3, in particolare E. Infante, Nemo tenetur se detegere *in ambito sostanziale: fondamento e natura giuridica*, cit., p. 836 ss.

[238] «[N]on è razionalmente pensabile che uno stesso ordinamento giuridico imponga ad un soggetto un obbligo di agire o di non agire, e contemporaneamente gli minacci una sanzione per il caso in cui agisca o non agisca», cfr. G. Delitala, voce *Adempimento di un dovere*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 567; in termini analoghi, sull'esercizio del diritto quale espressione del così detto principio di non contraddizione, si veda, fra gli altri, D. Pulitanò, voce *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. IV, 1990, p. 321.

[239] In una prospettiva argomentativa non dissimile da quella del testo, rilevano che sebbene illogico dedurre la punibilità di un reato dall'art. 61, n. 2, cp., giacché tale norma presuppone, ai fine della propria applicazione, proprio la presenza di un fatto punibile, E. Busson, Nemo tenetur se detegere *e falso in bilancio: una questione ancora aperta*, cit., p. 1483 ed E. Infante, Nemo tenetur se detegere *in ambito sostanziale: fondamento e natura giuridica*, cit., p. 837.

del *se detegere* in senso stretto, rappresentano una presa d'atto del legislatore di come, in talune circostanze, l'aver agito l'autore sotto l'impulso di conservare la propria libertà valga ad elidere la sua rimproverabilità soggettiva. Per contro, ipotesi come quella dell'aggravante teleologica, peraltro presenti anche nella parte speciale del codice penale, appaiono radicate, in modo non condivisibile, su esigenze di prevenzione generale, e perciò prescindono da considerazioni attinenti alla colpevolezza[240].

Invero, l'istinto di auto-conservazione del reo, quale certamente si manifesta nei casi in cui un reato venga commesso per "occultarne" un altro, parrebbe semmai motivare, in senso diametralmente opposto a quello dell'aggravante, e coerentemente agli indici normativi desumibili dall'art. 384 c.p., un trattamento sanzionatorio più mite; ciò in considerazione dello stesso principio di colpevolezza, che impone un adeguamento della pena al *quantum* di rimproverabilità soggettiva dell'autore[241]. Laddove quest'ultima venga inasprita solamente in vista di un meccanico effetto di deterrenza, come accade nel caso della circostanza di cui all'art. 61, n. 2, c.p. e delle di-

[240] Si vedano, in particolare, l'art. 628, co. 2, c.p., laddove il disvalore della fattispecie pare accentuato dal fine di "sottrarsi all'impunità" e la circostanza aggravante speciale di cui all'art. 576, comma 1, n. 1, c.p. In relazione a quest'ultima si consenta di rinviare a D. Tassinari, *I delitti di omicidio doloso*, in Aa.Vv., *Trattato di diritto penale*, cit., Parte speciale, Vol. VII, p. 47: «occorre […] rilevare come l'aggravante in discorso sollevi significativi problemi di raccordo con il principio, immanente al sistema processuale quanto al diritto sostanziale, del nemo tenetur se detegere: sotto questo profilo, specie dopo l'entrata in vigore del 'nuovo' art. 111 Cost. e l'accoglimento nel nostro ordinamento del principio del 'giusto processo' ivi contemplato, non appare più del tutto persuasiva la scelta del legislatore di operare un inasprimento sanzionatorio sganciato dal piano concreto dell'offesa […] e tutto incentrato sulla volontà del reo – che qui si profila come meramente 'antidoverosa' – di sottrarsi all'incriminazione».

[241] «La colpevolezza, beninteso, deve restare aderente e ancorata al fatto – e non rendersi da questo autonoma, diventando una colpevolezza per la condotta di vita, d'autore, dell'atteggiamento interiore, ecc. – ma non riguarda solo il fatto, bensì piuttosto, come evidenziato dalla stessa Corte costituzionale, *il rapporto tra fatto* (voluto o realizzato per colpa) *e autore*», cfr. M. Donini, *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, cit., p. 291; ed è solamente alla luce dell'analisi di tale rapporto che la pena può assumere la veste di "materializzazione del rimprovero" che le è costituzionalmente confacente, cfr. G. Marini, voce *Colpevolezza*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. II, 1988, p. 322, nonché D. Santamaria, voce *Colpevolezza*, in *Enc. dir.*, 1960, Vol. VII, p. 648.

sposizioni che ne ricalcano il modello, pare ravvisabile uno stridente contrasto con i principi costituzionali inerenti all'imputazione soggettiva del reato[242].

[242] Ad avviso di O. Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., p. 394, «si potrebbe comunque sostenere che l'aggravante della connessione ipotattica, introdotta dal legislatore fascista, non sia più conforme a un'avanzata ricostruzione del diritto di difesa».

Capitolo III

TIPICITÀ, ANTIGIURIDICITÀ, COLPEVOLEZZA E LIBERTÀ DALLE AUTOINCRIMINAZIONI

Sommario: Sezione I: La libertà dalle autoincriminazioni nel sistema penale. Sue combinazioni ed interferenze con l'illecito penale e l'illecito amministrativo. Le norme comportanti obblighi dichiarativi ed indirizzate *ex ante* a categorie "sospette". Gli obblighi dichiarativi a contenuto apparentemente neutro e quelli connessi ad una "libera scelta" dell'interessato. – 1. *Se detegere* e commisurazione della pena. La valenza diacronica del principio nel sistema penale. – 1.1. Cenni in merito ai rapporti fra così detta legislazione premiale e diritto di difesa. – 2. Il privilegio dalle autoincriminazioni quale limite costituzionale per il legislatore. – 2.1. Alcune ipotesi problematiche di obblighi di autoincriminazione legislativamente imposti. – 3. Gli ambiti dell'intervento legislativo *prima facie* non collidenti con il *se detegere*. – 4. Gli obblighi dichiarativi connessi ad una "libera scelta" dell'interessato. – 4.1. Alcune esemplificazioni della categoria. – Sezione II: Il *se detegere* quale elemento escludente la tipicità del reato, l'antigiuridicità, ovvero la colpevolezza. Le problematiche dell'imputazione soggettiva nelle situazioni ove l'autoincriminazione non opera quale causa di giustificazione. – 1. Sintesi preliminare dei risultati dell'indagine. – 2. Libertà dalle autoincriminazioni e tipicità del reato. – 3. Il *se detegere* quale causa di liceità. – 3.1. La portata scriminante del principio in rapporto alle condotte calunniose. – 4. Le obiezioni mosse da una parte della dottrina circa la veste giustificante della libertà dalle autoincriminazioni. Loro confutazione. – 5. Limiti euristici del *seipsum prodere* quale causa di liceità e casi problematici. – 6. Il momento soggettivo della libertà dalle autoincriminazioni. Rilievi preliminari. Alcune osservazioni sul delitto di frode processuale. – 7. L'imputazione soggettiva del reato nei casi "celebri" di (supposta) inesigibilità della condotta radicati sulla libertà dalle autoincriminazioni. – 7.1. Le ipotesi caratterizzate dalla ravvisabilità di un medesimo disegno criminoso. – 7.2. Le ipotesi fondate su di una "libera scelta" del soggetto agente. – 7.3. *Se detegere* e responsabilità oggettiva. – 8. Rilievi conclusivi.

Sezione I
La libertà dalle autoincriminazioni nel sistema penale. Sue combinazioni ed interferenze con l'illecito penale e l'illecito amministrativo. Le norme comportanti obblighi dichiarativi ed indirizzate *ex ante* a categorie "sospette". Gli obblighi dichiarativi a contenuto apparentemente neutro e quelli connessi ad una "libera scelta" dell'interessato

1. Se detegere *e commisurazione della pena. La valenza diacronica del principio nel sistema penale*

La libertà dalle autoincriminazioni, si è visto, presenta una pluralità di dimensioni e sfaccettature. Essa ha una struttura a connotazione tanto oggettiva che soggettiva, appartiene ai fondamenti del diritto penale sostanziale non meno che a quelli della procedura penale e può venire in considerazione in momenti antecedenti (ed anche successivi, come si dirà fra breve) al processo. Questo volto complesso e proteiforme del principio pare ben esemplificato, oltre che dalle sue diverse dimensioni operative, anche dalle sue peculiari interazioni con gli ambiti della commisurazione della pena e della così detta legislazione premiale. Si tratta, peraltro, di due settori strettamente collegati sul piano logico e parimenti in grado di mettere a repentaglio i contenuti di garanzia del principio.

Il tema della commisurazione della pena si colloca, per così dire, perfettamente a cavallo della "doppia matrice", processuale e sostanziale, del *nemo tenetur*. Nella cornice dei vari elementi valutativi individuati dall'art. 133 c.p. ai fini del procedimento commisurativo, e segnatamente nel *genus* della capacità a delinquere, figura il parametro della "condotta susseguente al reato". Esso – come è noto – assume una notevole rilevanza pratica, in quanto sembra stabilire una relazione diretta fra il *quantum* della pena e la condotta mantenuta dal reo successivamente alla commissione del reato, nel cui (in-

determinato) ambito si innesta anche il così detto "comportamento processuale"[1].

Più in particolare, le modalità di esercizio del diritto di difesa, siano esse attive o passive, sembrerebbero di per sé costituire, alla luce di una tale disciplina, un autonomo parametro di quantificazione della sanzione. Tale conclusione è stata, peraltro, confermata da una parte della giurisprudenza di legittimità (non mancano però contrasti sul punto), che ha riconosciuto al giudice di merito come si è già detto il potere di trarre dal comportamento processuale dell'imputato elementi «indicativi del suo grado di ribellione alla legge»[2]. Anche l'esercizio del diritto al silenzio e, se ne deve desumere, ancor di più del diritto al mendacio, stando ad alcune maggiormente esplicite posizioni della suprema Corte, potrebbe assurgere ad indice di una «personalità negativa»[3].

---

[1] Per un inquadramento del problema della commisurazione della pena ed in particolare della "capacità a delinquere" si vedano: F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, I, *Nozioni e ed aspetti costituzionali*, Milano, 1965, p. 74 ss.; O. Custodero, *Capacità a delinquere e commisurazione della pena: problemi e orientamenti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 78; G.A. De Francesco, *Appunti sulla capacità a delinquere come come criterio di determinazione della pena nel reato continuato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, p. 1450 ss.; E. Dolcini, *Discrezionalità del giudice e diritto penale*, in G. Marinucci, E. Dolcini (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 269; Id., *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, *passim*; E. Morselli, *Il significato della capacità a delinquere nell'applicazione della pena*, in *Riv. it. proc. pen.*, 1977, p. 1343; M.G. Tascone, voce *Applicazione della pena*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, p. 1 ss.; M. Spasari, *Capacità a delinquere e pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, p. 7 ss.

[2] Così Cass. pen., 10 gennaio 1979, in *Riv. pen.*, 1979, p. 665. Sul punto si vedano le osservazioni svolte nella parte seconda, capitolo primo, § 5.

[3] «Il silenzio dell'imputato può essere valutato sul piano del comportamento processuale, ai fini della concessione del beneficio previsto dall'art. 62 *bis* c.p., sintomo di negativa personalità o di capacità a delinquere» (cfr. Cass. pen., sez. II, 27 febbraio 1997, n. 2889, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, p. 1120, nota di R. Lopez). In senso analogo, si vedano, fra le altre Cass. pen., sez. I, 3 marzo 1994, in *Cass. pen.*, 1995, p. 1293: «se è vero che l'imputato ha diritto a tacere o anche a mentire, è anche vero che il suo comportamento processuale può essere valutato dal giudice, che può trarre da esso il convincimento di una personalità negativa, tanto più se l'imputato ha mostrato un elevato grado di insensibilità verso i familiari della vittima, fornendo dichiarazioni non veritiere sul suo conto e sul suo movente». In senso recisamente contrario si vedano però, per tutte, Cass. pen., Sez. III, 26 ottobre 1995, in *Cass. pen.*, 1997, p. 988: «l'esercizio di facoltà processuali dell'imputato, quali quella di non consentire all'esame […] o quella di non rilasciare dichiarazioni contro sé stesso, non può essere valutato come parametro ai sensi dell'art. 133

Ove si condividesse un tale orientamento, si dovrebbe concludere che il sistema penale configuri il *se detegere* al contempo come un contenuto essenziale del diritto di difesa e come un indice del "bisogno di pena", ovvero della necessità di risocializzazione del colpevole. Tuttavia, asserire che l'esercizio di un diritto possa comportare effetti pregiudizievoli risulta intrinsecamente incoerente[4]. L'orienta-

---

c.p. per negare le circostanze attenuanti generiche; infatti l'esercizio di un diritto processuale non può legittimamente considerarsi come comportamento processuale negativo». Nella medesima prospettiva, si veda, per tutte, anche Cass. pen., Sez. III, 15 marzo 1995, in *Cass. pen.*, 1997, p. 171 ss. «i benefici di legge non possono essere negati in considerazione dell'assenza di 'risipiscenza processuale' dell'imputato che non consente una prognosi favorevole. Infatti, l'esercizio del diritto di difendersi – in cui finisce per sostanziarsi l'assenza di resipiscenza processuale – non può essere assunto ai sensi dell'art. 133 c.p. come elemento in base al quale dedurre una futura capacità a delinquere». Per l'individuazione dell'ulteriore giurisprudenza tendente ad escludere il comportamento processuale dalle "condotte susseguenti al reato" v. F. Tagliarini, *Attenuanti generiche e comportamento processuale del reo*, in *Scuola pos.*, 1968, p. 143.

[4] Esclude la possibilità di conferire, in sede commisurativa, rilievo al comportamento processuale, in quanto in ciò sarebbe ravvisabile una lesione del diritto di difesa ed, *in primis*, del canone del *nemo tenetur*, E. Dolcini, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, p. 316. L'Autore, in particolare, muove da un richiamo alla nozione di "fatto" di cui all'art. 25, co. 2, Cost.: «Quanto all'ipotesi di una valutazione autonoma del comportamento processuale dell'imputato, le obiezioni incentrate sull'estraneità al fatto di tali condotte appaiono difficilmente superabili, quand'anche si accolga una nozione ampliata di "fatto". Non solo: anche il rispetto dei diritti di difesa, costituzionalmente garantiti, ed in particolare del principio secondo cui l'imputato non è tenuto a contribuire alla prova della propria colpevolezza, vieta di valutare a suo sfavore nella commisurazione della pena qualsiasi condotta realizzata nell'esercizio di tali diritti». Nella medesima prospettiva, si veda M. Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974, p. 352: «come è possibile far rientrare nel comportamento processuale dell'imputato, inteso quale fonte legittima del decidere, la sua reticenza, il suo silenzio, la sua dichiarazione mendace, la sua linea difensiva, visto che si tratta di altrettanti diritti, ora riconosciutigli dal diritto positivo?». In senso analogo si vedano anche V. Grevi, *"Nemo tenetur se detegere"*, cit., p. 126: «l'espresso riconoscimento [all'imputato] di un vero e proprio diritto al silenzio esclude, infatti, che dall'esercizio di quel diritto, che s'inquadra nella più ampia area di esplicazione dell'autodifesa, sia consentito desumere degli elementi di convincimento a favore delle tesi d'accusa»; nella manualistica, T. Padovani, *Diritto penale*, 10ª ed., Milano, 2006, p. 317. Sembra, per contro, ammettere la possibilità di una valutazione negativa del esercizio dello *ius mentiendi* O. Dominioni, *Commento agli artt. 64-65*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, Vol. I, cit., 1989, p. 405: «un atteggiamento menzognero, e non il mero esercizio del diritto al silenzio, può prestarsi a valutazioni negative sul piano penale sostanziale, ai fini della commisurazione della pena o della concessione delle circostanze attenuanti generiche».

mento all'esame appare, nella sua stessa impostazione di fondo, privo di fondamento logico; a maggior ragione censurabile risulta però quanto siffatta scelta interpretativa non esplicita e, per così dire, lascia sottinteso. Essa, a ben guardare, riflette, da un lato, una concezione del diritto di difesa insofferente ed inquisitoria, che lo relega ad orpello formale del processo, e, dall'altro, un atteggiamento fuorviante e paternalistico nei confronti dell'imputato. Dal punto di vista di questi, l'ordinamento, sotto le mentite spoglie di una generica valutazione comportamentale, in astratto legittima, ma così ampia da restare del tutto indeterminata nei contenuti, finisce per introdurre una remora in grado di annichilire la sua libertà morale. Un tale modo di impostare il rapporto fra giudice ed imputato si risolve nella formulazione di una minaccia sottintesa, eppure percepibile in modo chiarissimo ed in tutta la sua portata: l'accusato è formalmente libero di non confessare il proprio misfatto e, non essendo ciò espressamente vietato dalla legge, può finanche giocare d'azzardo e spingersi sino a negarlo mendacemente; egli è però tacitamente avvisato che, se tanto oserà, la giustizia ne trarrà le debite conseguenze e la pena che dovrà scontare sarà sensibilmente maggiore di quella che gli sarebbe stata comminata se avesse scelto la via, semplificante e "meritoria", della confessione.

L'estrema pericolosità, sul piano delle garanzie, di un tale modo di impostare la questione appare manifesta: colui che in astratto dovrebbe presumersi innocente, nonché partecipare al processo quale titolare di un diritto di non collaborare alla formazione delle prove a suo carico, di mentire, di interloquire liberamente, di svolgere le proprie argomentazioni fiducioso del fatto che mai gli verrà imposto di soccombere moralmente all'accusa, viene posto innanzi ad una remora in grado di elidere in un sol colpo ogni sua prerogativa.

La libertà della difesa, in quest'ottica, è svalutata al punto da risultare del tutto trasfigurata: da diritto fondamentale, da tratto distintivo dell'assetto garantistico della giurisdizione, essa è sacrificata sino ad apparire come un ostacolo alla celere e doverosa punizione del colpevole; egli neppure ad un livello ideale figura nel processo come un antagonista ad "armi pari" dell'accusa, ma, all'opposto, ne viene a tal punto evidenziata la condizione di subordinazione mo-

rale, che diviene degno di considerazione (e di un più mite trattamento) solamente laddove decida, in modo sbrigativo ed indolore, di capitolare.

Una tale impostazione del rapporto fra accusato e giudice, peraltro, sottende una sfumatura paternalistica che quasi riecheggia il "modello familiare" del processo che è stato lumeggiato da una parte della dottrina nordamericana[5]. Il *quantum* di ribellione ravvisabile in una difesa tenace, seppur legittima e corretta, consente, in ragione dell'atteggiamento di antagonismo verso lo stato che se ne ricava, l'irrogazione di una pena vieppiù aspra e sorda alle ragioni dell'imputato; ciò in quanto compito di uno stato tutorio (e censorio) è quello di andare ben oltre l'accertamento del fatto-reato, e di spingersi sino a pretendere dal reo una rinuncia alla propria autonomia morale, ovvero una simultanea ed incondizionata adesione ai *desiderata* dell'autorità. I rapporti fra commisurazione della pena e libertà dalle autoincriminazioni mettono a nudo, a ben vedere, l'estrema instabilità delle garanzie che la prima racchiude: l'indeterminatezza di un singolo indice commisurativo, utilizzata strumentalmente ed in chiave inquisitoria, è sufficiente, laddove si guardi al processo come ad un luogo di espiazione anziché come alla sede di un confronto dialettico sul "fatto", ad aprire un'insidiosa breccia nell'intero sistema delle garanzie costituzionali inerenti al diritto di difesa. Al contempo, siffatto scenario rivela appieno le forti istanze libertarie sottese al principio, la sua attinenza alla sfera morale ed in senso ampio personale dell'individuo; se si vuole, la giusta aspettativa di questi ad essere giudicato solamente per quanto ha commesso, per gli oggettivi contenuti del suo *wrongdoing*, non anche per quanto, nella propria più intima ed inviolabile sfera di libertà, pensa, crede, asserisce[6]. Il *se detegere* manifesta in ciò un saldo raccordo con il complesso dei diritti della personalità, e ne è forse un'espressione di spicco, giacché vale a tutelare, in primo luogo, l'insopprimibile autonomia del foro interno dell'individuo nel peculiare contesto dei

[5] Cfr. le considerazioni svolte *supra*, nella parte prima, capitolo secondo, § 2.

[6] Si esprime analogamente S. Canestrari, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, cit., p. 145, in relazione al principio di laicità, alla stregua del quale deve escludersi «che un libero cittadino possa essere perseguito per ciò che è, pensa, vuole».

suoi rapporti, storicamente sempre vacillanti ed insidiosi, con l'autorità e lo stato. Il principio assume, in quest'ottica, un significato finanche trascendente la sua matrice tecnica di diritto processuale, e assurge ad un indice di portata generale della necessità di costruire in chiave fortemente oggettivata la stessa assiologia penale: non solo il fatto-reato, ma anche il processo, la fase del trattamento, persino quella, meramente eventuale, degli istituti indulgenzialistici, debbono essere improntate alla verifica di dati ed accadimenti quantomeno tendenzialmente materiali, in ogni caso prescindendo dalla ricerca della confessione del reo, ovvero dalla sua rinuncia alla propria libertà morale.

Il *nemo tenetur* si palesa in ciò come una costante che copre l'intero *iter* della vicenda punitiva: appare perspicua, in questa prospettiva, la giurisprudenza della suprema Corte alla stregua della quale, proprio alla luce del *se detegere*, la confessione del condannato non può essere considerata quale un elemento necessario per la concessione allo stesso di misure alternative alla detenzione[7]; un indirizzo giustamente in antitesi con la deprecabile prassi di ravvisare nella confessione una *condicio sine qua non* per l'ottenimento di siffatti benefici[8], laddove, viceversa, essi dovrebbero essere concessi sola-

[7] «Ai fini dell'affidamento in prova al servizio sociale, la mancata ammissione da parte del condannato della propria colpevolezza non può indurre a una prognosi sfavorevole in ordine alla commissione di altri reati, sia perché nel processo penale l'imputato non ha obbligo di verità, sia perché l'assenza di confessione può essere dettata dai più svariati motivi senza che, solo per questo, essa sia sintomatica di mancato ravvedimento o di pericolosità sociale o dell'intenzione di persistere nel crimine» cfr. Cass. pen., sez. I, 20 febbraio 2008, n. 18388, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1235. Nella medesima prospettiva si veda, per tutte, Cass., sez. I, 8 febbraio 2008, n. 8258, in *Cass. pen.*, 2009, 1689: «ai fini della concessione di una misura alternativa alla detenzione, non è necessaria la confessione del condannato, che, pur attivandosi per partecipare all'opera di rieducazione, ha diritto di non ammettere le proprie responsabilità, ma si deve tener conto del grado di consapevolezza e di rieducazione raggiunto dallo stesso, nonché dell'evoluzione della sua personalità successivamente al fatto, al fine di consentire un'ulteriore evoluzione favorevole e un ottimale reinserimento sociale». Fra le numerose pronunce in senso conforme, vedi, per tutte, Cass. pen., sez. I, 13 ottobre 1992, in *Giust. pen.*, 1993, II, p. 677; Cass. pen., sez. I, 04 maggio 1990, in *Cass. pen.*, 1991, I, p. 2045.

[8] Non di rado un tale approccio è stato avallato anche dalla giurisprudenza meno recente: «non può essere concesso il beneficio dell'affidamento in prova al servizio sociale in assenza di revisione critica da parte del condannato rispetto al proprio operato "contra legem". In particolare, la valutazione del tribunale cir-

mente alla luce di una valutazione, marcatamente oggettiva, del percorso di reinserimento sociale intrapreso dal condannato.

Parimenti, appare significativo il fatto che il codice di procedura penale del 1988 abbia risolto ogni dubbio circa la possibilità che la grazia venga concessa al condannato anche *ex officio*, ovvero sulla base di un'autonoma valutazione del Presidente della Repubblica circa l'iniquità della pena irrogata ed anche a prescindere da una richiesta dell'interessato. L'attuale configurazione dell'istituto, a differenza di quella del previgente codice di procedura, rende con ciò palese la non necessarietà di un'ammissione, da parte di questo, della propria responsabilità per il fatto addebitatogli ed al contempo vale a rafforzare la necessità di una valutazione in chiave oggettiva dei presupposti dell'atto indulgenziale[9].

---

ca l'evoluzione in senso positivo della personalità del reo deve essere "attuale", al fine di verificare se la misura extra carceraria richiesta sia idonea a fronteggiare la sua eventuale residua pericolosità. Unico strumento per verificare la resipiscenza è l'osservazione della personalità del soggetto"» cfr. Sezione Sorveglianza Milano, 10 febbraio 2000, in *Foro ambr.* 2000, p. 567, con nota di A. Lanzi, F. Paola; analogamente Sezione Sorveglianza Milano, 29 maggio 1997, in *Foro it*. 1998, II, p. 33, con nota di G. La Greca. Appare, peraltro, ambigua ed inconciliabile, a ben vedere, con il diritto di difesa anche Cass. pen., sez. I, 15 dicembre 1995, n. 6634, in *Cass. pen.*, 1997, p. 542: «l'affidamento in prova e la semilibertà possono essere disposti solo quando il tribunale giunga ad una prognosi positiva sulle possibilità di reinserimento del condannato nella vita sociale. Tale prognosi è legittimamente esclusa quando questi, pur mantenendo una condotta carceraria corretta, non sia pervenuto a una revisione critica del proprio passato, continuando a sostenere la propria innocenza pur non assumendo alcuna iniziativa processuale per ottenere la revisione del giudizio. Non si richiede con ciò al condannato una confessione postuma, ma un rifiuto netto della pratica quale indispensabile premessa per un giudizio prognostico favorevole sul comportamento futuro in caso di riacquisizione della libertà».

[9] L'attuale art. 681 c.p.p., a differenza dell'art. 595 del codice di procedura penale previgente riconosce esplicitamente la possibilità che la grazia venga concessa anche in assenza di una richiesta dell'interessato. In dottrina, a questo proposito si veda, in particolare, G. Camerini, voce *Grazia, Profili penali e processuali*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. VI, Torino, 1992, p. 49; peraltro, anche nel vigore del "vecchio" codice di procedura, una parte della dottrina aveva sottolineato come la concessione del beneficio fosse possibile in assenza di una domanda dell'interessato. Cfr., sul punto, G. Camerini, *La grazia, la liberazione condizionale e la revoca anticipata delle misure di sicurezza*, Padova, 1967, p. 41, nonché G. Gianzi, voce *Grazia (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 774. Per un quadro d'assieme sull'attuale fisionomia dell'istituto, anche in relazione alla nota sentenza n. 200 del 2006 della Corte costituzionale, relativa al conflitto di attribuzioni fra Presidente della Repubblica e Ministro della giustizia in ordine all'esercizio del potere di gra-

Benché i legami fra libertà dalle autoincriminazioni e grazia, a quanto consta, non siano mai stati messi in luce dalla dottrina, non pare dubitabile che, laddove l'esperimento dell'unico possibile rimedio alle iniquità del giudicato dovesse essere subordinato ad una esplicita confessione del reato commesso, l'intera fisionomia personalistica e di autonomia morale del principio verrebbe disattesa; invero, nella grazia si manifesta forse in modo più immediato che altrove la carica simbolica del *seipsum prodere*, in quanto il rapporto stato-cittadino in essa si palesa in una veste così semplificata da farne emergere in modo radicale i contenuti libertari e di civiltà. In una dialettica leale e per certi versi estremamente diretta con l'individuo – si potrebbe dire *vis a vis* –, la massima autorità dello stato non può accentrare il proprio giudizio sulla sottomissione morale di questi all'ordinamento, quasi che si trattasse di una abiura; siffatto giudizio deve, piuttosto, essere focalizzato sulla revisione dell'operato del potere giudiziario o, comunque, su di una considerazione obiettiva della complessiva vicenda del condannato[10]; ed è proprio in ciò che si riflette, a ben vedere, l'inerenza del *se detegere* al volto dello stato di diritto, mentre ne risultano stemperate e rammodernate le connotazioni in parte antistoriche ed antiegalitarie della grazia quale tipico atto di *indulgentia principis*[11].

---

zia, si veda, fra gli altri, C. Paterniti, *Nuove proposte della Corte costituzionale per definire l'esercizio del potere di grazia*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 1156.

[10] In questa prospettiva pare orientato, fra gli altri, G. Camerini, voce *Grazia, Profili penali e processuali*, cit., p. 49, il quale evidenzia il carattere di complementarietà della grazia rispetto alle misure alternative alla detenzione introdotte dalla legge 26 luglio 1975 n. 354 (ed in particolare l'affidamento in prova al servizio sociale, la semilibertà e la liberazione anticipata): «[la grazia] rimane pur sempre un mezzo insostituibile per conciliare diritto ed equità in quei casi in cui i succitati provvedimenti individuali a favore dei condannati non possono operare per difetto delle condizioni previste dalla legge, o, se applicati risultano inidonei, per la loro relativa limitatezza, alle necessità peculiari del singolo condannato»; se, come pare corretto, la grazia deve intervenire quando la rieducazione del reo è già avvenuta, non può allora che convenirsi sul fatto che essa, non diversamente dalle stesse misure alternative alla detenzione (per le quali si veda la giurisprudenza della suprema Corte richiamata *supra*, nel testo), debba fondarsi su una diagnosi oggettiva del percorso rieducativo svolto dal condannato, ovvero debba prescindere dal profilo – soggettivo ed attinente al foro interno dell'individuo, protetto dal *se detegere* – della sua confessione.

[11] Siffatta ancestrale concezione dell'istituto emerge chiaramente dalla giurisprudenza meno recente: «… la grazia, come ha affermato la suprema Corte di

1.1. Cenni in merito ai rapporti fra così detta legislazione premiale e diritto di difesa

Un altro punto merita qualche annotazione: il tema dei rapporti fra commisurazione della pena e libertà dalle autoincriminazioni, si è detto, è fortemente correlato – potrebbe forse dirsi speculare – a quello della così detta legislazione premiale. Non v'è dubbio sul fatto che entrambi i settori dell'ordinamento, sia pure muovendo da angolazioni totalmente diverse, o meglio da approcci strategici contrapposti, siano indirizzati a conseguire un medesimo risultato, ossia quello di rendere assai meno "libera" la scelta di non collaborazione dell'imputato[12]. I due versanti di siffatta strategia sono assai più prossimi di quanto non sembri, ed appaiono anzi divisi da un con-

---

cassazione, si presenta giuridicamente giustificata anche per ciò che concerne i fini della pena poiché, lungi dal risolversi in un inconsulto atto di clemenza, è sempre diretta, specialmente nel vigente ordine costituzionale, a premiare l'emenda del reo quando vi siano fondati elementi per ritenere essersi verificato il suo riadattamento alla vita esterna di relazione». Cfr. R. Reali, voce *Grazia*, in *Enc. giur.*, XV, 1989, p. 3, il quale richiama a questo proposito Cass. pen., 16 giugno 1956, in *Rass. st. penit.*, 1957, p. 92. Sulle origine storiche della grazia si veda, per tutti, P. Pomanti, voce *Amnistia e indulto (dir. proc.)*, in *Dig. disc. pen.*, Aggiornamento, 2005, p. 2005, p. 2; con particolare riferimento alle connotazioni della grazia nel periodo monarchico vedi V. Zagrebelsky, voce *Grazia (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 757; recentemente, si veda l'accurata ricostruzione di V. Maiello, *Clemenza e sistema penale: amnistia e indulto dall'indulgentia principis all'idea dello scopo*, Napoli, 2007, *passim*. Fra gli altri, osserva come gli atti di indulgenza inevitabilmente determinino una frattura del principio di uguaglianza e del principio di inderogabilità della sanzione penale L. Stortoni, voce *Estinzione del reato e della pena*, in *Dig. disc. pen., Aggiornamento*, Torino, 2000, p. 273 ss.

[12] Cfr. E. Dolcini, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, pp. 316-317: «al pari di inasprimenti di pena per un comportamento processuale 'indocile', non possono anzi applicarsi 'sconti' di pena nell'ipotesi opposta, identica risultando la lesione dei diritti di difesa, si spinga l'imputato a confessare con la minaccia oppure con la prospettiva di un premio»; nella medesima prospettiva vedi T. Padovani, *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di "ravvedimento"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 541; nonché L. Ferrajoli, *Ravvedimento processuale e inquisizione penale*, in *Quest. Giust.*, 1982, p. 219 e O. Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., p. 359, il quale sottolinea che «anche la confessione ottenuta prospettando i benefici a essa connessi non può dirsi frutto di una libera scelta. La volizione dell'interrogatorio risulta infatti condizionata in positivo dalle blandizie del trattamento di favore, dell'impunità o delle riduzioni di pena, e in negativo dall'idea che il silenzio venga

fine sottile. La minaccia e la persuasione "premiale", per non parlare brutalmente di mercificazione del contributo collaborativo del reo, sono parimenti in grado di sortire effetti persuasivi sull'imputato e dunque non appaiono, a prima vista, qualitativamente diversi. Il problema, tuttavia, si presenta assai più complesso di quanto non sembri, ed anzi risulta radicato nella fisiologia della dialettica processuale: l'accusato che liberamente scelga di confessare il reato commesso si attende che il proprio comportamento venga valorizzato in chiave attenuante. In un sistema che idealmente negasse qualsivoglia relazione, in senso tanto positivo che negativo, fra quantificazione della pena ed ammissione di responsabilità del condannato, dovrebbe escludersi non solo la possibilità di aggravare la pena nel caso di una mancata collaborazione, ma anche quella di riconoscere al reo confesso mitigazioni sanzionatorie di sorta. Una tale soluzione, tuttavia, appare contrastante con la funzione (tendenzialmente) rieducativa della pena di cui all'art. 27, co. 3, Cost.: ciò in quanto la rielaborazione in chiave critica del fatto commesso, che normalmente si accompagna alla sua confessione, sottintende una meno spiccata necessità di rieducare il condannato[13]. Da ciò discende, se si

---

sanzionato da un'eventuale condanna "senza sconti" o dalla piena e immediata esecuzione delle misure cautelari».

[13] Appaiono pertinenti al problema analizzato nel testo alcune osservazioni recentemente effettuate dalla Corte costituzionale (sent. 10 giugno 2011, n. 183, in *Giur. cost.*, 2011, p. 2371 ss., con nota di G.L. Gatta) in relazione alla questione di costituzionalità dell'art. 62 *bis*, co. 2, c.p. come sostituito dall'art. 1, comma 1, della legge 5 dicembre 2005, n. 251 ed attinente al tema della recidiva (per una lettura in chiave critica di tale riforma si veda, per tutti, T. Padovani, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida dir.*, Dossier, 1/2006, p. 32 ss.). La Corte, in particolare, parte dalla premessa che «la recidiva può basarsi anche su fatti remoti e privi di rilevante gravità e […] la decisione può intervenire anche a distanza di anni dalla commissione del fatto per cui si procede […] successivamente l'imputato potrebbe aver tenuto comportamenti sicuramente indicativi di una risocializzazione in corso, o interamente realizzata, e potrebbe anche essere divenuto una persona completamente diversa da quella che a suo tempo aveva commesso il reato…». Sulla base di queste premesse, «escludere che possa assumere rilevanza, ai fini delle attenuanti generiche, una condotta, successiva al reato, indicativa di una positiva evoluzione in atto della personalità del condannato significa anche porsi in contrasto con l'art. 27, terzo comma, Cost. Infatti l'obiettivo della rieducazione del condannato, posto da questa norma costituzionale, non può essere efficacemente perseguito negando valore a quei comportamenti che manifestano una riconsiderazione critica del proprio operato e l'accettazione di quei valori di

vuole, un'ineliminabile ambiguità della confessione, in quanto, pur non risultando costituzionalmente ammissibile alcuna coartazione dell'imputato ad essa, soprattutto in chiave di inasprimento della pena nel caso di una confessione "mancata", al contempo appare necessario ammetterne una valorizzazione in termini attenuanti.

Nella legislazione premiale, tuttavia, tale ambiguità appare sensibilmente amplificata e si discosta dalla situazione-base appena descritta per la circostanza che qui si assiste ad un vero e proprio "scambio" fra stato e reo, che si concentra non tanto sull'ammissione del fatto proprio, ma sulla chiamata in correità di altri soggetti[14]. L'elemento distintivo dell'ambito della premialità è, in altri termini, un fattore che si colloca all'esterno dei principali parametri costituzionali della quantificazione della pena, ossia della colpevolezza e della rieducazione. La delazione non sembra assumere alcuna valenza in rapporto al giudizio di risocializzazione, in quanto, oltre a risultare concettualmente estranea all'ambito della rielaborazione

---

ordinata e pacifica convivenza, nella quale si esprime l'oggetto della rieducazione». La disposizione dichiarata incostituzionale, peraltro, già all'atto della sua entrata in vigore, era stata contestata da parte della dottrina in quanto appariva in grado di ostacolare significativamente l'individualizzazione del trattamento sanzionatorio. Sul punto cfr. G.L. Gatta, *Attenuanti generiche al recidivo reiterato: cade (in parte) un irragionevole divieto*, cit., p. 2375; A. Melchionda, *Le modifiche in materia di circostanze*, in F. Giunta (a cura di), *Le innovazioni al sistema penale apportate dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251*, Milano, 2006, p. 203. In tale prospettiva, appare corretta la valutazione della suprema Corte in merito alla necessità di prendere in considerazione la confessione fra gli elementi da valutarsi ai fini della concessione delle circostanze attenuanti generiche: «In tema di attenuanti generiche, fermo restando che il giudice non ha l'obbligo di riconoscerne l'esistenza ogni qual volta l'imputato abbia reso spontanea confessione del fatto a lui addebitato, deve tuttavia ritenersi censurabile, in sede di legittimità, la totale mancanza di valutazione di detto elemento, pur espressamente richiamato nei motivi di gravame, nella sentenza con la quale, all'esito del giudizio d'appello, le suddette attenuanti siano state negate». cfr. Cass. pen., Sez. V, 14 maggio 2009, n. 33690, in *Riv. pen.*, 2010, 1, p. 64.

[14] Peraltro, sottolinea T. Padovani, *Il traffico delle indulgenze: "premio" e "corrispettivo" nella dinamica della punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 417, che «il problema dei 'rei collaboratori di giustizia' è […] antico quanto forse il diritto e la procedura penale, se è vero, ad esempio, che la stessa legge salica contemplava un attenuante per la delazione». Ed è in questi casi, come è stato condivisibilmente evidenziato, che «il pericolo di inquinamento dei principi processuali che presiedono all'acquisizione della prova […] diviene più incombente» cfr. L. Stortoni, *Premesse ad uno studio sulla "punibilità"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 419.

critica del fatto proprio, assume una spiccata valenza utilitaristica. Essa, a ben guardare, non sottintende necessariamente, ed anzi nella normalità delle ipotesi non sottintende affatto, un ripensamento critico ed in termini di valore dell'operato del dichiarante, ma piuttosto una scelta opportunistica, strumentale all'ottenimento dei "premi" previsti dalla legge[15]. Viene qui in rilievo una situazione di estrema frizione fra i valori costituzionali in gioco, nella quale la distorsione operativa che attinge il *se detegere* neppure rappresenta il più evidente fra i sacrifici realizzati nella logica del compromesso fra stato e delinquente; invero, l'aspetto meno condivisibile di siffatto filone legislativo è ravvisabile nella rinuncia al principio di uguaglianza, in quanto il "collaboratore" viene paradossalmente premiato in proporzione alla sua pregressa statura criminale, ovvero alla sua capacità di smantellare il tessuto delinquenziale dal quale proviene, che sarà tanto maggiore quanto più egli sia stato ad esso *intraneus* e vi abbia operato in una posizione verticistica[16]. Come esattamente è stato sottolineato in dottrina, un così evidente allontanamento dal quadro dei valori del sistema penale trascende la sfera tecnico-giuridica ed assume una valenza politica; esso, peraltro, realizza, in funzione di un'utilità pratica, per quanto reale e necessaria, una smobilitazione delle stesse fondamenta epistemologiche del processo e del metodo

[15] Invero, la legislazione premiale implica «un cedimento del reo non alla legge violata, ma alla forza dei meccanismi coercitiva attivati, e per converso [implica] il "messaggio" che l'offesa si possa impunemente mantenere non già fino al punto in cui possa essere *efficacemente reintegrata per l'ordinamento*, ma sino al punto in cui possa essere *utilmente protratta per il reo*», cfr. T. Padovani, *Il traffico delle indulgenze: "premio" e "corrispettivo" nella dinamica della punibilità*, cit., p. 409.

[16] «Sul piano sostanziale […] il valore dei benefici è posto in rapporto di proporzione diretta con l'entità della collaborazione prestata: tanto maggiore è il vantaggio accordato al colpevole quanto maggiore è la portata delle sue rivelazioni. Ma poiché la possibilità di fornire contributi eccezionali dipende dal ruolo svolto nella banda terroristica, e dal correlativo livello delle responsabilità assunte nella pianificazione, nell'organizzazione e nell'esecuzione dei crimini perpetrati dagli accoliti, ne deriva che i gregari minori, avendo poco o nulla di importante da rivelare, saranno puniti in misura straordinariamente superiore ai loro capi». Cfr. T. Padovani, *Il traffico delle indulgenze: "premio" e "corrispettivo" nella dinamica della punibilità*, cit., p. 419.

dialettico di accertamento dei fatti sul quale esso strutturalmente si innesta[17].

2. *Il privilegio dalle autoincriminazioni quale limite costituzionale per il legislatore*

Le osservazioni che sino ad ora si sono svolte circa la portata del principio *nemo tenetur se detegere* consentono di tracciare un quadro delle sue molteplici interferenze con il diritto penale sostanziale.

Come la giurisprudenza d'oltreoceano ha perspicuamente messo in luce, esso assume una valenza cangiante, in quanto la sua struttura è binaria, al contempo oggettiva e soggettiva; a seconda delle situazioni in cui affiora nella struttura del reato, interagisce perciò sul fatto tipico, ovvero sull'antigiuridicità o sulla colpevolezza.

Prima di analizzare nel dettaglio ciascuna delle anzidette modalità operative del principio, occorre prendere in esame, tuttavia, un suo livello di estrinsecazione che logicamente si pone "a monte" delle stesse. Il *nemo tenetur*, infatti, in quanto principio-chiave nel contesto costituzionale del diritto di difesa ed immanente all'idea stessa di giusto processo, costituisce il fondamentale parametro per decidere della legittimità costituzionale degli obblighi di auto-incriminazione imposti per via legislativa.

Questo punto della questione, peraltro, risulta assai più complesso di quanto *prima facie* non appaia. Va rilevato come la giurisprudenza soprannazionale che si è più sopra esaminata, nonché quella della stessa Consulta, abbiano posto l'accento sull'impossibilità di attribuire al principio una valenza assoluta, ed abbiano anzi

[17] «Una simile impostazione infrange apertamente 'lo schema triadico e l'epistemologia falsificazionistica propri del garantismo processuale accusatorio'. La presunzione di innocenza (art. 27, co. 2, Cost.), la netta preferenza accordata al 'principio del contraddittorio nella formazione della prova' (art. 111, co. 4, Cost.) e la parità delle parti davanti al giudice terzo e imparziale (Art. 111, co. 2, Cost.), rischiano di essere vanificate dalla piena legittimazione dello scambio tra confessione e delazioni da un lato e impunità totale o parziale dall'altro». Cfr. O. Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., p. 367; la citazione è tratta da L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 624.

espressamente sottolineato la legittimità di sue eventuali limitazioni, laddove esse siano motivate dalla necessità di dare attuazione a contro-interessi configgenti[18].

Deve perciò escludersi, in primo luogo, che il *se detegere* possa godere, quantomeno sul versante del diritto penale sostanziale, di una incondizionata latitudine operativa. Basti pensare, a questo proposito, all'azione amministrativa dello stato e degli enti territoriali, che è normalmente perseguita mediante l'imposizione di obblighi dichiarativi della più disparata natura e tali da pervadere ogni settore della relazione stato-cittadino: dall'ambito fiscale, a quelli della circolazione dei veicoli, dell'anagrafe, della sanità ecc. Se si ritenesse, in termini estremamente semplificanti, che la legislazione inerente a ciascuno di questi settori, potendo astrattamente collidere con l'esigenza del singolo di non rivelare l'esistenza di un proprio pregresso *opus illicitum*, presenti profili di incostituzionalità, si incorrerebbe in un evidente paradosso. Il concetto di "non collaborazione" sotteso al privilegio, laddove fosse portato alle estreme conseguenze, finirebbe per sterilizzare totalmente le relazioni fra il singolo e le istituzioni; ciò rende ben evidente come il *se detegere*, coerentemente alle suggestive ricostruzioni propugnate dalla letteratura d'oltreoceano, racchiuda un nocciolo non solo libertario, ma addirittura anarchico, in quanto potenzialmente esprime un radicale rifiuto dell'individuo a cooperare con le autorità pubbliche[19]. In quest'ottica, esso si presta altresì a raccordi speculativi con alcuni recenti studi del diritto civile che, in parte sviluppando sino ai suoi estremi limiti contenutistici il concetto di *privacy*, sono giunti a teorizzare l'esistenza di un

[18] Cfr. le già richiamate Corte cost., 19 febbraio 1965, n. 5, in *Giur. cost*., 1965, p. 43; Corte cost., 22 marzo 1971, n. 55, in *Giur. cost.*, 1971, p. 577. In relazione alla giurisprudenza soprannazionale, oltre ai rilievi effettuati *supra*, nella parte seconda, capitolo secondo, § 6., si vedano le osservazioni di M.A. Loiodice, *L'utilizzabilità dei mezzi di prova nel processo penale secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 51, la quale evidenzia come nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo «a differenza delle violazioni del divieto di tortura, quelle relative al diritto alla riservatezza o ai diritti riconosciuti nel processo – in particolare il diritto a non auto-incriminarsi – richiedono una valutazione complessiva del caso per verificare se abbiano escluso il carattere equo del processo stesso».

[19] Cfr. M.S. Green, *The privilege's last stand: the privilege against self-incrimination and the right to rebeal against the state*, cit., p. 628 ss.

diritto del singolo all'anonimato, ossia, se si vuole, ad una forma radicale di "non collaborazione"[20].

Siffatte speculazioni, per quanto non prive di interesse, paiono però più attinenti a quello che si è designato come "lato oscuro" del principio, coincidente con l'istinto dell'individuo alla conservazione della libertà, mentre non valgono a chiarificarne il suo possibile ruolo come parametro di costituzionalità delle norme.

Occorre, invero, prendere atto di come, nella normalità delle ipotesi, la previsione per via legislativa di obblighi dichiarativi, identificativi ecc. non si ponga in contrasto con il *se detegere*; ciò in quanto essa risulta espressiva di un'esigenza minimale, immanente ad ogni società organizzata, di regolamentazione giuridica di situazioni o rapporti fra l'individuo e la collettività, ed altresì costituisce il normale presupposto di ogni relazione dotata di valenza giuridica, ivi incluse quelle di tipo privatistico. Un esempio banale, eppure chiarificatore, può essere quello dell'obbligo imposto dalla legge di apporre una targa ai veicoli circolanti e di iscriverli nei pubblici registri; esso vale a soddisfare una pluralità di esigenze, come il dare certezza al trasferimento dei così detti beni mobili registrati, ma è altresì funzionale a renderne immediatamente identificabili i proprietari nel caso di sinistri, ovvero in quello della commissione di illeciti. Ipotizzare che l'obbligo in parola possa collidere con il *se detegere* per gli effetti auto-incriminanti che potenzialmente ne derivano equivarrebbe ad anteporre l'osservanza del principio alla tutela di qualsiasi altra esigenza a valenza in senso ampio collettiva[21].

Il punto di equilibrio fra il *nemo tenetur*, i valori processuali che esso riflette, il suo peculiare volto di diritto a non collaborare con l'autorità, da un lato, e, dall'altro, il fisiologico rapporto di lealtà e reciproca responsabilizzazione fra stato e cittadini, va perciò ricostruito tenendo conto di una pluralità di indici e fattori.

---

[20] A questo proposito, v. G. Finocchiaro, *Introduzione*, in *Diritto all'anonimato*, cit., p. XVII.

[21] In questa prospettiva, non suscita stupore il fatto che la Corte costituzionale abbia «sempre negato l'operatività del cosiddetto nemo tenetur in relazione ad attività dell'amministrazione pubblica» (cfr. R. Orlandi, *Atti e informazioni dell'autorità amministrativa nel processo penale*, cit., pp. 175-176).

Nella valutazione di costituzionalità in parola paiono confluire considerazioni eterogenee, in quanto esse non sono solamente di natura giuridica, ma rinviano al sostrato fattuale ed empirico e, soprattutto, alle dinamiche della formazione della prova concretamente riscontrabili in determinati settori. Vi sono situazioni nelle quali sarebbe estremamente difficile e dispendioso accertare in giudizio un certo accadimento senza ricorrere all'apporto conoscitivo di determinati soggetti che da esso sono "interessati".

Gli esempi possono essere molteplici: basti pensare al caso del primario ospedaliero che, pur avendo colposamente cagionato lesioni ad un proprio paziente durante un intervento chirurgico, è tenuto a compilare la cartella clinica e, dunque, ad illustrare in maniera veritiera, sotto minaccia di una sanzione penale, le modalità dell'intervento[22]. Casi analoghi a quello in discorso sono mutuabili dalla già analizzata giurisprudenza inerente al *se detegere* "sostanziale"[23]: emblematici sono quelli dell'amministratore di società che falsifichi i bilanci per evitare di confessare il proprio precedente illecito e dell'agente di polizia che compili in modo non veritiero un verbale d'arresto onde evitare di rivelare una propria pregressa condotta di omissione d'atti d'ufficio.

In siffatte situazioni, benché si sia astrattamente in presenza dell'imposizione di condotte auto-incriminanti, non pare ipotizzabile una operatività del *se detegere* quale limite costituzionale alle fattispecie penali che di volta in volta vengono in considerazione, né, come si dirà fra breve, pare che esso possa qui operare in chiave "giustificante".

L'individuazione delle situazioni nelle quali il *nemo tenetur* può fungere da limite costituzionale alla legislazione penale potenzialmente comportante un obbligo di *edere contra se* pare perciò connotata, innanzitutto, da un aspetto negativo: non deve ricorrere – può affermarsi in prima approssimazione – una situazione nella quale il soggetto attivo del reato si sia fatto volontariamente carico di un obbligo di ricostruzione veritiera di determinati fatti o accadimenti,

[22] Per quest'esempio si veda D. Pulitanò, Nemo tenetur se detegere: *Quali profili di diritto sostanziale?*, cit., p. 446.

[23] Cfr. la casistica analizzata *supra*, nella parte seconda, capitolo primo, § 5.

obbligo che normalmente risulta funzionale alla tutela dei beni giuridici coinvolti nella sua attività.

Invero, sono gli stessi canoni della ragionevolezza e del bilanciamento dei beni usualmente adottati dalla Corte costituzionale ad imporre una simile delimitazione preliminare; se, sul piano empirico, sono riscontrabili esigenze di tutela esterne che si sovrappongono all'oggetto dell'autoincriminazione, le quali non possono essere soddisfatte se non grazie all'assunzione di specifici doveri dichiarativi, appare un nonsenso ipotizzare che la libera assunzione di siffatti doveri possa poi essere disattesa dal soggetto interessato invocando il *se detegere*. In situazioni del tipo di quelle appena considerate emergono taluni limiti logici all'operatività del principio, che valgono ad escluderne l'applicazione tanto al livello dell'antigiuridicità che a quello della colpevolezza.

In rapporto alla prima, non pare ravvisabile, in ipotesi del tipo di quelle considerate, una situazione di antinomia riconducibile alla sfera dell'art. 51 c.p. Invero, l'assunzione di un dovere di garanzia in ordine alla veridicità di talune dichiarazioni è logicamente incompatibile con il diritto di non renderle ovvero di renderle mendacemente. Si potrebbe obiettare che, nel momento in cui un soggetto assume un dovere di tal fatta non è in grado di prevedere se in futuro questo potrà confliggere con il proprio diritto di difesa. Nondimeno, egli sa assai bene che tale conflitto *potenzialmente* esiste, e dunque, poiché ha assunto un impegno di tutela rispetto a taluni beni giuridici, deve far si che non si creino le condizioni per cui esso venga in essere.

Egli, allorquando diviene "garante" è, dunque, perfettamente consapevole del fatto che dovrà astenersi dal commettere illeciti penali giacché potrebbe trovarsi costretto a disvelarli proprio nel momento in cui è chiamato ad adempiere ai suoi obblighi dichiarativi; inoltre, è perfettamente in grado di prevenire la verificazione di una tale situazione di "conflitto di interessi", in quanto occorrerà un suo *dolo*, ovvero quantomeno una sua *colpa*, perché tali reati si realizzino. Detto altrimenti, appare giuridicamente impensabile che, nel momento in cui taluno si fa scientemente carico di un obbligo di "dichiarare veridicamente" possa nello stesso tempo – per così dire – "riservarsi" di commettere reati, o meglio, di venir meno ai doveri

che ha liberamente assunto, stante la sopravvenuta necessità (da lui stesso creata) di evitare la propria autoincriminazione. È chiaro che il mantenimento di una tale "riserva mentale" renderebbe non seria, e soprattutto intrinsecamente incoerente, la manifestazione di volontà con la quale il soggetto assume la propria funzione di garanzia[24]: neppure avrebbe senso parlare di un ruolo "di garanzia" se si ritenesse che il soggetto, nel momento in cui di esso si fa carico, implicitamente non si assuma anche l'impegno di evitare che simili situazioni possano venire a crearsi, e, di conseguenza, non rinunci preventivamente all'esercizio della libertà dalle autoincriminazioni qualora esse effettivamente si creino. Ergo: chi accetta di svolgere un ruolo di garante in relazione alla veridicità di determinati fatti o accadimenti, implicitamente *rinuncia* alla propria libertà dalle autoincriminazioni rispetto alle dichiarazioni che dovrà rendere[25]. Alla luce di queste considerazioni, ipotizzare l'operatività del principio in chiave scriminante nelle situazioni che si non più sopra considerate appare illogico: non può invocare l'esercizio di un diritto colui che implicitamente vi abbia rinunciato in ragione dell'effettività – e della serietà – della tutela di determinati beni giuridici.

Queste stesse considerazioni, peraltro, valgono a chiarire la non-operatività del principio, in ipotesi come quelle che si sono appena

[24] Appaiono illuminanti, a questo proposito, i rilievi della dottrina civilistica: «Se davvero l'essenza del negozio fosse la volontà, in tutti i casi di divergenza tra l'interiore determinazione volitiva e la manifestazione esteriore dovrebbe avere preminenza la prima, mentre gli stessi creatori della nozione e gli ordinamenti positivi negano in molti casi tale preminenza (riserva mentale, simulazione, discordanza imputabile). Se fosse la volontà la fonte degli effetti giuridici, tutti gli effetti voluti dovrebbero prodursi e dal negozio non potrebbero derivare altri effetti non voluti, laddove è principio accolto in ogni ordinamento che possono non verificarsi effetti voluti e possono essere ricollegate all'atto conseguenze esorbitanti dalla volizione ed anche contrastanti con questa. L'interpretazione […] e la valutazione della manifestazione con esclusivo riferimento alla volontà interiore non possono recare pregiudizio a chi, giustificatamente, abbia attribuito alla manifestazione un significato ed un valore diversi. Vi sono comportamenti nei quali nessuna volontà viene manifestata in modo da rendersi percepibile e valutabile, ma che producono effetti pari a quelli propri della dichiarazione di volontà. Il contenuto dell'atto viene valutato dall'ordinamento non in relazione alla intenzione dell'agente, ma in considerazione della modificazione della realtà esteriormente rilevabile» cfr. G. Mirabelli, voce *Negozio giuridico, Teoria*, in *Enc. dir.*, XXVIII, 1978, p. 11.

[25] Sul punto, cfr. anche le considerazioni svolte *infra*, al § 4.

considerate, neppure sul piano della colpevolezza. Come meglio si dirà più oltre, appare difficilmente contestabile che nel momento in cui un soggetto assume un obbligo in senso lato "di garanzia" rispetto alla veridicità di talune dichiarazioni sia in grado di rappresentarsi – ed abbia anzi un dovere giuridico di farlo – il rischio di autoincriminazione che ad esso è implicito[26].

Per quanto attiene, per contro, alla delimitazione – in positivo – delle ipotesi nelle quali il *se detegere* potrebbe operare quale limite costituzionale per il legislatore, va detto come i parametri logici ed ermeneutici per la soluzione del problema paiano evincibili a diversi livelli: dal diritto comparato e, segnatamente, dall'esperienza statunitense che si è analizzata nella prima parte di questo lavoro, dalla giurisprudenza soprannazionale, e, infine, da alcuni "indici" desumibili dalle (sia pur numericamente esigue) pronunce della Consulta relative al versante sostanziale del principio.

In rapporto al primo degli ambiti anzidetti, viene in rilievo la giurisprudenza della suprema Corte statunitense inerente alla così detta "*suspect class exception*", ossia a quei casi, palesatisi costituzionalmente illegittimi in rapporto al *privilege against self-incrimination*, ove la legislazione imponga comportamenti auto-incriminanti a categorie che *ex ante* appaiano muoversi nella sfera dell'illecito: i giocatori d'azzardo, i possessori di armi non in regola con la normativa in materia, gli aderenti al partito comunista, gli "scommettitori" [27].

Il ragionamento sottostante all'indirizzo fatto proprio dalla Corte d'oltreoceano pare potersi riassumere come segue: in generale, deve riconoscersi al legislatore la possibilità di imporre obblighi dichiarativi a soggetti che agiscano in una sfera lecita; viceversa, una tale operazione normativa entra in rotta di collisione con la libertà

[26] In questa prospettiva, appaiono perspicui e condivisibili i rilievi di D. Pulitanò, Nemo tenetur se detegere: *Quali profili di diritto sostanziale?*, cit., p. 452, ad avviso del quale la situazione in cui venga a trovarsi l'amministratore di società che falsifichi un bilancio onde evitare la propria autoincriminazione «è si obiettivamente costrittiva, ma lo è *per colpa* del soggetto che in essa si è ficcato, con la propria precedente condotta illecita e con il mantenimento d'una posizione di garanzia che non può essere adempiuta senza esporsi al rischio d'incriminazione».

[27] Si rinvia, a questo proposito, all'analisi svolta nella parte prima, capitolo quarto, § 3.2.

dalle autoincriminazioni laddove colpisca coloro che, in quanto appartenenti a certune categorie, *ictu oculi* appaiano i verosimili autori di reati; sotto le "mentite" spoglie di un intervento amministrativo, si persegue, in tal modo, l'obiettivo di precostituire elementi di prova inerenti alla responsabilità penale di costoro, che di fatto vengono chiamati dall'autorità ad una "collaborazione" *contra se*. Nell'indirizzo in parola è ravvisabile, peraltro, un passaggio implicito, eppure assai rilevante: la legislazione in discorso, pur intervenendo al di fuori del processo, finisce per vanificare gli stessi contenuti processuali del privilegio e per comprometterne irrimediabilmente la funzione di garanzia.

Una chiave di lettura analoga a quella di cui si è appena detto è riscontrabile nelle pronunce, che si sono più sopra analizzate, della Corte EDU: esse non ammettono, come si è visto, la possibilità che un intervento di apparente natura amministrativa possa celare un'azione di carattere sostanzialmente investigativo, in quanto questa impone un fermo rispetto del *seipsum prodere*; in particolare, una situazione di tal fatta si verifica allorquando le autorità, come ben si evince dalla casistica già esaminata, abbiano individuato taluno come l'autore di precedenti reati e, tuttavia, utilizzino i loro poteri amministrativi d'ispezione e controllo per aggirare le garanzie processuali riservate all'accusato ed ottenerne la forzosa collaborazione[28].

Il nocciolo logico di questi indirizzi, sebbene essi provengano dal panorama internazionale e dalla giurisprudenza soprannazionale, non solo sembra potersi applicare senza ostacoli ad analoghe situazioni riscontrabili nel nostro ordinamento, ma pare essere stato colto e in parte condiviso anche dal Giudice delle leggi.

Assai significativa, fra le altre, è la già richiamata ordinanza n. 186 del 1996, laddove l'interazione fra la legislazione penale ed il *se*

[28] Emblematici, come si è visto, sono i *dicta* della Corte del Lussemburgo: «benché […] la Commissione possa obbligare un'impresa a fornirle tutte le informazioni necessarie per quanto attiene ai fatti di cui quest'ultima sia a conoscenza ed a comunicarle, se dal caso, i relativi documenti di cui sia in possesso, pur potendo essi servire ad accertare che l'impresa stessa o un'altra impresa hanno tenuto un comportamento anticoncorrenziale, essa non può però pregiudicare, mediante una decisione di chiedere informazioni, i diritti della difesa riconosciuti all'impresa» (Cfr. Corte di Giustizia, 18.10.1989, n. 347/87, Orkem, cit., § 34).

detegere, oltre ad essere stata analizzata alla luce della precedente giurisprudenza costituzionale, pare essere stata colta dalla Consulta tanto nel suo versante "negativo" (l'assenza di obblighi di garanzia) che in quello "positivo" (il venire in considerazione di categorie sospette) appena accennati. La questione concretamente sottoposta all'attenzione del Giudice delle leggi era la seguente: se fosse da ravvisarsi una violazione della libertà dalle autoincriminazioni negli artt. 3, comma 3, e 9-*octies*, comma 3, del D.L. 9 settembre 1988, n. 397 (disposizioni urgenti in materia di smaltimento dei rifiuti industriali) nella parte in cui tali norme «sanziona[vano] penalmente l'infedele comunicazione alla Regione o alla Provincia […] della quantità e qualità dei rifiuti prodotti e smaltiti l'anno precedente»[29].

Alcuni punti della decisione in esame appaiono assai significativi per tracciare i profili sostanziali del *se detegere*: secondo la Consulta, dovrebbe ritenersi ammissibile, in via generale, un obbligo di collaborazione ai controlli amministrativi, in quanto si tratta di un onere posto dalla legge a carico di soggetti che «abbiano autonomamente scelto di intraprendere una determinata attività»[30]; ciò specie laddove questa sia correlata «ad una doverosa salvaguardia di interessi fondamentali secondo Costituzione, quali la tutela dell'ambiente e della indissolubile qualità della vita dell'uomo»; d'altro canto, ad avviso della Corte, «il diritto al silenzio dell'imputato […] opera […] dal momento della instaurazione del procedimento penale o dal momento in cui l'indizio di reato si soggettivizza nei confronti di una determinata persona», con la conseguenza che non sarebbe ipotizzabile una violazione del diritto di difesa «se manca un rapporto

[29] La materia è oggi regolata dal D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, in relazione al quale, peraltro, paiono profilarsi problemi proprio in ordine al versante sostanziale del *se detegere*, in quanto «la verificazione di un qualunque fatto potenzialmente inquinante fa sempre sorgere il capo al soggetto responsabile un dovere di comunicazione penalmente presidiato, indipendentemente dalle dimensioni dell'area interessata e a prescindere dalla procedura amministrativa che bisognerà poi seguire per la bonifica» cfr. D. Micheletti, *Il reato di omessa denuncia del pericolo ambientale*, in *Studium iuris*, 2008, pp. 156-160, il quale, tuttavia, esclude che l'attuale disciplina possa creare interferenze con il principio.

[30] Cfr. Corte cost., ord. 186 del 31 maggio 1996, cit., p. 284.

diretto tra incriminazione e le domande della pubblica autorità»[31] (ovvero un rapporto di «consequenzialità necessaria»[32]).

La violazione di tale diritto, per contro, sarebbe configurabile – lo si desume *a contrariis* dai *dicta* della Corte – laddove gli obblighi dichiarativi abbiano un diretto contenuto autoincriminante, ed in tal caso il *se detegere* potrebbe operare *anche prima* dell'instaurazione del procedimento.

Siffatte indicazioni consentono di cogliere un raccordo fra la giurisprudenza costituzionale e le fonti soprannazionali assai più penetrante di quanto di primo acchito non sembri; esso, al contempo, pare articolato al punto da rendere possibile l'elaborazione di un criterio, rifacentesi ai concetti di ragionevolezza e di bilanciamento di interessi[33], per l'individuazione delle ipotesi ove il *se detegere* potrebbe costituire un limite alla costituzionalità delle incriminazioni. Va innanzitutto evidenziato, come la Corte, nella succitata ordinan-

---

[31] Cfr. Corte cost., ord. 186 del 31 maggio 1996, cit., p. 285.

[32] Cfr., sul punto, N. Furin, *Il principio della libertà dalle autoincriminazioni e la sua rilevanza in materia di denuncia di infortunio sul lavoro o di malattia professionale*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 1014.

[33] In generale sulla "ragionevolezza" quale parametro decisorio della Corte costituzionale vedi, anche in chiave di retrospettiva storica, L. Paladin, voce *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir.*, 1997, Agg., Vol. I, p. 900, il quale evidenzia come «a partire dalla seconda metà degli anni '50, le decisioni della Corte costituzionale italiana s'imperniano in modi sempre più insistiti sull'applicazione di criteri quali la giustificatezza, la logicità, la coerenza, l'adeguatezza, la congruenza, la proporzionalità, la non arbitrarietà delle discipline impugnate (come pure sui loro contrari), per poter stabilire se si tratti di leggi ragionevolmente fondate…»; un illustre costituzionalista ha perciò condivisibilmente evidenziato come «un giudizio sulla ragionevolezza si inserisce probabilmente in ogni questione di legittimità costituzionale, sia pure in forma implicita e inespressa, come momento essenziale ed ineludibile» cfr. C. Lavagna, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in memoria di C. Esposito*, III, Padova, 1973, p. 1577 ss. Nell'ambito dell'ampia letteratura relativa al "controllo di ragionevolezza" delle norme penali si vedano, per tutti, G. Insolera, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in G. Insolera *et al.* (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, 3ª ed., Torino, 2006, p. 313 ss.; V. Manes, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, cit., p. 739 ss.; F. Viganò, *Nuove prospettive per il controllo di costituzionalità in materia penale?*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 3017 ss. In rapporto all'ambito del "biodiritto", si vedano S. Canestrari, F. Faenza, *Il principio di ragionevolezza nella regolamentazione biogiuridica: la prospettiva del diritto penale*, in *Criminalia*, 2008, pp. 73-95. Per i profili processuali della ragionevolezza, vedi E. M. Catalano, *Il concetto di ragionevolezza tra lessico e cultura del processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, pp. 85-95.

za, abbia individuato un'eccezione rispetto alla regola della operatività solamente endo-procedimentale del diritto di difesa, in quanto il *se detegere*, allorquando un indizio di reato "si soggettivizza" verso una persona determinata, deve ritenersi operante anche nella sfera pre-processuale.

In secondo luogo, occorre notare come, nell'ordinanza in discorso, vengano disegnate entrambe le possibili e contrapposte situazioni che si sono più sopra sinteticamente enunciate come l'aspetto "negativo" e "positivo" del problema: il primo attiene al caso in cui il *se detegere* non è invocabile, in quanto un obbligo dichiarativo viene assunto dal soggetto interessato per "libera scelta" ed in vista della protezione di beni giuridici costituzionalmente rilevanti; il secondo, per contro, attiene al caso in cui sia ravvisabile una "soggettivizzazione" degli indizi di reato con conseguente configurarsi di un rischio di autoincriminazione – si aggiunge – senza che ciò sia funzionale alla tutela di interessi "terzi" rispetto alla mera pretesa dello stato di punire l'interessato.

2.1. Alcune ipotesi problematiche di obblighi di autoincriminazione legislativamente imposti

La linea di demarcazione fra gli obblighi dichiarativi costituzionalmente ammissibili e quelli in contrasto con il *se detegere* pare poter essere più puntualmente tracciata facendo ricorso al criterio della ragionevolezza elaborato dalla Corte costituzionale, al quale «s'informano, oramai, tutte le operazioni di bilanciamento tra valori o principi rivali o concorrenti»[34]. In particolare: nel mentre l'imposizione di obblighi dichiarativi a soggetti che liberamente abbiano deciso di soggiacervi ed in vista della tutela di determinati beni giuridici appare astrattamente rispondente alla *rationabilitas*[35] delle scelte

[34] Cfr. L. Paladin, voce *Ragionevolezza*, cit., p. 900.

[35] "L'etimo del termine ragionevolezza e il suo equivalente inglese, reasonableness, rinvia attraverso l'antico francese «regnableté» al latino «rationabilitas», la cui radice «ratio» (come il greco «logos») nasceva peraltro con un significato piuttosto tecnico di «conto o calcolo» e rinvia ai discorsi aristotelici sulla virtù dianoetica della «phronesis», in base alla quale «si calcolano i mezzi per ottenere un fine buono in cose che non sono oggetto di un'arte» […]. Con «rationable obsequium vestrum» […], i traduttori del nuovo testamento traducono «την λογιχον λατειαν»

legislative, lo stesso non può dirsi dei casi in cui *tout court* si pretenda l'autoincriminazione di coloro che appartengano a categorie "sospette". In siffatte ipotesi, il «principio di effettività della tutela giurisdizionale», nonché «l'adeguatezza e l'effettività degli strumenti di difesa»[36], entrambi in passato ripetutamente posti dalla stessa Corte costituzionale al centro del canone della ragionevolezza nel contesto processuale, finirebbero per essere immotivatamente sacrificati.

Ebbene: nel panorama normativo vigente, appaiono individuabili alcune ipotesi nelle quali, sotto la minaccia di sanzioni penali, ovvero anche solo amministrative, alcuni soggetti *ex ante* sospettabili della commissione di reati vengono obbligati ad *edere contra se*; ciò senza che gli stessi abbiano assunto alcuna posizione di garanzia a contenuto dichiarativo finalizzata alla salvaguardia di beni giuridici "terzi" rispetto al rapporto punitivo.

La prima di esse attiene all'ambito del diritto penale tributario ed al fenomeno della così detta tassazione dei proventi illeciti. Esso è non solo ben noto, ma, a far data dall'entrata in vigore dell'art. 14 della L. n. 537 del 24 dicembre 1993, è altresì stato oggetto di un costante dibattito dottrinale[37]. Da un lato, infatti, suscita motivate

---

(trad. it.: «culto spirituale»), inducendo autori come John Locke a parlare (in chiave polemica) della «Reasonableness of Christianity»". Cfr. J. Luther, voce *Ragionevolezza delle leggi*, in *Dig. disc. pubbl.*, Vol. XII, Torino, 1997, p. 341 ss.

[36] L. Paladin, voce *Ragionevolezza*, cit., p. 903.

[37] Sul quale in generale si vedano, fra gli altri: F. Forte, *Sul trattamento fiscale delle attività illecite*, in *Riv. dir. fin.*, 1952, p. 121; S. Capolupo, voce *La tassazione dei proventi illeciti*, in *Enc. dir.*, Agg., Varese, 1997, p. 865 ss.; R. Minna, *Profili penali in tema di tassazione dei proventi da attività illecita*, in *Ind. pen.*, 2002, p. 195 ss.; D. Croce, *In tema di illecita attività: falsa fatturazione e frodi petrolifere: intassabilità dei relativi proventi*, in *Boll. trib.*, 1981, p. 769; A. Parlato, *Considerazioni sulla tassabilità dei proventi derivanti da attività illecita*, in *Dir. prat. trib.*, 1992, p. 2199 ss.; G.M. Flick, *Brevi note sulla prospettiva di tassazione dei proventi da reato*, in *Dir. prat. trib.*, 1994, p. 18 ss.; G. Bersani, *La tassabilità dei proventi da attività illecita: presupposti, criteri distintivi ed esistenza di obblighi dichiarazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 998 s.; P. Crosta, *Una questione sempre in primo piano: la tassazione dei proventi illeciti. I profili di incostituzionalità dell'art. 14, comma 4, della L. n. 537/19 attraverso l'esame della sempre attuale pronuncia 3124 del 1996*, in *Temi romana*, 2006, fasc. 3, p. 65; M. Nunziata, *Sulla sottoposizione ad imposizione tributaria dei redditi di provenienza illecita: una breve riflessione*, in *Riv. pen.*, 1994, p. 827 ss.; per l'analisi di alcuni recenti casi tratti dalla giurisprudenza tributaria M. Denaro, *La tassazione dei proventi illeciti (Due recenti casi giurisprudenziali: l'attività di meretricio e il consulente "infede-*

perplessità sul piano etico il fatto che lo stato possa, per così dire, divenire "complice" degli autori di reati ed appropriarsi di una parte dei loro illeciti guadagni[38]; dall'altro, l'obbligo di dichiarare al fisco i proventi di una propria pregressa attività illecita collide nettamente con il principio di libertà dalle autoincriminazioni[39].

Nella giurisprudenza maturata sotto il vigore della L. n. 516 del 1982, la violazione dell'obbligo in parola è stata, infatti, ritenuta integrante il reato previsto dall'art. 1, comma I, della stessa legge[40]; nel vigente sistema penale-tributario, peraltro, la situazione non pare mutata, in quanto l'ipotesi in discorso sembra poter rifluire tanto nelle fattispecie di "dichiarazione infedele" di cui all'art. 4 del D.lgs. n. 74 del 19 marzo 2000, che in quelle di "omessa dichiarazione" di cui al successivo art. 5[41].

Va rilevato, in primo luogo, come la dottrina, e non di rado la giurisprudenza, abbiano messo in luce come l'idea stessa che un provento illecito possa essere attinto dall'imposizione fiscale sia contraddittoria. Il fatto-reato costituisce l'oggetto di una "qualificazione giuridica" già operata nella sede penale, con la conseguenza

---

le"), in *Boll. trib. info.*, 2011, pp. 670-673. Per una panoramica sulla questione, si veda anche A. Martini, *La tassabilità dei proventi da attività illecita*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. Grasso, T. Padovani, A. Pagliaro, Vol. XVII, *Reati in materia di finanza e tributi*, Milano, 2010, p. 130 ss.

[38] Per una sintesi del dibattito dottrinale sul punto v. S. Capolupo, voce *La tassazione dei proventi illeciti*, cit., p. 865 ss.

[39] Il paradosso, in questo caso, consiste nel fatto che «con le sue stesse mani, il cittadino fornisce strumenti nonché elementi di prova in ordine alla susseguente accusa di aver violato norme penali tributarie» (cfr. R. Minna, *Profili penali in tema di tassazione dei proventi da attività illecita*, cit., p. 198).

[40] «È configurabile il reato di cui all'art. 1, comma 1, l. n. 516/82 a carico dell'imprenditore che abbia omesso di presentare la dichiarazione dei redditi conseguenti a corrispettivi ricevuti a fronte di cessione costituente reato (nella specie, abusiva alienazione di g.p.l. per autoveicoli), non potendo rilevare che la omissione si riferisca ad anni (1984 e 1985) precedenti l'entrata in vigore della l. n. 537/93, che, nell'art. 14, comma 4, ha espressamente previsto che i proventi derivanti da fatti illeciti vanno ricompresi tra i redditi tassabili, trattandosi di norma interpretativa autentica dell'art. 6 d.P.R. n. 917/86, e, come tale, applicabile anche in relazione alle acquisizioni patrimoniali antecedenti rispetto alla sua entrata in vigore» cfr. Cass. pen., sez. III, 06 maggio 1997, n. 7713, in *Giur. cost.*, 1998, p. 1189, con nota di A. Pugiotto.

[41] Con riferimento a quest'ultima ipotesi v. R. Minna, *Profili penali in tema di tassazione dei proventi da attività illecita*, cit., p. 214.

che esso, essendo già assoggettato a sanzione, non potrebbe divenire il presupposto per il pagamento di un tributo[42]; ciò a meno di configurare, come ha efficacemente sottolineato un Autore, «un vero e proprio *bis in idem* di tipo sostanziale»[43]. La stessa suprema Corte, con una decisione a sezioni unite adottata appena pochi giorni prima dell'entrata in vigore del citato art. 14, aveva posto in evidenza, sia pure in un contesto motivazionale nel quale la tassabilità dei proventi illeciti non veniva esclusa a priori, l'«impossibilità logico-giuridica di ricondurre il provento di reato, la novella ricchezza scaturita dal reato, alla nozione ed al concetto di reddito»[44]; in senso analogo, peraltro, si era espressa anche la giurisprudenza tributaria, secondo la quale in presenza di un'attività oggettivamente illecita la stessa «non può costituire presupposto (fonte) d'imposta, posto che il risultato economico altro non costituisce se non il *pretium sceleris* e non il reddito, tecnicamente e giuridicamente inteso»[45].

Vi sono, in breve, due aspetti della questione che paiono emergere nitidamente. Allorquando un fatto costituente reato determini un provento di natura economica, la sanzione per esso prevista già comprende in sé lo specifico profilo di disvalore dato dalla sua mancata tassazione; tale aspetto è immanente allo stesso agire criminoso, né pare logicamente possibile ipotizzarne la compatibilità con l'opposto atteggiamento di lealtà verso l'ordinamento che, per contro, implicitamente si richiede all'autore del reato imponendogli di dichiarare al fisco il provento medesimo. In quest'ottica, appare perfettamente condivisibile il rilievo secondo cui «il fatto costituente reato, in talune manifestazioni, si presenta con i connotati di un vero e proprio ordinamento giuridico che si oppone all'ordinamento giuridico statuale»[46]. Nella situazione all'esame non pare perciò

---

[42] Cfr. A. Parlato, *Considerazioni sulla tassabilità dei proventi derivanti da attività illecita*, cit., p. 2199.

[43] Cfr. G.M. Flick, *Brevi note sulla prospettiva di tassazione dei proventi da reato*, cit., p. 18 ss.

[44] La pronuncia è richiamata da R. Minna, *Profili penali in tema di tassazione dei proventi da attività illecita*, cit., p. 210.

[45] Cfr. Comm. Tribut. 1° di Ravenna, 1 maggio 1986, n. 309, richiamata da S. Capolupo, voce *La tassazione dei proventi illeciti*, cit., p. 669.

[46] Cfr., ancora, S. Capolupo, voce *La tassazione dei proventi illeciti*, cit., p. 669.

ravvisabile, a ben vedere, alcuna esigenza di tutela "ulteriore" rispetto a quelle che già sono state compromesse con la realizzazione, da parte del reo, del fatto-base; per questa stessa ragione, l'idea che la legislazione di cui si discute possa risultare giustificata dal generale interesse dello stato alla riscossione dei tributi risulta fallace, in quanto l'interesse statuale qui emergente è in realtà solamente quello ubicato, per così dire, "a monte" dell'illecito, e consiste nella repressione dei reati.

Parallelamente, appare chiaro come una legge che abbia quali destinatari gli autori di precedenti attività delittuose si ponga *ex se* al di fuori del canone *nemo tenetur se detegere*; una categoria così impostata, non diversamente da quelle degli aderenti al partito comunista, dei possessori illegali di armi, degli scommettitori, ecc. prese in considerazione dalla giurisprudenza nordamericana, palesemente lacera il divieto – che il principio impone – di pretendere da coloro che appaiano a diverso titolo "sospetti" di aver commesso reati una collaborazione con lo stato. Sembra indiscutibile che, in una tale ipotesi, i criteri della "soggettivizzazione" dell'illecito a cui ha fatto ripetutamente riferimento la Corte costituzionale, nonché quello del rapporto di "consequenzialità necessaria" fra contenuto di una determinata dichiarazione ei suoi effetti auto-incriminanti siano entrambi soddisfatti[47].

Un caso parimenti problematico rispetto alla portata del *se detegere* quale limite di portata costituzionale della legislazione pare ravvisabile negli artt. 53 e 54 del d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124; si tratta, segnatamente, di norme del t.u. sull'assicurazione obbligatoria per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, le quali impongono al datore di lavoro di denunciare, rispettivamente all'Inail

[47] Appare insoddisfacente in quanto non sufficientemente protettiva della libertà dalle autoincriminazioni dell'interessato, la soluzione suggerita da un Autore, ad avviso del quale sarebbe sufficiente al contribuente dichiarare i proventi, ma non il fatto che essi siano illeciti. In questa prospettiva, cfr. R. Minna, *Profili penali in tema di tassazione dei proventi da attività illecita*, cit., p. 215: «a ben vedere, infatti, l'art. 14 L. 537/93 non impone al contribuente di dichiarare un reato, ma lo obbliga ad inserire il reddito illecito in una delle categorie generali. Così adempie l'obbligo lo sfruttatore della prostituzione che collochi quei suoi guadagni in 'redditi da intermediazione'. Ovvero il lottizzatore e costruttore abusivo è sotto la voce 'impresa' che può inquadrare i proventi dell'illecito urbanistico».

ed all'autorità di pubblica sicurezza, gli infortuni occorsi ai dipendenti e le malattie professionali che questi ultimi abbiano contratto a causa dell'attività lavorativa[48]. Entrambe le disposizioni, originariamente presidiate da una sanzione penale ed in seguito "degradate" ad illecito amministrativo[49], sono imperniate su di un obbligo dichiarativo esteso sino a ricomprendere l'individuazione delle cause dell'infortunio. Queste debbono essere analizzate dal dichiarante anche con riferimento alle eventuali deficienze delle misure di igiene e prevenzione sui luoghi di lavoro; nel caso previsto dal citato art. 54 il soggetto obbligato deve finanche stilare un elenco con il "nome il cognome e l'indirizzo dei testimoni dell'infortunio".

Ebbene: come è stato condivisibilmente posto in luce in dottrina, in tali ipotesi si è in presenza non tanto di un'attività amministrativa di controllo, bensì «di un'attività parificabile nella sostanza a quella di indagine penale, in quanto mira a verificare se un soggetto già individuato ha commesso o meno un reato»[50]. Non pare seriamente dubitabile che, nella situazione all'esame, se solo si considerano le stringenti responsabilità penali poste a carico del datore di lavoro in materia antinfortunistica, vi sia un'assai solida base di "soggettivizzazione" dell'illecito; peraltro, i moduli prestampati normalmente utilizzati per trasmettere le dichiarazioni di cui si discute sono strutturati in maniera tale da imporre al dichiarante una disamina dettagliata e ricca di informazioni attinenti al merito stesso dell'addebito penale che (quasi certamente) gli verrà contestato[51].

---

[48] Per un'efficace analisi di questa problematica si veda N. Furin, *Il principio della libertà dalle autoincriminazioni e la sua rilevanza in materia di denuncia di infortunio sul lavoro o di malattia professionale*, cit., p. 1008 ss.

[49] Paradossalmente, tuttavia, vi sono incertezze giurisprudenziali in merito all'effettività di tale depenalizzazione: cfr. N. Furin, *Il principio della libertà dalle autoincriminazioni e la sua rilevanza in materia di denuncia di infortunio sul lavoro o di malattia professionale*, cit., p. 1012, vedi nota 15.

[50] Cfr. N. Furin, *Il principio della libertà dalle autoincriminazioni e la sua rilevanza in materia di denuncia di infortunio sul lavoro o di malattia professionale*, cit., p. 1021.

[51] Cfr. N. Furin, *Il principio della libertà dalle autoincriminazioni e la sua rilevanza in materia di denuncia di infortunio sul lavoro o di malattia professionale*, cit., pp. 1011-1015, il quale condivisibilmente rileva come nel caso in commento sussistano i presupposti della "soggettivizzazione" della responsabilità "della consequenzialità" necessaria tracciati dalla giurisprudenza della consulta in relazione al *se detegere* sostanziale.

Parimenti, non pare sostenibile che una tale attività dichiarativa possa trovare giustificazione nella tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori, in quanto questa è già stata compromessa dallo stesso fatto colposo del datore di lavoro che tali norme, in ultima analisi, sono volte ad accertare. Nella più gran parte dei casi nei quali esse trovano applicazione, non viene in considerazione un obbligo dichiarativo dai contenuti generici, ma un vero e proprio dovere di collaborazione alla formulazione di un'accusa *contra se*; esso, peraltro, risulta ritagliato su di una categoria che, in seguito alla verificazione di un infortunio, immediatamente si concretizza come "sospetta"; per ciò stesso si palesa, da un lato, pienamente soddisfatto il criterio della "consequenzialità necessaria" fra dichiarazione ed auto-incriminazione, che la Corte costituzionale sembra aver individuato quale barriera ultima a protezione dell'assetto costituzionale del diritto di difesa; dall'altro, risulta radicalmente contraddetta, in tali ipotesi, l'idea di non collaborazione con l'accusa che costituisce il tratto saliente del principio[52].

[52] Vi sono peraltro, nel sistema penale, numerose altre disposizioni che paiono porsi in aperto contrasto con la libertà dalle autoincriminazioni. Fra queste se ne segnalano, in particolare, altre due: la prima è l'art. 4 della legge 22 luglio 1961, n. 628, che punisce con l'arresto sino a due mesi o con l'ammenda sino a un milione il datore di lavoro che fornisce in modo erroneo o incompleto le notizie che gli vengano richieste dall'ispettorato del lavoro. Cfr., in proposito, le osservazioni di T. Padovani, *La rilevanza dell'omessa comunicazione di notizie richieste all'ispettorato del lavoro*, in *Mass. Giur. lav.*, 1994, p. 638, ad avviso del quale tale norma punisce «una mancata autodenuncia, in aperta violazione del principio *nemo tenetur se detegere*»; la seconda è l'art. 11 della recente legge 22 dicembre 2011, n. 215 (che ha convertito in legge il così detto "decreto salva Italia"). Tale norma sanziona penalmente la trasmissione o l'esibizione di documenti falsi da parte del contribuente all'autorità tributaria nelle ipotesi in cui si configurino le fattispecie incriminatrici previste dal D.lgs. 10 marzo 2000, n. 74. Come è stato efficacemente sottolineato in dottrina tale disposizione, scritta «con tecnica, linguaggio e sintassi sconcertanti», è volta ad «assicurare un efficace presidio penale alle attività di controllo della posizione dei contribuenti […] si punta, insomma, ad ottenere una 'leale collaborazione' del cittadino confidando nella forza persuasiva del "tintinnio delle manette"»; sennonché il contenuto precettivo della norma si pone in conflitto con il «principio *nemo tenetur se detegere*, pilastro di un qualsiasi ordinamento liberal-democratico. Può infatti capitare, anzi normalmente capiterà, che vengano interpellati soggetti i quali, tenendo il comportamento richiesto, rischierebbero la propria incriminazione». Cfr. G. Flora, *Le recenti modifiche in materia penale tributaria: nuove sperimentazioni del "diritto penale del nemico"?*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, pp. 21-22.

3. *Gli ambiti dell'intervento legislativo* prima facie *non collidenti con il* se detegere

Il dato sotteso alle ipotesi considerate – ma dalle stesse nitidamente emergente – è costituito dalla volontà del legislatore di reperire la *notitia criminis*, o comunque elementi di prova di certuni reati, mediante una forzosa collaborazione degli autori degli stessi illeciti che si intendono perseguire; risultano, invece, assai più sfumate, se non addirittura inconsistenti, le esigenze di tutela di beni giuridici ulteriori e diversi da quelli che già sono stati compromessi dalle precedenti condotte illecite dei soggetti interessati. È significativo come, in tali ipotesi, anche laddove si prescindesse dall'analisi critica appena svolta sul piano della legittimità costituzionale delle condotte sanzionate, dovrebbe comunque pervenirsi all'esclusione della loro antigiuridicità sulla base dei contenuti costituzionali *minimi* della libertà dalle autoicriminazioni.

Laddove il dichiarante venga minacciato di una punizione per il solo fatto di esercitare il suo diritto di difesa – nelle due varianti complementari del mendacio o del silenzio – si deve concludere di essere inequivocabilmente in presenza di uno schema normativo incompatibile con l'assetto costituzionale del *se detegere.*

Tuttavia, al di là delle ipotesi in cui fattispecie a contenuto dichiarativo individuino i propri destinatari direttamente nei "sospetti" autori di un precedente *opus illicitum*, assai più numerose e diffuse sono quelle rivolte, se non ai consociati in genere, a sottocategorie sulle quali non incombe alcun sospetto del compimento attività illecite (come il "locatore di immobili", "i soggetti che eseguono l'operazione di trasferimento di valuta", ecc.).

Invero, in un sistema dove imperino obblighi di dichiarazione, controllo, comunicazione, denuncia rivolti a classi "non sospette", ed in quanto tali (almeno apparentemente) compatibili con il dettato costituzionale, risulterà certamente più difficile per l'autore di un reato sfuggire alle maglie del *law enforcement* e, parallelamente, gli sarà più facile incappare in doveri di incriminazione *contra se*[53]. È

[53] Il problema qui trattato assume, evidentemente, rilievo soprattutto con riferimento alle ipotesi omissive proprie, sulle quali si incardina il caso paradigmatico di obblighi a contenuto dichiarativo e dal potenziale profilo autoincriminante.

parimenti chiaro, tuttavia, come un'eccessiva accentuazione di obblighi di siffatta natura finirebbe per mettere in crisi il rapporto stato-cittadino e per snaturare lo stesso volto democratico della legislazione; laddove le esigenze di repressione penale fossero amplificate al punto da instaurare un soffocante regime di comunicazione, registrazione, ecc., i diritti di libertà del singolo sarebbero, infatti, incessantemente sacrificati in vista della tutela di interessi a sfondo pubblicistico, se non autoritario.

Nel sistema penale vigente, pur non essendo ravvisabile una situazione di tal fatta[54], il reperimento delle notizie *criminis* (e più in generale delle prove dei fatti di reato) essendo fondato sulla responsabilizzazione delle macro-categorie dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio[55], è strutturato in modo decisamente capillare; virtualmente, ogni documento presentato ed ogni dichiarazione resa ad un pubblico ufficiale transitano, nell'attuale sistema della circolazione delle notizie di reato, sino a pervenire nelle mani

---

Sul punto, con espresso riferimento ai rapporti fra reati omissivi propri e principio del *se detegere*, si vedano, in particolare i rilievi di A. Cadoppi, *Il reato omissivo proprio*, Vol. II*, Profili dogmatici, comparatistici e* de lege ferenda, Padova, 1988, p. 757 ss. L'Autore afferma che «v'è comunque da rilevare che, spesso, ove in concreto sorga il problema del mancato rispetto da parte della norma penale del precetto costituzionale in rassegna [ndr., il diritto di difesa ed il *se detegere* che questo implicitamente tutela], potrà entrare in funzione la scriminante dell'*esercizio di un diritto* (art. 51 c.p.) e dunque non sarà necessario investire della tematica la Corte costituzionale» (cfr. A. Cadoppi, *Il reato omissivo proprio*, cit., p. 759, corsivo dell'Autore).

[54] Nel panorama europeo, il nostro ordinamento non pare, peraltro, essere uno dei più "pervasivi" rispetto alla disciplina dell'acquisizione delle notizie di reato. Si vedano, con particolare riferimento all'ordinamento tedesco, le osservazioni di G. Fornasari, *I reati contro l'amministrazione della giustizia nell'esperienza tedesca*, cit., p. 830 ss. e spec. p. 833. L'Autore, riferendosi, in chiave critica, alla disciplina della circolazione della *notitia criminis* accolta in quell'ordinamento, sottolinea come «l'eventuale introduzione di un obbligo di denuncia relativo non solo ad una gamma molto più estesa di reati [il paragone è fatto con l'art. 364 del codice penale italiano, che limita l'obbligo di denuncia da parte del cittadino ai delitti contro la personalità dello Stato], ma, quel che più conta, anche ad una loro fase preparatoria, significherebbe l'accoglimento di una inaccettabile concezione del cittadino come una sorta di "gendarme aggiuntivo" tenuto (con la minaccia della sanzione penale) ad esercitare una forma di controllo per delega nei confronti degli altri consociati».

[55] Per la delimitazione di tali categorie, per tutti, si veda L. Stortoni, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, in Aa.Vv., *Diritto penale*, cit., p. 99 ss.

della pubblica accusa[56]. Parimenti numerosi, nel panorama legislativo, sono gli esempi di meccanismi dichiarativi, legalmente imposti, il cui esito indiretto, sia pure non dichiarato ed apparentemente esterno – *a latere* della *ratio legis* – è l'agevolazione delle politiche repressive in materia penale. In quest'ottica, ad esempio, la legislazione anti-terorrismo prevede, sotto forma di obblighi dichiarativi rivolti a categorie "non sospette", una serie di fattispecie-ostacolo volte ad agevolare l'identificazione e la cattura degli autori dei fatti di reato rientranti nella cornice della così detta «legislazione dell'emergenza»[57].

È il caso del D.L. 21 marzo 1978 n. 59 (intitolato "norme penali e processuali per la prevenzione e la repressione di gravi reati", convertito nella legge 18 maggio 1978 n. 191), che, sotto la minaccia di una sanzione amministrativa, stabilisce, all'art. 12: «chiunque cede la proprietà o il godimento o a qualunque altro titolo consente, per un tempo superiore ad un mese, l'uso esclusivo di un fabbricato o di una parte di esso, ha l'obbligo di comunicare all'autorità di pubblica sicurezza, entro quarantotto ore dalla consegna dell'immobile, la sua esatta ubicazione, nonché le generalità dell'acquirente, del conduttore o della persona che assume la disponibilità del bene e gli

[56] In merito alle fonti della notizia di reato si veda, in particolare, P. Paulesu, voce *Notizia di reato*, in *Dig. disc. pen*., Vol. I, Agg., 2011, p. 358, il quale individua fra le notizie così dette "qualificate" «la denuncia dei pubblici ufficiali o incaricati di un pubblico servizio (art. 331 c.p.p.) e dei privati (art. 333 c.p.p.), il referto (art. 334), ma anche l'informativa che la polizia giudiziaria è tenuta a trasmettere al pubblico ministero ai sensi dell'art. 347; inoltre, la querela (art. 337), l'istanza (art. 341) e la richiesta (art. 342), nella misura in cui svolgono anche una funzione informativa»; sul punto cfr. I. Di Lalla, voce *Notizia di reato*, in *Dig. disc. pen*., Vol. VIII, Torino, 1994, p. 261; G. Aricò, voce *Notizia di reato*, in *Enc. dir.*, Vol. XXVIII, 1978, p. 758 ss.

[57] Per un quadro storico sulla così detta legislazione dell'emergenza ed una sua ricostruzione in termini critici si veda, per tutti, G. Insolera, *Progetti di riforma del codice Rocco: il volto attuale del sistema penale*, in Aa.Vv., *Introduzione al sistema penale*, cit., p. 34: «Il susseguirsi della legislazione dell'emergenza, nel corso di più di vent'anni, ha finito con il dar corpo ad una sorta di sistema caratterizzato dalla deroga ai principi costituzionali che connotano la tecnica di tutela penalistica in campo sia sostanziale, sia processuale»; per una riconsiderazione in chiave critica del così detto "periodo emergenziale" si vedano, fra gli altri, F. Bricola, *Considerazioni introduttive al dibattito: Il codice Rocco cinquant'anni dopo*, in *La questione criminale*, 1981, p. 7 ss.; L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 844 ss.; S. Moccia, *La perenne emergenza*, cit., *passim*.

estremi del documento di identità o di riconoscimento, che deve essere richiesto all'interessato».

Nel tessuto normativo, gli esempi di disposizioni strutturalmente analoghe a quella appena esaminata potrebbero moltiplicarsi: con riferimento alle operazioni di trasferimento di valuta per un importo superiore a lire 20 milioni (oggi € 10.329), l'art. 13 della l. n. 625 del 15 dicembre 1979[58], configura l'omissione della registrazione disciplinata dalla legge come un delitto; ancora, in questo caso sotto la minaccia della sanzione amministrativa, l'art. 7 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286[59] impone a chiunque «a qualsiasi titolo, dà alloggio ovvero ospita uno straniero o apolide […] ovvero cede allo stesso la proprietà o il godimento di beni immobili, rustici o urbani…» di darne comunicazione, entro 48 ore, all'autorità di pubblica sicurezza.

Ipotesi affini a quelle appena considerate e connotate da un potenziale contenuto auto-incriminante, peraltro, sono ravvisabili non solo nella legislazione complementare (penale ed extrapenale)[60], ma anche a livello codicistico, soprattutto nell'ambito dei delitti contro la fede pubblica: si pensi all'art. 484 c.p., laddove è punito il fatto di chi «essendo per legge obbligato a fare registrazioni soggette all'ispezione dell'autorità di pubblica sicurezza, o a fare notificazio-

---

[58] Intitolata «Misure urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica».

[59] Il c.d. "Testo unico sull'immigrazione" (intitolato «Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero»); per una ricostruzione in termini generali degli aspetti più problematici di tale legge si veda, per tutti, G. Varraso, voce *Immigrazione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Annali, Vol. III, 2010, p. 597 ss.

[60] Numerose sono le ipotesi assimilabili a quelle riportate nel testo: si pensi all'obbligo del farmacista, stabilito dall'art. 32, comma 4, lettera f), del D.lgs. 27 gennaio 1992, n. 119 (norma successivamente abrogata dall'articolo 120 del D.lgs. 6 aprile 2006, n. 193), di conservare una copia delle ricette inerenti a taluni medicinali veterinari, il cui fondamento era stato individuato dalla suprema Corte nell'esigenza di «consentire, in qualsiasi momento, agli organi di polizia veterinaria di controllare l'alimentazione integrata degli animali […], per la generale finalità di tutelare la salute pubblica mediante la prevenzione e la difesa sanitaria degli allevamenti» (cfr. Cass. civ., Sez. III, 4 agosto 2000, n. 10230, in *Giust. civ. mass.*, 2000, p. 1705); ovvero, ancora, all'obbligo, previsto in capo al datore di lavoro dall'art. 42 della l. 30 aprile 1969, n. 153, di conservare i libri paga ed i libri matricola per la durata di dieci anni dall'ultima registrazione, ecc. (norma successivamente abrogata dall'articolo 39, comma 10, del D.L. 25 giugno 2008, n. 112).

ni all'autorità stessa circa le proprie operazioni industriali, commerciali o professionali, scrive o lascia scrivere false indicazioni… »; ovvero, ancora, all'ambito – del quale in parte si è già detto – delle così dette falsità personali[61].

Ciascuna di queste fattispecie pare trovare la propria *raison d'etre* in interessi – i più disparati – di carattere pubblicistico; la generica (sia pur nitida) attitudine delle stesse a fungere da base per il reperimento di notizie di reato, non essendo tali disposizioni artatamente indirizzate colpire "categorie sospette", non si pone però in immediato contrasto con il *se detegere*[62].

Ciò non esclude, peraltro, che le ipotesi normative implicanti obblighi di registrazione, comunicazione ecc., possano entrare in conflitto – come si dirà più oltre – con il *nemo tenetur se detegere* all'atto della loro applicazione concreta, così da determinare l'emersione in chiave scriminante del principio.

---

[61] Condivisibilmente rileva come, nell'ambito dei reati di falso, il proliferare delle "pretese" dichiarative dello stato nei confronti del privato richiami le logiche repressive degne di uno stato di polizia più che di un ordinamento liberal-democratico, oltreché contrastanti con il *se detegere*, V. Plantamura, *Le falsità materiali e ideologiche commesse dal privato. Le falsità in registri e notificazioni e quelle in scrittura privata (art. 482-485)*, in Aa.Vv., *Trattato di diritto penale, parte speciale*, Vol. 5, Milano, 2010, p. 389 ss.; al medesimo Autore, peraltro, si rinvia per un inquadramento dell'art. 484 c.p. (V. Plantamura, *Le falsità materiali e ideologiche commesse dal privato. Le falsità in registri e notificazioni e quelle in scrittura privata (art. 482-485)*, cit., p. 392 ss.). Con particolare riferimento alle "falsità personali" si vedano le osservazioni svolte *supra*, parte seconda, capitolo primo, § 5, nonché, per una ricostruzione generale della categoria, in dottrina v. A. Pagliaro, voce *Falsità personale*, in *Enc. dir.*, XVI, 1967, p. 646 ss.; A. Cristiani, voce *Falsità personale*, in *Dig. disc. pen.*, 1991, Vol. V, p. 105 ss.; M.C. Bisacci, voce *Falsità personali*, in *Dig. disc. pen.*, 2010, Vol. I, agg., p. 260.

[62] Va tuttavia rilevato – come è stato sottolineato in dottrina – che la lotta alla criminalità presenta considerevoli problemi in rapporto al coinvolgimento del *quivis de populo* rispetto all'omessa denuncia ed all'omesso impedimento di reati. cfr., sul punto, A. Cadoppi, *Il reato omissivo proprio*, Vol. II, cit., p. 1127 ss. Il problema può porsi, in effetti, a due livelli, distinguibili almeno in astratto: a livello preventivo (l'omesso impedimento di un reato non ancora commesso) ed a livello repressivo (l'omessa rivelazione di un reato già commesso); è chiaro, tuttavia, come l'imposizione di siffatti obblighi di garanzia in capo al cittadino sollevi notevoli perplessità, non solo dal punto di vista tecnico-giuridico (coincidendo essa con l'imposizione di un obbligo di *fedeltà* allo Stato), ma altresì sul piano empirico e sociologico (per queste osservazioni si rinvia all'analitica disamina compiuta, con dovizia di riferimenti storici e comparatistici, da A. Cadoppi, *Il reato omissivo proprio*, cit., p. 1127).

4. *Gli obblighi dichiarativi connessi ad una "libera scelta" dell'interessato*

Lo schema che si è sino a questo momento tracciato in merito al diverso atteggiarsi del rapporto fra *se detegere* e legislazione, laddove, accanto ad ipotesi del tutto antitetiche rispetto all'ossatura costituzionale del privilegio, si stagliano le situazioni apparentemente "neutre" di cui si è appena detto, va completato con l'analisi di un peculiare *tertium genus*.

Secondo i lineamenti tracciati dalla Corte costituzionale, come si è visto, sarebbero ravvisabili situazioni nelle quali, pur a fronte di obblighi a contenuto dichiarativo potenzialmente configgenti con il *se detegere*, questo non potrebbe essere invocato dall'interessato, in quanto egli vi avrebbe originariamente rinunciato per una propria "libera scelta"; stando alle indicazioni della Consulta, il tratto distintivo dei casi in discorso dovrebbe individuarsi nella ravvisabilità di esigenze di tutela estranee alla pretesa punitiva; queste risulterebbero irragionevolmente sacrificate se si ammettesse la possibilità che colui che delle stesse si è fatto liberamente "garante" possa sottrarsi agli obblighi dichiarativi assunti (con il silenzio o con il mendacio) per non auto-incriminarsi[63].

[63] Cfr. Corte cost., n. 186/1996, cit., pp. 284-286: «considerato che la *ratio* delle disposizioni censurate consiste nella necessità di consentire alle autorità preposte un adeguato controllo sulla produzione e sullo smaltimento dei rifiuti […] attraverso un sistema permanente di informazioni analitiche e sintetiche sulla quantità e qualità dei rifiuti stessi, preordinate a realizzare il catasto e osservatorio dei rifiuti […]; che, pertanto, gli obblighi di comunicazione (in discorso) […] risultano strumentalmente diretti alla tutela dell'ambiente, garantita come diritto fondamentale dall'art. 9 della Costituzione… (284); che, inoltre, i predetti obblighi di comunicazione rientrano nella sfera dei doveri inerenti ai produttori e smaltitori di rifiuti ed, in quanto tali, risultano assunti in base ad una libera scelta dell'individuo di svolgere un'attività economica che comporta oneri previsti dalla legge; che su un piano più generale non può negarsi che la legge possa ragionevolmente (senza aggravare inutilmente la posizione del soggetto interessato) prescrivere, in via generale, a carico di tutti coloro che espletano una determinata attività liberamente scelta, obblighi non legati alla pretesa punitiva (anche se sanzionati in via amministrativa o penale) di comunicazione della stessa attività o delle modalità di esercizio (come presupposto di legittimità), quando questa sia soggetta a controlli della pubblica amministrazione, tanto più se correlati alla doverosa salvaguardia di interessi fondamentali secondo Costituzione, quali la tutela dell'ambiente e della indissolubile qualità della vita dell'uomo; che, d'altro canto, il diritto al silenzio dell'imputato, in

Tali situazioni meritano un'attenta analisi.

Va rilevato, in primo luogo, come il concetto di "libera scelta", richiamato – non a caso – dalla Corte costituzionale, sembri assai significativo in rapporto alla ricostruzione, nei casi in parola, tanto del versante dell'antigiuridicità che di quello della colpevolezza; si impone, inoltre, qualche osservazione relativamente alla natura dell'obbligo assunto dal dichiarante ed alla razionalità complessiva dell'esito di auto-incriminazione che da esso può derivare.

Le direttrici interpretative illustrate dalla Consulta consentono di enucleare almeno tre aspetti che valgono a contraddistinguere le ipotesi in discorso: 1) l'assunzione di determinate qualifiche, ovvero l'esercizio di determinate attività, comporta l'insorgere di obblighi in senso lato "di garanzia" dei quali il diretto interessato è *ex ante* perfettamente consapevole (diversamente non avrebbe alcun senso parlare di "libera scelta"); 2) tali obblighi devono essere funzionali alla tutela di beni giuridici in astratto non collidenti con il diritto di difesa del loro titolare (ovvero, per dirla con la Corte costituzionale debbono essere «estranei alla pretesa punitiva»); 3) senza le dichiarazioni del diritto interessato, ovvero senza il suo apporto conoscitivo, le esigenza di tutela sottese al dato legislativo non potrebbero essere adeguatamente realizzate[64]. Ciò in quanto – si aggiunge –,

---

quanto specificazione del diritto di difesa, garantito dall'art. 24, secondo comma, della costituzione, opera, per costante giurisprudenza di questa Corte, dal momento dell'instauriazione del procedimento penale o dal momento in cui l'indizio di reato si soggettivizza nei confronti di una determinata persona […]; che non è ipotizzabile esercizio del diritto di difesa "in relazione a comportamenti che in sé considerati non costituiscono autodenuncia o confessione di reati"; "se manca un rapporto diretto tra incriminazione e le domande della pubblica autorità", ovvero tra "le dichiarazioni e gli adempimenti" a cui il soggetto è legalmente tenuto, da un lato, e l'incriminazione eventuale, per uno o più reati, dall'altro, venendo meno in radice la possibilità di invocare la garanzia costituzionale dell'art. 24, secondo comma, della Costituzione (sentenze n. 236 del 1984 e n.32 del 1965) […] che in sostanza vi può essere un obbligo di collaborazione (mediante comunicazioni o denunce di attività o questionari, purché non direttamente legati alla pretesa punitiva) ai controlli amministrativi, come onere in via generale posto dalla legge a carico di soggetti che abbiano autonomamente scelto di intraprendere una determinata attività, quando questa sia soggetta a poteri di controllo della pubblica amministrazione in base alla legge e nel rispetto dei limiti costituzionali».

[64] Cfr. l'ord. n. 186/1996, della quale, nella nota precedente, si sono riportati i passaggi salienti.

in tali ipotesi risulta estremamente difficile documentare (e dunque "provare") determinati accadimenti senza ricorrere al contributo di un soggetto garante.

Le situazioni concretamente riconducibili alla categoria delineata dalla Corte costituzionale nella pronuncia all'esame, risultano, peraltro, difficilmente individuabili in termini più precisi rispetto a quelli che si sono appena esposti.

È però utile evidenziare che l'accostamento della categoria in discorso a quella della posizione di garanzia ed alla dogmatica del reato omissivo appare corretto[65]; invero, tutti i casi ascrivibili a questo ambito e dei quali si dirà più specificamente fra breve sono imperniati su di un dovere di lealtà del dichiarante verso lo stato che non viene meno neppure a fronte del *se accusare*; esso corrisponde alla necessità di documentare in modo veritiero, in vista della tutela di beni giuridici costituzionalmente rilevanti, determinati fatti o accadimenti.

Non si è in presenza, perciò, di un obbligo generico, in quanto tale potenzialmente gravante su qualsiasi cittadino, ma di uno "speciale vincolo di tutela", incombente su di un soggetto definito e funzionale alla protezione di determinati beni giuridici[66]; ciò che certa-

---

[65] Relativamente al caso del previgente reato di falso in bilancio, si riferisce esplicitamente ad una "posizione di garanzia" incombente sull'amministratore di società D. Pulitanò, Nemo tenetur se detegere: *Quali profili di diritto sostanziale?*, cit., p. 452. La dottrina che si è occupata del tema, tuttavia, ha messo in luce come sovente si assista, nella letteratura penalistica, ad un uso promiscuo delle espressioni "obbligo di attivarsi", "obbligo di garanzia" e "obbligo di sorveglianza" (o di vigilanza), mentre ciascuna di esse, a ben guardare, rinvia ad una diversa tipologia di doveri normativo-penali (cfr., sul punto, il fondamentale contributo di I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, pp. 14-15); in generale, sul reato omissivo si vedano, per tutti: F. Sgubbi, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975, *passim*; A. Cadoppi, M. Zanotti, *Il reato omissivo*, in Aa.Vv., *Introduzione al sistema penale*, Vol. II, Torino, 2001, p. 66 ss.; F. Giunta, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. pen e proc.*, 1999, p. 622.

[66] Cfr. G. Fiandaca, voce *Omissione (dir. pen.)*, cit., p. 554 ss. Quest'ultimo Autore, peraltro, sottolinea che «la 'posizione di garanzia' è, appunto, definibile in generale come uno speciale vincolo di tutela, di fonte legale o contrattuale, tra un soggetto (garante) e uno o più beni giuridici. Dal momento che consiste in uno speciale vincolo di tutela, essa non può radicarsi in obblighi generali di condotta potenzialmente gravanti su qualsiasi cittadino». Sulla scorta di queste indicazioni, la

mente giustifica la qualificazione delle ipotesi in esame – quantomeno in senso lato – quali posizioni di garanzia.

L'individuazione dei casi rientranti in questa categoria e la sua ammissibilità sistematica rispetto al *se detegere* paiono il larga misura rimesse all'analisi di due aspetti: se i beni giuridici alla cui tutela essi sono funzionali sia tale da rendere necessaria, sul piano del bilanciamento degli interessi, una preventiva rinuncia alla libertà dalle auto-incriminazioni dei soggetti garanti; se l'apporto probatorio richiesto a costoro davvero costituisca l'unico mezzo, o quantomeno l'unico praticabile in modo efficace, per rendere possibile l'accertamento processuale dei fatti in rapporto ai quali l'autoincriminazione viene potenzialmente imposta.

Appare emblematico, a questo proposito, il caso – già analizzato – del medico primario che, all'atto della compilazione della cartella clinica, si trovi costretto a scoprire le prove di un fatto colposo precedentemente commesso[67]. Innanzitutto, viene qui in rilievo la necessità di tutelare beni del più elevato rango nella gerarchia costituzionale, quelli della vita e dell'incolumità fisica del paziente; questi verrebbero messi a repentaglio se il medico, onde non far risultare nella cartella – poniamo – una propria responsabilità per lesioni colpose, potesse lecitamente descrivere una situazione clinica diversa dalla realtà, così potenzialmente impedendo una corretta impostazione delle terapie di cui il paziente ancora necessita. Parimenti, non v'è alcun dubbio circa la presenza, nel caso in esame, dei profili di matrice fattuale ed empirica che concorrono a delineare la categoria di cui si discute: il primario dell'esempio viene a trovarsi nella condizione di poter disporre in modo incontrastato del complesso degli elementi di prova che varrebbero a configurare una sua responsabilità; ne consegue che, ove gli fosse consentito di fornire una ricostruzione mendace della vicenda, l'accertamento dei fatti diverrebbe notevolmente più complesso (o forse impossibile).

---

qualifica di "garante", pare certamente ravvisabile negli esempi riportati nel testo (cfr., in particolare, il paragrafo successivo).

[67] In merito alla rilevanza della cartella clinica quale atto pubblico la giurisprudenza della suprema Corte appare univoca. Fra le più recenti pronunce si veda, esplicitamente in questo senso, Cass. pen., sez. V, 19 gennaio 2011, n. 7443, in *Guida dir.*, 2011, fasc. 22, p. 90.

I tratti essenziali della questione, inoltre, non sembrano mutare neppure se il medico dell'esempio – poniamo – modificasse artatamente i contenuti della cartella clinica onde evitare una propria autoincriminazione per omicidio colposo; in una tale ipotesi, il sacrificio del *se detegere* non troverebbe più un contrappeso nell'esigenza di tutelare l'incolumità fisio-psichica del paziente, eppure, se se ne ammettesse un'operatività in chiave giustificante, si finirebbe comunque per aprire una breccia nella tutela dei beni fondamentali della vita e della salute che vengono qui in considerazione. Se il sistema penale ammettesse che ogni medico primario possa falsificare i contenuti di una cartella clinica onde occultare le proprie responsabilità per omicidio colposo, si finirebbe, da un lato, per minare nelle sue fondamenta il rapporto fiduciario medico-paziente[68]; dall'altro, sarebbe lo stesso livello di massime diligenza ed attenzione richiesto per l'esercizio della professione medica a subire, nella prassi, una pericolosa caduta, ciò in quanto gli operatori sanitari sarebbero *ex ante* consapevoli dell'esistenza di una lecita "via di fuga" dalle proprie responsabilità.

Nel caso in esame e nelle molteplici ipotesi ad esso assimilabili emergono, in ultima analisi, esigenze di tenuta dell'ordinamento giuridico nel suo complesso: se si accondiscendesse un'incondizionata prevalenza del diritto al silenzio o al mendacio laddove un obbligo di verità è stato liberamente assunto dal soggetto, in funzione della tutela di rilevanti beni giuridici, le ripercussioni sistematiche della sfera di impunità in tal modo concessa all'autore potrebbero risultare rovinose.

Peraltro, non pare condivisibile l'idea, suggerita da una parte della dottrina, che, in tali ipotesi, ci si troverebbe innanzi a condotte inesigibili[69], e sarebbe perciò configurabile – se ne deve dedurre – una

---

[68] Per una ricostruzione dei mutamenti che hanno recentemente interessato tale rapporto e per una panoramica circa le attuali problematiche penalistiche dell'attività medico-chirurgica, si consenta di rinviare a D. Tassinari, *Rischio penale e responsabilità professionale in medicina*, in *La gestione del rischio in medicina*, in S. Canestrari, M. P. Fantini (a cura di), *Profili di responsabilità nell'attività medico-chirurgica*, Trento, 2006, p. 1 ss.

[69] Cfr. M. Zanotti, «Nemo tenetur se detegere: *profili sostanziali*», cit., p.178 ss. Nell'ambito della dottrina che ha aderito a questo orientamento (per la cui individuazione si rinvia alla bibliografia già citata *supra*, nella parte seconda, capitolo

vera e propria responsabilità oggettiva del soggetto "garante" laddove questi venisse punito; come meglio si dirà più oltre, l'idea della "libera scelta" che è stata suggerita dalla Corte costituzionale offre consistenti spunti argomentativi per dirimere le perplessità sul punto e, in definitiva, per far emergere la ragionevolezza, in rapporto ai valori costituzionali coinvolti, delle situazioni di potenziale autoincriminazione di cui si discute.

Peraltro, non sussistono dubbi circa il fatto che il *se detegere*, nella stessa dimensione processuale, che ne rappresenta il terreno elettivo di applicazione, si configuri come un diritto rinunciabile da parte del suo titolare[70]. Parimenti, non sembra seriamente contestabile che, in ipotesi come quella appena esaminata, l'iniziare una determinata attività, ovvero l'assumere una certa carica, si radichino sulla consapevolezza del soggetto attivo di farsi carico di obblighi di natura documentale e dichiarativa inerenti alla tutela dei beni attinti dal suo operato; come già si è detto, la scelta di rivestire una posizione di tal fatta logicamente implica, unitamente all'assunzione di un obbligo di verità (nei verbali, nelle dichiarazioni ecc.), una preventiva, sia pure implicita, rinuncia all'esercizio della libertà dalle autoincriminazioni; né questa rappresenta, nei casi in esame, tutti inerenti ad attività lecite, nei quali gli obblighi dichiarativi sono rivolti a categorie non "sospette", una "conseguenza necessaria" del ruolo

---

primo), si vedano, in particolare, i rilievi di N. Mazzacuva, *Il falso in bilancio: casi e problemi*, Padova, 2004, pp. 221-222, ad avviso del quale il principio non fonderebbe una «paradossale impunità a cascata», ma soltanto la «non punibilità di un fatto per il quale non è pretendibile (non è esigibile) una condotta osservante della prescrizione normativa». L'Autore sottolinea, ancora come «non [sia] in discussione l'esistenza del reato dal punto di vista oggettivo, ma soltanto la sua non punibilità per l'inesigibilità di un comportamento diverso. In conclusione, sembra possibile ritenere che il principio espresso dal brocardo *nemo tenetur se detegere* trovi spazio tutte le volte in cui adempiere all'obbligo imposto da una norma comporti, nel caso concreto, il fornire una dichiarazione di scienza che abbia i contenuti di un'autodenuncia e che sottoporrebbe il soggetto al rischio di incorrere nella sanzione penale» (N. Mazzacuva, *Il falso in bilancio: casi e problemi*, cit., pp. 224-225).

[70] Né vi sono dubbi sul fatto che tale rinuncia possa, ad esempio, essere parziale, come nel caso dell'indagato-imputato che decida di «confessare qualcosa di sé, ma non parlare dei complici» (cfr., sul punto, G. Ubertis, Nemo tenetur se detegere *e dialettica processuale*, in *Giust. pen.*, 1994, p. 99). Nella dottrina di lingua inglese, relativamente alla così detta *waiver theory*, per tutti si vedano Y. Kamisar *et al.*, *Modern criminal procedure*, cit., p. 694.

di garanzia assunto. Risulterebbe perciò illogico, rispetto al piano dell'antigiuridicità penale, sostenere che un soggetto il quale ha implicitamente rinunciato, in vista della tutela dei beni correlati ad una certa posizione che egli assume, ad esercitare il proprio (solo eventualmente emergente) diritto alla non collaborazione ed al mendacio, possa successivamente andare esente da responsabilità proprio invocando quest'ultimo.

Il punto problematico della questione è, semmai, un altro: esso consiste nello stabilire se, nel momento in cui una determinata attività viene intrapresa, il soggetto che si appresta a svolgerla sia in grado di rappresentarsi in modo sufficientemente chiaro gli obblighi dichiarativi e documentali che essa implica[71]. Sul terreno dell'antigiuridicità, l'accuratezza di siffatta rappresentazione vale a fondare l'assunto per cui essa comporterebbe un'implicita rinuncia alla libertà dalle autoincriminazioni; sul piano della colpevolezza, come si dirà più oltre, essa serve, invece, a ricostruire i caratteri dell'imputazione soggettiva del reato nelle ipotesi in cui l'autore venga meno agli obblighi dichiarativi che gli sono penalmente imposti.

---

[71] Un settore particolarmente problematico pare, in questa prospettiva, ravvisabile n relazione ai delitti di falso commessi dal privato; una parte della dottrina ha posto in evidenza come, nel nostro ordinamento, sia un atto una recente tendenza (ben esemplificata dall'art. 126 *bis* cod. str.), nell'ambito di procedimenti inerenti ad illeciti amministrativi, a pretendere dal privato «la produzione di dichiarazioni sostitutive dell'atto notorio, per altro con riferimento a fatti che invece lo stesso privato, obiettivamente può benissimo non conoscere […] dunque, attualmente il privato si trova stretto da *Scilla* e *Cariddi*: perché richiesto dalla pubblica amministrazione, nell'ambito di un procedimento relativo ad un illecito amministrativo, ha due possibilità: o – accusando se stesso od un altro dell'illecito in questione – produce, alla pubblica amministrazione medesima, una dichiarazione sostitutiva dell'atto notorio – che però, in realtà, ben può essergli ignoto –, correndo il rischio che la stessa si riveli poi falsa […], e dunque, in definitiva, correndo il rischio che, nei suoi confronti, si apra un procedimento penale per il reato di cui all'art. 483 c.p.; oppure si rassegna a subire la sanzione amministrativa prevista per la mancata produzione, appunto della dichiarazione sostitutiva medesima» (cfr. V. Plantamura, *Le falsità materiali e ideologiche commesse dal privato. Le falsità in registri e notificazioni e quelle in scrittura privata, art. 482-485*, cit., pp. 388-389, corsivi dell'Autore).

4.1. Alcune esemplificazioni della categoria

Le ipotesi in cui un obbligo di dichiarazione veritiera viene assunto liberamente da un soggetto sono molteplici; nell'ambito delle stesse rientrano i principali casi nei quali una parte della dottrina ha ravvisato, con argomenti che non sembrano condivisibili, un preteso difetto di colpevolezza in capo al soggetto attivo del reato.

Innanzitutto, a tale categoria pare ascrivibile il ben noto caso del falso in bilancio, dal quale, sul finire degli anni '80, ha tratto origine lo stesso dibattito sul *nemo tenetur* "sostanziale". Nel vigente sistema delle disposizioni penali in materia di società e consorzi, la questione potrebbe ancora porsi in rapporto ai reati di cui agli artt. 2621 (false comunicazioni sociali) e 2622 c.c. (false comunicazioni sociali in danno delle società, dei soci o dei creditori)[72]. I criteri che più sopra si sono delineati per l'individuazione delle situazioni ove è ravvisabile un obbligo di attivarsi contrassegnato da una "libera scelta" dell'interessato sono, in relazione a siffatti reati, agevolmente riscontrabili: gli autori tipici dell'illecito, ossia gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, ecc., all'atto dell'assunzione delle rispettive cariche ben sanno che, per tutelare gli interessi patrimoniali dei soci e del pubblico, dovranno a questi rappresentare in maniera veritiera la situazione finanziaria degli enti per i quali operano. Risulterebbe, inoltre, estremamente difficile scongiurare un danno agli interessi tutelati dalla norma se gli obblighi in discorso potessero essere lecitamente disattesi dai loro titolari; parimenti, laddove si dovesse prescindere dal contributo dei predetti soggetti garanti, risulterebbe assai arduo, estremamente dispendioso, nonché inefficace in rapporto alla protezione dei beni tutelati ricostruire uno spaccato accurato e

[72] In merito al rapporto fra le fattispecie attualmente vigenti e la previgente disposizione di cui all'art. 2621 c.c. v., per tutti, F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, Leggi complementari*, Vol. I, I *reati e gli illeciti amministrativi, societari e bancari. I reati di lavoro e previdenza. La responsabilità degli enti*, 13ª ed. a cura di C.F. Grosso, Milano, 2007, p. 145 ss.; A. Traversi, S. Gennai, *Diritto penale commerciale*, 2ª ed., Padova, 2012, pp. 39-40; in chiave critica R.G. Maruotti, *I reati societari*, in *Corso di diritto penale dell'impresa*, a cura di A. Manna, Padova, 2010, p. 155; nonché N. Mazzacuva, *Il falso in bilancio: casi e problemi*, Padova, 2004, cit., p. 202 ss. e bibliografia ivi richiamata.

veritiero della situazione finanziaria a cui si riferiscono le fattispecie in discorso.

Per restare all'ambito del diritto penale societario (nel quale gli esempi potrebbero moltiplicarsi) in termini non diversi si configura la responsabilità gravante sull'amministratore di società per azioni che, a meno di non incorrere nella sanzione, di rilievo anche penale, prevista dall'art. 2625[73] c.c., deve assolvere l'obbligo di consentire ai soci l'accesso ai documenti sociali; così auto-denunciando, mediante l'esibizione (supponiamo) di deleghe che in seguito si accerteranno essere state rilasciate "in bianco", una propria responsabilità penale per illecita influenza sull'assemblea e conseguente formazione di una maggioranza viziata, fatto punito dall'art. 2636 c.c.

A conclusioni non diverse pare potersi giungere in relazione al caso, anch'esso già analizzato in dottrina, in cui ufficiali di polizia giudiziaria compilino un verbale falso al fine di non far emergere un proprio precedente illecito penale. Invero, è qui pacificamente ravvisabile una posizione "qualificata" degli autori[74], i cui doveri istituzionali normalmente consistono nella formazione di atti pubblici; all'assunzione dei doveri dichiarativi inerenti alla peculiare attività da costoro esercitata si accompagna, nella prospettiva qui suggerita, una rinuncia al *nemo tenetur*; peraltro, nel caso in esame, pare

[73] È il così detto "impedito controllo", punito con la reclusione nell'ipotesi in cui dal fatto derivi "un danno ai soci" (per un'analisi della fattispecie, si vedano, per tutti, E. Musco, *I nuovi reati societari*, Milano, 2002, p. 163 ss.; C. Bernasconi, *Commento all'art. 2625*, in Aa.Vv., *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali*, a cura di F. Giunta, Torino, 2002, p. 66 s.). In questa stessa linea d'esemplificazione, ancor più evidente risulta l'attinenza al tema del *nemo tenetur* della fattispecie delittuosa di cui all'art.2638 c.c., rubricata «ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza». Per tutti, in merito al delitto in esame, si vedano A. Lanzi, A. Cadoppi, *I nuovi reati societari*, Padova, 2002, p. 209.

[74] Agli agenti ed agli ufficiali di polizia giudiziaria, infatti, compete la qualifica di pubblici ufficiali, e dunque essi sono autori tipici in rapporto alle fattispecie incriminatrici di cui agli artt. 476 (falsità materiale del pubblico ufficiale in atti pubblici) e 479 c.p. (falsità ideologica del pubblico ufficiale in atti pubblici); va altresì rilevato come, in considerazione dei peculiari doveri istituzionali incombenti sugli appartenenti a tali categorie, una parte della dottrina (oltre alla costante giurisprudenza) abbia ritenuto configurabile a carico degli stessi un generale obbligo di impedire reati in relazione all'art. 40, co. 2, c.p. Per un esauriente quadro sul punto e per i necessari richiami bibliografici si veda, per tutti, I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., p. 134 ss.

individuabile una sufficiente inerenza alla falsità commessa di beni giuridici diversi dal mero interesse dello stato a punire il "*primum delictum*" ascrivibile agli autori. Sebbene l'ambito dei reati di falso sia stato sottoposto a critiche dalla dottrina per il carattere sfuggente e "cangiante" del bene giuridico tutelato, laddove all'integrazione formale dell'illecito sovente non si accompagnano apprezzabili contenuti di offesa[75], il caso in discorso pare sottendere, infatti, una portata lesiva decisamente più ampia ed insidiosa di quanto non possa di primo acchito apparire.

La questione pare potersi sintetizzare con un ragionamento *ad absurdum*: se tutti i pubblici ufficiali potessero compilare in modo lecito atti pubblici falsi onde sottrarsi ad una propria responsabilità penale, le esigenze di certezza sottostanti al bene giuridico tutelato verrebbero vanificate non solo in radice, ma anche in modo pressoché irrimediabile; in innumerevoli ipotesi concrete, ivi inclusa quella qui presa in considerazione, tali falsità sarebbero, infatti, assai difficili da rilevare. Gli ufficiali di polizia giudiziaria dell'ipotesi considerata si trovano in una tale posizione di dominio rispetto alla formazione non veritiera del verbale da potersi virtualmente garantire l'impunità per l'illecito in precedenza commesso. Nel caso di specie, ricorrono, dunque, tutti gli elementi distintivi della categoria generale che si sta esaminando, tanto sul piano delle esigenze di tutela che su quello, a carattere empirico (ma dagli evidenti profili politico-criminali) delle dinamiche della formazione della prova; se si ammettesse l'idea di una generalizzata liceità delle ipotesi di falso di cui si tratta, si finirebbe per compromettere a tal punto la funzio-

[75] L'ambito dei delitti contro la fede pubblica è caratterizzato da una «… estrema ampiezza, che finisce col frustrare le esigenze di offensività e col legittimare la punibilità anche in situazioni di mera inosservanza di forme, senza conseguenze concrete. Di conseguenza, la dottrina penalistica ha sempre cercato di meglio specificare un bene così vago». Cfr. I. Giacona, *Introduzione ai reati contro la fede pubblica*, in Aa.Vv., *Trattato di diritto penale*, Vol. V, cit., pp. 3-4. La vaghezza della nozione di fede pubblica rende, in effetti, i reati di falso «un terreno privilegiato del dibattito volto ad introdurre nel nostro diritto penale un principio di offensività volto ad abbandonare l'ermeneutica formalista di fronte alla fattispecie di reato». cfr. E. Grande, voce *Falsità in atti*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1991, p. 55. Per una sintesi del problema si consenta di rinviare anche a D. Tassinari, *Un "banco di prova" del principio di offensività: le falsità in atti*, in A. Cadoppi, S. Canestrari (a cura di), *Casi e materiali di diritto penale*, Vol. I, *Parte generale*, Milano, 2002, p. 16 ss.

ne preventiva delle fattispecie incriminatrice in discorso da garantire agli autori dei più disparati illeciti pregressi, peraltro muniti della qualifica di pubblici ufficiali, un'ampia – e quasi impenetrabile – sfera d'impunità[76]. In breve: nel caso in esame, non diversamente da quello relativo al settore medico-chirurgico di cui si è detto più sopra, pare ravvisabile una tale centralità dei beni giuridici potenzialmente lesi dalle condotte autodifensive dell'autore da far presagire che l'apertura di virtuali spazi di liceità fondati sul *se detegere* comporterebbe un cedimento del sistema penale.

Considerazioni non dissimili valgono in relazione ad ambiti anche molto diversi che la dottrina – e talora la giurisprudenza – ha individuato come problematici rispetto alla dimensione sostanziale della libertà dalle autoincriminazioni: così è per l'ipotesi della bancarotta documentale[77], la cui inerenza alla casistica qui considerata

[76] Invero, va precisato, a questo proposito, come l'orientamento della suprema Corte che si è esaminato più sopra (cfr. parte seconda, capitolo primo, § 3), laddove era stata riconosciuta un'efficacia "giustificante" al principio *nemo tenetur se detegere* in rapporto al falso commesso da appartenenti alle forze dell'ordine è stato, in più occasioni, successivamente disatteso dai giudici di legittimità. Fra le altre pronunce sul tema, si veda, per tutte, la recente Cass. pen., Sez. V, 15 gennaio 2010, n. 8252, in *CED Cass. pen.*, 2010, rv. 246157: «In tema di falso documentale, la relazione di servizio redatta dal pubblico ufficiale (nella specie agente della Polizia municipale), è atto pubblico che, come tale, fa fede fino a querela di falso dei fatti che siano caduti sotto la percezione diretta dell'autore o che siano dallo stesso riferiti. Ne consegue che integra il reato di falso ideologico commesso dal pubblico ufficiale in atto pubblico la relazione con cui quest'ultimo attesti fatti oggettivamente in contrasto con la realtà storica della vicenda narrata; né, in tal caso, è applicabile l'esimente di cui all'art. 51 c.p., "sub specie" del principio "nemo tenetur se detegere" – per avere l'autore attestato il falso al fine di non fare emergere la propria penale responsabilità in ordine all'episodio oggetto della relazione di servizio – considerato che la finalità dell'atto pubblico, da individuarsi nella veridicità "erga omnes" di quanto attestato dal p.u., non può essere sacrificata all'interesse del singolo di sottrarsi ai rigori della legge penale».

[77] La prevalente dottrina e la giurisprudenza, anche quella costituzionale, sono d'altronde unanimi nell'escludere la possibilità di "invocare il diritto di difesa a giustificazione della condotta di falsificazione posta a copertura della bancarotta patrimoniale" (cfr. G.L. Perdonò, *I reati fallimentari*, in *Corso di diritto penale dell'impresa*, a cura di A. Manna, cit., pp. 372-373). Questioni non dissimili si pongono rispetto all'obbligo di tenuta delle scritture contabili da parte dell'imprenditore. Ad avviso di alcuni Autori, l'obbligo in discorso, dal quale discende la così detta "immunità commerciale" dell'imprenditore, comporta, come contropartita, la soggezione al rischio d'autoincriminazione (così U. Giuliani-Balestrino, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, cit., p. 45).

appare così chiara da non abbisognare di particolari delucidazioni; nonché per talune fattispecie inerenti al settore della circolazione stradale, segnatamente ai casi del rifiuto del conducente di sottoporsi al test etilometrico (condotta penalmente sanzionata dal codice della strada)[78], ed in quello inerente all'obbligo del proprietario di veicoli di comunicare alle autorità preposte, sotto la minaccia di una sanzione amministrativa, il nominativo del conducente in caso di superamento dei limiti di velocità. Tale ultima ipotesi, peraltro, è stata ritenuta legittima rispetto ai contenuti costituzionali e sopranazionali del privilegio tanto dal Giudice delle leggi che dalla Corte EDU[79]. Appare interessante rilevare, a questo proposito, come i criteri applicati, in particolare, dai Giudici di Strasburgo per la soluzione della questione presentino considerevoli simmetrie con l'impalcatura argomentativa individuata dalla stessa Corte costituzionale italiana mediante il riferimento al concetto di "libera scelta" e rispecchino, in larga parte, le considerazioni sin qui svolte.

Il caso portato all'attenzione dei giudici soprannazionali atteneva alla compatibilità della legislazione inglese, segnatamente dell'art. 172 del Road Traffic Act del 1988, con il principio della libertà dalle autoincriminazioni, nella parte in cui tale norma, sotto la minaccia di una sanzione penale, impone ai proprietari di veicoli colti a circolare in eccesso di velocità di segnalare all'autorità pubblica i nomi dei conducenti. Ebbene: ad avviso della Corte di Strasburgo, la norma in discorso dovrebbe ritenersi, innanzitutto, strut-

[78] In relazione alla *ratio* di tale fattispecie si veda l'ampia trattazione di M. Zincani, *I reati in materia di circolazione stradale*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, M. Papa (a cura di), *I reati contro la persona*, Vol. I, *I reati contro la vita e l'incolumità individuale*, Milano, 2006, p. 874 ss.

[79] «È manifestamente infondata la q.l.c. degli art. 126 *bis*, comma 2, e 180, comma 8, d.lg. 30 aprile 1992 n. 285, come modificati dal d.l. 27 giugno 2003 n. 151, conv., con modificazioni, in l. 1° agosto 2003 n. 214, censurati, in riferimento agli art. 3, 24 e 27 Cost., nella parte in cui prevedono che, anche nell'ipotesi in cui il proprietario non riesca a rintracciare i dati dell'effettivo conducente, lo stesso sia soggetto alle sanzioni previste dal citato art. 180, comma 8». Ciò in quanto «… al proprietario del veicolo viene riconosciuta la facoltà di esonerarsi dalla responsabilità, dimostrando l'impossibilità di rendere una dichiarazione diversa da quella negativa, mentre l'evocato parametro costituito dall'art. 27 Cost., non è pertinente poiché la norma è applicabile alla sola responsabilità penale e non anche a quella amministrativa» cfr. C. cost., 28 luglio 2010, n. 286, in *Giur. cost.*, 2010, p. 3592.

turata in modo rispettoso del principio di colpevolezza, in quanto l'interessato è ammesso a provare di non sapere, o «di non aver potuto sapere, con una ragionevole diligenza, chi fosse il conducente al momento dell'illecito contestato»[80]. Ciò premesso, occorrerebbe porre l'attenzione sul fatto che ogni utente della strada è consapevole di dover osservare particolari regole e deve, dunque, accettarne l'applicazione, anche allorquando esse si concretizzino in doveri di collaborazione e/o di informazione verso lo stato; il modesto grado di *compulsion* imposto al dichiarante con la minaccia della sanzione (nel caso specifico non detentiva), peraltro, dovrebbe ritenersi ampiamente controbilanciato, nell'ipotesi all'esame, dall'esigenza di prevenire i rischi causati dalla circolazione stradale[81].

A ben guardare, nello schema logico suggerito dalla Corte, sono ravvisabili tutti gli elementi caratterizzanti delle situazioni in cui un potenziale conflitto fra doveri dichiarativi e libertà dalle autoincriminazioni trae origine, come è stato efficacemente puntualizzato dal Giudice delle leggi, si impernia sulla "libera scelta" del soggetto interessato: l'esistenza di una peculiare posizione o qualifica del dichiarante, che egli ha autonomamente assunto e della quale conosceva le implicazioni in tema di obblighi dichiarativi; la presenza di un'esigenza di tutela sufficientemente definita e riconoscibile, che giustifichi il ricorso al modello normativo in esame in considerazione dei beni giuridici in gioco; l'estrema difficoltà di dare attuazione a tale esigenza di tutela senza ricorrere alla collaborazione del soggetto "garante".

Alcune considerazioni in parte diverse merita l'ipotesi di cui all'art. 20, comma 5, della legge 6 agosto 1990, n. 223 (disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato), che prevede l'obbligo, per

---

[80] Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo – Grande camera – 29 giugno 2007, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1613. L'orientamento espresso dalla Corte e richiamato nel testo è tratto da F. Zacché, Nemo tenetur se detegere *vs. obblighi da circolazione stradale di fronte alla corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 1620, il quale, peraltro, svolge una dettagliata disamina critica della suddetta pronuncia.

[81] F. Zacché, Nemo tenetur se detegere *vs. obblighi da circolazione stradale di fronte alla corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 1621, il quale sintetizza così gli orientamenti dei giudici soprannazionali: «siccome ogni utente della strada sa d'essere soggetto a particolari regole, il possessore d'un autoveicolo deve accettare la responsabilità e le obbligazioni che derivano dai regolamenti della strada, compreso il dovere d'informare, in caso d'illecito, le autorità sull'identità di colui che era alla guida al momento dell'infrazione».

le emittenti radio-televisive, di conservare la registrazione delle trasmissioni per un periodo non inferiore a 90 giorni dalla loro messa in onda. L'inosservanza di un tale obbligo è presidiata da una sanzione amministrativa. È chiaro come un tale dovere di collaborazione con l'autorità sia funzionale non già, come nei casi appena analizzati, alla tutela di beni giuridici "alieni" alla pretesa punitiva, quanto piuttosto all'efficace perseguimento dei delitti contro l'onore commessi con il mezzo televisivo: ciò appare univocamente dimostrato dalla circostanza che la durata dell'obbligo di custodia della registrazione coincide con i termini di presentazione della querela da parte dell'offeso.

La norma all'esame è, pertanto, imperniata sulla coincidenza soggettiva fra il titolare dell'obbligo di mantenimento della prova ed il responsabile di pregressi illeciti penali, normalmente consistenti in fatti di diffamazione; è sempre il «concessionario privato per la radiodiffusione sonora e televisiva», che, oltre a doversi far carico della conservazione delle registrazioni, ai sensi dell'art. 30, comma 3, della stessa legge, risponde, laddove ometta per colpa di controllarne i contenuti, dei reati realizzati nel corso delle trasmissioni[82].

L'ipotesi in discorso presenta, senza dubbio, profili problematici più spiccati rispetto a quelle che si sono analizzate in precedenza; sono qui ravvisabili, infatti, solamente alcuni dei tratti identificativi della categoria generale che si è più sopra delineata. Seppure si è in presenza della libera assunzione, da parte del titolare dell'obbligo, degli impegni conseguenti all'esercizio di una peculiare attività – peraltro di elevato rilievo sociale – non si intravede, nella fattispecie in discorso, alcuna apprezzabile esigenza di tutela di beni giuridici diversi da quello leso con il *primum delictum*; manca, in ultima analisi, uno specifico contrappeso al sacrificio in tal modo imposto al *se detegere*. Vi è un solo dato che pare rendere non irragionevole la peculiare ipotesi di "garanzia sulla prova" che è stata qui scolpita dal legislatore: in assenza del predetto obbligo di conservazione diverrebbe arduo perseguire i fatti diffamatori commessi con il mezzo televisivo.

---

[82] A questo proposito, si veda il dettagliato quadro di L. Fioravanti, voce *Televisione, stampa e editoria. I reati televisivi*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. XIV, 1999, pp. 165-166.

Sezione II

Il *se detegere* quale elemento escludente la tipicità del reato, l'antigiuridicità, ovvero la colpevolezza. Le problematiche dell'imputazione soggettiva nelle situazioni ove l'autoincriminazione non opera quale causa di giustificazione

1. *Sintesi preliminare dei risultati dell'indagine*

L'analisi sino ad ora svolta ha messo in mostra la diversità delle angolazioni attraverso le quali i possibili punti di frizione fra il *nemo tenetur se detegere* ed il diritto penale sostanziale si prestano ad essere considerati. L'identificazione dei casi in cui il principio opera quale causa di giustificazione, alla luce dei lineamenti deducibili dall'esperienza comparata (ed in particolare dalle sentenze della Corte suprema statunitense) e dalla giurisprudenza nazionale e sopranazionale, pare doversi, in particolare, snodare su due livelli.

Il primo attiene all'individuazione, sul piano normativo-astratto, delle fattispecie penali (ovvero sanzionate anche solo in via amministrativa) che intercettano il privilegio.

Esse sono raggruppabili, si è visto, in tre macro-categorie legislative, ciascuna delle quali esprime un diverso grado di compatibilità con il *se accusare*[83]: nella prima, il legislatore si rivolge a "classi sospette", il principio è perciò infranto nei suoi contenuti essenziali e lo schema normativo adottato si rivela *ictu oculi* incostituzionale; la seconda, maggiormente eterogenea, rappresenta il terreno elettivo di applicazione del *se detegere* quale causa di giustificazione ed è connotata dal fatto che all'individuo viene penalmente imposto un comportamento dichiarativo, per così dire, generico, ovvero non

[83] Siffatto *modus procedendi*, peraltro, non pare rappresentare una peculiarità del *se detegere* ma pare piuttosto riflettere le stesse modalità operative della scriminante dell'esercizio del diritto: «l'incompatibilità tra la norma costituzionale e quella ordinaria può essere tale da ricorrere in ogni caso, per il semplice fatto che le due norme esistono. Ma sono anche date situazioni più sfumate e intermedie, sino a giungere all'estremo opposto di norme perfettamente tra loro compatibili». cfr. A. Lanzi, *La scriminante dell'art. 51 c.p. e le libertà costituzionali*, Milano, 1983, p. 9.

correlato all'esercizio di particolari funzioni o attività; la terza, infine, ruota concettualmente attorno alla "libera scelta" del soggetto, il quale, assumendo una determinata posizione, ovvero intraprendendo una determinata attività, *ex ante* si impegna a rendere dichiarazioni veridiche in vista della tutela di taluni beni giuridici.

Il secondo livello di cui si è detto attiene alla verifica, una volta che si sia appurato di essere in presenza di una delle ipotesi in cui il principio può operare in chiave giustificante, dei requisiti strutturali che più sopra si sono tracciati: la ravvisabilità di un pericolo d'autoincriminazione; soprattutto, la ricognizione di una situazione di bilanciamento fra beni ove la pretesa punitiva dello stato, senza che vengano in considerazione altre e diverse esigenze di tutela delle quali il dichiarante si sia fatto carico, si contrapponga al valore, ad essa simmetrico ed omogeneo, del diritto di difesa.

Come si è accennato, la valenza del *se detegere* quale causa di giustificazione si esplica essenzialmente nell'ambito della seconda fra le macro-categorie normative di cui si è appena detto, segnatamente in quella in cui sono raggruppate le ipotesi in cui al singolo venga penalmente imposto un comportamento dichiarativo "generico"; senza che cioè si sia in presenza di un suo ruolo di garanzia in rapporto all'esercizio di particolari funzioni o attività.

Nei paragrafi che seguono si individueranno concretamente alcuni casi nei quali il principio si manifesta quale causa di giustificazione, nonché, stante la sua valenza multiforme, le ipotesi in cui esso interagisce con gli altri livelli della struttura del reato; si prenderanno in più dettagliata considerazione, inoltre, alcuni ambiti problematici che si sono tratteggiati nei capitoli precedenti, segnatamente quello della configurabilità in chiave scriminante del diritto di difesa rispetto al reato di calunnia e dell'ambiguo ruolo svolto, nel contesto dell'art. 384 c.p., dalla fattispecie di frode processuale.

2. *Libertà dalle autoincriminazione e tipicità del reato*

La più significativa fra le ipotesi nelle quali si manifesta un'interazione fra il privilegio ed il livello della tipicità dell'illecito penale è individuabile nel delitto di favoreggiamento personale.

Non può che condividersi, a questo proposito, l'osservazione ricorrente in dottrina secondo cui la fattispecie in discorso rappresenterebbe un'estrinsecazione del *se detegere* operante direttamente sul fatto-reato[84]. L'inciso «fuori dai casi di concorso» caratterizza la norma di cui all'art. 378 c.p. nel senso di evidenziarne la non riferibilità a coloro che abbiano preso parte al fatto-base, oggetto delle "investigazioni" e delle "ricerche" dell'autorità[85].

A questo proposito, appaiono utili alcune puntualizzazioni: il poliedrico concetto di "aiuto", attorno al quale ruota la condotta incriminata nell'art. 378 c.p., è così ampio da comprendere tanto le manifestazioni del *se detegere* afferenti alla sua matrice di diritto fondamentale, ossia, come si è visto, la non collaborazione, il silenzio ed il mendacio, tanto quelle che fuoriescono da tale ambito e compongono, nel loro insieme, la nozione "atecnica" (e talora fuorviante) della libertà dalle autoincriminazioni. L'irrilevanza penale dell'aiuto prestato "a sé stessi", nella parte in cui non risulta sovrapponibile al significato costituzionale del principio, si riferisce alle condotte che l'autore pone in essere spinto dall'istinto di conservare la propria libertà; e, dunque, attiene alla nozione ampia del *se detegere*, laddove esso rileva quale fenomeno umano, connaturato all'agire criminoso ed intrinsecamente illecito. Si sono già individuate, in parte, le ipotesi nelle quali siffatto versante "oscuro" del

---

[84] Cfr., in proposito, le osservazioni di G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale, Parte speciale*, I, 3ª ed., cit., p. 409; M. Zanotti, «*Nemo tenetur se detegere*: *profili sostanziali*», cit., p.179 evidenzia come nei delitti di favoreggiamento personale e ricettazione, «la partecipazione concorsuale al reato presupposto import[i] deviazione alle (ordinarie) regole che disciplinano il concorso materiale di reati. E non è pensabile altra ragione giustificante tale deroga diversa da un giudizio di irragionevolezza circa uno spontaneo (e pregiudizievole) ritorno alla legalità da parte di chi già se ne è posto al di fuori». Va rilevato, peraltro, come la clausola di riserva «fuori dai casi di concorso nel medesimo» costituisca il risultato finale di una lenta evoluzione storico-legislativa, che ha condotto a distinguere l'ipotesi di cui all'art. 378 c.p. dal concorso di persone nel reato (cfr., per tutti, in proposito, M. Gelardi, *L'oggetto giuridico del favoreggiamento come dover essere del processo*, Padova, 1993, p. 17 ss.; nonché, recentemente, L. Zilletti, *I delitti di favoreggiamento*, cit., p. 461). Ravvisano la ratio della clausola in discorso nell'irrilevanza del "posfatto" successivo al concorso G. Marinucci, E. Dolcini, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2004, p. 304.

[85] Si rinvia, a questo proposito, all'anlisi svolta *supra*, nella parte seconda, capitolo secondo, § 8 ed alla bibliografia ivi richiamata.

principio si manifesta quale situazione soggettiva di inesigibilità nel contesto delle fattispecie richiamate dall'art. 384 c.p.

Nello specifico caso del favoreggiamento personale, peraltro, il versante (per così dire) umanistico del *se detegere* rileva non quale fattore incidente sulla rimproverabilità soggettiva dell'autore, ma come limite logico alla stessa tipicità del fatto[86].

La volontà di sottrarsi alle investigazioni si configura, sul piano empirico, come un dato così strettamente connaturato all'agire criminoso che sarebbe un nonsenso volerne sanzionare penalmente i profili di slealtà verso l'ordinamento. Il fatto che l'autore di un reato cerchi di sottrarsi all'intervento punitivo dello stato rientra nello stesso perimetro fenomenico segnato dal suo ingresso nella sfera dell'illecito; così che sarebbe non solo irrazionale, ma addirittura improponibile nelle premesse, stante la situazione di antagonismo alla legge che il reo ha già innescato con il *primum delictum*, l'idea di sanzionare in via autonoma la sua successiva mancata *compliance* all'ordinamento[87].

Peraltro, l'irrilevanza penale della fattispecie si estende sino a ricomprendere non solo il fatto proprio, ma, laddove venga in considerazione un'ipotesi di partecipazione criminosa nel reato-base, l'intero ambito soggettivo di coloro che vi abbiano concorso. Vi è qui un profilo meritevole di particolare considerazione: le stesse motivazioni logico-empiriche inerenti all'ipotesi dell'aiuto "prestato a sé stessi" hanno indotto il legislatore a ritenere penalmente atipi-

[86] Questa fisionomia del versante soggettivo del principio, pare una conferma, pur con le dovute differenze d'impostazione e dello stesso oggetto dell'analisi, della prospettiva suggerita da Fornasari, il quale, aderendo alla concezione tripartita del reato, individua, seguendo un innovativo approccio, nell'inesigibilità una causa di esclusione talvolta della tipicità, altre volte dell'antigiuridicità ed altre volte ancora della colpevolezza (cfr., G. Fornasari, *Il principio di inesigibilità*, cit., p. 245 s., p. 297 s., p. 319 s.).

[87] Appaiono, in questa prospettiva, perspicue e condivisibili le annotazioni di quella parte della dottrina che ha escluso la punibilità dell'istigazione di altri soggetti al proprio favoreggiamento, giacché in tali ipotesi «non è ricostruibile la stessa fattispecie obiettiva dell'art. 378 c.p. che, anche nella forma della partecipazione, deve poter sussistere, integrata dal contributo degli altri, nei confronti di *ciascun* concorrente…, mentre l'istigazione al favoreggiamento *di sé* impedisce in radice di riconoscere nel comportamento un modo concorsuale di aiutare *taluno*» (cfr. T. Padovani, voce *Favoreggiamento*, cit., p. 2, la tesi è altresì condivisa da L. Zilletti, *I delitti di favoreggiamento*, cit., p. 466).

co anche "l'aiuto" prestato ai correi; ciò evidentemente in quanto, nell'ambito della fattispecie concorsuale, la mescolanza dei singoli apporti dei partecipi e la condivisione della responsabilità penale per il medesimo fatto renderebbe artificiosa ed incoerente una distinzione fra le due tipologie di condotte. Esse, infatti, sono sovrapposte e convergenti verso un risultato unitario – può dirsi solidale – di fuga dalla responsabilità.

Poiché nel novero delle condotte di "aiuto" rientrano, si è detto, anche i contenuti tipici, evincibili dall'assetto normativo (costituzionale e soprannazionale) del diritto di non-autoincriminarsi, deve allora concludersi che il mendacio volto a proteggere i partecipi concretizzi una manifestazione attiva del diritto di autodifesa.

Su queste basi, suscita perplessità, in quanto potrebbe risultare erosiva della sfera di libertà dalle autoincriminazioni, la regola, dettata dall'art. 64, co. 3, lett. c) c.p.p. (ed ivi inserita dalla così detta legge sul "giusto processo") per cui il dichiarante assume la qualità di testimone relativamente ai «fatti che concernono la responsabilità di altri». L'ampia formulazione della norma, infatti, sembra configurare un obbligo testimoniale dell'imputato sia relativamente alle ipotesi in cui le sue propalazioni assumano il valore di prove a carico, sia in quella in cui esse, per contro, rilevino come prove a discarico; in altri termini, essa sembra conferire rilievo testimoniale a tutti i contributi conoscitivi che l'imputato sia in grado di offrire in merito alla posizione di altri soggetti[88]. La disciplina in discorso, come noto, è stata oggetto di numerose annotazioni critiche da parte della dottrina processualistica, in quanto la scelta di assegnare obblighi testimoniali all'imputato sacrifica sensibilmente i contenuti

[88] Ed in effetti proprio questa sembra essere l'interpretazione prescelta dalla prevalente dottrina processualistica: «l'espressione 'fatti che concernono la responsabilità di altri' presenta evidenti caratteri di genericità ed ampiezza. Non vi è dubbio che comprende non soltanto le dichiarazioni accusatorie, ma anche quelle liberatorie e che riguarda tutti i contributi conoscitivi che siano idonei a dimostrare, in via diretta o anche solo indiretta, in positivo o in negativo, la responsabilità di un'altra persona» (cfr., M. D'ANDRIA, *Le nuove qualifiche soggettive create dalla l. n. 63 del 2001 e la riforma dell'art. 64*, in *Cass. pen*, 2002, p. 854; sul punto si vedano e gli analoghi rilievi di D. VIGONI, Ius tacendi e *diritto al confronto dopo la l. n. 63 del 2001: ipotesi ricostruttivo e spunti critici*, in *Dir. pen. e proc.*, 2002, p. 92; V. PATANÉ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, cit., p. 192).

processuali della libertà dalle autoincriminazioni[89]. Né pare che essa sia, come ha sottolineato la letteratura processualistica, una conseguenza necessaria della riforma dell'art. 111 Cost.[90].

In breve: benché non constino precedenti giurisprudenziali nel senso di ritenere ammissibile l'assunzione, da parte dell'imputato, di obblighi testimoniali anche nel caso in cui le sue propalazioni riguardanti i correi abbiano un contenuto favorevole, l'ambiguo contenuto della disposizione di cui all'art. 64, co. 3, c.p.p. rende astrattamente possibile una tale interpretazione; questa si pone perciò potenzialmente in contrasto con gli stessi contenuti costituzionali del *se detegere*, segnatamente con il fondamentale aspetto di autodifesa attiva ad esso implicito, che è volto a garantire una interlocuzione libera dell'imputato sul "fatto proprio", e nel cui ambito rientra, come si evince dallo stesso art. 378 c.p., la fattispecie concorsuale.

Un'altra annotazione pare necessaria in relazione al problema, al quale si è già brevemente accennato, della punibilità delle condotte ascrivibili al fenomeno, noto alla giurisprudenza, del così detto favoreggiamento "reciproco": il caso paradigmatico è quello di due soggetti che, essendo simultaneamente persone offese ed autori di reati commessi l'uno in danno dell'altro, si scagionino reciprocamente onde sottrarsi alle rispettive responsabilità[91].

Si è qui nettamente al di fuori dall'ambito del concorso di persone nel reato, e, sul piano della disciplina processuale, viene in considerazione nulla più che un'ipotesi di "collegamento d'indagi-

---

[89] Stigmatizza la "irresistibile" tendenza del legislatore a voler trasformare l'imputato in un "collaboratore" del p.m., fra gli altri, M.L. Di Bitonto, *Diritto al silenzio: evoluzione o involuzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1028.

[90] Si vedano, in proposito, le incisive diffuse osservazioni di G. Illuminati, *L'imputato che diventa testimone*, in *Ind. pen*., 2002, p. 389: «… è lecito […] discutere anche della compatibilità del nuovo sistema con l'art. 111 Cost. Questa norma viene addirittura invocata a copertura delle modifiche, ma l'art.111, comma 4, Cost. in realtà parla d'altro, parla del principio del contraddittorio nella formazione della prova e impone, se mai un modello accusatorio; l'obbligo di collaborazione dell'imputato rappresenta invece una degenerazione inquisitoria, che come tale non ha le carte in regola con l'art. 111 Cost.».

[91] In merito a questa ipotesi, con richiami giurisprudenziali, v. A. D'ambrosio, *Commento all'art. 378 c.p*., in *Codice penale* a cura di T. Padovani, cit., p. 1843; ritiene pacifica la non punibilità della condotta nella situazione in discorso P. Pisa, voce *Favoreggiamento personale e reale*, cit., p. 167.

ni", eventualmente rilevante quale presupposto per la riunione dei processi[92]. La non numerosa giurisprudenza espressasi sul punto ha concluso – condivisibilmente – per la non punibilità dell'ipotesi in discorso[93]; è interessante notare, tuttavia, come questa soluzione appaia perspicua solamente in rapporto all'operatività del *nemo tenetur* quale causa di esclusione della colpevolezza, nel contesto dell'art. 384 c.p., mentre deve escludersi che, nel caso di specie, ricorrano gli elementi strutturali del *lecito* esercizio del diritto di difesa.

Invero, ad una tale soluzione si oppone la circostanza che non è qui soddisfatta la necessaria simmetria fra i beni giuridici in gioco: le dichiarazioni mendaci attengono alla responsabilità di un altro soggetto e fuoriescono dal perimetro del concorso di persone nel reato. Esse, pertanto, sono rivolte a neutralizzare una pretesa punitiva diversa, ed anzi aliena, a quella da cui è attinto il dichiarante, così che il fatto di cui all'art. 378 c.p. viene posto in essere al di fuori del nesso accusa-difesa; ciò che difetta, in altri termini, è il parametro logico sottostante alla formulazione del giudizio di bilanciamento fra i beni in gioco, il quale si riconnette – lo si è visto – ai valori costituzionali, intimamente legati al *se detegere*, di "parità delle armi" e "contraddittorio" e necessita, affinché il meccanismo di giustificazione di cui all'art. 51 c.p. sia correttamente attivato, di una speculare proiezione nella fattispecie concreta.

Va, infine, rilevato come i fenomeni interattivi fra libertà dalle autoincriminazioni e tipicità del reato non si concentrino unicamente nell'esegesi della – pur centrale – fattispecie di cui all'art. 378 c.p.; essi infatti, paiono potersi manifestare nei più disparati campi della legislazione penale.

Un esempio che appare emblematico è dato dal caso, che già si è succintamente richiamato, dell'art. 6 del D.lgs. 286 del 25 luglio

---

[92] Sul punto, nella manualistica processuale, si veda, per tutti, P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 80 ss.

[93] Cfr. Cass. pen., 22 febbraio 1982, in *Cass. pen.*, 1983, 1982, p. 1466: «non è punibile il favoreggiamento personale reciproco, che si ha quando l'attività […] sia posta in essere da due soggetti che siano, vicendevolmente, offesi dal reato commesso dall'altro ed autori del reato subito dall'altro […] Infatti, in tale ipotesi entrambi i soggetti nell'aiutarsi reciprocamente ad eludere le investigazioni dell'autorità tendono alla propria impunità, che non potrebbero conseguire se con il palesare i fatti loro noti fossero inevitabilmente costretti ad autoaccusarsi».

1998 (T.U. sull'immigrazione); tale norma sanziona in via contravvenzionale la condotta dello «straniero che a richiesta degli ufficiali e agenti di pubblica sicurezza, non ottempera, senza giustificato motivo, all'ordine di esibizione del passaporto o di altro documento di identificazione e del permesso di soggiorno o di altro documento attestante la regolare presenza nel territorio dello stato».

Ebbene: sembra condivisibile il recente indirizzo giurisprudenziale secondo cui, con particolare riferimento all'ipotesi in cui siffatto ordine di esibizione venga rivolto allo straniero clandestino (dunque ad un soggetto esposto alle sanzioni penali di cui all'art. 10 *bis* del succitato T.U.), la libertà dalle autoincriminazioni dell'interessato costituirebbe un "giustificato motivo" per non ottemperare all'ordine di esibizione contemplato dalla norma[94]. Viene qui in rilievo,

[94] Cfr., fra le più recenti pronunce, Trib. Monza, 23 marzo 2010, n. 544, in *Guida dir.*, 2010, f. 23, p. 85. Va rilevato, peraltro, come la suprema Corte, sia pure con riferimento al periodo antecedente all'intoduzione, nel nostro ordinamento, della fattispecie incriminatrice di "clandestinità", aveva sottolineato come il "giustificato motivo" di cui all'art. 6 cit., dovesse considerarsi un elemento "del fatto" e non una condizione obiettiva di punibilità; essa, peraltro, aveva ritenuto esigibile l'esibizione, da parte dello straniero così come del cittadino, di un documento di identità e – parallelamente – inesigibile l'esibizione del permesso di soggiorno, in quanto il possesso di tale documento sarebbe stato inconciliabile con la condizione di straniero "clandestino" (cfr. Cass. pen., Sez. Un., 27 novembre 2003, n. 21, in *Cass. pen.*, 2004, p. 776, con nota di M. Gambardella, *Lo straniero clandestino e la mancata esibizione del documento di identificazione*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 785 ss.). Una parte della dottrina aveva sin dall'inizio fortemente stigmatizzato le implicazioni autoritarie della norma in commento, proprio nella parte in cui essa si presta ad essere interpretata nel senso che il mancato possesso del documento potrebbe non costituire un "giustificato motivo": «… in tal modo la responsabilità penale diventa, di fatto, la proiezione automatica di uno status, quello di 'clandestino' non previsto dalla legge […] si nega al migrante l'accertamento, in concreto, se il documento sia stato richiesto, se la richiesta sia stata compresa, se dell'omessa esibizione siano o meno state offerte giustificazioni, se tali giustificazioni possano o meno ritenersi attendibili e valide» (cfr. L. Pepino, *Straniero extracomunitario irregolare e dovere di esibizione dei documenti*, in *Quest. giust.*, 2003, p. 880 ss.). Per una panoramica in chiave critica della vigente legislazione penale in tema di immigrazione, ed anche in rapporto ai profili di incostituzionalità del reato di clandestinità, si veda, per tutti, A. Manna, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 446 ss. e spec. 449 ss. In relazione alle modifiche apportate al suddetto art. 6 dalla L. 15 luglio 2009, n. 94, che avrebbero reso non più configurabile la fattispecie penale ivi contemplata in rapporto agli stranieri in posizione irregolare, v. Cass. pen., Sez. Un., 27 aprile 2011, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, p. 1348, con nota di G.L. Gatta).

da un lato, una situazione tipicamente rientrante nei contenuti costituzionali del diritto di difesa, in quanto il clandestino si limita a non collaborare con le autorità onde evitare di essere perseguito per un proprio reato; dall'altro, stante la clausola di esonero da responsabilità in esame, che costituisce un limite "interno" alla rilevanza penale del fatto di cui all'art. 6 cit., il *se detege*re evidentemente opera quale fattore di esclusione della stessa tipicità del reato.

3. *Il* se detegere *quale causa di liceità*

Gli aspetti strutturali del momento giustificante della libertà dalle autoincriminazioni e delle sue modalità di accertamento si sono già delineati *per gradus* nei capitoli precedenti. Si impongono, nondimeno, alcune puntualizzazioni: la prima attiene al rilievo, oramai divenuto palese alla luce delle considerazioni che si sono già svolte, per cui molti dei casi che sono stati individuati dalla dottrina, e talora anche dalla giurisprudenza, come possibili applicazioni del *nemo tenetur* nel diritto penale sostanziale (il falso in bilancio, la bancarotta documentale, la falsità in atti pubblici, ecc.) non sono per nulla inquadrabile nel versante giustificante del principio.

Al livello normativo-astratto, lo schema legislativo in cui essi rientrano, che si è visto essere geneticamente caratterizzato da una "libera scelta" dell'interessato, non presenta aspetti contrastanti con le garanzie costituzionali inerenti al processo; al livello dell'analisi concreta di tali fattispecie, inoltre, emerge nitidamente come i beni e gli interessi in gioco vadano ben al di là del rapporto dualistico fra la pretesa punitiva dello stato ed il diritto di difesa che sorregge il modello giustificativo all'esame.

Ipotizzare che il diritto di difesa possa qui prevalere, in sede di bilanciamento di interessi, su questi ultimi, equivarrebbe a sradicarlo dal suo habitat logico ed operativo, ovvero dalla sua funzione oppositiva all'accusa, per compararlo a valori non solo con esso del tutto eterogenei, ma altresì essenziali per il funzionamento di altri settori dell'ordinamento.

In relazione a ciascuno di questi casi, dunque, le uniche possibili problematiche date dall'interazione del principio con il diritto penale sostanziale paiono attenere al versante dell'imputazione soggettiva del reato, del quale si dirà fra breve.

Non mancano, peraltro, situazioni nelle quali i meccanismi giustificativi sottesi al principio risultano chiaramente integrati: queste attengono tanto all'ambito "pre", o anche "extra" processuale, che a quello endo-processuale.

Si è visto, come, soprattutto in passato[95], notevole sia stato l'interesse destato dalla possibile attinenza al privilegio di alcune condotte di falsità personale – segnatamente, veniva in considerazione il delitto di cui all'art. 496 c.p.[96] – realizzate al fine di nascondere, a fronte di specifiche domande poste dagli organi di polizia, precedenti condotte illecite. L'ipotesi paradigmatica era quella dell'automobilista che, colto a guidare senza patente (fatto che è recentemente tornato a costituire reato)[97], anziché "confessare" agli agenti che lo avevano fermato di non essere abilitato alla guida, si limitava a sostenere – falsamente – di aver scordato a casa il documento[98].

La questione aveva dato luogo ad un annoso contrasto giurisprudenziale: alcune pronunce, in particolare, pur ritenendo che il mendacio in discorso fosse idoneo ad integrare il concetto di "qua-

---

[95] Si vedano, in proposito, le osservazioni di E. Infante, Nemo tenetur se detegere *in ambito sostanziale: fondamento e natura giuridica*, cit., p. 832, alla nota 1, con richiami al caso qui considerato e ad altre ipotesi ritenute in dottrina riconducibili alla problematica del *nemo tenetur* "sostanziale". Per ulteriori applicazioni – e disapplicazioni – giurisprudenziali del principio *nemo tenetur se detegere* si vedano, fra gli altri, A. Cadoppi, *Il reato omissivo proprio*, cit., p. 757 ss., nota 64.

[96] Per un inquadramento della fattispecie, si veda, per tutti, A. Pagliaro, voce *Falsità personale*, cit., pp. 650-651.

[97] Ai sensi dell'art. 1 del d.l. 3 agosto 2007, n. 117, conv. nella l. 2 ottobre 2007, n. 160 «Chiunque guida autoveicoli o motoveicoli senza aver conseguito la patente di guida è punito con l'ammenda da euro 2.257 a euro 9.032; la stessa sanzione si applica ai conducenti che guidano senza patente perché revocata o non rinnovata per mancanza dei requisiti previsti dal presente codice. Nell'ipotesi di reiterazione del reato nel biennio si applica altresì la pena dell'arresto fino ad un anno. Per le violazioni di cui al presente comma è competente il tribunale in composizione monocratica».

[98] Per una dettagliata analisi del caso, si vedano O. Badellino, *Sul fondamento ed i limiti del così detto diritto al mendacio come facoltà contenuto del diritto di difesa*, cit., p. 278 ss.; F. Corbi, *Falsa dichiarazione di conseguita patente di guida e art. 495 c.p.*, in *Giur. it.*, 1969, II, c. 105 ss.

lità personali" di cui all'art. 496 c.p., avevano concluso per la non punibilità della condotta *ex* art. 51 c.p.; altrimenti ragionando, si sarebbe, infatti, determinata una lesione del diritto di difesa del dichiarante[99]. La soluzione proposta a questo proposito dalla suprema Corte a sezioni unite, fu, come si è visto, una "salomonica" elusione del quesito più interessante che il caso poneva. Trascurando il profilo della non punibilità che, in modo stringente, chiamava in causa il tema della valenza sostanziale del *se detegere*, la Corte intervenne, infatti, sulla sola analisi della tipicità del fatto, escludendo che, nell'ipotesi considerata, il mendacio rientrasse fra le "falsità personali" cui la lettera della fattispecie si riferisce[100].

A ben guardare, la riconducibilità del caso in esame all'ambito dell'operatività scriminante della libertà dalle autoincriminazioni appare nitida. Innanzitutto, non può dirsi che il soggetto attivo del reato assuma qui un qualche ruolo di garanzia implicante un dovere di collaborazione con l'autorità in vista della tutela di interessi esterni al rapporto punitivo: la fattispecie di cui all'art. 496 c.p. non si rivolge "all'automobilista", ed ha, anzi, un contenuto del tutto generico; soprattutto, non si riesce ad individuare, nel caso di specie, al di là dello schermo formale del bene della fede pubblica, alcun apprezzabile valore o interesse che possa essere leso dalla condotta dell'autore; per contro, risulta chiaro come, essendo la domanda a questi rivolta incentrata sul merito stesso della sua responsabilità penale[101], l'unico interesse "leso" dalla risposta mendace consista proprio nella

---

[99] In questo senso, in particolare, Cass. pen., Sez. V, 3 febbraio 1967, Masi, in *Mass. Uff.*, 1967, p. 393, m. 103940, richiamata da O. Badellino, *Sul fondamento ed i limiti del così detto diritto al mendacio come facoltà contenuto del diritto di difesa*, cit., p. 278 ss.

[100] Cfr. Cass. pen., Sez. Un., 4 maggio 1968, in *Cass. pen. mass. Ann.*, 1968, p. 669. Appare, tuttavia, significativo che la suprema Corte, in tale pronuncia, abbia concluso affermando che «il conducente dell'autocarro ebbe a mentire non per affermare una sua inesistente qualità personale, bensì per sottrarsi alla responsabilità di guidare senza patente; non ebbe perciò neppure la coscienza e volontà di dichiarare il falso in ordine al suo personale attributo, bensì di mentire per escludere o attenuare la illiceità penale del suo comportamento (*nemo tenetur se accusare*)» (cfr. sul punto, M. Zanotti, «*Nemo tenetur se detegere: profili sostanziali*», cit., p. 191 vedi nota 35).

[101] Cfr. O. Badellino, *Sul fondamento ed i limiti del così detto diritto al mendacio come facoltà contenuto del diritto di difesa*, cit., p. 288.

frustrazione della pretesa punitiva dello stato; questa sarebbe, senza dubbio, meglio realizzata, sia pure con modalità incompatibili con la configurazione costituzionale del processo, ove l'obbligo di confessione innescato dall'art. 496 c.p. si ritenesse operante.

In una tale ipotesi si ravvisa, detto altrimenti, una situazione a colpo d'occhio rientrante nello schema del contraddittorio: questo addirittura si instaura *in concreto*, ed ha come protagonisti, da un lato, coloro che sono preposti all'accertamento della responsabilità e, dall'altro, l'autore della violazione; ne consegue come lo *ius mentiendi* non possa che venire qui in considerazione come una modalità corretta, anzi come l'unica modalità possibile, di esercizio del diritto di difesa (o meglio di auto-difesa)[102].

Se, nel caso in esame, si concludesse che la persona alla quale la domanda viene posta debba comunque rispondere secondo verità, si annullerebbero i contenuti minimi del suo diritto all'autodifesa pre-processuale, ossia la possibilità di negare l'addebito; si cadrebbe, dunque, in un paradosso non diverso da quello in cui è incorsa la suprema Corte statunitense con riferimento alla così detta "*exculpatory no doctrine*".

Un altro esempio paradigmatico e che parimenti soddisfa tutti i requisiti strutturali del *se detegere* giustificante è quello, assai perspicuo, talora riportato in dottrina: ad un soggetto indagato per il delitto di cui all'art. 494 c.p. (sostituzione di persona) viene richiesto, nei preliminari dell'interrogatorio, di fornire le proprie generalità. Una risposta secondo verità equivarrebbe ad un'ammissione di colpevolezza, mentre una risposta mendace integrerebbe il delitto di cui all'art. 495 c.p.; è allora evidente come non sussista, per il dichiarante, alcuna ragionevole alternativa difensiva all'esercizio dello *ius mentiendi*[103].

Peraltro, è chiaro come le ipotesi in cui obblighi dichiarativi dal contenuto generico, sanzionati penalmente, ovvero anche solo in via amministrativa, possono collidere con il *se detegere* siano indetermi-

[102] La quale deve ovviamente ritenersi tutelata dalla Carta costituzionale al pari della difesa tecnica. Cfr. A. Presutti, voce *Autodifesa giudiziaria*, cit., p. 234.

[103] Per questo esempio si vedano F. Corbi, *Falsa dichiarazione di conseguita patente di guida e art. 495 c.p.*, cit., col. 109 e O. Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., p. 75.

nate e non si prestino certo ad una catalogazione, ma semmai ad una semplice ricognizione dei loro caratteri di fondo.

Ulteriori esempi dell'operatività in chiave giustificante del *se detegere* possono formularsi in rapporto ai già esaminati obblighi dichiarativi vigenti in tema di locazione e concessione in uso di immobili previsti dalle leggi 21 marzo 1978, n. 59, e 25 luglio 1998, n. 286. Va rilevato, in primo luogo, come sia la stessa *ratio legis*, in siffatte ipotesi, ad essere funzionale alla soddisfazione di esigenze investigative in senso lato; per ciò stesso, tali obblighi debbono ritenersi lecitamente disattesi laddove il loro destinatario sia lo stesso autore dei reati alla cui repressione essi sono finalizzati. La soluzione in chiave scriminante qui proposta, peraltro, non vale affatto a "porre nel nulla" la finalità legislativa: il dovere comunicativo-documentale scolpito dalle norme predette, infatti, continua a gravare su tutti i soggetti rispetto ai quali non si configurino pericoli di autoincriminazione e, dunque, sortisce effetti decisamente penetranti per il reperimento di *notitiae criminis* ed elementi di prova.

3.1. La portata scriminante del principio in rapporto alle condotte calunniose

Il tema dei rapporti fra delitto di calunnia e limiti del diritto di difesa è stato oggetto, tanto in dottrina che in giurisprudenza, di numerosi – e sovente perspicui – approfondimenti.

Il reato di cui all'art. 368 c.p. non figura fra quelli richiamati dall'art. 384 c.p.: ciò evidenzia come il legislatore del 1930, seppure la norma in discorso non brilli per organicità, e talune ipotesi di non punibilità che vi sono disegnate appaiano persino scarsamente intelligibili, abbia cercato di calibrare in modo accurato la relazione fra il diritto di difesa ed i beni giuridici non afferenti al processo.

Stante la natura plurioffensiva del delitto di calunnia[104], nel quale vengono in considerazione, oltre all'interesse generale ad una cor-

[104] La dottrina penalistica meno recente riteneva che la fattispecie in discorso tutelasse il bene, di profilo eminentemente pubblicistico, del corretto funzionamento della giustizia. Cfr., fra gli altri, R. Pannain, *Calunnia e autocalunnia*, cit., p. 678; P. Curatola, voce *Calunnia (dir. pen.)*, cit., p. 817; più recentemente, nella stessa prospettiva, v. però anche A. Pezzi, *Calunnia e autocalunnia*, in *Enc. giur.*,

retta amministrazione della giustizia, i beni della libertà e dell'onore del soggetto ingiustamente incolpato, la scelta di non ricondurre tale fattispecie all'area di non punibilità in parola risulta non solo condivisibile, ma anche pienamente coerente con lo schema che si è sinora tracciato.

Permangono, nondimeno, alcuni profili problematici: una fra le ipotesi maggiormente controverse nella prassi attiene alla così detta "incolpazione implicita"[105]. Il caso potrebbe essere quello di Tizio, che, essendo stato ospite, insieme a Caio, nell'abitazione di Mevio, venga accusato di aver sottratto beni di valore appartenenti a quest'ultimo e, per discolparsi, neghi l'addebito, in tal modo lasciando però intendere che responsabile del furto sia l'altro ospite. La giurisprudenza della suprema Corte pare oramai condivisibilmente orientata nel ritenere che la mera negazione dell'addebito e l'annessa "incolpazione implicita" di un altro soggetto, sebbene appaiano astrattamente conformi al fatto tipico dell'art. 368 c.p., risultino in concreto giustificati dall'esercizio del diritto di difesa[106]. Ciò offre

---

Vol. V, Roma, 1988, p. 1; ad avviso di un illustre autore, all'opposto, il bene tutelato dalla fattispecie andrebbe ravvisato nel solo interesse del soggetto ingiustamente incolpato a non essere sottoposto a procedimento penale (cfr. A. Pagliaro, *Il delitto di calunnia*, Palermo, 1967, p. 109); la letteratura forse maggioritaria, tuttavia, ritiene che il delitto in discorso abbia una natura plurioffensiva, in quanto sarebbe volto a tutelare sia l'amministrazione della giustizia che l'innocente ingiustamente incolpato: cfr., per tutti in questa prospettiva, D. Pulitanò, voce *Calunnia e autocalunnia*, cit., p. 9 ss.; S. Ardizzone, *Amministrazione della giustizia (delitti contro l')*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, p. 1 s.; nonché, più di recente, F. Tagliarini, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 204 e G. Mazzotta, *Calunnia*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (a cura di), *Trattato di diritto penale*, III, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 97, al quale si rinvia per l'individuazione dell'ulteriore bibliografia.

[105] La così detta calunnia implicita sarebbe ravvisabile ogniqualvolta «emerga l'attribuzione di un fatto costituente reato a carico di una persona […] innocente, che sebbene non indicata […], sia peraltro determinabile sulla base degli elementi contenuti nella dichiarazione accusatoria o a questa agevolmente riferibili» (Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 18 febbraio 1992, in *Riv. pen.*, 1992, p. 658).

[106] Emblematica, fra le altre, è Cass. pen., Sez. VI, 4 febbraio 1998, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 1272: «In tema di rapporto tra calunnia e diritto di difesa, l'imputato può, nel corso del procedimento instaurato a suo carico, negare, anche mentendo, la verità delle dichiarazioni a lui sfavorevoli e, in tal caso, l'accusa di calunnia, implicita in tale condotta, integra legittimo esercizio del dirotto di difesa e si sottrae, perciò, alla sfera della punibilità penale in applicazione della causa di giustificazione prevista dall'art. 51 c.p.» (con nota di S. Grillo, *Efficacia scriminante*

un riscontro a quanto si è già detto con riferimento alla bizzarra casistica d'oltreoceano della "*exculpatory no doctrine*", ossia che la negazione dell'addebito, nella più ampia gamma delle condotte di autodifesa attiva, non può che essere individuata come il contenuto *minimo* del così detto diritto al mendacio, e come l'unico, in talune situazioni, in grado di sortire un effetto protettivo per il dichiarante.

Ulteriori profili suscettibili di essere valutati in concreto onde effettuare una diagnosi più precisa e calzante circa i possibili effetti scriminanti della calunnia auto-difensiva sono stati posti in luce dalla dottrina, quasi a conferma di come si sia qui in presenza di un problematico «… rapporto tra un tipo di reato ed un diritto di cui si discute se e come possa fungere da causa di giustificazione… »[107]. Secondo un Autore, dovrebbero ritenersi rientranti nell'esercizio del diritto di difesa anche le ipotesi in cui le dichiarazioni dell'imputato, oltre ad essere negatorie, «propongano una diversa ricostruzione dei fatti», in quanto «in tali casi l'accusa di falsità al testimone è solo una conseguenza logica, necessaria, della legittima contestazione dell'imputazione da parte dell'imputato»[108]. Il vero punto di discrimine fra calunnia – per così dire – lecita ed illecita, pare doversi perciò individuare, come è stato sostanzialmente posto in luce dalla suprema Corte ed anche evidenziato da una parte della dottrina,

---

del diritto di difesa nella condotta calunniosa, *ivi*, p. 1273 ss.); in senso non dissimile vedi Cass. pen., Sez. VI, 08 febbraio 2001, n. 13118, secondo cui «è scriminata dall'esercizio del diritto di difesa la condotta calunniosa dell'imputato quando questi rivolge ai suoi accusatori rilievi non determinati e circostanziati e comunque non esorbitanti dall'economia difensiva, vale a dire strettamente correlati all'esigenza di difendersi dall'imputazione», in *Cass. pen.*, 2001, p. 3028 con nota di M. Cerase, *Sulla calunnia commessa nell'esercizio del diritto di difesa*, *ivi*, p. 3030; nella giurisprudenza di merito, vedi Ufficio G.i.p. Milano, 14 maggio 2007, in *Foro ambr.*, 2007, p. 145: «le dichiarazioni rese dal soggetto che, in qualità di persona informata sui fatti, si trovi di fronte all'alternativa di autoaccusarsi di un reato, eludendo in tal modo la possibilità di essere accusato di calunnia, ovvero di negare l'addebito, esponendosi all'accusa di calunnia, non possono che ritenersi caratterizzate dal legittimo esercizio del diritto, costituzionalmente garantito, di difesa e per l'effetto l'azione del medesimo è scriminata dall'art. 51 c.p.». Per l'analisi di un recente caso giurisprudenziale v. anche P. Pisa, *"Furto di identità" e delitto di calunnia*, *nota a Cass. Pen., Sez. VI, 15 settembre 2011*, in *Dir. pen. proc.*, p. 1466 ss.

[107] Cfr. D. Pulitanò, voce *Calunnia e autocalunnia*, cit., p. 17.

[108] Cfr. A. Nappi, *Delitto di calunnia e diritto di difesa*, in *Cass. pen.*, 1985, p. 1082.

nel fatto che l'accusato, anziché limitarsi ad illustrare genericamente una propria tesi, cerchi di corroborarla allegando circostanze false; ovvero sconfini in accuse dirette, circostanziate e personali verso altri soggetti, magari chiamando in causa persino fatti diversi da quelli contestatigli[109].

In ultima analisi, gli sforzi compiuti dalla letteratura penalistica e dalla giurisprudenza che si sono appena sinteticamente illustrati paiono volti a ridimensionare la portata applicativa dell'art. 368 c.p. operandone, con particolare riferimento al terreno della antigiuridicità, una rilettura che muove dall'archetipo del pericolo astratto sul quale esso è modellato verso un accertamento in concreto della pericolosità della condotta[110]. L'aspetto rilevante del problema, in altri

[109] «In pratica all'imputato che agisce per far valere il proprio diritto alla difesa non può essere consentito 'di costruire un castello di menzogne per togliere credibilità all'accusatore trasformandolo in accusato di un reato (pur sapendolo innocente)». Cfr. S. Grillo, *Efficacia scriminante del diritto di difesa nella condotta calunniosa*, cit., p. 1278, il quale cita testualmente P. Pisa, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, in F. Bricola, V. Zagrebelsky (a cura di), *Giur. sist. dir. pen.*, *Parte speciale*, IV, 2ª ed., Torino, 1996, p. 463. In senso analogo, in giurisprudenza, vedi Cass. pen., sez. VI, 8 febbraio 2002, n. 13118, in *Foro it*., 2002, II, p. 648: «sono travalicati i limiti del legittimo esercizio del diritto di difesa se l'imputato, al fine di scagionarsi, formula nei confronti dei propri accusatori, di cui conosce l'innocenza, incolpazione specifiche, circostanziate e determinate che nessuna attinenza possiedono con l'oggetto dell'imputazione a proprio carico». Nella dottrina processualistica, per una prospettiva non dissimile a quella illustrata nel testo, v. V. Patané, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, cit., pp. 95-96: «non sembra appagante una soluzione che individua nelle norme sostanziali che incriminano la calunnia un limite sempre, indistintamente operante nei confronti della facoltà di mentire dell'interrogato. A fronte di un contrasto tra il diritto di difesa (*rectius*, di autodifesa) del dichiarante e l'interesse, di pari rango costituzionale, alla corretta amministrazione della giustizia e al celere svolgimento della giurisdizione penale […] il primo verrebbe comunque a prevalere, essendo un diritto fondamentale, espressamente definito inviolabile dalla stessa norma costituzionale […] le condotte astrattamente punibili devono ritenersi scriminate nella misura in cui, in concreto, non esorbitino dall'economia difensiva, vale a dire risultino strettamente correlate all'esigenza di difendersi dall'imputazione».

[110] Sulla qualificabilità della calunnia quale reato di pericolo astratto, v. D. Pulitanò, voce *Calunnia e autocalunnia*, cit., p. 16: «nelle soluzioni correnti, il requisito dell'idoneità dell'incolpazione si riduce dunque a quello della riconoscibilità d'un significato tipico d'incolpazione, alla stregua delle condizioni oggettive tipiche della comunicazione intersoggettiva. La fattispecie di calunnia resta ricostruita come reato di pericolo astratto». Per una dettagliata analisi di tale categoria, anche in rapporto all'attuale superamento dell'originaria bipartizione fra pericolo astratto e concreto, vedi per tutti, S. Canestrari, voce *Reato di pericolo*, in *Enc. giur.*, Vol.

termini, stante l'impossibilità di individuare a priori tutte le concrete tipologie di dichiarazioni rientranti nell'area del diritto di difesa, è che esse non si traducano in un reale pericolo per i beni giuridici dell'onore e della libertà del soggetto incolpato. Questa esegesi dottrinale e giurisprudenziale della fattispecie incriminatrice in parola sembra averne definito i rapporti con il diritto di difesa in modo chiaro ed affidabile. Essa appare perfettamente coerente con l'intelaiatura di fondo del *se detegere* "giustificante", in quanto non solo valorizza l'attinenza del principio all'*animus defendendi*[111] ed alla confutazione dell'accusa, ma al contempo mantiene integre le esigenze di tutela correlate alla posizione, che rimane aliena alla relazione accusa-difesa, del terzo innocente.

4. *Le obiezioni mosse da una parte della dottrina circa la veste giustificante della libertà dalle autoincriminazioni. Loro confutazione*

Si è detto come una parte della letteratura penalistica abbia formulato stringenti critiche circa la possibilità di configurare il *nemo tenetur se detegere* quale causa di giustificazione[112]. Tali obiezioni sono state articolate (fondamentalmente) seguendo due direttrici.

La prima attiene alla supposta inconciliabilità dell'ipotesi in esame, che in realtà sarebbe riconducibile all'ambito delle cause di esclusione della colpevolezza, con la dogmatica delle cause di giustificazione.

Non sarebbe accoglibile, innanzitutto, la tesi secondo cui il diritto di difesa si configurerebbe come una causa di liceità su "base personale", in quanto una tale categoria dovrebbe ritenersi in-

XXVI, Roma, 1991, p. 2 ss. La giurisprudenza ha affermato che il reato può configurarsi anche se il soggetto ingiustamente accusato non sia stato neppure sottoposto a procedimento penale (cfr. Cass. pen., Sez. VI, 4 aprile 2000, in *Guida dir.*, 2000, 23, p. 76).

[111] Cfr., fra le altre pronunce, Cass. pen., Sez. VI, 2 maggio 1984, in *Cass. pen.*, 1985, p. 1079.

[112] Cfr. G. Fornasari, Nemo tenetur se detegere *sostanziale: qualche nuova riflessione alla luce di recenti contrasti giurisprudenziali*, cit., pp. 910-913.

consistente, essendo semmai ravvisabili scriminanti "proprie", non "personali"[113]; in secondo luogo, l'eccentrica scelta di un tale modello dogmatico da parte dei sostenitori della natura "giustificante" del *se detegere* si risolverebbe in un *escamotage* per aggirare la regola generale delle cause di giustificazione che sancisce la non punibilità dei concorrenti nel reato, regola che condurrebbe ad esiti paradossali se fosse applicata nei casi in esame[114]. L'idea di una scriminante su base personale sarebbe, in ultima analisi, talmente estranea alla dogmatica delle cause di giustificazione da far risaltare la fallacia della tesi secondo cui il *se detegere* avrebbe una matrice giustificante.

A prescindere dal fatto che le categorie delle cause di giustificazioni "personali" e "proprie" paiono talora essere utilizzate in dottrina quali sinonimi[115], non pare condivisibile l'idea che la prima di esse, di ascendenza belinghiana e sintetizzata nella massima «*quod licet Jovi, non licet bovi*»[116], sia priva di riscontri nel vigente sistema normativo. Una sua compiuta esemplificazione pare individuabile,

---

[113] Cfr. G. Fornasari, Nemo tenetur se detegere *sostanziale: qualche nuova riflessione alla luce di recenti contrasti giurisprudenziali*, cit., p. 912: «sul punto bisogna essere chiari e drastici: non esistono cause di giustificazione personali (al limite, esistono cause di giustificazione proprie, che sono tutt'altra cosa) e quelle che secondo i sostenitori della categoria ne dovrebbero rappresentare il prototipo, come l'adempimento del dovere nella forma dell'esecuzione di un ordine legittimo vincolante, altro non sono, a ben considerare, che solari esempi di cause scusanti».

[114] Cfr. G. Fornasari, Nemo tenetur se detegere *sostanziale: qualche nuova riflessione alla luce di recenti contrasti giurisprudenziali*, cit., p. 912.

[115] Ad esempio ravvisa una causa di giustificazione "personale" nell'uso legittimo delle armi G. Marinucci, voce C*ause di giustificazione*, cit., p. 136, mentre la stessa viene qualificata come una causa di giustificazione "propria" da T. Delogu, *L'uso legittimo delle armi o di altri mezzi di coazione fisica*, in *Arch. Pen.*, 1972, p. 176, nonché, sia pure verosimilmente con un diverso significato, da G. Fornasari, Nemo tenetur se detegere *sostanziale: qualche nuova riflessione alla luce di recenti contrasti giurisprudenziali*, cit., p. 912, alla nota 28.

[116] Le cause di giustificazione «*personali* […] sono configurate in modo da riferirsi a fatti commessi solo da persone appartenenti a date 'categorie' o che operino entro certi 'rapporti'. Questa distinzione, tra cause di giustificazioni 'personalmente illimitate o illimitate', 'conduce alla regola *quod licet Iovi, non licet bovi*': un fatto è conforme all'ordinamento se commesso da A, appartenente ad una data categoria di persone, mentre è antigiuridico rispetto ad ogni altra persona» (cfr. G. Marinucci, voce *Cause di giustificazione*, cit., p. 136, il quale cita testualmente E.L. von Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 906, p. 168). Nello stesso senso, si veda altresì F. Viganò, *Stato di necessità e conflitto di doveri*, cit., p. 318, al quale si rinvia anche per l'ulteriore bibliografia.

come è stato giustamente posto in luce da un Autore di rilievo, nella scriminante dell'uso legittimo delle armi, dove vale la «regola generale del divieto fatto a terzi di intromettersi nella sfera riservata alla pubblica amministrazione», così che la fattispecie risulta circoscritta a coloro che appartengano alla forza pubblica, ovvero «alla persona che, richiesta dal pubblico ufficiale, gli presti assistenza» (art. 53, co. 2, c.p.)[117].

Ebbene: l'efficacia scriminante del *nemo tenetur se detegere*, su questo non vi sono dubbi, si esplica in un contesto strutturale tale per cui, si è detto, deve potersi ravvisare, in capo ad un determinato soggetto, una situazione tale da rendere per lui necessario il ricorso al diritto di difesa. In questo senso, pare condivisibile l'idea che si sia qui in presenza di una causa di giustificazione "propria", ovvero, laddove si utilizzano i due concetti quali sinonimi, anche "personale". Essendo la causa di giustificazione all'esame articolata (nella normalità delle ipotesi) su un rapporto di connessione probatoria fra reati, è un dato implicito alla sua applicazione che essa non riguardi chiunque, ma solamente colui in capo al quale si palesi la titolarità del diritto di difesa e, segnatamente, del diritto a "non collaborare" alla formazione di prove *contra se*. L'obiezione formulata dalla dottrina di cui si è detto non sembra però cogliere nel segno (o quantomeno non del tutto) nella parte in cui ritiene inammissibile la tesi di una matrice (anche) giustificante del *nemo tenetur* evidenziando come il ricorso alla categoria delle cause di giustificazione personali sarebbe funzionale ad aggirare il problema della non punibilità – insuperabile, giacché si sarebbe in realtà in presenza di una causa di esclusione della colpevolezza – dei concorrenti nel reato.

Un tale rilievo potrebbe, infatti, forse ritenersi valido in rapporto alla ricostruzione della veste giustificante del *se detegere* che è stata offerta da una parte della dottrina, che si era preoccupata di sottolineare come la causa di liceità in parola potrebbe operare solamente a beneficio del titolare del diritto, giammai per coloro che, estranei

[117] Cfr. G. Marinucci, voce C*ause di giustificazione*, cit., pp. 136-137, il quale altresì precisa che «non tutte le cause di giustificazione 'si comunicano' a tutti coloro che concorrono alla realizzazione del fatto: ne restano escluse quelle 'personali' […] come l'uso legittimo delle armi, o come l'adempimento di un ordine illegittimo vincolante».

alla pretesa punitiva, abbiano concorso nel fatto di questi[118]. A ben guardare – ed è questo il punto – non vi sono, tuttavia, ragioni per ricorrere ad una tale configurazione della scriminante, astrattamente plausibile, eppure indubbiamente eccentrica rispetto ai caratteri generali dell'antigiuridicità, per risolvere i supposti problemi di inconciliabilità fra l'area della giustificazione che si è ritagliata e quella di non punibilità dei concorrenti nel reato.

Invero, laddove siano concretamente riscontrabili, soprattutto in termini di bilanciamento fra gli interessi in gioco, tutti gli elementi strutturali dell'ipotesi scriminante all'esame, non pare sussistano ragioni per negare che anche i concorrenti possano beneficiarne.

Se, ad esempio, Caio, amico di Tizio, soggetto non abilitato alla guida e colto dalla polizia a condurre un autoveicolo, suggerisce a quest'ultimo di giustificarsi asserendo di avere scordato a casa la patente, egli concorre, quale istigatore, in un fatto scriminato *ex* art. 51 c.p. Parimenti, se Mevio, difensore di Sempronio, imputato di un delitto contro il patrimonio, suggerisce a questi di sottoporsi ad interrogatorio, di negare l'addebito e di offrire una propria ricostruzione dei fatti (non esorbitante dai limiti segnati dalla sopraddetta giurisprudenza della suprema Corte in tema di calunnia "implicita"), il difensore non risponderà dell'accusa che il proprio assistito, onde discolparsi, eventualmente rivolga a terzi soggetti ecc.

In questa prospettiva, l'obiezione formulata dalla dottrina di cui si è detto non sembra decisiva. Essa, a ben guardare, sembra trarre spunto dal presupposto, qui non condiviso, che l'interazione fra *nemo tenetur* e diritto penale sostanziale attenga al solo ambito dell'art. 384 c.p., poiché tale norma integrerebbe (solamente) una causa di esclusione della colpevolezza, essa sarebbe inestensibile ai concorrenti nel reato.

Si è visto, tuttavia, come l'intelaiatura del *se detegere* sia ricostruibile in modo totalmente indipendente dalle ragioni soggettive che motivano l'autore del reato; il principio ha, anzi, una base ordinamentale, oggettiva e "giustificante" assai solida e vale perciò ad escludere l'illiceità del fatto in tutti i settori dell'ordinamento (anche

[118] Cfr. E. Infante, Nemo tenetur se detegere *in ambito sostanziale: fondamento e natura giuridica*, cit., p. 851.

rispetto alle sanzioni amministrative, civili, ecc.), ed anche in rapporto alla posizione dei concorrenti; senza che vi sia bisogno di ricorrere a deroghe o eccezioni, ovvero a categorie, come quella delle scriminanti a base "personale" che, per quanto plausibili, sembrano prestare il fianco al sospetto che venga qui in considerazione, per così dire, una scriminante "in tono minore", o meglio neppure una scriminante, ma – appunto – una causa di esclusione delle colpevolezza[119].

La seconda delle direttrici critiche cui si è inizialmente accennato si incentra non già sulle supposte lacune strutturali del *se detegere* giustificante, ma sulla formulazione di due esempi: il primo, lo si è già visto, attiene all'ipotesi in cui da una condotta di falsa testimonianza, posta in essere sotto l'ombrello protettivo della libertà dalle autoincriminazioni, derivi l'ingiusta condanna di un soggetto "terzo" rispetto al rapporto punitivo[120].

Questi, laddove si ritenesse di essere in presenza di una scriminante, paradossalmente non potrebbe neppure beneficiare del risarcimento del danno; ciò renderebbe evidente la reale natura di causa di esclusione della colpevolezza dell'ipotesi in discorso. Solo in questo caso, infatti, si potrebbe pervenire alla (giusta) conclusione di essere in presenza, per dirla con un illustre Autore, di «un fatto illecito, un fatto impedibile, un fatto contro il quale è data difesa legittima, un fatto produttivo dell'obbligo del risarcimento del danno patrimoniale e d'altre conseguenze previste dal diritto civile»[121].

Il secondo esempio, attiene, invece, al delitto di frode processuale: «Se Mevio reagisce alla condotta di Sempronio che sta realizzando una frode processuale *ex* art. 374 c.p., nascondendo nottetempo le tracce di una frenata che un perito valuterebbe facilmente come elemento di prova della sua responsabilità in un incidente che

---

[119] Ed in questo caso non si è affatto in presenza, come si è visto, della "struttura soggettiva" della scriminante, ma del suo solo versante oggettivo; non possono perciò ritenersi «poste le premesse necessarie, ma si badi, non sufficienti, per proiettare tale figura sul terreno delle cause che escludono la colpevolezza» (cfr. C.F. Grosso, voce *Cause di giustificazione*, cit., p. 6).

[120] Cfr. G. Fornasari, Nemo tenetur se detegere *sostanziale: qualche nuova riflessione alla luce di recenti contrasti giurisprudenziali*, cit., p. 910; per una più puntuale illustrazione delle obiezioni formulate da questo Autore, si veda *supra*, parte seconda, capitolo I, § 3.

[121] Cfr. G. Vassalli, *Cause di non punibilità*, cit., p. 623.

ha visto lo stesso Mevio come danneggiato e parte civile in un processo per lesioni, costui non potrebbe applicare la legittima difesa (come invece imporrebbe l'applicazione di una scriminante, che renderebbe non ingiusta l'aggressione cui si reagisce)?»[122].

Ebbene: per quanto riguarda il primo dei due esempi che sono stati avanzati in chiave critica e che si sono appena sintetizzati, va rilevato come il delitto di falsa testimonianza e quello di calunnia, secondo la costante giurisprudenza della suprema Corte, possano, proprio in ragione del carattere plurilesivo del secondo, formalmente concorrere[123]; nel caso di cui si tratta, pertanto, è solo la condotta di falsa testimonianza che dovrebbe ritenersi scriminata, mentre il vero nucleo offensivo del fatto, ossia quello attingente un soggetto terzo rispetto alla pretesa punitiva, rimarrebbe integro e penalmente perseguibile. Invero, proprio alla luce dell'esempio formulato, non pare in alcun modo ipotizzabile, da un lato, che ricorra qui il solo delitto di falsa testimonianza, giacché diversamente resterebbe immotivatamente scoperto proprio il nucleo più "sensibile" dell'offesa in concreto realizzata; dall'altro, essendo l'ingiusta incolpazione del soggetto terzo dell'esempio sfociata nella sua condanna, ben difficilmente la condotta calunniosa potrebbe essere ritenuta in concreto "non pericolosa" e perciò afferente all'area di liceità che è stata attentamente ritagliata dalla giurisprudenza e dalla dottrina poc'anzi esaminate in relazione ai rapporti fra art. 368 c.p. e diritto di difesa. In breve: nell'esempio considerato, viene in considerazione un fatto *tout court* illecito, riconducibile al paradigma dell'art. 368 c.p. e perciò fonte di responsabilità tanto penale che civile.

---

[122] Cfr. G. Fornasari, Nemo tenetur se detegere *sostanziale: qualche nuova riflessione alla luce di recenti contrasti giurisprudenziali*, cit., p. 910.

[123] «La calunnia e la falsa testimonianza sono delitti tra loro distinti per diversa obbiettività giuridica, essendo la norma che incrimina la prima diretta a colpire, ai fini della corretta amministrazione della giustizia, la violazione del dovere di non incolpare di un reato una persona di cui si conosce l'innocenza, mentre la norma che incrimina la seconda è volta, pur nell'ambito dell'identica tutela, a colpire la violazione del dovere incombente al testimone di dire la verità. Ricorre dunque concorso formale tra le due figure qualora nella falsa deposizione testimoniale sia contenuta anche una falsa incolpazione» (cfr. Cass. pen., sez. VI, 24 febbraio 1998, n. 4082, Intorno, in *Cass. pen.*, 1999, pp. 2139-2140). Espressamente in questo senso, fra le altre si veda anche la recente Cass, pen., sez. VI, 15 aprile 2009, n. 27503, in *CED Cass. pen.*, 2009, rv. 244527.

Per quanto attiene, infine, al secondo degli esempi che varrebbero ad evidenziare l'impossibilità di una ricostruzione "giustificante" del *se detegere*, basti dire che esso trae spunto dal delitto di frode processuale. Invero, tale fattispecie non ha nulla a che vedere con la matrice scriminante della libertà dalle autoincriminazioni; fra breve si dirà anzi come essa presenti limitatissime assonanze persino con la dimensione esimente del principio.

La presenza della frode processuale nel contesto dell'art. 384 c.p. rende perplessi e non vale perciò a dimostrare che il *se detegere* non possa avere una natura giustificante: i contenuti di liceità del principio, che già risultano piuttosto limitatamente sovrapponibili all'ambito segnato dall'art. 384 c.p., non lo sono affatto, a ben guardare, rispetto al delitto di cui all'art. 374 c.p.

5. *Limiti euristici del* seipsum prodere *quale causa di liceità e casi problematici*

Va notato, a questo punto, come l'architettura scriminante della libertà dalle autoincriminazioni presenti le medesime problematiche applicative che si manifestano per la causa di giustificazione di cui all'art. 51 c.p.: in questo ambito, come è stato sottolineato dalla dottrina che più da vicino se ne è occupata, l'analisi delle singole situazioni scriminanti, ovvero il momento di effettuazione in concreto del giudizio di bilanciamento dei beni e degli interessi, si interseca con quella della costituzionalità e della ragionevolezza delle norme incriminatrici (o meglio sanzionatorie in genere) che di volta in volta vengano in considerazione. L'art. 51 c.p., in quest'ottica, appare, più di ogni altra norma di liceità, quella deputata a far emergere non tanto i contrasti fra i diversi ambiti della legislazione ordinaria, ma soprattutto a consentire un raccordo fra il sistema penale ed i valori costituzionali: «[esso], grazie al semplice fatto della propria esistenza, e dell'attinenza a situazioni concrete, consente un continuo adeguamento dell'ordinamento ordinario a quello costituzionale»[124].

[124] Cfr. A. Lanzi, *La scriminante dell'art. 51 c.p. e le libertà costituzionali*, cit., p. 11.

L'operazione interpretativa sottesa alla norma in discorso si snoda, per questa stessa ragione, in un percorso a piani sovrapposti, laddove vengono in considerazione, da un lato, l'analisi della *ratio legis* e delle finalità di tutela sottese ad un certo intervento normativo e, dall'altro, la valutazione in concreto della portata offensiva e dei contenuti di liceità della condotta che si suppone scriminata.

In quest'operazione, peraltro, vi sono situazioni in cui, lo si è visto, il difetto di costituzionalità "a monte" di talune leggi, ovvero la ravvisabilità, "a valle" di situazioni coperte dal diritto di difesa appaiono distinguibili in modo netto.

Non mancano, tuttavia, ipotesi ambigue, nelle quali appare difficile (e forse sarebbe persino metodologicamente scorretto), pretendere di delineare criteri generali onde distinguere ciò che è lecito da ciò che è illecito in rapporto alla libertà dalle autoincriminazioni. Un settore particolarmente problematico, si è visto, è quello dei reati di falso: esso risulta centrale per il tema qui trattato, giacché è proprio in tale ambito che si riscontrano con particolare frequenza ipotesi di interazione fra diritto penale e diritto di difesa; al contempo, tuttavia, siffatto settore risulta connotato da una tale volatilità del bene giuridico tutelato (la fede pubblica) che non pare possibile prescindere da un analisi *in concreto* degli specifici contenuti di offesa delle condotte che di volta in volta vengano in considerazione. Un caso paradigmatico è dato dall'art. 484 c.p. (falsità in registri e notificazioni), laddove l'intelaiatura del fatto tipico è assai generica, e necessita di essere etero-integrata da altre disposizioni di legge; appare assai arduo, dunque, inquadrare la fattispecie in esame in una delle tre macro-categorie legislative che si sono più sopra delineate (quella delle "classi sospette", quella degli obblighi dichiarativi "generici" e quella incentrata sulla qualità di "garante" dell'interessato), ed essa sembra poter essere ascritta all'una o all'altra solamente in conseguenza di un'analisi concreta delle situazioni che di volta in volta ricadano sotto la sua disciplina.

In sintesi: il corretto funzionamento del meccanismo di giustificazione di cui si è detto dipende, in buona parte, da un attento uso

delle categorie del bene giuridico e dell'offesa[125], ovvero dello stesso sostrato logico sul quale la scriminante di cui all'art. 51 c.p. si innesta; si tratta, certamente, di un terreno mobile, per definizione aperto a diverse angolazioni interpretative, eppure esso appare, nei casi problematici, l'unico al quale pare plausibile ancorare le situazioni di conflitto fra norme sottese ai contenuti di liceità del *se detegere* per metterne a nudo i tratti salienti.

6. *Il momento soggettivo della libertà dalle autoincriminazioni. Rilievi preliminari. Alcune osservazioni sul delitto di frode processuale*

Sul terreno della colpevolezza prende corpo l'insieme delle considerazioni svolte tanto dalla dottrina italiana che, in modo forse più articolato, da quella d'oltreoceano, circa il momento soggettivo del *nemo tenetur*. L'intersezione del principio con la struttura del reato, tuttavia, viene qui in rilievo con modalità e contenuti che, come si è visto, non sono affatto coincidenti con la sua dimensione giuridico-costituzionale, ma si espandono ben oltre la stessa, sino a dare corpo ad una sua nozione allargata, o atecnica. Le condotte che, astrattamente, potrebbero integrare un tale profilo del *se detegere* sono, in effetti, le più disparate e coincidono con l'idea di "aspirazione all'impunità" del reo.

In alcune ipotesi, tutte tipizzate nell'art. 384 c.p. e man mano già individuate nel corso della presente analisi, la libertà dalle autoincriminazioni viene in rilievo quale causa di esclusione della colpevolezza: il rifiuto di uffici legalmente dovuti attuato con "mezzi fraudolenti", l'autocalunnia, il favoreggiamento personale così detto "reciproco" e la frode processuale.

Quest'ultima fattispecie merita qualche annotazione: le considerazioni politico-criminali che hanno indotto il legislatore a prevederne la non punibilità rimangono, infatti, assai più oscure ed incerte ri-

[125] Categorie di fondamentale importanza nella teoria del reato, ma non prive di limiti euristici (Cfr., in proposito, V. Manes, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005, *passim*).

spetto ai casi che si sono appena richiamati. In questi si è in presenza di condotte di tipo dichiarativo, o comunque che si discostano lievemente dalla sfera di liceità disegnata dal privilegio; non è così, invece, per il fatto di «artificiosa immutazione dello stato dei luoghi» che contrassegna l'art. 374 c.p., laddove si attribuisce rilievo esimente ad una condotta consistente in un *facere*[126].

Sembra, a ben guardare, revocabile in dubbio che un modello di non punibilità così ampio si fondi sul sostrato soggettivo di un conflitto motivazionale, ovvero sul *topos* della inesigibilità: l'idea che, in tali ipotesi, l'autore di un precedente reato sarebbe sospinto da un irrefrenabile impulso auto-salvifico, al punto da rendere impossibile la formulazione di un giudizio di colpevolezza non pare affatto convincente[127]. La *ratio* della causa di non punibilità in discorso, ad una più attenta analisi, pare presentare qualche affinità con il tema, d'impronta marcatamente oggettiva, del concorso apparente di norme, e segnatamente con la figura del così detto "postfatto non punibile"[128]. Nessuno dubiterebbe, ad esempio, che l'autore di

[126] «L'immutazione rimanda ad un significato di alterazione materiale del contesto fattuale estrinseco o intrinseco, nel quale opera l'agente…». cfr. D. Notaro, *I delitti di falsa perizia, interpretazione, dichiarazione e attestazione destinata all'autorità giudiziaria*, cit., p. 305. L'Autore, peraltro, precisa che «l'opinione prevalente […] esclude che possa aversi immutazione per effetto di un contegno omissivo, sia perché la condotta tipica già nel suo significato etimologico implicherebbe un comportamento positivo, sia perché riconoscere rilevanza alla forma inattiva comporterebbe dover ammettere l'esistenza di un obbligo giuridico di mantenere lo status quo dei luoghi, cose o persone, gravante sulla generalità degli individui, mentre un siffatto obbligo può essere imposto solo nei confronti di soggetti bene individuati quali "garanti" dell'interesse in gioco, in forza della loro posizione o condizione privilegiata» (D. Notaro, *I delitti di falsa perizia, interpretazione, dichiarazione e attestazione destinata all'autorità giudiziaria*, cit., p. 309; cfr. altresì P. Pisa, voce *Frode procesusale*, cit., p. 332).

[127] Ed in effetti la prevalente dottrina ritiene, condivisibilmente, che «tale esimente [abbia] ragione di porsi solo a beneficio dell'indagato o dell'imputato o di un loro prossimo congiunto che, per salvarsi, commetta una frode processuale in relazione ad un procedimento penale, non essendo prospettabile che si paventi il pericolo di un pregiudizio (oltretutto grave) alla libertà o all'onore in dipendenza dello svolgimento di un procedimento civile o amministrativo». cfr. D. Notaro, *I delitti di falsa perizia, interpretazione, dichiarazione e attestazione destinata all'autorità giudiziaria*, cit., p. 325.

[128] È stato giustamente rilevato, peraltro, come «il problema [dell'antefatto e del postfatto non punibile] rimanga sempre, qualsiasi configurazione voglia dare la legge alle varie figure criminose e nonostante ogni sforzo di minuta regolamen-

un omicidio, immediatamente dopo il suo compimento, possa eliminare le proprie tracce dalla scena del crimine senza che per questo gli vengano contestati ulteriori reati. Il legislatore, nell'ipotesi di cui all'art. 374 c.p., pare perciò aver voluto espressamente stabilire che, in situazioni di questo tipo, sia in considerazione di una minore rimproverabilità soggettiva dell'autore, sia tenendo conto della sostanziale assimilabilità del fatto – almeno sul piano logico – al reato originariamente commesso, paiono complessivamente ravvisabili ragioni sufficienti ad escludere la punibilità; viene qui in rilievo, detto altrimenti, una scelta legislativa dalla *ratio* composita, alla quale non sembrano aliene neppure considerazioni di tipo empirico, date dalla constatazione di come, talvolta, il ritorno del reo sulla scena del delitto, che la causa di non punibilità di cui all'art. 384 c.p. pare in sostanza voler favorire, finisca per rivelarsi a lui fatale.

Al di là delle ipotesi racchiuse nell'art. 384 c.p., neppure tutte fondate in pari grado sulla supposta ravvisabilità di un difetto di colpevolezza in capo all'autore, non sussistono, nel diritto positivo, ulteriori spazi applicativi per il versante esimente del *se detegere* (*rectius*, per l'istinto del reo a conseguire l'impunità).

La tesi secondo la quale la disposizione di cui all'art. 384 c.p. non dovrebbe considerarsi tassativa, ma espressiva di un principio generale di inesigibilità ritagliato sul *plafond* della libertà dalle autoincriminazioni, per quanto indubbiamente suggestiva ed elegantemente argomentata, non pare accoglibile[129].

Essa, di fatto, si fonda sull'idea, di per sé antilegalitaria ed antiegalitaria, che un giudizio sulla esigibilità della condotta possa svolgersi per mano giudiziaria, ovvero al di fuori dell'intervento del legislatore[130]. Al di là dell'aspetto più tecnico e formale della questione

---

tazione testuale, un problema di interpretazione, tale che può essere risolto in ultima analisi soltanto con l'aiuto di immutabili canoni ermeneutici e con riferimento a princìpi razionali» cfr. G. Vassalli, voce *Antefatto non punibile, postfatto non punibile*, in *Enc. dir.*, Vol. II, 1958, p. 509.

[129] Tale tesi, come si è visto, è riconducibile soprattutto a M. Zanotti, «*Nemo tetenur se detegere*: *profili sostanziali*», cit., *passim*; per l'individuazione dell'ulteriore bibliografia, si veda *supra*, parte seconda, capitolo primo, § 1.

[130] In dottrina, fra coloro che si sono espressi in senso critico rispetto ad una applicazione generalizzata della categoria dell'inesigibilità, sulla base dei medesimi argomenti dei quali nel testo si è offerta una sintesi, si vedano, per tutti, F. An-

(peraltro assai problematico e soggetto a soluzioni non univoche), dato dalla possibilità di fare ricorso ad un'applicazione analogica delle peculiari ipotesi di cui si tratta[131], non pare revocabile in dubbio il fatto che l'accoglimento di una tale prospettiva finirebbe per potenziare a dismisura gli aspetti, per così dire, eversivi e ribelli del principio; essi, si è detto, dimorano proprio nel suo "lato oscuro" ed illecito.

Non può che condividersi, a questo proposito, l'annotazione degli assertori dell'opposta tesi, che ha evidenziato il carattere normativamente chiuso delle situazioni di inesigibilità in parola: le supposte esigenze di un rigoroso rispetto del principio di colpevolezza evidenziate dall'indirizzo qui criticato finirebbero, paradossalmente, per erodere dall'interno il *law enforcement* e per cagionarne la capitolazione di fronte al reo[132].

Evidentemente nessun sistema giuridico che intenda auto-conservarsi potrebbe permettersi di oltrepassare un tale punto di non ritorno in ragione di supposte (ma in realtà travisate, come si dirà a breve) esigenze di salvaguardia del principio di colpevolezza e dello stesso *se detegere*.

TOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, cit., pp. 428-430. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 405 ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Vol. I, *Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato, nozione struttura e sistematica*, Milano, 2001, p. 646; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte Generale*, cit., pp. 365-366; T. PADOVANI, *Diritto penale*, 6ª ed. Milano, 2002, p. 180 ss.; M. ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, cit., p. 58; si esprime in senso favorevole alla categoria, invece, G. VASSALLI, voce *Colpevolezza*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988, p. 20, ad avviso del quale «essa è logica e giusta e nessun principio giuridico le è di ostacolo».

[131] Invero, è notoriamente ardua l'individuazione degli stessi concetti di "regola" ed "eccezione": «la difficoltà […] consiste nel determinare se a certe norme possa riconoscersi il significato di regole oppure no. Criteri precisi purtroppo non ve ne sono: influenti possono dirsi l'ampiezza, la consistenza logica e talvolta anche la dignità storica di una o più disposizioni nel confronto con altre insieme alle quali concorrono a disciplinare casi o gruppi di casi» (cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 50).

[132] «Lungi dall'essere un principio di civiltà giuridica, l'ipotetica scusante generale del *nemo tenetur* darebbe luogo ad uno stravolgimento dell'ordine dei valori in gioco» (cfr. D. PULITANÒ, Nemo tenetur se detegere: *quali profili di diritto sostanziale?*, cit., p. 453).

7. *L'imputazione soggettiva del reato nei casi "celebri" di (supposta) inesigibilità della condotta radicati sulla libertà dalle autoincriminazioni*

Il profilo della colpevolezza costituisce probabilmente quello più dibattuto nell'ambito dei meccanismi di funzionamento della libertà dalle auto-incriminazioni nel diritto penale sostanziale; su di esso, infatti, si sono concentrate le annotazioni della dottrina che ha propugnato una ricostruzione del *se detegere* come esimente di carattere generale, operante quale "limite logico" dell'ordinamento.

Della situazione-tipo dalla quale ha preso le mosse la tesi in discorso si è già detto ed essa è ben nota: il caso è quello, di origine giurisprudenziale, dell'amministratore di società che si trovi "costretto" a commettere delle falsità in bilancio onde evitare di mettere a nudo un proprio precedente illecito.

Si è visto, peraltro, come siffatta situazione, e quelle che ad essa sono assimilabili, in quanto appaiono imperniate su di un obbligo di garanzia in ordine alla prova di determinati fatti o accadimenti, non possano dar luogo ad una applicazione del principio quale causa di liceità: ciò sia in ragione della rinuncia al *se detegere* da parte dell'interessato che l'assunzione di un tale dovere di garanzia sottintende, sia in ragione dell'impossibilità, nei casi esaminati, di risolvere a favore della libertà dalle autoincriminazioni il giudizio di bilanciamento fra i diversi interessi in gioco[133].

L'analisi del profilo della colpevolezza appare perciò l'unico virtualmente in grado di aprire la strada ad un esito di non punibilità in queste ipotesi: esso si riferisce alla ramificazione soggettiva del *se detegere*, che la dottrina d'oltreoceano ha efficacemente sintetizzato con l'espressione "*cruelty argument*"; in questa prospettiva, il soggetto attivo del reato non sarebbe *libero* di scegliere fra osservanza o inosservanza del precetto penale, bensì si troverebbe fatalmente

[133] Cfr. *supra*, parte seconda, capitolo terzo, § 4. È condivisibile, in questa prospettiva, l'affermazione secondo cui l'imprenditore commerciale è soggetto all'obbligo di conservare le scritture contabili «anche a costo di conservare in tal modo le prove dei propri reati, anche a costo cioè di autoaccusarsi» (cfr. U. Giuliani-Balestrino, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Milano, 1991, p. 45).

costretto a violare la legge penale onde evitare la confessione di un proprio precedente reato.

Per questa ragione, un comportamento dell'autore conforme al diritto sarebbe inesigibile.

Una tale ricostruzione del profilo della colpevolezza nelle situazioni in esame, per quanto possa apparire suggestiva, si espone a non pochi rilievi critici.

A ben guardare, la tesi secondo cui nella situazione-tipo che si è appena rappresentata sarebbe sempre e comunque ravvisabile, in ragione del "momento soggettivo" del *se detegere*, un difetto di colpevolezza dell'autore, prende le mosse da una ricostruzione incompleta dei dati che all'operatività della supposta esimente fanno da sfondo. Siffatto orientamento, in effetti, pone l'accento esclusivamente sull'idea che l'autore del reato, allorquando si trovi a dover adempiere al precetto penale (si pensi alle falsità oggi previste dagli artt. 2621 e 2622 c.c.) sia sopraffatto dal conflitto motivazionale in lui nascente dalla necessità di non auto-incriminarsi.

Vi sono, in particolare, due aspetti della questione che un tale approccio sembra non mettere adeguatamente in luce: v'è da chiedersi, innanzitutto, se l'assunzione, da parte del soggetto agente, di una posizione di garanzia in ordine alla tutela di determinati beni giuridici, estranei alla pretesa punitiva, sia davvero coerente con una ricostruzione *tranchant* nel senso dell'esclusione della colpevolezza; va notato, in secondo luogo, come l'impostazione in discorso abbia di fatto trascurato – verosimilmente ritenendola irrilevante – di analizzare l'eventuale esistenza di un rapporto fra gli obblighi di garanzia liberamente assunti dall'interessato e gli illeciti penali dai quali il pericolo di auto-incriminazione può scaturire.

Degli obblighi in discorso si è già detto: essi traggono origine, come ha ben evidenziato la Corte costituzionale, da una libera scelta del soggetto interessato, il quale di essi si fa carico, si è rilevato, necessariamente rinunciando all'esercizio della propria libertà dalle autoincriminazioni; se così non fosse, si incorrerebbe nel paradosso di ritenere giuridicamente ammissibile che un soggetto possa assumere una determinata posizione di garanzia con la "riserva" di po-

terne trasgredire i doveri a fronte della necessità di non auto-incolparsi di reati da lui stesso *colpevolmente* commessi[134].

Il tema, a cui si è appena accennato, del rapporto fra doveri dichiarativi del tipo di quelli che vengono qui in considerazione e le fattispecie incriminatrici dalle quali il pericolo di auto-incriminazione scaturisce, appare, peraltro, utile proprio per far luce sulla fisionomia della colpevolezza in tali casi problematici.

Il punto è il seguente: nelle posizioni di garanzia di cui si discute, pare costantemente ravvisabile un rapporto di *derivazione logica* fra fattispecie delittuose che può (ed anzi *deve*) essere colto da tutti i consociati, ed a maggior ragione da coloro che si siano fatti carico degli specifici compiti di tutela che esse prevedono: è il fondamentale principio di inescusabilità dell'ignoranza della legge penale a rendere cogente, in capo a tutti i cittadini, un simile dovere di conoscenza[135].

È d'aiuto ad illustrare la questione un esempio: chiunque abbia realizzato un'attività di riciclaggio di proventi delittuosi (penalmente vietata dall'art. 648 *bis* c.p.) e voglia poi celarla sotto lo "schermo" di un'attività lecita di tipo societario, si raffigura e anticipata-

---

[134] Appaiono altresì pienamente condivisibili sebbene mettano in luce un profilo diverso della questione, le considerazioni di G. Fornasari, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit., p. 357, nota 73, «[è] difficile pensare che la ratio dell'art. 2621 c.c. non sia anche quella di disincentivare in chiave preventiva dalla commissione di determinati reati facendo prefigurare ai loro potenziali autori il dovere di denunciarsi con una successiva dichiarazione veritiera».

[135] Sui cui contenuti e sulla cui evoluzione dopo la storica sentenza della Corte costituzionale si vedano, fra gli altri i rilievi di F.C. Palazzo, voce *Ignoranza della legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, VI, 1992, p. 122. L'Autore, in particolare, rileva come «la generalizzata attenuazione dell'irrilevanza dell'*ignorantia iuris* sembra riconducibile alla progressiva anche se faticosa affermazione, almeno in alcune grandi aree omogenee del pianeta, dei principi del 'personalismo penale'. In particolare, non si può negare che dopo la seconda guerra mondiale i principi di colpevolezza e di rieducazione hanno informato di sé l'intero movimento internazionale di riforma. Anzi, può dirsi che la progressiva penetrazione di tali principi è riuscita a resistere anche alle controtendenze fatalmente innescate dalla repressione del terrorismo e della grande criminalità organizzata. Su questo sfondo generale, la progressiva attenuazione del principio 'ignorantia iuris non excusat' costituisce uno degli esempi più significativi dell'influenza che il principio di colpevolezza è riuscito ad esercitare sull'evoluzione legislativa di molti paesi grazie alla 'forza' derivantigli dal consenso incontrato nella comunità internazionale e alla conseguente sua dimensione sopranazionale» (F.C. Palazzo, voce *Ignoranza della legge penale*, cit. p. 125).

mente sa, o comunque *deve* sapere, che una tale condotta comporterà l'integrazione di una pluralità di fattispecie di reato; verranno necessariamente in considerazione, in particolare, i fatti di false comunicazioni sociali di cui agli artt. 2621 e 2622 c.c.

Analogamente, chi decida di porre in essere il reato di illecita influenza sull'assemblea di una società per azioni, è edotto, in quanto viene di ciò avvertito dallo stesso dettato normativo, ovvero dal complesso delle vigenti disposizioni penali in tema di società e consorzi, del fatto che una tale condotta verosimilmente (per non dire necessariamente) lo porrà nelle condizioni di realizzare altresì il reato di impedito controllo.

Negli esempi considerati, sull'ipotetico autore del delitto di riciclaggio, ovvero sull'autore del reato di illecita influenza sull'assemblea, incombe, secondo le direttrici tracciate dalla storica sentenza n. 384 del 1988 della Corte costituzionale in tema di ignoranza "scusabile" della legge penale, uno specifico dovere di informazione preventiva[136]: è piuttosto ovvio che tali soggetti non potranno asserire, a propria discolpa, di non aver avuto conoscenza degli illeciti penali di cui si è detto; essi, peraltro, non potrebbero neppure sensatamente asserire, a ben guardare, di non aver potuto *comprendere* che fra questi stessi illeciti sussisteva un preciso nesso di consequenzialità.

Ebbene: non solo negli esempi suddetti, ma in tutte le ipotesichiave connotate da una "libera scelta" del soggetto attivo del reato sono ravvisabili norme incriminatrici che si pongono in un rapporto di consequenzialità logica o, se si preferisce, di implicazione necessaria.

---

[136] Ciò appare tanto più vero in ragione del fatto che è qui ravvisabile una precisa posizione di garanzia: «anche la modesta 'significatività' dei presupposti di fatto dell'obbligo può per così dire essere compensata dalla eventuale "posizione" di garante in cui l'ordinamento pone il soggetto nei confronti del bene giuridico tutelato. La consapevolezza di una generica relazione giuridicamente costituita e disciplinata tra il bene giuridico e il soggetto, non può non accrescere le possibilità di conoscenza da parte di quest'ultimo di quegli obblighi giuridici posti a tutela del bene ancorché scaturenti da presupposti di fatto scarsamente significativi» (cfr., fra gli altri, F.C. Palazzo, voce *Ignoranza della legge penale*, cit., p. 139). In altri termini, il soggetto ha qui evidentemente avuto "un'occasione", ovvero "una ragione", per dubitare della liceità della propria condotta (cfr. M. Romano, *Commentario Sistematico al Codice penale,* cit., p. 113).

Le fattispecie degli esempi che si sono appena illustrati, ed in generale quelle potenzialmente afferenti alla predetta categoria della "libera scelta" sono perciò legate l'una all'altra da un nesso non solo oggettivo e funzionale, ma anche da un tratto unificante di natura schiettamente soggettiva; esso discende direttamente, ed in modo nitido, dall'obbligo di conoscenza della legge penale gravante su tutti i consociati, ed in modo ancor più stringente su coloro che esercitino particolari attività[137].

I contenuti delle fattispecie incriminatrici, e con esso il rapporto di consequenzialità necessaria fra le stesse eventualmente esistente, non possono essere perciò ignorati dall'agente, salvo la sola (e rara) eccezione dell'ignoranza "scusabile" della legge penale[138]; e la loro conoscenza si traduce, ovvero avrebbe dovuto tradursi, nella precisa percezione, anticipata rispetto alla commissione del *primum delictum*, del fatto che questo avrebbe necessariamente dato origine ad una serie di illeciti concatenati.

Sulla base di queste puntualizzazioni preliminari, appare possibile enucleare, diversamente da quanto fanno i sostenitori della tesi che ravvisa nel *se detegere* un'esimente di portata generale, non già uno, ma perlomeno tre diversi possibili modi di atteggiarsi dell'elemento soggettivo del reato nei casi considerati: nel primo, non pare sussistere alcun difetto di colpevolezza, e si è anzi in presenza di un "medesimo disegno criminoso" che caratterizza la sequenza in discorso; nel secondo viene più immediatamente in considerazione la "libera scelta", alla quale costantemente si accompagna un dovere di informazione in merito agli obblighi di garanzia assunti; solamente in un'ultima, residuale ipotesi, della quale si dirà fra breve, parrebbe

---

[137] «L'ignoranza delle norme regolatrici d'un dato campo di attività, da parte di chi agisca in quel campo, può in via di principio ritenersi idoneo punto di riferimento d'un addebito di colpa, al pari d'ogni altra carenza d'informazione che costituisca negligenza o imperizia professionale. Le esigenze di adeguata conoscenza, poste dal criterio della diligenza e della perizia nei diversi campi di attività, appaiono ugualmente pertinenti al piano dei fatti ed a quello dell'informazione giuridica». Cfr., fra gli altri, D. Pulitanò, voce *Ignoranza della legge penale*, cit., p. 128.

[138] Invero, l'impatto applicativo della sentenza n. 364/1988 è stato, nei venti anni successivi alla sua emanazione, piuttosto limitato (si permetta di rinviare per alcune considerazioni sul punto, a D. Tassinari, *Note a margine del principio di scusabilità/inevitabilità dell'ignoranza della legge penale a venti anni dalla sua introduzione ad opera della Corte costituzionale*, cit., Torino, 2010, p. 120).

doversi effettivamente rilevare un difetto dell'elemento soggettivo del reato. Ciascuno delle tre situazioni che si sono appena sinteticamente illustrate merita una partita analisi.

7.1. Le ipotesi caratterizzate dalla ravvisabilità di un medesimo disegno criminoso

Si è già detto come, strutturalmente, le situazioni che potenzialmente richiamano all'applicazione del *se detegere* nel diritto penale sostanziale possano risultare del tutto sovrapponibili all'ambito del reato continuato, nonché a quello della circostanza aggravante di cui all'art. 61, n. 2, c.p.[139].

Nel contesto dei reati consequenziali posti in essere dal titolare di una posizione di garanzia a contenuto in senso lato dichiarativo, pertanto, pare possibile isolare un primo gruppo di situazioni, quelle nelle quali emerga che il *primum delictum*, nonché i reati successivamente commessi al fine di occultarlo, sono stati realizzati nel quadro di un reato continuato. Siffatta ipotesi appare la meno problematica fra quelle considerate, ed essa è forse anche la più frequente dal punto di vista applicativo.

Per tornare ad uno degli esempi che si sono più sopra formulati, sembra un nonsenso sostenere che sarebbe ravvisabile un difetto di colpevolezza in capo all'amministratore di società che intenda riciclare denaro "sporco" nascondendosi dietro le apparenze dell'attività che egli svolge lecitamente. Invero, laddove sia possibile provare che l'autore di siffatti reati abbia volontariamente innescato una tale sequenza onde attuare i propri intenti criminosi, non è certamente ipotizzabile un'applicazione del *se detegere* in chiave esimente. In situazioni simili, un difetto di colpevolezza non è riscontrabile neppure astrattamente, ma, a tutto voler concedere, si è in presenza di un peculiare modo di atteggiarsi dell'elemento soggettivo del reato: l'amministratore dell'esempio sa assai bene, quando commette il *primum delicutum*, che diverrà per lui considerevolmente difficile astenersi dalla commissione del secondo, in quanto, se ciò facesse, egli finirebbe per autoicriminarsi. L'elemento soggettivo del reato, dun-

[139] Si veda *supra*, parte seconda, capitolo secondo, § 9.

que, nel contesto della sequenza delittuosa di cui si discute è certamente sussistente, ma assume una conformazione particolare: l'autore dell'esempio non solo si rappresenta e vuole entrambi i reati, ma altresì si rappresenta un particolare sviluppo dell'*iter* criminoso, ovvero che, una volta innescata la sequenza, diverrà per lui assai arduo arrestarsi alla commissione del *primum delictum*. In situazioni di questo tipo, tuttavia, non pare seriamente dubitabile che, in capo all'autore, sussista il dolo richiesto dalle predette fattispecie, mentre appare fallace la tesi di un suo preteso difetto di colpevolezza[140].

7.2. Le ipotesi fondate su di una "libera scelta" del soggetto agente

Le situazioni rientranti in questa categoria si prestano a considerazioni in parte diverse. Qui non si è in presenza di un medesimo disegno criminoso, bensì, di un virtuale difetto dell'elemento soggettivo richiesto per l'integrazione della seconda fra le fattispecie incriminatrici realizzate "in sequenza". Si consideri, a titolo esemplificativo, il caso emblematico del primario ospedaliero che debba formalmente ammettere, stanti i suoi obblighi di corretta compilazione della cartella clinica, la propria responsabilità colposa per le lesioni personali cagionate al paziente.

Ebbene: in tale situazione, le osservazioni effettuate dai sostenitori dell'operatività del *se detegere* in chiave esimente potrebbero *prima facie* apparire plausibili. Ciò nella misura in cui si ammetta che il conflitto motivazionale in cui l'autore viene a trovarsi valga ad elidere in radice la colpevolezza per il secondo fra i reati della sequenza criminosa che si è appena menzionata a titolo esemplificativo. Tuttavia, come si è detto, la ricostruzione dell'elemento soggettivo della responsabilità penale deve essere necessariamente effet-

[140] Con riferimento al caso del falso in bilancio questa conclusione sembra condivisa anche da Mazzacuva. Ad avviso dell'Autore occorrerebbe, infatti, distinguere a seconda che la condotta guardi "al futuro", ed in questo caso gli obblighi documentali sono «previsti proprio per impedire la commissione di illeciti», ovvero "al passato", ipotesi nella quale la falsità non sarebbe non punibile, in quanto «non è consentito […] far svolgere alla fattispecie di cui all'art. 2621, n.1, cod. civile, un ruolo che non gli compete, di evento aggravatore di qualsiasi reato commesso in ambito societario che dovrebbe essere posto in irragionevole evidenza dalla comunicazione sociale» (N. Mazzacuva, *Il Falso in bilancio, casi e problemi*, cit., p. 222).

tuata alla luce dei peculiari caratteri complessivamente riscontrabili nelle situazioni considerate; in particolare ciò va fatto tenendo conto di un dato non secondario, ossia quello relativo alla natura ed alla portata degli obblighi dichiarativi che nella fase prodromica all'esercizio della sua attività il medico ha liberamente assunto.

Egli, come si è visto, giacché deve tutelare la salute del paziente, è garante di un bene giuridico esterno alla pretesa punitiva che lo stato potrebbe far valere nei suoi confronti in relazione al *primum delictum*: nel momento in cui ha assunto un compito di tutela del predetto bene, incombeva su di lui, stante la regola generale della inescusabilità dell'ignoranza della legge penale, l'obbligo di venire a conoscenza delle diverse fattispecie incriminatrici, normalmente fondate, come si è visto, su doveri di collaborazione, documentazione, ecc., nelle quali avrebbero potuto imbattersi nell'esercizio della sua attività. L'esistenza di un nesso autoincriminante fra il fatto *colposo* commesso ai danni del paziente e lo specifico dovere di informazione sotteso all'obbligo di veritiera compilazione della cartella clinica era facilmente preventivabile all'atto in cui la posizione di garanzia è stata assunta; il medico ha perciò implicitamente *rinunciato*, come già si è evidenziato, nel momento stesso in cui si è fatto carico della veste di garante, all'esercizio della libertà dalle autoincriminazioni che a lui sarebbe in astratto spettato relativamente alla fattispecie dichiarativa in discorso[141].

Invero, alla luce di una tale rinuncia preventiva, alla quale anche la Corte costituzionale necessariamente, sia pure implicitamente, si è richiamata allorquando ha posto l'accento, relativamente ai casi del tipo di quelli considerati, sulla "libera scelta" del soggetto interessato, la tesi secondo cui sarebbe qui riscontrabile una carenza di colpevolezza perde spessore. Invero, ogniqualvolta si sia in presenza di una posizione di garanzia del tipo di quella in parola, si assiste ad un'articolata *assunzione di responsabilità* del soggetto garante. Essa si riconnette logicamente al principio di inescusabilità dell'ignoranza della legge penale: il medico dell'esempio, come qualsiasi altro garante, deve essere posto dall'ordinamento nelle condizioni di

[141] Sul punto si vedano le considerazioni svolte *supra*, parte seconda, cap. III, Sez. I, § 2 ed anche quelle che si effettueranno fra breve.

riconoscere preventivamente la natura e l'estensione degli obblighi che liberamente assume; ciò proprio in quanto la tutela dei diversi beni giuridici che verranno attinti dalla sua attività gli impone di accettare "senza riserve", e dunque anche rinunciando al *se detegere*, questi stessi obblighi.

Solamente in alcune situazioni-limite potrebbe, in effetti, sostenersi che, nei casi considerati, il *se detegere* possa effettivamente risultare indicativo di una carenza di colpevolezza: ciò potrebbe accadere allorquando la posizione di garanzia abbia un contenuto così vago da rendere la sua eventuale interazione con una fattispecie penale dal potenziale contenuto autoincriminante assolutamente non preventivabile, ovvero del tutto *accidentale*. In ipotesi di questo tipo, infatti, non sarebbe ragionevole ricostruire logicamente una libera e preventiva rinuncia all'esercizio della libertà dalle autoincriminazioni in capo all'autore del reato; ciò, in quanto egli non sarebbe stato posto dall'ordinamento nelle condizioni di riconoscere il contesto normativo a potenziale contenuto autoincriminante che di tale rinuncia avrebbe dovuto costituire l'oggetto. Tuttavia, situazioni limite come quella in discorso non paiono neppure agevolmente esemplificabili; sembra vero, al contrario, che, nelle ipotesi di responsabilità radicate sulla libera scelta del soggetto, il *se detegere* non possa assumere alcun ruolo esimente, a meno di non trascurare totalmente la fisionomia complessiva di tali situazioni.

Nel momento genetico dell'assunzione di responsabilità da parte del garante, si è detto, egli deve essere posto dall'ordinamento nelle condizioni di adempiere fruttuosamente i propri doveri di informazione, ovvero deve poter individuare *anticipatamente* le fattispecie a contenuto autoincriminante che potenzialmente intercetteranno la sua sfera di attività. Questo quadro è coerente con la distribuzione dei doveri reciprocamente incombenti sullo stato e sul cittadino che fa da sfondo alla sentenza n. 384 del 1988 della Corte costituzionale: al primo spetta il compito di rendere pienamente conoscibile ed intelligibile la legge penale; al secondo, specie laddove vengano in considerazione attività "fittamente" regolate dalla legge, quello di prenderne puntualmente conoscenza[142]. Il garante non può

[142] «… il capitolo della colpevolezza attiene ai rapporti fra l'ordinamento giuridico e i consociati: è un capitolo di doveri reciproci, la scusa dell'ignoranza si lega

non sapere – né potrebbe scusarsi asserendo di non aver saputo – che gli obblighi di garanzia da lui liberamente assunti sono funzionali alla tutela di ben precisi beni giuridici: il medico dell'esempio conosce bene l'utilità della cartella clinica e sa quanto una sua compilazione veritiera sia essenziale per tutelare la salute del paziente.

Su tali premesse, pare possibile effettuare due ulteriori osservazioni: il soggetto *deve* comprendere – e non potrà scusarsi asserendo di non aver compreso – che il corretto adempimento dei compiti di garanzia assunti è logicamente incompatibile con un eventuale esercizio del diritto al mendacio; il medico sa bene che semmai compilasse falsamente la cartella clinica, essendo essa strettamente funzionale alla tutela della salute del paziente, non verrà *scusato*, indipendentemente dalla ragione per la quale tale falsità verrà commessa. Né potrebbe esservi, da parte del soggetto, una non esplicitata "riserva mentale" di esercitare il diritto al mendacio qualora ne presenti la necessità, in quanto ciò renderebbe non seri, né effettivi, i compiti di tutela che egli assume; una "riserva mentale" di tal fatta – lo si è visto – sarebbe, inoltre, giuridicamente irrilevante[143].

In ultima analisi, nelle situazioni in discorso, l'unica appagante ricostruzione logica dell'elemento soggettivo del reato è quella fondata sull'idea che, all'atto dell'assunzione della posizione di garanzia, il garante implicitamente rinunci allo (eventuale) esercizio della sua libertà dalle autoincriminazioni. Tale rinuncia è contenutisticamente ricostruibile grazie al basilare meccanismo della inescu-

---

all'adempimento, da un lato, di doveri dell'ordinamento giuridico relativi alla qualità dei precetti penali, e dall'altro lato (questo è il punto che ci interessa) all'adempimento dei doveri del destinatario dei precetti: doveri d'informazione strumentali all'osservanza della legge, che la sentenza [364/1988] ricollega ai doveri di solidarietà di cui all'art. 2 della Costituzione". Cfr. D. Pulitanò, *Nemo tenetur se detegere: Quali profili di diritto sostanziale?*, cit., p. 450. «L'inevitabilità e quindi la scusabilità dell'errore sono strettamente connesse alla soddisfazione, da parte del cittadino, dei doveri di attivarsi per una effettiva e corretta conoscenza dell'illiceità penale del suo comportamento: se ciò egli non fa o fa insufficientemente il suo errore non sarà valutabile a suo favore […] corollario dell'enunciato principio è che la richiesta opera di informazione abbia un risultato "possibile": se l'ordinamento impone che il consociato si forzi di sapere, è lecito presupporre e pretendere che l'oggetto sia "conoscibile"». Cfr. L. Stortoni, *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive*, cit., pp. 1327-1328.

[143] Si rimanda ai rilievi effettuati *supra*, parte seconda, capitolo terzo, sezione I, § 2.

sabilità dell'ignoranza della legge penale; ed è proprio tale aspetto della questione, inespresso eppure logicamente affiorante dalla giurisprudenza costituzionale, a rendere così significativa e responsabilizzante la "libera scelta" che contrassegna geneticamente le ipotesi all'esame.

Invero, non avrebbe alcun senso porre l'accento sulla "scelta" di un soggetto se non si volesse rendere evidente come, avendo egli liberamente assunto un certo ruolo di tutela, non potrà successivamente addurre alcuna scusa per sottrarsi alle sue responsabilità.

L'idea di una "libera scelta" funzionale alla tutela di beni giuridici, ha perciò alcune evidenti implicazioni: per poter liberamente scegliere occorre preventivamente *conoscere* la natura degli obblighi dei quali ci si fa carico, e dunque il garante sa – *o avrebbe dovuto sapere* – che qui vengono in considerazione condotte di tipo dichiarativo, il cui contenuto è per definizione potenzialmente autoincriminante; egli non può, inoltre, ignorare – *e comunque non avrebbe dovuto ignorare* – quali siano le conseguenze della violazione di tali obblighi, ed in particolare che essi non contemplano eccezioni, e che non verranno meno neppure a fronte del dovere di autoincriminazione di cui ha colto – *o avrebbe dovuto cogliere* – il potenziale manifestarsi; egli inoltre, allorquando liberamente sceglie, ben comprende – *ed è posto dalla legge nelle condizioni di comprendere* – che tale sua responsabilità è funzionale ad una adeguata ed efficace tutela dei beni per la cui protezione dovrà adoperarsi. Quest'insieme di considerazioni costituisce il sostrato logico che consente di evidenziare come il soggetto, laddove si sia adeguatamente informato – *come era suo preciso compito fare* – circa la natura e l'estensione degli obblighi assunti, non può che aver implicitamente, tacitamente rinunciato[144], in uno con l'acquisizione della sua posizione di garan-

[144] Va rilevato, peraltro, come l'istituto della rinuncia, per quanto abbia significative applicazioni tanto nel diritto privato che nel diritto pubblico, sia privo di una disciplina di carattere generale (cfr., sul punto, G. Sicchiero, voce *Rinuncia*, in *Dig. disc. civ.*, XVII, Torino, 1998, p. 652); nel contesto *extra processuale*, peraltro, non è ipotizzabile che tale rinuncia necessiti di un previo, espresso *avvertimento*, da parte dello stato, in merito alle conseguenze che da essa deriveranno (tale avvertimento è espressamente previsto, in relazione all'interrogatorio, dall'art. 64, co. 3, c.p.p.); si è, infatti, qui evidentemente in presenza di un avvertimento *implicito*, immanente allo stesso dettato normativo, eppure nitidamente riconoscibile.

te, alla propria libertà dalle autoincriminazioni, giacché l'assunzione della prima è logicamente inconciliabile con la conservazione della seconda. Egli peraltro, sulla base del meccanismo dell'ignoranza – in linea di principio – inescusabile della legge penale, non potrà certo discolparsi asserendo di aver "scelto" senza aver *conosciuto* e senza aver *compreso* gli aspetti che si sono poc'anzi evidenziati.

Vi è un ultimo profilo che pare potersi logicamente desumere dall'impostazione del problema che è stata suggerita, anche se non completamente esplicitata, dalla Corte costituzionale: quando il soggetto "sceglie liberamente" è ragionevole che egli si attenda dallo stato di non essere ostacolato nell'esercizio delle sue funzioni di tutela. Egli, in altri termini, deve avere la possibilità di adoperarsi fruttuosamente per l'assolvimento dei suoi compiti: fra questi certamente rientra quello di *evitare* che la sua libertà dalle autoincriminazione ed il suo ruolo di garanzia entrino effettivamente in conflitto; il garante deve dunque avere la possibilità di *astenersi* dalla commissione di reati che potrebbe poi trovarsi costretto ad autodenunciare.

Alla luce di queste considerazioni, la rinuncia di cui si è detto funge da elemento-cardine per la ricostruzione del versante soggettivo del reato a due condizioni: la prima, si è visto, è che gli obblighi dichiarativi assunti dal soggetto siano chiari e preventivabili, co-

---

In assenza di una disciplina dell'istituto della rinuncia, appare metodologicamente corretto, inoltre, tracciarne i lineamenti nel contesto extra-processuale utilizzando come punto di riferimento l'elaborazione che dell'istituto ha offerto la dottrina privatistica, ad avviso della quale essa andrebbe qualificata con un atto *irrevocabile* e sarebbe, inoltre, compatibile con la forma "tacita", o "implicita". «[La rinuncia è] atto irrevocabile, giacché da un lato, e secondo quanto avviene per la generalità dei negozi giuridici, la manifestazione di volontà che abbia prodotto effetti giuridici, non può, per mera determinazione del dichiarante, essere posta nel nulla attraverso una nuova dichiarazione di volontà; dall'altro in quanto l'immediata perfezione della fattispecie rinunciativa, non appena manifestata la volontà abdicativa, esclude che la situazione giuridica rinunciata sia in uno stato di quiescenza finché non sia portata a conoscenza degli interessati» (cfr. F. Macioce, voce *Rinuncia, dir. priv.,* in *Enc. dir*., 1989, Vol. XL, p. 940; «La rilevanza di una manifestazione tacita della volontà rinunciativa è diversamente disciplinata a seconda che il negozio di rinuncia si presenti come negozio a forma vincolata ovvero non sia soggetto ad alcun onere di forma. Con riferimento alla seconda di tali ipotesi deve affermarsi che il negozio di rinuncia può perfezionarsi anche attraverso un comportamento concludente e che pertanto la manifestazione della volontà negoziale può risultare anche indirettamente o, come si preferisce dire, tacitamente» (F. Macioce, voce *Rinuncia, dir. priv.,* cit., p. 947).

sì che egli possa individuare esattamente le fattispecie incriminatrici in virtù delle quali dovrà mantenere un comportamento collaborativo e veritiero; la seconda è che egli, sin da quando assume i propri compiti di garanzia, possa quantomeno *prevenire ed evitare* la verificazione di situazioni auto-incriminanti. In altri termini, è essenziale, affinché le ipotesi qui considerate non contrastino con i principi costituzionali inerenti all'imputazione soggettiva del reato, che il *primum delictum* realizzato dal garante, ovvero quello che successivamente potrebbe dare luogo ad un suo conflitto motivazionale radicato sul *se detegere*, venga allo stesso ascritto *colpevolmente*. Invero, non avrebbe alcun senso punire un soggetto che, nelle situazioni pur connotate da una sua iniziale "libera scelta", si trovi poi costretto ad autoincriminarsi anche per fatti che egli ha realizzato senza *dolo* o senza *colpa*, ovvero che gli sono stati ascritti a mero titolo di responsabilità oggettiva. Se così fosse, la leale distribuzione di compiti fra lo stato ed il cittadino della quale si è appena detto sarebbe totalmente snaturata: in assenza di una ascrizione colpevole del *primum delictum* non potrebbe, in effetti, neppure parlarsi di una scelta libera, poiché il secondo, allorquando assume un certo compito di tutela, non può "mettere in conto" finanche l'assunzione di una responsabilità, incostituzionale in quanto fondata sul mero nesso causale. Invero, nell'esempio del medico che si è più sopra formulato è ravvisabile un fatto *colposo*, che allo stesso viene ascritto in modo conforme al canone della colpevolezza e che, in ultima analisi, egli avrebbe potuto *prevenire ed evitare*[145]; se, per avventura, il titolare della posizione di garanzia fosse stato l'amministratore di una società dedita al riciclaggio di denaro sporco, allora il *primum delictum* avrebbe avuto natura *dolosa* e sarebbe stato perciò anch'esso ascrit-

[145] In relazione al reato colposo, a ben guardare, il problema della colpevolezza si pone semmai in relazione ad un altro profilo, di carattere assai più generale – e nello stesso tempo assai più problematico – rispetto a quello qui considerato. Invero, è la stessa responsabilità colposa, come è stato recentemente e puntualmente evidenziato in dottrina, a presentare non secondarie "aporie" in rapporto al principio di colpevolezza: «la colpa […] si rivela un criterio d'imputazione "ultra-oggettivato", tutto sbilanciato sull'inosservanza cautelare, con dispersione del contenuto di colpevolezza» (cfr. il fondamentale contributo di D. Castronuovo, *La colpa penale*, Milano, 2009, p. 605).

to all'agente in modo conforme al principio di colpevolezza; ovviamente gli esempi potrebbero moltiplicarsi.

Una conferma *ab externo* della ricostruzione qui propugnata in ordine ai rapporti fra *se detegere* e colpevolezza è data dal fatto che, in giurisprudenza, l'ipotesi di una previa rinuncia da parte del soggetto alla possibile applicazione in chiave esimente dell'art. 384 c.p. è stata presa espressamente in esame; *mutatis mutandis*, siffatto ambito, se pure si inserisce nel contesto endo-processuale, ed è, dunque, caratterizzato dalla collegabilità della rinuncia ad un preciso avvertimento da parte dell'autorità giudiziaria in merito alle sue conseguenze, presenta strette analogie con quello qui considerato.

Il caso in discorso – assai noto – attiene all'applicabilità dell'esimente dell'art. 384 c.p. al prossimo congiunto il quale, pur essendo stato avvertito, ai sensi dell'art. 199 c.p.p., della facoltà di astenersi dal deporre come testimone, abbia comunque commesso falsa testimonianza al fine di salvare "la libertà e l'onore" di un proprio familiare. È assai rilevante – nonché condivisibile – a questo proposito, la decisione della Corte di cassazione a sezioni unite, con la quale è stato risolto il contrasto giurisprudenziale che era insorto in merito alla punibilità del dichiarante: «la facoltà del prossimo congiunto-teste di astenersi opera solo se ed in quanto lo stesso interessato reputi di non potere o non dovere superare il conflitto tra legame familiare ed obbligo di verità su di lui incombente; da ciò discende che, laddove l'interessato, per propria libera scelta, accetti di deporre, lo stesso assume la qualità di testimone alla pari di qualsiasi altro soggetto con tutti gli obblighi discendenti da tale veste. Ove si opinasse diversamente […] si darebbe luogo alla creazione di una figura di testimone con facoltà di mentire del tutto incompatibile con il sistema processuale, con pericolosi riflessi in termini di possibile totale deresponsabilizzazione del dichiarante»[146].

[146] Cfr., riassuntivamente, G. Andreazza, *Considerazioni a margine della sentenza Sez. Un. Genovese: la causa di non punibilità dell'art. 384 c.p. e la rinuncia alla facoltà di astenersi*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2344 ss.; per la lettura integrale della pronuncia si veda *ivi*, p. 2339 ss. Sul punto si vedano, inoltre, A. Scarcella, *Punibile il falso teste "avvisato" di astenersi nel processo a carico del prossimo congiunto*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, pp. 167-175; F. Pavesi, *Falsa testimonianza resa nonostante l'avviso della facoltà di astenersi*, in *Giur. it.*, 2008, p. 2570 ss.

Invero, nel caso in discorso, in modo strutturalmente non diverso da quello delle posizioni di garanzia che si sono più sopra considerate, il soggetto, previamente *avvisato* delle propria facoltà di astensione, sceglie *liberamente* – come la suprema Corte ha correttamente rimarcato – di deporre; se, pur in presenza di siffatta libera scelta, si ammettesse la possibilità che egli venga comunque *scusato* ove incorra in una falsa testimonianza, la sua preventiva assunzione di responsabilità non avrebbe alcun senso, ed anzi si risolverebbe in un'inaccettabile farsa.

Queste considerazioni, a ben guardare, appaiono tanto più vere e pertinenti nei casi in cui "la libera scelta" di cui si discute attenga all'assunzione di specifici obblighi di tutela; laddove l'insorgere di un conflitto motivazionale rappresenta non già, come nel caso del testimone-prossimo congiunto, un dato incombente e concreto, ma una mera eventualità, il cui verificarsi, può essere evitato dall'interessato mantenendo un comportamento osservante della legge penale.

7.3. Se detegere *e responsabilità oggettiva*

In conclusione, rimane un solo ambito nel quale non pare possibile strutturare adeguatamente, neppure facendo tesoro delle indicazioni complessivamente emergenti dalla giurisprudenza costituzionale, il rimprovero soggettivo nelle situazioni di cui si tratta: ovvero nelle ipotesi, che sono state individuate come le più problematiche anche dalla dottrina d'oltreoceano[147], in cui il *primum delictum* venga ascritto all'agente a titolo di responsabilità oggettiva.

In un tale contesto, l'*escalation* criminosa che è stata paventata da una parte della letteratura penalistica italiana come possibile conseguenza dell'applicazione del *se detegere* in chiave di inesigibilità appare teoricamente plausibile[148]. Non essendo il *primum delictum* rimproverabile al soggetto, non può esservi una sua previa scelta di assumersi la responsabilità dei fatti che gli commetta

[147] Cfr. *supra*, parte prima, capitolo terzo, § 3.2.

[148] Come già si è visto, parla di «un salvacondotto riconosciuto al delinquente per continuare ad essere tale» A. Perini, *Ai margini dell'esigibilità*, nemo tenetur se detegere *e false comunicazioni sociali*, cit., p. 568.

per sottrarsi all'autoincriminazione; l'autore, in altri termini, viene a trovarsi in un conflitto motivazionale radicato sul *se detegere* senza aver avuto la possibilità di rappresentarselo anticipatamente, di decidere se rinunciare o meno alla propria libertà dalle autoincriminazioni in ragione della tutela di determinati beni giuridici, e neppure di *evitare* che tale conflitto potesse venire concretamente in essere.

Ne deriva che le condotte dallo stesso realizzate nella prospettiva atecnica ed "umanistica" del *se detegere*, ovvero per conservare la propria libertà, dovrebbero, in casi limite come quelli in discorso, ritenersi incolpevoli, in quanto rientrerebbero esattamente nel virtuale perimetro di inesigibilità tracciato dal momento soggettivo del principio.

A ben vedere, tuttavia, un simile sviluppo esegetico, pur astrattamente plausibile, non sembra potersi facilmente concretizzare. Nell'ambito delle situazioni a regime di prova garantita che si sono qui sopra delineate, le quali si innestano su di una tipologia di doveri fortemente radicati sulla "libera scelta" dell'autore, un esempio di responsabilità oggettiva inerente al *primum delictum* non sembra neppure astrattamente formulabile.

Peraltro, i restanti gruppi di ipotesi, ossia quella della legislazione penale *ex professo* indirizzata a "classi sospette" e quella inerente ad obblighi dichiarativi dal contenuto "generico", nei quali l'autore di un precedente reato può comunque incidentalmente imbattersi, costituiscono il terreno elettivo del versante giustificante del principio; in tali contesti, una sua operatività in chiave esimente potrebbe essere ipotizzata solo laddove fosse ravvisabile un netto squilibrio fra i beni in gioco, ossia quando la condotta criminosa posta in essere dall'autore in una prospettiva auto-salvifica fuoriesca dal rigoroso nesso accusa-difesa sul quale la veste oggettiva ed ordinamentale del s*e detegere* si basa. Tuttavia, se una tale condotta effettivamente risultasse lesiva di beni "terzi" rispetto alla pretesa punitiva, ecco allora che verosimilmente il caso tornerebbe ad essere ascrivibile alla categoria che si è più sopra presa in considerazione, ossia quella ritagliata su di uno specifico obbligo di garanzia; ma, in tale ambito, si torna a dire, l'impegno preventivamente as-

sunto dall'autore del reato al fine di realizzare seriamente ed effettivamente talune esigenze di tutela si inserisce in un quadro compatibile con il rispetto del principio di colpevolezza.

È tuttavia chiaro che i tre gruppi di situazioni ai quali si è fatto ricorso per analizzare le diverse possibili interazioni fra libertà dalle autoincriminazioni e diritto penale sostanziale non possiedono una portata euristica risolutiva; nulla perciò esclude che, nell'imponderabile casistica del *se detegere*, un soggetto effettivamente possa essere chiamato a rispondere di un reato a titolo di responsabilità oggettiva e si trovi poi esposto ad un pericolo di autoincriminazione; l'idea che egli possa in questo caso effettivamente beneficiare, in virtù del *se detegere*, di una incondizionata "licenza d'impunità", per quanto suggestiva, appare però eccentrica.

Innanzitutto, nell'attuale fisionomia del sistema penale, le ipotesi di responsabilità oggettiva così detta pura sono state progressivamente ridotte ed emendate, tanto per via legislativa che per mano della giurisprudenza costituzionale[149]; a prescindere da questo rilievo, che dovrebbe se non altro evidenziare la marginalità di tali ipotesi, suscita perplessità l'idea che colui il quale sia chiamato a rispondere *oggettivamente* possa poi *incolpevolmente* commettere un numero indeterminato di successive condotte criminose, in quanto spinto dall'insostenibile pressione autoconservativa di dover conseguire l'impunità. In una tale, residuale situazione, proprio in ragione dell'originaria carenza di colpevolezza del soggetto agente, pare ragionevole ipotizzare che l'aspettativa di lealtà dell'ordinamento giuridico nei suoi confronti non debba affatto spegnersi; essa, al contrario, dovrebbe rimanere intatta, in quanto appare lecito e ragionevole attendersi dall'interessato, in simili situazioni, che egli privilegi una scelta difensiva di tipo tecnico-processuale, volta a far emergere la propria totale assenza di colpevolezza, e dunque

[149] Il legislatore, ad esempio, è intervenuto ad innovare, nel senso di renderla compatibile con il principio di colpevolezza l'ipotesi dei reati commessi a mezzo della stampa di cui all'art. 57 c.p. (cfr., sul punto, E. Musco, voce *Stampa, dir. pen.*, in *Enc. dir.*, Vol. XLIII, 1990, p. 639). Per un esauriente quadro dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale inerente all'affermazione del principio di colpevolezza ed al simultaneo contenimento delle ipotesi di responsabilità oggettiva, si vedano, invece, S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 486-487.

l'assenza della sua supposta ed originaria responsabilità per il *primum delictum*; egli, in altre parole, dovrebbe sfruttare la possibilità, di fatto concessagli dall'assetto garantistico del processo penale, nel quale lo stesso *se detegere* assume un ruolo di spicco, di far risaltare l'inammissibilità e l'incostituzionalità dell'accusa mossagli. Non pare, per contro, ragionevole ritenere che, se davvero una situazione-limite come quella in discorso venisse ad esistenza, l'istinto di auto-conservazione del soggetto agente, cui peraltro si accompagnerebbe una sua simultanea e radicale rinuncia al confronto dialettico con l'autorità giudiziaria, possa condurre ad una incondizionata e demolitrice applicazione del lato oscuro del principio.

8. *Rilievi conclusivi*

A conclusione dell'indagine svolta, pare possibile evidenziare come *il nemo tenetur se detegere* racchiuda un'idea di libertà nella difesa – o di libertà *tout court* – polivalente ed enigmatica: il principio è storicamente flessibile e mutevole; riveste un ruolo silente, tuttavia assolutamente centrale nell'assetto garantistico del processo; esso è cardine della presunzione di innocenza, della libertà morale dell'accusato e del contraddittorio. Eppure il *nemo tenetur*, che la tradizione (quasi a conferma della sua inafferrabilità) riconnette ai contenuti lessicalmente variabili del "se detegere", del "prodere seipsum", del "se accusare", dell'"edere contra se", rimane un principio singolarmente inespresso.

I suoi legami con il diritto penale sostanziale, a dispetto della sua apparente indeterminatezza, sono assai più profondi di quanto possa di primo acchito apparire, ed addirittura esso rispecchia un'originaria intuizione di materialità e laicità del reato.

Nel delineare i molteplici livelli di operatività del principio e nel riordinare le sue modalità di interazione con il diritto penale sostanziale si è rivelata fondamentale l'analisi svolta dalla dottrina d'oltreoceano: è proprio ad essa che devono primariamente ascriversi la rilevazione degli stretti rapporti fra il *nemo tenetur* ed il principio

di materialità del reato ed il riconoscimento del ruolo portante del principio nell'assetto della giurisdizione.

La letteratura e la giurisprudenza anglosassoni hanno altresì scandagliato con un'ineguagliabile profondità le ambivalenti ed intrecciate *rationes* del privilegio, ed hanno indicato con nitidezza le sue proiezioni soggettive (quale momento di tutela dell'individuo) ed obiettive (quale valore dell'ordinamento); soprattutto, ad esse si deve la fruttuosa categorizzazione delle diverse possibili ipotesi di antinomia (reale o apparente) fra il privilegio e la legislazione penale.

Segnatamente, è nel contesto della "statutory compulsion" che l'analisi comparata del *privilege* ne ha rivelato il volto, implicito al processo penale moderno, dunque universale, di limite per la legislazione penale; da qui l'avvio di un percorso metodologico con effetti a cascata, a partire dall'analisi del rapporto fra diritto penale ed intelaiatura del processo, via via fino a saggiarne l'interazione con il fatto, l'antigiuridicità e la colpevolezza.

Nelle sue proiezioni sulla struttura dell'illecito penale il principio si è rivelato proteiforme: una sua prima, riconoscibile veste è quella ordinamentale, sistematica, oggettiva e contenutisticamente circoscritta che affiora dal suo *status* di causa di giustificazione; in questo contesto il *nemo tenetur*, quale naturale estrinsecazione del diritto di difesa (nelle sue varianti attiva e passiva, di silenzio, non collaborazione e mendacio) ontologicamente opera tanto nella fase pre-processuale che in quella processuale, tanto quale manifestazione dell'autodifesa che quale fondamento della difesa tecnica e del contraddittorio.

Il privilegio è, perciò, come ha efficacemente evidenziato la giurisprudenza costituzionale d'oltreoceano, un limite alle incriminazioni, non essendo ammissibile che la legge penale richieda di collaborare a chi *già è sospetto*; esso è, simultaneamente, una causa di giustificazione, tanto entro il perimetro del processo che prima o fuori da esso; ciò ogniqualvolta il confronto accusa/difesa venga in essere e l'istanza punitiva dello stato si contrapponga, in una dialettica fra beni costituzionalmente omogenei, al diritto di difesa. Viene qui in considerazione, nel contesto dell'art. 51 c.p., una causa di giustificazione dalla struttura e dai contorni netti, non derogatoria rispetto ai lineamenti generali della categoria, e perciò applicabile anche ai concorrenti nel reato.

Il *se detegere* racchiude, inoltre, profili umanistici più complessi ed articolati di quelli sottostanti ai suoi aspetti di garanzia processuale, in quanto direttamente si riverbera sulla dignità umana, sulla privatezza, sull'autonomia dell'individuo quale portatore di idee potenzialmente contrapposte allo stato; esso consente al singolo di segnare fra se e l'intervento dei pubblici poteri, i quali facilmente possono indulgere ad un ruolo intrusivo, tutorio e censorio, un perimetro inaccessibile, di fatto protettivo del suo foro interiore[150]. Esso, per questa stessa ragione, rappresenta una sorta di filo rosso che corre lungo tutta la vicenda punitiva, attraverso la fase del trattamento penitenziario ed anche oltre, a significare che espiazione ed emenda sono per l'uomo atti intimi, non legalmente coercibili, ed a concretizzare il concetto costituzionale di rieducazione quale parametro esteriore, comportamentale, obiettivo, che non necessita di abiure per essere apprezzato.

La seconda veste del *se detegere*, anch'essa incidente sulla struttura dell'illecito penale e dalla spiccata caratterizzazione umanistica, è quella che ne esprime al più elevato grado la venatura ribelle ed eversiva, e consiste nel suo indicibile lato "oscuro", ossia nella ricerca dell'impunità attraverso il reato. Tale seconda, non meno rilevante connotazione del *nemo tenetur*, talora si riflette sul fatto tipico, ma soprattutto essa affiora nelle ipotesi esimenti disegnate dall'art. 384 c.p. In tale contesto, esso non opera quale principio, né come diritto; tale sua accezione nulla ha che fare con i contenuti di liceità che, nella sua "prima" veste, lo legano al processo ed alla difesa; l'accostamento fra questi due volti del *se detegere*, che sovente vengono sovrapposti e confusi, uno strutturalmente giustificante, l'altro eventualmente operante quale causa di esclusione della colpevolezza, pare avere anzi generato i maggiori fraintendimenti sulla portata del concetto.

Nel suo momento soggettivo, il *se detegere* altro non sottintende che una presa d'atto del legislatore, non certo ricostruibile qua-

[150] Cfr., a questo proposito, le osservazioni di D. Barbieri (voce *Interrogatorio nel processo penale*, cit., p. 221) la quale, criticamente sottolinea come le tesi di un dovere testimoniale dell'imputato, avanzate dalla dottrina processualistica meno recente "richiamandosi ad una pena concepita nell'interesse stesso del reo, in coincidenza con il superiore interesse alla buona amministrazione della giustizia, [ammetterebbero] la violazione del segreto della coscienza, la cui inviolabilità costituisce il nucleo del principio *nemo tenetur se detegere*".

le principio, ed anzi necessariamente circoscritta all'abito di alcune scusanti tipizzate, del fenomeno, empirico, anch'esso umanistico si è detto, della ricerca dell'impunità da parte del reo e del suo antagonismo alla legge.

Ed è perciò semplicemente comprensibile, non certo liceizzabile, né ricostruibile quale ipotesi di portata generale declinata sul principio di inesigibilità, l'idea che il reo possa ripetutamente violare la legge per sottrarsi alle responsabilità sue proprie, così ledendo beni giuridici della più svariata natura e per nulla afferenti al processo; se si ammettesse che una tale, virtualmente incoercibile, spinta criminosa possa assumere il ruolo di un diritto, ovvero di un principio, si assisterebbe allora alla resa del sistema penale stesso.

BIBLIOGRAFIA

ALITO S.A. JR., *Documents and the privilege against self-incrimination*, in *University of Pittsburgh law review*, 1986, p. 27 ss.

ALLEGREZZA S., *Il caso "Pupino": profili processuali*, in *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, a cura di F. SGUBBI, V. MANES, Bologna, 2007, p. 53 ss.

ALLEN R.J., STUNTZ W. J., HOFFMANN J.L., LIVINGSTON D.A., *Comprehensive criminal procedure*, New York, 2001.

ALOISI U., *Manuale pratico di procedura penale*, Milano, 1932.

ALSCHULER A.W., *A peculiar privilege in historical perspective: the right to remain silent*, in *Michigan law review*, 1996, p. 2625 ss.

ALSCHULER A.W., DEISS A.J., *A brief history of the criminal jury in the United States*, in *University of Chicago law review*, 1994, p. 867 ss.

AMAR A.R., LETTOW R.B., *Fifth Amendment first principles: the self-incrimination clause*, in *Michigan law review*, 1995, p. 857 ss.

AMAR A.R., LETTOW R.B., *Self-incrimination and the constitution: a brief rejoinder to professor Kamisar*, in *Michigan law review*, 1995, p. 1010 ss.

AMATO G., *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967.

AMATO G., voce *Libertà (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXIV, 1974, p. 273 ss.

AMODIO E., *Diritto al silenzio o dovere di collaborazione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, p. 408 ss.

AMODIO E., *Giusto processo, diritto al silenzio e obblighi di verità dell'imputato sul fatto altrui*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 3587 ss.

ANDREAZZA G., *Considerazioni a margine della sentenza Sez. Un. Genovese: la causa di non punibilità dell'art. 384 c.p. e la rinuncia alla facoltà di astenersi*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2344 ss.

ANDRONIO A., *Informazione ambientale e garanzia dalle autoincriminazioni*, in *Riv. giur. ambiente*, 1997, p. 283 ss.

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, Leggi complementari*, Vol. I, *I reati e gli illeciti amministrativi, societari e bancari. I reati di lavoro e previdenza. La responsabilità degli enti*, 13ª ed., a cura di GROSSO, Milano, 2007.

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, parte generale*, 14ª ed., a cura di L. CONTI, Milano, 1997.

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, parte speciale*, II, 12ª ed. riveduta ed aggiornata da L. CONTI, Milano, 1997.

ANTONINI ANDREOZZI E., *Autocalunnia implicita e falsa testimonianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, p. 1078 ss.

ANTONINI L., sub *Art. 23 Cost.*, in AA.VV., *Commentario breve alla costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELLOTTO, M. OLIVETTI, Torino, 2006, p. 491 ss.

ARCESE G., *Il principio di inesigibilità nei reati fallimentari e societari*, in *Riv. pen. econ.*, 1991, p. 127 ss.

ARDIZZONE S., *Amministrazione della giustizia (delitti contro l')*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988.

ARENELLA P., *Rethinking the functions of criminal procedure: the Warren and Burger Court's competing ideologies*, in *Geo law journal*, 1983, p. 185 ss.

ARENELLA P., *Schmerber and the privilege against self-incrimination: a reappraisal*, in *American criminal law review*, 1982, p. 31 ss.

ARICÒ G., voce *Notizia di reato*, in *Enc. dir.*, Vol. XXVIII, 1978, p. 758 ss.

ATELLI M., *Commento all'art. 10*, in *Privacy e telecomunicazioni*, (a cura dello stesso AUTORE), Napoli, 1999, p. 201 ss.

ATELLI M., *Riservatezza (diritto alla), III) Diritto costituzionale*, in *Enc. giur.*, Roma, *Aggiornamento*, 2001, p. 1 ss.

AYER D.B., *The fifth amendment and the inference of guilt from silence:* Griffin v. California *after fifteen years*, in *Michigan law review*, 1979/1980, p. 841 ss.

AZZALI G., *Caratteri e problemi del delitto di false comunicazioni sociali*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1991, p. 399 ss.

BABCOCK B.A., *Fair play: evidence favorable to an accused and effective assistance of counsel*, in *Stanford law review*, 1982, p. 1133 ss.

BADELLINO O., *Sul fondamento ed i limiti del così detto diritto al mendacio come facoltà contenuto del diritto di difesa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, p. 278 ss.

BALDASSARE A., *Privacy e costituzione. L'esperienza statunitense*, Roma, 1974.

BALDI S., *Giurisprudenza comunitaria in materia di diritti della difesa*, in *Riv. inter. dir. uomo*, 1996, p. 354 ss.

BALDUZZI R., SORRENTINO F., voce *Riserva di legge*, in *Enc. Dir.*, Vol. LX, 1989, § 1.

BARBERA A., *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1971.

BARBIERI D., (voce) *Interrogatorio nel processo penale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, p. 227 ss.

BARGI A., *Procedimento probatorio e giusto processo*, Napoli, 1990.

BARGIS M., *Commento all'art. 18 l n. 63 del 2001*, in *Leg. pen.*, 2002, p. 311 ss.

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

BARONE F.R., *The 1990 clean air act amendments and implications of the self-incrimination clause: are enviromental managers risking criminal liability?*, in *Seton hall constitutional law journal*, 1995, p. 967 ss.

BARTOLI R., *Unioni di fatto e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1599 ss.

BASSU C., *Il ruolo delle Corti nella lotta al terrorismo: una comparazione angloamericana*, in *Quad. cost.*, 2006, p. 467 ss.

BEATTIE J.M., *Scales of justice: defense counsel and the English criminal trial in the eighteenth and nineteenth centuries*, in *Law and history review*, 1991, p. 221 ss.

Belfiore E., *Contributo alla teoria dell'errore in diritto penale*, Torino, 1997.

Beling Von E.L., *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1964.

Bell B.W., *Theatrical investigation: white collar crime, undercover operations and privacy*, in *William and Mary Bill of rights journal*, 2002, p. 151 ss.

Bellagamba F., *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, Milano, 2007.

Bellavista G., voce *Difesa giudiziaria penale*, in *Enc. dir.*, 1966, p. 454 ss.

Bellavista G., voce *Confessione (dir. proc. pen.)* in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 919 ss.

Bellavista G., *Processo penale e civiltà, in Studi sul processo penale*, II, Milano, 1960, p. 215 ss.

Bellazzi M., *I "patriot act" e la limitazione dei diritti costituzionali negli Stati Uniti*, in *Pol. dir.*, 2003, p. 681 ss.

Beltrani S., *La (mutevole) rilevanza penale della famiglia di fatto nel diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2860 ss.

Bentham J., *Rationale of judicial evidence*, Edimburgh, 1843.

Berger V., *Man's trial, woman's tribulation: rape cases in Courtroom*, in *Columbia law review*, 1977, p. 1 ss.

Berger M., *Compelled self-reporting and the principle against compelled self-incrimination: some comparative perspectives*, in *European human rights law review*, 2006, p. 25 ss.

Berliri A., *Appunti sul fondamento e sul contenuto dell'art. 23 Cost.*, ora in Id., *Scritti scelti di diritto tributario*, Milano, 1990, p. 274 ss.

Bernasconi C., *Commento all'art. 2625*, in Aa.Vv., *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali*, a cura di F. Giunta, Torino, 2002.

Bersani G., *La tassabilità dei proventi da attività illecita: presupposti, criteri distintivi ed esistenza di obblighi di dichiarazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 998 ss.

Bertolino M., *La famiglia, le famiglie: nuovi orizzonti della tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 572 ss.

Bessone M., Alpa G., D'Angelo A., Ferrando G., Spallarossa M.R., *La famiglia nel nuovo diritto. Principi fondamentali, riforme*

legislative, orientamenti della giurisprudenza, 5ª ed., Bologna, 2002.

Bettiol G., *Sulle presunzioni nel diritto e nella procedura penale*, Milano, 1938.

Bettiol G., *Diritto penale*, Padova, 11ª ed., 1982.

Bin R., voce *Stato di diritto*, in *Enc. dir.*, *Annali*, IV, 2011, p. 1155 ss.

Birch G.A., *False statements to federal agents: induced lies and the exculpatory no*, in *The university of Chicago law review*, 1990, p. 1273 ss.

Bisacci M.C., voce *Falsità personale*, in *Dig. disc. pen.*, 2010, Vol. I, p. 260 ss.

Bobbio N., voce *Antinomia*, in *Noviss. dig. it.*, I, 1957, p. 667 ss.

Bobbio N., *Locke e il diritto naturale*, Torino, 1963.

Bodenhamer D.J., *Fair and trial: rights of the accused in American history*, Oxford, 1992.

Bonetti P., *In nome della sicurezza internazionale si possono limitare i diritti di difesa, di giusto processo e di proprietà di potenziali finanziatori del terrorismo?*, in *Quad. cost.*, 2006, p. 144 ss.

Boscarelli M., *La tutela penale del processo*, Milano, 1951.

Boscarelli M., *Sulle scriminanti previste dall'art. 384 c.p. in rapporto alla falsa testimonianza*, in *Giust. pen.*, 1952, II, p. 965 ss.

Bosmajian H., *The freedom not to speak*, New York, 1999.

Bradley C.M., *Interrogation and Silence: a Comparative Study*, in *Wisconsin international law journal*, 2009, p. 271 ss.

Bradley C., Hoffman P., *Justice and search for truth in criminal cases*, in *Southern California law review*, 1996, p. 1267 ss.

Brandt R.B., *Ethical theory: the problems of normative and critical ethics*, Englewood Cliffs (N.J.), 1959.

Bricchetti R., *Rifiuto di uffici legalmente dovuti*, in *Codice penale*, a cura di Padovani, 3ª ed., Milano, 2005, p. 1766 ss.

Brichetti R., Cervio E., *Il falso in bilancio ed in altre comunicazioni sociali*, Milano, 1999.

Bricola F., *Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 1079 ss.

Bricola F., *Teoria generale del reato*, in *Nov. dig.*, XIX, Torino, 1973, p. 82 ss.

Bricola F., *Considerazioni introduttive al dibattito: Il codice Rocco cinquant'anni dopo*, in *La questione criminale*, 1981, p. 7 ss.

Bricola F., *La discrezionalità nel diritto penale*, I, *Nozioni e ed aspetti costituzionali*, Milano, 1965.

Bruno C., *Art. 126 bis: in tema di diritto al silenzio la consulta cambia tutto perché (quasi) nulla cambi*, in *Arch. giur. circol. e sinistri*, 2009, p. 21 ss.

Busson E., Nemo tenetur se detegere *e falso in bilancio: una questione ancora aperta*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 1481 ss.

Butler A.S., *Funke v. France, and the right against self-incrimination: a critical analysis*, in *Criminal law Forum*, 2001, p. 488 ss.

Buzzelli S., (voce) *Processo penale europeo*, in *Enc. dir.*, Annali, II, 1, 2008, p. 701 ss.

Buzzelli S., *Giusto processo*, in *Dig. pen.*, Agg. II, 2004, p. 344 ss.

Cadoppi A., *Il reato omissivo proprio*, Vol. II, *Profili dogmatici, comparatistici e* de lege ferenda, Padova, 1988.

Cadoppi A., voce *Mens Rea*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. VII, Torino, 1993, p. 618 ss.

R. Cafari Panico, C. Baruffi (a cura di), *Lo spazio di libertà sicurezza e giustizia nel trattato di riforma e nel trattato costituzionale*, *Dalla Costituzione europea al trattato di Lisbona*, Padova, 2008.

Caianiello M., *Il caso "Pupino": riflessioni sul nuovo ruolo riconosciuto al giudice alla luce del metodo adottato dalla Corte di giustizia*, in *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, a cura di F. Sgubbi, V. Manes, 2007, p. 89 ss.

Camerini G., *La grazia, la liberazione condizionale e la revoca anticipata delle misure di sicurezza*, Padova, 1967.

Camerini G., voce *Grazia, Profili penali e processuali*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. VI, Torino, 1992, p. 49 ss.

Campo O., voce *Interrogatorio dell'imputato*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 335 ss.

Canestrari S., Cornacchia L., De Simone G., *Manuale di diritto penale, parte generale*, Bologna, 2007.

Canestrari S., Faenza F., *Il principio di ragionevolezza nella regolamentazione biogiuridica: la prospettiva del diritto penale*, in *Criminalia*, 2008, p. 73 ss.

CANESTRARI S., *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in E. DOLCINI, C. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 145 ss.

CANESTRARI S., voce *Reato di pericolo*, in *Enc. Giur.*, Vol. XXVI, Roma, 1991, p. 2 ss.

CAPPITELLI P., *Brevi osservazioni intorno ai limiti applicativi della garanzia della non utilizzabilità delle dichiarazioni autoindizianti*, in *Cass. pen.*, 2003, 1985.

CAPITTA A.M., *Ricognizione coatta,* comunicative evidence *e diritto al silenzio*, in *Giur. it.*, 1996, I, p. 106 ss.

CAPLAN G.M., *Questioning Miranda*, in *Vanderbilt law review*, 1985, p. 1417 ss.

CAPOLUPO S., voce *La tassazione dei proventi illeciti*, in *Enc. dir.*, Agg., Varese, 1997, p. 865 ss.

CAPPELLETTI M., *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Vol. I, Milano, 1962.

CARACCIOLI I., *L'esercizio del diritto*, Milano, 1965.

CARACCIOLI I., *Sul problema della sopravvivenza dell'aggravante dell'art. 61, n. 2, cod. pen. (tra mini-riforma e progetto di riforma del codice penale)*, in *Riv. pen*., 1976, p. 5 ss.

CARLI GIARDINO A., *Il diritto di difesa nell'istruttoria penale*, Milano, 1983.

CARNELUTTI F., *A proposito di tortura*, in *Riv. it. dir. proc*., 1952, I, p. 236 ss.

CARNELUTTI F., *Diritto alla vita privata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, p. 3 ss.

CARNELUTTI F., *Il problema della pena*, Roma, 1945.

CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale,* 4ª ed., 1871.

CARTABIA M., *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3564 ss.

CARTOSIO B., *Anni inquieti. Società, media, ideologie negli Stati Uniti da Truman a Kennedy,* Roma, 1992.

CASTRONUOVO D., *La colpa penale*, Milano, 2009.

CATALANO E.L., *Il concetto di ragionevolezza tra lessico e cultura del processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 85 ss.

Catalano E.L., *Diritto al silenzio*, right not to be questioned *e tutela della autoincriminazione. Note storico-comparative*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 4018 ss.

Catarbia M., Weiler J.H.H., *L'Italia in Europa*, Bologna, 2002.

Cataudella A., *La tutela civile della vita privata*, Milano, 1972.

Cattaneo M.C., *Il positivismo giuridico inglese: Hobbes, Bentham, Austin,* Milano, 1962.

Caute D., *The great fear: the anti-communist purge under Truman and Eisenhower*, New York, 1978.

Cavallari V., voce *Contraddittorio (principio del) dir. proc. pen*., in *Enc. dir.*, IX, 1961, p. 728 ss.

Cecchetti M., *Il principio del "giusto processo" nel nuovo art. 111 Cost. Origini e contenuti normativi generali*, in Aa.Vv., *Giusto processo: nuove norme sulla formazione e valutazione della prova, Legge 1. marzo 2001, n. 63*, a cura di P. Tonini, Padova, 2001, p. 49 ss.

Cerase M., *Sulla calunnia commessa nell'esercizio del diritto di difesa* (nota a Cass. pen., Sez. VI, 2 aprile 2001, n. 233), in *Cass. pen.*, 2001, p. 3028 ss.

Cerqua L., *Commento all'art. 366 c.p*, in *Codice penale commentato*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, P. Veneziani, Piacenza, 2011, p. 1263 ss.

Cerri A., *Diritto di non ascoltare l'altrui propaganda*, in *Giur. cost.*, 1985, I, p. 987 ss.

Cerri A., *La libertà negativa di manifestazione del pensiero e di comunicazione privata – diritto alla riservatezza: fondamento e limiti*, in *Giur. cost.*, 1974, I, p. 610 ss.

Cerri A., *Riservatezza (diritto alla)*, *II) Diritto straniero e comparato*, in *Enc. giur.*, Roma, 2001, p. 1 ss.

Cerri A., *Riservatezza (diritto alla), III) Diritto costituzionale*, in *Enc. giur.*, Roma, 1995, p. 1 ss.

Chiavario M., voce *Giusto processo (processo penale)*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 2001, p. 1 ss.

Chiavario M., *Diritto processuale penale. Profili istituzionali*, Torino, 2005.

Chiavario M., *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969.

Chiavario M., *La presunzione d'innocenza nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. it.*, 2000, 1089.

Chiavario M., *Le garanzie fondamentali del processo nel patto internazionale sui diritti civili e politici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, p. 465 ss.

Chiesa L.E., *Beyond torture: the nemo tenetur principle in borderline cases*, in *Boston College Third World Law Journal*, 2010, p. 35 ss.

Clapp A.C., *Privilege against self-incrimination*, in *Rutgers law review*, 1956, p. 541 ss.

Clayton N.A., *Problems of self-incrimination in seeking to obtain bank records*, in *Journal of international banking law*, 1996, p. 115 ss.

Colombo G.E., *La "moda" dell'accusa di falso in bilancio nelle indagini delle Procure della Repubblica*, in *Riv. soc.*, 1996, p. 713 ss.

Comoglio L.P., voce *Contraddittorio*, in *Dig. disc. pen.*, 1988, Vol. VIII, 155.

Conso G., *L'alibi dei parenti*, in *Arch. pen.*, 1971, I, p. 176 ss.

Conti C., (voce) *Frode processuale*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 163 ss.

Conti C., *L'imputato nel procedimento connesso. Diritto al silenzio e obbligo di verità*, Padova, 2003.

Coppi F., voce *Reato continuato*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. XI, 1996, p. 223 ss.

Corbi F., *Falsa dichiarazione di conseguita patente di guida e art. 495 c.p.*, in *Giur. it.*, 1969, II, p. 100 ss.

Corciulo P., *Falsi in bilancio e redditi illeciti*, in *Riv. pen. econ.*, 1992, p. 254 ss.

Cordero F., *Il giudizio d'onore*, Milano, 1959.

Cordero F., *Procedura penale*, Milano, 2003.

Corwin E.S., *The supreme court's construction of the self-incrimination clause*, in *Michigan law review*, 1930, p. 8 ss.

Crespi A., *Falsa testimonianza e possibilità di astensione dalla deposizione*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1952, p. 736 ss.

Crespi A., Stella F., Zuccalà G. (a cura di), *Commentario al codice penale,* Padova, 2003.

Crespi A., *Rassegna di diritto societario (1987-1988)*, in *Riv. soc.*, 1990, p. 1487 ss.

Cristiani A., voce *Falsità personale*, in *Dig. disc. pen.*, 1991, Vol. V, p. 1 ss.

Croce D., *In tema di illecita attività: falsa fatturazione e frodi petrolifere: intassabilità dei relativi proventi*, in *Boll. trib.*, 1981, p. 769 ss.

Crosta P., *Una questione sempre in primo piano: la tassazione dei proventi illeciti. I profili di incostituzionalità dell'art. 14, comma 4 della L. n. 537/19 attraverso l'esame della sempre attuale pronuncia 3124 del 1996*, in *Temi romana*, 2006, fasc. 3, p. 65 ss.

Curatola P., voce *Calunnia (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, Vol. V, Milano, 1958, p. 827 ss.

Custodero G., *Capacità a delinquere e commisurazione della pena: problemi e orientamenti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 78 ss.

D'Alessandro L., *Utilitarismo morale e scienza della legislazione,* Napoli, 1993.

D'Alessandro F., *La certezza del nesso causale: la lezione "antica" di Carrara e la lezione "moderna" della Corte di Cassazione sull'"oltre ragionevole dubbio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 743 ss.

D'Andria M., *Le nuove qualifiche soggettive create dalla l. n. 63 del 2001 e la riforma dell'art. 64*, in *Cass. pen*, 2002, p. 845 ss.

Damaska M.R., *Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: a comparative study,* in *University of Pennsylvania law review*, 1973, p. 507 ss.

Damaska M.R., *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*, New Haven-London, 1986.

De Caro A., *Libertà personale e sistema processuale penale*, Napoli, 2000.

De Caro A., voce *Libertà personale (profili costituzionali)*, in *Dig. disc. pen.*, 2005, p. 836 ss.

De Cupis A., *Riconoscimento sostanziale ma non verbale del diritto alla riservatezza*, in *Foro it.*, 1963, I, p. 1298 ss.

De Francesco G., Lex specialis. *Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, Milano, 1980.

De Francesco G., *Appunti sulla capacità a delinquere come criterio di determinazione della pena nel reato continuato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, p. 1450 ss.

De Francesco G., *La connessione teleologica nel quadro del reato continuato*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1978, p. 103 ss.

De Montigny Y., *La protection contre l'auto-incrimination au Canada: mithe ou réalité*, in *Mc Gill law journal*, 1990, p. 746 ss.

De Vero G., *Rifiuto di uffici legalmente dovuti*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 832 ss.

De Vincenzi G.M., voce *Difesa (diritto di) in diritto comparato*, in *Dig. disc. pen.*, 1988, p. 492 ss.

Del Tufo M., *Il diritto penale italiano al vaglio della convenzione europea dei diritti dell'uomo: attuazione dei principi della Convenzione e ruolo del giudice interno*, in *Crit. dir*., 2000, p. 457 ss.

Delitala G., *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, Milano, 1930, p. 13 ss.

Delitala G., voce *Adempimento di un dovere*, in *Enc. dir.,* I, Milano, 1958, p. 567 ss.

Delogu T., *L'uso legittimo delle armi o di altri mezzi di coazione fisica*, in *Arch. pen.*, 1972, p. 176 ss.

Demarco A.M., Scott E., *Confusion among the courts: should the contents of personal papers be privileged by the fifth amendment self-incrimination clause?*, in *Saint John's journal of legal commentary*, 1993, p. 220 ss.

Denaro M., *La tassazione dei proventi illeciti (Due recenti casi giurisprudenziali: l'attività di meteorico e il consulente "infedele"*), in *Boll. trib.,* 2011, p. 670 ss.

Dennis I., *Instrumental protection, human right or functional necessity? Reassessing the privilege against self-incrimination*, in *Cambridge law journal*, 1995, p. 343 ss.

Dession G.H., Friedman L.Z., Donnelly R.C., Redlich F.G., *Drug-Induced revelation and criminal investigation*, in *Yale law journal*, 1953, p. 315 ss.

Di Bitonto M., *Diritto al silenzio: evoluzione o involuzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1027 ss.

Di Chiara G., *Libertà personale dell'imputato e presunzione di non colpevolezza*, in G. Fiandaca, G. Di Chiara, *Una introduzione al sistema penale*, Napoli, 2003, p. 305 ss.

Di Lalla I., voce *Notizia di reato*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. VIII, Torino, 1994, p. 261 ss.

Di Palma E.M.T., *Inutilizzabilità delle dichiarazioni indizianti ed invalidità derivata*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 178 ss.

Di Paola C., *Trattato di Lisbona*, in Aa.Vv, *Codice di procedura penale commentato*, 4ª ed., a cura di A. Giarda, G. Spangher, Milano, 2010, Vol. I, p. 163 ss.

Dolcini E., *Laicità, 'sana laicità' e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1017 ss.

Dolcini E., *Discrezionalità del giudice e diritto penale*, in *Diritto penale in trasformazione*, a cura di G. Marinucci, E. Dolcini, Milano, 1985, p. 269 ss.

Dolcini E., *La commisurazione della pena*, Padova, 1979.

Dolinko D., *Is there a rationale for the privilege against self-incrimination?*, in *UCLA law review*, 1986, p. 1063 ss.

Dominioni O., *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, I, Art. 1-108, Milano, 1989, p. 406 ss.

Dominioni O., *Un nuovo* idolum teatri: *il principio di non dispersione probatoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 736 ss.

Dominioni O., voce *Imputato*, in *Enc. dir.*, XX, 1970, p. 791 ss.

Dominioni O., *Le parti nel processo penale*, Milano, 1985.

Donagan A., *The right not to incriminate oneself*, in *Social philosophy and policy*, 1984, p. 137 ss.

Donini M., voce *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pubbl.*, Vol. XIV, Torino, 1998, p. 22 ss.

Donini M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991.

Donini M., *Teoria del reato, un'introduzione*, Padova, 1996.

Dosi E., *La c.d. "testimonianza della parte" e l'obbligo di verità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1963, p. 429 ss.

Dressler J., *New thoughts about the concept of justification in the criminal law: a critique of Fletcher's thinking and rethinking*, in *UCLA law review*, 1984, p. 87 ss.

Dripps D.A., *Foreword: against police interrogation – and the privilege against self-incrimination*, in *Journal of criminal law and criminology*, 1988, p. 711 ss.

Dripps D.A., *Self-incrimination and self-preservation: a skeptical view*, in *University of Illinois law review*, 1991, p. 331 ss.

Driver E.D., *Confession and the social psychology of coercion*, in *Harvard law review*, 1968, p. 42 ss.

Elia L., *I dritti umani nella politica – una politica per i diritti umani*, in Aa.Vv., *Diritti umani e politica*, Roma, 1983, p. 113 ss.

Ellis D.D., Vox populi v. suprema lex*: a comment on the testimonial privilege of the fifth amendment*, in *Iowa law review*, 1970, p. 829 ss.

Eusden J., *Puritans, Lawyers, and Politics in early Seventeenth-century England*, New Haven, 1958.

Faga S., *Ancora sul rapporto tra diritto interno e CEDU: una "contaminazione virtuosa" delle due prospettive*, in *Giur. it*., 2010, p. 1780 ss.

Fanchiotti V., *Il processo davanti alla corte penale internazionale: principi e garanzie*, in *Quest. giust*., 2007, p. 93 ss.

Feinberg J., *Harmless wrongdoing*, in L. Kats, M.S. Moore, S.J. Morse, *Foundations of criminal law*, New York, 1999, p. 140 ss.

Feinberg J., *Harmless wrongdoing*, New York, 1988.

Ferrajoli L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989.

Ferrajoli L., *Ravvedimento processuale e inquisizione penale*, in *Quest. Giust.*, 1982, p. 209 ss.

Ferrando G., *Famiglia legittima, famiglia di fatto e reato di favoreggiamento*, in *Fam. dir.,* 1996, p. 107 ss.

Ferrari L., *I principi costituzionali in materia tributaria*, in Aa.Vv., *Principi costituzionali*, a cura di L. Mezzetti, Torino, 2011, p. 706 ss.

Ferrua P., voce *Difesa (Diritto di)*, in *Dig. dis. pen*., 1988, p. 467 ss.

Feuerbach H.R., *The constitutional rights of associations to assert the privilege against self-incrimination*, in *University of Pennsylvania law review*, 1964.

Fiandaca G., Musco E., *Diritto penale. Parte generale*, 4ª ed., Bologna, 2010.

Fiandaca G., Musco E., *Diritto penale. Parte speciale*, 5ª ed., Bologna, 2012.

Fioravanti L., voce *Televisione, stampa e editoria. I reati televisivi*, in *Dig. disc. pen*., Vol. XV, 1999, p. 165 ss.

Fiore C., Fiore S., D*iritto penale, parte generale*, I, Torino, 2007.

Fiore S., *Riservatezza (diritto alla)*, *IV, Diritto penale*, in *Enc. giur.*, Roma, Vol. XXVII, 1998, p. 2 ss.

Fiorella A., voce *Reato in generale*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, p. 770 ss.

Fiorella A., voce *Responsabilità penale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1327 ss.

Fiorelli P., *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, Vol. II, Milano, 1953-1954.

Fishman C.S., *Pen registers and privacy: risks, expectations, and the nullification of congressional intent*, in *Catholic university law review*, 1980, p. 557 ss.

Fleming F., *Storia della guerra fredda* (1917-1960), trad. it., Milano, 1964.

Fletcher G.P., *Grammatica del diritto penale*, Bologna, 2004.

Fletcher G.P., *Rethinking criminal law*, Boston, 1978.

Fletcher G.P., *The individualisation of excusing conditions*, in *Southern California law review*, 1974, p. 1269 ss.

Fletcher G.P., *Two kinds of legal rules: a comparative study of the burden-of-persuasion practices in criminal cases*, in *Yale law journal*, 1968, p. 880 ss.

Flick G.M., *Brevi note sulla prospettiva di tassazione dei proventi da reato*, in *Dir. prat. trib.*, 1994, p. 18 ss.

Flick G.M., *L'esimente speciale dell'art. 384, co. 1, c.p. e l'aggravante generale dell'art. 61 n. 2 c.p. nel delitto di falsa testimonianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, p. 215 ss.

Flora G., *La difficile penetrazione del principio di colpevolezza: riflessioni per l'anniversario della sentenza costituzionale sull'art. 5 c.p.*, in *Giur. it.*, 1989, IV, p. 337 ss.

Flora G., *Le recenti modifiche in materia penale tributaria: nuove sperimentazioni del "diritto penale del nemico"?*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 16 ss.

Flora G., *Concorso formale e reato continuato nella riforma del libro I del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, p. 506 ss.

Floridia G., *False dichiarazioni dell'imputato sull'incensuratezza e* ius mentiendi, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 1326 ss.

Flory W.E.S., *Prisoners of war: a study in the development of international law*, Washington D.C., 1942.

Foffani L., *Lotta alla corruzione e rapporti con la disciplina penale societaria*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1994, p. 96 ss.

Foffani L., voce *Società*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F.C. Palazzo, C.E. Paliero, Padova, 2003, p. 1795 ss.

Foffani L., *Lotta alla corruzione e rapporti con la disciplina penale societaria*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1994, p. 958 ss.

Foglia Manzillo F., "Nemo tenetur se detegere*": un limite all'applicazione del reato di falso in bilancio?,* in *Riv. trim. dir. proc. pen.*, 1999, p. 237 ss.

Fois S., *La «riserva di legge». Lineamenti storici e problemi attuali*, Milano, 1963.

Fornasari G., *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990.

Fornasari G., *I reati contro l'amministrazione della giustizia nell'esperienza tedesca*, in *Ind. pen.*, 2002, p. 829 ss.

Fornasari G., *Le cause di esclusione della colpevolezza*, in Aa.Vv., *Introduzione al sistema penale*, Torino, 2001, p. 270 ss.

Fornasari G., Nemo tenetur se detegere sostanziale: *qualche nuova riflessione alla luce di recenti contrasti giurisprudenziali*, in *Dir. pen proc.*, 2008, p. 907 ss.

Fortas A., *The fifth amendment:* nemo tenetur prodere seipsum, in *Cleveland B.A.Y.*, 1954, p. 98 ss.

Forte F., *Sul trattamento fiscale delle attività illecite*, in *Riv. dir. fin.*, 1952, p. 119 ss.

Fortuna E., *I soggetti, in Nuovo manuale pratico del processo penale*, Padova, 2002, p. 228 ss.

Fried C., *Privacy*, in *Yale law journal*, 1968, p. 475 ss.

Friedman L.M., *Crime and punishment in American history*, New York, 1993.

Friedman L.M., Percival R.V., *The Roots of Justice. Crime and Punishment in Alameda County, California, 1870-1910*, Chapel Hill (NC), 1981.

Friendly H.J., *The fifth Amendment tomorrow: the case of constitutional change*, in *University of Cincinnati law review*, 1968, p. 671 ss.

Furin N., *Il principio della libertà dalle autoincriminazioni e la sua rilevanza in materia di denuncia di infortunio sul lavoro o di malattia professionale*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 1008 ss.

Gaja G., *Il limite costituzionale del rispetto degli "obblighi internazionali": un parametro definito solo parzialmente*, in *Riv. dir. internaz.*, 2008, p. 136 ss.

Galligan D.J., *The right to silence reconsidered*, in *Current legal problems*, 1988, p. 69 ss.

Gambardella M., *Lo straniero clandestino e la mancata esibizione del documento di identificazione*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 785 ss.

Gargani A., *Riflessi sostanziali dell'estensione al convivente more uxorio della facoltà di astenersi dal testimoniare*, in *Leg. pen.*, 1991, p. 191 ss.

Garofoli V., *Presunzione d'innocenza e considerazione di non colpevolezza. La fungibilità delle due formulazioni,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 1168 ss.

Garland N.M., *The unavailability to corporations of the privilege against self-incrimination: a comparative examination*, *New York law school journal of international and comparative law*, 1996, p. 55 ss.

Gavison R., *Privacy and the limits of law*, in *Yale law journal*, 1980, p. 421 ss.

Gelardi M., *L'oggetto giuridico del favoreggiamento come dover essere del processo*, Padova, 1993.

GERMANI M.C., *Rifiuto di uffici legalmente dovuti,* in AA.VV., *I delitti contro l'amministrazione delle giustizia*, a cura di COPPI, Torino, 1996, p. 101 ss.

GERSTEIN R.S., *Privacy and self-incrimination*, in *Ethics*, 1970, p. 87 ss.

GERSTEIN R.S., *Punishment and self-incrimination*, in *American journal of juris*, 1971, p. 84 ss.

GERSTEIN R.S., *The demise of Boyd: self-incrimination and private papers in the Burger Court*, in *UCLA law review*, 1979, p. 343 ss.

GERSTEIN R.S., *The self-incrimination debate in Great Britain*, in *American Journal of comparative law*, 1979, p. 81 ss.

GIACOBBE G., voce *Riservatezza (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, XL, 1989, p. 1245 ss.

GIACONA I., *Il concetto d'idoneità nella struttura del delitto tentato*, Torino, 2000, p. 303 ss.

GIANZI G., voce *Grazia, dir. proc. pen.*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 774 ss.

GIARDA A., *Le "novelle" di una notte di mezza estate*, in AA.VV., *Le nuove leggi penali*, Padova, 1998, p. 137.

GIULIANI BALESTRINO U., *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Milano, 2006.

GIUNTA F., *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. pen e proc.*, 1999, p. 620 ss.

GLESS A.G., *Self-incrimination privilege development in the nineteenth-century federal courts: questions of procedure, privilege, production, immunity and compulsion*, in *American Journal of Legal History*, 2001, p. 391 ss.

GOEBEL J. JR., NAUGHTON T.R., *Law enforcement in colonial New York, a study in criminal procedure, 1664-1776*, New York, 1944.

GRANDE E., voce *Falsità in atti*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1991, p. 55 ss.

GRAY C.M., *Prohibitions and the privilege against self-incrimination*, in AA.VV., *Tudor Tule and Revolution*, Cambridge, 1982, p. 345 ss.

Green M.S., *The privilege's last stand: the privilege against self-incrimination and the right to rebel against the state*, in *Brooklyn law review*, 1999, p. 628 ss.

Greenawalt R.K., *Perspectives on the right to silence*, in *Crime criminology and public policy*, a cura di R. Hood, New York, 1974.

Greenawalt R.K., *Silence as a moral and constitutional right*, in *Wm & Mary law review*, 1981, p. 15 ss.

Greenawalt R.K., *The perplexing borders of justifications and excuse*, in *Columbia law review*, 1984, p. 1897 ss.

Greer S., *The right to silence: a review of the current debate*, in *The modern law review*, 1990, p. 719 ss.

Grevi V., *Alla ricerca di un processo penale "giusto". Itinerari e prospettive*, Milano, 2000.

Grevi V., *Dichiarazioni dell'imputato sul fatto altrui, diritto al silenzio e garanzia del contraddittorio (dagli insegnamenti della Corte costituzionale al progettato nuovo modello di 'giusto processo')*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 821 ss.

Grevi V., *Il segreto familiare: la testimonianza dei prossimi congiunti*, in Aa.Vv., *La testimonianza nel processo penale*, Milano, 1974, p. 105 ss.

Grevi V., *Libertà personale dell'imputato e costituzione*, Milano, 1976.

Grevi V., Nemo tenetur se detegere, *Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel sistema penale italiano*, Milano, 1972.

Grevi V., voce *Libertà personale dell'imputato*, in *Enc. dir.*, XXIV, 1974, p. 335 ss.

Griffin J., *Are there incommensurable values?*, in *Philosophy and public affairs*, 1977, p. 39 ss.

Griffiths J., *Ideology in criminal procedure or a third "model" of criminal process*, in *Yale law journal*, 1970, p. 359 ss.

Grillo S., *Efficacia scriminante del diritto di difesa nella condotta calunniosa* (nota a Cass. pen., Sez. VI, 4 febbraio 1998), in *Dir. pen. e proc.*, 1998, p. 1272 ss.

Griswold E.N., *The fifth amendment today*, in *The Marquette law review*, 1956, p. 191 ss.

Grosso C.F., voce *Cause di giustificazione*, in *Enc. giur.*, Vol. VI, 1988, p. 6 ss.

Grosso C.F., *Di un preteso limite all'applicabilità dell'art. 384 comma 1 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, p. 216 ss.

Guarnieri G., *Le parti nel processo penale*, Milano, 1949.

Guazzarotti A., *Competizione fra giudici nazionali e intervento della Corte di giustizia*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 2788 ss.

Guazzarotti A., *La Corte e la C.e.d.u.: Il problematico confronto di standard di tutela alla luce dell'art. 117, co. 1, Cost.*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3574 ss.

Hare R.M., *Freedom and reason*, Oxford, 1963.

Hart H.L.A., *Punishment and responsibility: essays in the philosophy of law*, Oxford, 1968.

Hart H.M. Jr., *The aims of the criminal law*, in *Law and contemporary problems*, 1958, p. 401 ss.

Hazlett K.B., *The nineteenth century origins of the fifth amendment privilege against self-incrimination*, in *American journal of legal history*, 1998, p. 235 ss.

Helmholz R.H., *Continental law and common law: historical strangers or companions?*, in *Duke law journal*, 1990, p. 1207 ss.

Helmholz R.H., *Origins of the privilege against self-incrimination: the role of the European ius commune*, in *New York university law review*, 1990, p. 962 ss.

Helmholz R.H., Gray C.M., Langbein J.H., Moglen E., Smith H.E., Alschuler A.W., *The privilege against self-incrimination. Its origins and development*, Chicago, 1997.

Heydon J.D., *Statutory restrictions on the privilege against self-incrimination*, in *Law quarterly review*, 1971, p. 214 ss.

Hill C., *Society and Puritanism in pre-revolutionary England*, London, 1964.

Hobbes T., *Elementi filosofici sul cittadino,* in *Opere politiche,* a cura di N. Bobbio, Torino, 1959, p. 38 ss.

Hoffer P.C., *Law and people in colonial America*, Baltimore-London, 1992-1998.

Horowitz G., *The privilege against self-incrimination. How did it originate?*, in *Tample law quarterly*, 1958, p. 121 ss.

Horowitz M.J., *The Transformation of American Law, 1870-1960: The crisis of legal orthodoxy*, New York, 1992.

Howarth W., *Self-monitoring, self-policing, self-incrimination and pollution law*, in *The modern law review*, 1997, p. 200 ss.

Ianniello Saliceti A., *La protezione dei dati personali nell'ordine pubblico europeo: tutela della sfera privata e ingerenza dello stato*, in *Informatica e diritto*, 2008, p. 99 ss.

Iijima A.L., *The war on drugs: the privilege against self-incrimination falls victim to state taxation of controlled substanteces*, in *Harvard civil rights-liberties law review*, 1994, p. 101 ss.

Illuminati G., *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979.

Illuminati G., *L'imputato che diventa testimone*, in *Ind. pen.*, 2002, p. 387 ss.

Inbau F.E., *Should we abolish the constitutional privilege against self-incrimination?*, in *Journal of criminal law and criminology*, 1999, p. 1385 ss.

Infante E., Nemo tenetur se detegere *in ambito sostanziale: fondamento e natura giuridica*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2001, p. 831 ss.

Ingraham B.L., *The right of silence, the presumption of innocence, the burden of proof, and a modest proposal: a reply to O'Reilly*, in *Journal of criminal law and criminology*, 1996, p. 560 ss.

Insolera G., *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in Aa.Vv., *Introduzione al sistema penale*, a cura di G. Insolera, N. Mazzacuva, M. Pavarini, F. Zanotti, 3ª ed., Torino, 2006, p. 313 ss.

Jackson J., *Re-Conceptualizing the Right of silence as an effective fair trial standard*, in *International and comparative law quarterly*, 2009, p. 360 ss.

Jackson J.D., *Curtailing the right of silence: lessons from Northern Ireland*, in *Criminal law review*, 1991, p. 405 ss.

Jemolo A.C., voce *Libertà, aspetti giuridici*, in *Enc. dir.*, XXIV, 1974, p. 269 ss.

Johnson P.E., Cloud M., *Criminal law*, St. Paul, 2002.

Kahan D.M., *Lenity and federal common law crimes*, in *Superior Court review*, 1994, p. 345 ss.

Kalvin H., Zeisel H., *The American jury*, Boston & Toronto, 1966.
Kamisar Y., *Can (did) Congress "overrule" Miranda?*, in *Cornell law review*, 2000, p. 883 ss.
Kamisar Y., *On the "fruits" of Miranda violations, coerced confessions, and compelled testimony*, in *Michigan law review*, 1995, p. 929 ss.
Kamisar Y., *The fruits of compelled and coerced statements*, in *Michigan law review*, 1995, p. 933 ss.
Kamisar Y., LaFave W.R., Isral J.H., King N.J., *Modern criminal procedure*, 10ed, St. Paul, 2002.
Kee-Jin Tan A., *Adverse inferences and the right to silence: re-examining the Singapore experience*, in *Criminal law review*, 1997, p. 471 ss.
Kilgore S.K., Smith E. M., *Corporate criminal liability*, in *American criminal law review*, 2011, p. 422 ss.
Kelly H.A., *Inquisition and the prosecution of heresy; misconceptions and abuses*, in *Church history*, 1989, p. 439 ss.
Kohl A., *Procés civil et sincerité*, Liége, 1971.
Krauss S.D., *The life and times of Boyd v. United States (1886-1976)*, in *Michigan law review*, 1977, p. 184 ss.
Langbein J.H., *Prosecuting crime in the renaissance: England, Germany, France*, Cambridge, 1974.
Langbein J.H., *The criminal trial before the lawyers*, in *University of Cincinnati law review*, 1978, p. 307 ss.
Langbein J.H., *The historical origins of the privilege against self-incrimination at common law*, in *Michigan law review*, 1994, p. 1047 ss.
Langbein J.H., *Torture and the law of proof*, Chicago, 1976.
Lanza A., *Maccartismo,* in *Storia del Nord America, Il mondo contemporaneo,* Firenze, 1978.
Lanzi A., Cadoppi A., *I nuovi reati societari*, Padova, 2002.
Lanzi A., *La scriminante dell'art. 51 c.p. e le libertà costituzionali*, Milano, 1983.
Lanzi A., *Spunti e prospettive della giurisprudenza degli anni ottanta in materia penale societaria*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1990, p. 41 ss.

Lapp D.J., *Mandatory self-reporting under section 922(e) of the gun control act of 1968: its infringement on the fifth amendment privilege against self-incrimination*, in *Northwestern university law review*, 1987, p. 272 ss.

Laufer W.S., *The rhetoric of innocence*, in *Washington law review*, 1995, p. 329 ss.

Lavagna C., *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in memoria di C. Esposito*, III, Padova, 1973, p. 1577 ss.

Leoncini I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999.

Levie H.S., *The employment of prisoners of war*, in *American journal of international law*, 1963, p. 318 ss.

Levy L.W., *The right against self-incrimination*, New York, 1968.

Lewis A.D.E., *Bentham's view of the right to silence*, in *Current legal problems*, 1990, p. 135 ss.

Lima B., *Dall'idea ottocentesca del tribunale federale universale all'istituzione della Corte penale internazionale*, in *Riv. it. coop. giur. internaz.*, 2002, p. 101 ss.

Liotta M., voce *Onore (diritto all')*, in *Enc. dir.*, XXX, 1980, p. 202 ss.

Locke J., *Secondo trattato sul governo*, Torino, 1986.

Loiodice M.A., *L'utilizzabilità dei mezzi di prova nel processo penale secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2009, fasc. 1, p. 45 ss.

Longo M., *Saggio critico sulle finalità e sull'oggetto dell'art. 23 Cost.*, Torino, 1968, p. 11 ss.

Lotito P.F., *Diretta applicabilità delle norme comunitarie ed efficacia delle sentenze delle Corte di giustizia nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. Cost.*, 1990, p. 161 ss.

Lunghini G., *La nuova disciplina penale delle false comunicazioni sociali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2001, p. 994 ss.

Lunney L.A., *The erosion of Miranda:* stare decisis *consequences*, in *Catholic university law review*, 1999, p. 727 ss.

Luther J., voce *Ragionevolezza delle leggi*, in *Dig. disc. pubbl.*, Vol. XII, Torino, 1997, p. 341 ss.

Macioce F., voce *Rinuncia, dir. priv.,* in *Enc. dir.*, 1989, Vol. XL, p. 923 ss.

Macnair M.R.T., *The early development of the privilege against self-incrimination*, in *Oxford journal of legal studies*, 1990, p. 66 ss.

Macrì F., *I delitti di omessa denuncia*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, III, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 2008, p. 5 ss.

Maggiore G., *Diritto penale*, II, Bologna, 1950.

Maguire M.H., *Attack of the common lawyers on the oath ex officio as administered in the ecclesiastical courts of England*, in *Essays in history and political theory in honor of Charles Howard McIwain*, 1936, p. 199 ss.

Maiello V., *Clemenza e sistema penale: amnistia e indulto dall'*indulgentia principis *all'idea dello scopo,* Napoli, 2007.

Mainardis C., in *Sub Art. 13 Cost.*, in V. Crisafulli, L. Paladin, S. Bartole, R. Bin, *Commentario breve alla Costituzione*, 2ª ed., Padova, 2008, p. 112 ss.

Mambriani A., *Giusto processo e non dispersione delle prove*, Piacenza, 2002.

Mandrioli C., *Corso di diritto processuale civile. Il processo di cognizione*, II, Torino, 1995.

Manes V., *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 739 ss.

Manes V., *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005.

Manes V., *L'incidenza delle "decisioni quadro" sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1150 ss.

Mangano P., *Disciplina penale del fallimento*, Milano, 1993.

Manna A., *Circostanze del reato*, in *Enc. giur. Treccani*, Vol. VI, 1988, p. 9 ss.

Manna A., *Erosione delle garanzie individuali in nome dell'efficienza dell'azione di contrasto al terrorismo: la privacy*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 1022 ss.

Manna A., *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 446 ss.

Manna A., *Il quadro sanzionatorio penale ed amministrativo del Codice sul trattamento dei dati personali*, in *Dir. inf.*, 2003, p. 727 ss.

Manna A., *L'art. 384 c.p. e la "famiglia di fatto": ancora un ingiustificato "diniego di giustizia" da parte della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1996, p. 90 ss.

Mansfield J.H., *The Albertson case: conflict between the privilege against self-incrimination and the Government's need for information*, in *Supreme Court review*, 1966, p. 103 ss.

Mantovani F., Ingorantia legis *scusabile e inescusabile*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 379 ss.

Mantovani F., voce *Esercizio del diritto (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 632 ss.

Mantovani F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966.

Mantovani F., *Diritto alla riservatezza e libertà di manifestazione del pensiero con riguardo alla pubblicità dei fatti criminosi*, in *Arch. pen.*, 1968, p. 40 ss.

Mantovani F., *Diritto penale. Parte Generale*, 7ª ed., Padova, 2011.

Manzini V., *Trattato di diritto penale italiano*, Vol. V, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 1982.

Marchetti, Testis contra se, *L'imputato come fonte di prova nel processo penale dell'età moderna*, Milano, 1994.

Marini G., *Non colpevolezza dell'agente per inesigibilità dell'azione conforme al precetto o errore su elementi normativi del fatto?*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1966, p. 1028 ss.

Marini G., voce *Colpevolezza*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. II, 1988, p. 322 ss.

Marinucci G., voce *Cause di giustificazione*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. II, 1988, p. 131 ss.

Marinucci G., Dolcini E., *Corso di diritto penale*, Vol. I, *Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato, nozione e struttura sistematica*, Milano, 2001.

Marinucci G., Dolcini E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2ª ed., Milano, 2006.

Martini A., *La tassabilità dei proventi da attività illecita*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, Vol. XVII, *Reati in materia di finanza e tributi*, Milano, 2010, p. 130 ss.

Maruotti R. G., *I reati societari*, in *Corso di diritto penale dell'impresa*, a cura di A. Manna, Padova, 2010.

Marzaduri E., *La riforma dell'art. 111 Cost., tra spinte contingenti e ricerca di un modello costituzionale del processo penal*e, in *Leg. pen.*, 2000, p. 758 ss.

Maspero M., *sub. Art. 496 c.p.*, in Crespi, Stella, Zuccalà, *Commentario al codice penale,* Padova, 2003, p. 1594 ss.

Mazzacuva N., Amati E., *Diritto penale dell'economia*, Padova, 2010.

Mazzacuva N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale. L'illecito commissivo doloso e colposo*, Milano, 1983.

Mazzacuva N., *Il falso in bilancio, casi e problemi*, Padova, 2004.

Mazzacuva N., *Il falso in bilancio. Profili penali: casi e problemi*, Padova, 1996.

Mazzacuva N., *Lo straordinario "sviluppo" delle false comunicazioni sociali nel diritto penale giurisprudenziale: tra legittime istanze punitive e "irrazionali" soluzioni interpretative*, in *Crit. dir.*, 1995, p. 283 ss.

Mazzone A., *Lineamenti della non punibilità ai sensi dell'art. 384, c.p.*, Napoli, 1992.

Mazzotta A., *I delitti concernenti le false notizie di reato*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, III, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 2008, p. 129 ss.

McCormack G., *Self-incrimination in the corporate context*, in *The journal of business law*, 1993, p. 425 ss.

McCormick C.T., *Some problems and developments in the admissibility of confessions*, in *Texas law review*, 1946, p. 239 ss.

McCormick C.T., Broun K.S., Dix G.E., *McCormick on evidence*, San Paul, 1984.

McCurdy C.W., *The Knight Sugar decision of 1895 and the modernization of American corporation law, 1869-1903*, in *Business history review*, 1979, p. 304 ss.

McKay R.B., *Self-incrimination and the new privacy*, in *Supreme Court review*, 1967, p. 193 ss.

McNaughton J.T., *The privilege against self-incrimination: its constitutional affectation, raison d'être and miscellaneous implications*, in *Journal of criminology and police science*, 1960, p. 138 ss.

Melchionda A., *Le modifiche in materia di circostanze*, in *Le innovazioni al sistema penale apportate dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251*, a cura di F. Giunta, Milano, 2006, p. 203 ss.

Meltzer B.D., *Required records, the McCarran act and the privilege against self-incrimination*, in *University of Cincinnati law review*, 1951, p. 689 ss.

Mendelson W., *Self-incrimination in American and French law*, in *Criminal law bulletin*, 1983, p. 34 ss.

Menlowe M.A., *Bentham, Self-incrimination and the law of evidence*, in *The law quarterly review*, 1988, p. 286 ss.

Meyers L., *Shall we amend the fifth amendment?*, New York, 1959.

Mezzetti E., *"Necessitas non habet legem?"*, Torino, 2000.

Micheletti D., *Il reato di omessa denuncia del pericolo ambientale*, in *Stud. iur.*, 2008, p. 154 ss.

Miller R.I., *The law of war*, Lexington, 1975.

Minna R., *Profili penali in tema di tassazione dei proventi da attività illecita*, in *Ind. pen.*, 2002, p. 195 ss.

Mirabelli G., voce *Negozio giuridico, Teoria*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, 1978.

Miraglia M., *Paura e libertà (legislazione antiterrorismo e diritti di difesa negli Stati uniti)*, in *Quest. giust.*, 2004, p. 298 ss.

Mirfield P., *Two side-effects of section 34 to 37 of the criminal justice and public order act 1994,* in *Criminal law review*, 1995, p. 612 ss.

Mirto L., *Estensione specifica dello stato di necessità*, in *Giust. pen.*, 1937, p. 1020 ss.

Mirto P., *Il diritto penale delle società*, Milano, 1954.

Moccia S., *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992.

Moccia S., *La perenne emergenza, tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997.

Modugno F., *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995.

Moglen E., *Taking the fifth: reconsidering the origins of the constitutional privilege against self-incrimination*, in *Michigan law review*, 1994, p. 1086 ss.

Monetti V., *La legislazione antiterrorismo dopo l'11 settembre: il contesto internazionale e l'Italia*, in *Quest. giust.*, 2002, p. 51 ss.

Monteleone A., *Aspetti penali della "famiglia di fatto"*, in *Giur. merito*, 2005, p. 117 ss.

Morgan E.M., *The privilege against self-incrimination*, in *Minnesota law review*, 1949, p. 9 ss.

Morrone A., voce *Bilanciamento (giustizia cost.)*, in *Enc. dir.,* Annali II-2, 2008, p. 188 ss.

Morselli E., *Il significato della capacità a delinquere nell'applicazione della pena*, in *Riv. it. proc. pen.*, 1977, p. 1342 ss.

Moscarini P., *Il silenzio dell'imputato sul fatto proprio secondo la Corte di Strasburgo e nell'esperienza italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 611 ss.

Mucciarelli F., *Attività difensiva e delitto di calunnia: una linea di confine senza ombre?* (nota a Trib. Lecco, 22 ottobre 2002), in, *Foro ambr.*, 2003, p. 6 ss.

Munday R., *Inferences from silence and European human rights law*, in *Criminal law review*, 1996, p. 370 ss.

Munoz Conde F., *Dal divieto di autoincriminazione al diritto processuale penale del nemico*, in *Arch. pen.*, 2009, p. 10 ss.

Muscatiello V.B., *Unità e pluralità di reati. Per una microfisica del molteplice*, Padova, 2002.

Musco E., *False comunicazioni sociali,* in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 1994, p. 276 ss.

Musco E., *I nuovi reati societari*, Milano, 2002.

Musco E., voce *Stampa, dir. pen.*, in *Enc. dir.*, Vol. XLIII, 1990, p. 639 ss.

Naismith S., *Self-incrimination – Farness or freedom?*, in *European Human rights law review*, 1997, p. 229 ss.

Nania R., *La libertà individuale nell'esperienza costituzionale italiana*, Torino, 1989.

Nannucci U., Papa M., *I delitti di falsa testimonianza*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Vol. III, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 2008, p. 181 ss.

Napoleoni V., *I reati societari*, Vol. III, 1996.

Nappi A., *Delitto di calunnia e diritto di difesa*, in *Cass. pen.*, 1985, p. 1082 ss.

Nash S., Furse M., *Self-incrimination, corporate misconduct, and the convention on human rights*, in *Criminal law review*, 1995, p. 854 ss.

Nicholson T.I., *Just say "No": an analysis of the "exculpatory no" doctrine*, in *Washington university journal of urban & contemporary law*, 1991, p. 229 ss.

Nobili M., *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974.

Nobili M., *Spunti per un dibattito sull'art. 27, co. 2 Cost.*, in *Il Tommaso natale*, 1978, p. 833 ss.

Nobili M., *Storia di un'illustre formula: il "libero convincimento" negli ultimi trent'anni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 71 ss.

Nobili M., *Sub. Art. 188 c.p.p.*, in Aa.Vv., *Commento al codice di procedura penale*, 2ª ed., Torino, 1993, p. 396 ss.

Notaro D., *I delitti di falsa perizia, interpretazione, dichiarazione e attestazione destinata all'autorità giudiziaria*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, III, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 2008, p. 271 ss.

Note E., *An historical argument for the right to counsel during police interrogation*, in *Yale law journal*, 1964, p. 1000 ss.

Notz J.E., *Prearrest silence as evidence of guilt: what you don't say shouldn't be used against you*, in *The University of Chicago law review*, 1997, p. 1009 ss.

NUNZIATA M., *Sulla sottoposizione ad imposizione tributaria dei redditi di provenienza illecita: una breve riflessione*, in *Riv. pen.*, 1994, p. 827 ss.

NUVOLONE P., *I limiti taciti della norma penale*, Padova, 1972.

NUVOLONE P., *I problemi posti dalla pubblicità dell'udienza penale*, in *Riv. pen.*, 1962, I, p. 193 ss.

NUVOLONE P., *Les circonstances aggravantes exceptés la récidive et le concours d'infractions*, in AA.VV., *Les circonstances aggravantes en droit pénal italien*, Milano, 1964, p. 387 ss.

O'BRIEN D.M., *The fifth amendment: fox hunters, old women, Hermits, and the Burger Court*, in *Notre Dame law review*, 1978, p. 26 ss.

O'NEILL T.P., *Why Miranda does not prevent confessions: some lessons from Albert Camus, Arthur Miller and Oprah Winfrey*, in *Syracuse law review*, 2001, p. 863 ss.

O'REILLY G.W., *England limits the right to silence and moves towards an inquisitorial system of justice*, in *Journal of criminal law and criminology*, 1994, p. 402 ss.

ORLANDI R., *Atti e informazioni dell'autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, Milano, 1992.

PACCHI A., *Introduzione a Hobbes,* Roma-Bari, 1974.

PACE A., voce *Libertà personale (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXIV, 1974, p. 291 ss.

PACKER H.L., Mens rea *and the Supreme Court*, in *Supreme Court review*, 1962, p. 107 ss.

PADOVANI T., *Alle radici di un dogma: appunti sull'origine dell'antigiuridicità obiettiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 532 ss.

PADOVANI T., *Diritto penale*, 6ª ed. Milano, 2002.

PADOVANI T., *Il traffico delle indulgenze: "premio" e "corrispettivo" nella dinamica della punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 398 ss.

PADOVANI T., *L'ignoranza inevitabile sulla legge penale e la declaratoria d'incostituzionalità parziale dell'art. 5 c.p.*, in *Leg. pen.*, 1988, p. 449 ss.

Padovani T., *La rilevanza dell'omessa comunicazione di notizie richieste all'ispettorato del lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 1994, p. 637 ss.

Padovani T., *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di "ravvedimento"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 529 ss.

Padovani T., voce *Favoreggiamento*, in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989, p. 2 ss.

Padovani T., *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida dir.*, Dossier, 1/2006, p. 32 ss.

Pagliaro A., voce *Favoreggiamento (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XVII, 1968, p. 38 ss.

Pagliaro A., voce *Falsità personale*, in *Enc. dir.*, XVI, 1967, p. 646 ss.

Pagliaro A., *Il delitto di calunnia*, Palermo, 1967.

Pagliaro A., *Principi di diritto penale, parte generale*, 4ª ed., Milano, 1993.

Pagliaro A., *Principi di diritto penale, Parte speciale*, Vol. II, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Milano, 2000.

Pagliaro A., *Relazioni logiche ed apprezzamenti di valore nel concorso di norme penali*, in *Ind. pen.*, 1976, p. 217 ss.

Pagliaro A., voce *Concorso di norme (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, VII, 1961, p. 545 ss.

Paladin L., voce *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir.*, 1997, Agg., Vol. I, p. 900 ss.

Paladin L., *Autoincriminazioni e diritto di difesa*, in *Giur. Cost*, 1965, p. 308 ss.

Palazzo F.C., *Europa e diritto penale: i nodi al pettine*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 657 ss.

Palazzo F.C., Ignorantia legis*: vecchi limiti ed orizzonti nuovi della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1988, p. 920 ss.

Palazzo F.C., *Laicità del diritto penale e democrazia "sostanziale"*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, p. 437 ss.

Palazzo F.C., *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1998, p. 350 ss.

Palazzo F.C., voce *Ignoranza della legge penale*, in *Dig. disc. pen*., VI, Torino, 1992, p. 122 ss.

Paliero C.E., *Il "ragionevole dubbio" diventa criterio*, in *Guida dir.* 2006, 10, p. 73 ss.

Pannain R., voce *Calunnia ed autocalunnia*, in *Noviss. dig. it.*, II, Torino, 1974, p. 685 ss.

Pannain R., voce *Frode processuale*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1965, p. 662 ss.

Papa M., *Le qualificazioni giuridiche multiple in diritto penale*, Torino, p. 1997 ss.

Parlato A., *Considerazioni sulla tassabilità dei proventi derivanti da attività illecita*, in *Dir. prat. Trib*., 1992, p. 2199 ss.

Pastorelli A., *La convivenza more uxorio non esclude la punibilità del favoreggiamento personale*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 1525 ss.

Patané V., *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Torino, 2006.

Paterniti C., *Nuove proposte della Corte costituzionale per definire l'esercizio del potere di grazia*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 1160 ss.

Patrono P., voce *Privacy e vita privata (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 558 ss.

Pattenden R., *Inferences from silence*, in *Criminal law review*, 1995, p. 602 ss.

Paulesu P., voce *Notizia di reato*, in *Dig. disc. pen*., Vol. I, Agg., 2011.

Pavesi F., *Falsa testimonianza resa nonostante l'avviso della facoltà di astenersi*, in *Giur. it.*, 2008, p. 2570 ss.

Pedrazzi C., (voce) *Società commerciali (disciplina penale)*, in *Dig. Discp. pen*., Vol. XIII, Torino, 1997, p. 352 ss.

Pedrazzi C., in C. Pedrazzi, F. Sgubbi, *Reati commessi dal fallito, Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in *Commentario alla legge fallimentare*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1995, p. 92 ss.

Pedrazzi C., *L'"*exceptio veritatis*". Dogmatica ed esegesi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1954, p. 429 ss.

Pedrazzi C., *L'aggravante della connessione nella luce dell'oggettività giuridica*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1956, p. 318 ss.

Pepino L., *Straniero extracomunitario irregolare e dovere di esibizione dei documenti,* in *Quest. giust*., 2003, p. 880 ss.

Perdonò G.L., *I reati fallimentari*, in *Corso di diritto penale dell'impresa*, a cura di A. Manna, Padova, 2010, p. 372 ss.

Perini A., *Ai margini dell'inesigibilità:* nemo tenetur se detegere *e false comunicazioni sociali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 538 ss.

Perini A., *Il delitto di false comunicazioni sociali*, Padova, 1999.

Perl E.S., *United States v. Rodriguez-Rios: the fifth circuit says "adios!" to the "exculpatory no" doctrine*, in *Tulane law review*, 1994, p. 621 ss.

Pestelli G., *L'art. 384 c.p. ed il convivente more uxorio: i termini di un rapporto negato*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 486 ss.

Petragnani Gelosi G., *L'esimente dell'art. 384 c.p. e la disciplina della punibilità prevista dall'art. 384 bis c.p.*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, III, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 2008, p. 599 ss.

Pezzi A., *Calunnia e autocalunnia*, in *Enc. giur.*, Vol. V, Roma, 1988, p. 1 ss.

Piacenza S., (voce) *Reato Putativo*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, p. 1003 ss.

Piattoli B., *Diritto giurisprudenziale CEDU, garanzie europee e prospettive nazionali,* in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 262 ss.

Piccardi M., *È reato la mancata esibizione del documento di identificazione da parte dell'extracomunitario clandestino?*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2899 ss.

Picotti L., *Trattamento dei dati genetici, violazioni della* privacy *e tutela dei diritti fondamentali nel processo penale*, in *Dir. inf.*, 2003, p. 688 ss.

Piffer G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia. I delitti contro l'attività giudiziaria*, diretto da G. Marinucci, E. Dolcini, *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, Vol. IV, Padova, 2005, p. 115 ss.

Piffer G., *Commento all'art. 384 c.p.*, in *Codice penale commentato*, a cura di G. Marinucci, E. Dolcini, 3ª ed., Milano, 2011, Vol. II, p. 3934 ss.

Pisa P., *Giurisprudenza commentata di diritto penale*, II, 3ª ed., Padova, 1999.

Pisa P., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, in *Giur. sist. dir. pen.*, a cura di F. Bricola, V. Zagrebelsky, *Parte speciale*, IV, 2ª ed., Torino, 1996, p. 463 ss.

Pisa P., voce *Favoreggiamento personale e reale*, in *Dig. disc. pen.*, 1991, p. 161 ss.

Pisa P., voce *Frode processuale*, in *Dig. pen.*, Torino, 1991, p. 331 ss.

P. Pisa, *"Furto di identità" e delitto di calunnia, nota a Cass. pen., Sez. VI, 15 settembre 2011*, in *Dir. pen. proc.*, p. 1466 ss.

Pisani M., *Giuramento (dir. proc. pen.)*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1961, p. 958 ss.

Pisani M., *La tutela penale delle prove formate nel processo,* Milano, 1959.

Pisapia G.D., *I rapporti di famiglia come causa di non punibilità (1951)*, in Id., *Studi di diritto penale*, Milano, 1956, p. 170 ss.

Pittaro P., *Il (controverso) rilievo giuridico della famiglia di fatto nel diritto penale*, in *Fam. dir.*, 2010, p. 933 ss.

Plantamura V., *Le falsità materiali e ideologiche commesse dal privato. Le falsità in registri e notificazioni e quelle in scrittura privata (art. 482-485)*, in Aa.Vv., *Trattato di diritto penale, parte speciale*, Vol. V, Milano, 2010, p. 389 ss.

Polacchini F., in *Il principio di eguaglianza*, in Aa.Vv., *Principi costituzionali*, a cura di Mezzetti, Torino, 2011, p. 314 ss.

Pomanti P., voce *Amnistia e indulto (dir. proc.)*, in *Dig. disc. pen.*, Aggiornamento, 2005, p. 2 ss.

Pomfret S.D., *A tempered 'yes' to the 'exculpatory 'no'*, in *Michigan law review*, 1997, p. 754 ss.

Postema G.J., *Bentham and the common law tradition*, Oxford, 1986.

Postema G.J., *The principle of utility and the law of procedure: Bentham's theory of adjudication*, in *Georgia law review*, 1977, p. 1393 ss.

Presutti A., voce *Autodifesa giudiziaria*, in *Enc. dir.*, Agg., I, Milano, 1997, p. 234 ss.

Pulitanò D., *Diritto penale*, Torino, 2005.

Pulitanò D., *Il favoreggiamento personale fra diritto e processo penale*, Milano, 1984, p. 92 ss.

Pulitanò D., *La "non punibilità" di fronte alla Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1983, I, p. 1810 ss.

Pulitanò D., Nemo tenetur se detegere: *quali profili di diritto sostanziale?*, in Aa.Vv., *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, Vol. I, Milano 2000, p. 438 ss.

Pulitanò D., *Politica criminale*, in G. Marinucci, E. Dolcini (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 40 ss.

Pulitanò D., voce *Calunnia e autocalunnia*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. II, Torino, 1988, p. 19 ss.

Pulitanò D., voce *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. IV, Torino, 1990, p. 321 ss.

Pulitanò D., voce *Ignoranza della legge penale (dir. pen.)*, in *Enc. dir., agg.*, Vol. I, Milano, 1997, p. 615 ss.

Quattrocolo S., *Indagini preliminari e tutela della vita privata dell'accusato*, in *Leg. pen.*, 2005, p. 199 ss.

R.L. Weaver, L.W. Abramson, R. Bacigal, J.M. Burkoff, C. Hancock, D.E. Lively, *Criminal procedure,* St. Paul, 2001.

Ramsay R., *Corporations and the privilege against self-incrimination*, in *The University of new south Wales law journal*, 1992, p. 297 ss.

Ratner L.G., *Consequences of exercising the privilege against self-incrimination*, in *University of Cincinnati law review*, 1957, p. 472 ss.

Reali R., voce *Grazia II) diritto penale*, in *Enc. giur.*, XV, 1989, p. 1 ss.

M. Redmayne, *Rethinking the privilege against self-incrimination*, in *Oxford journal of legal studies*, 2007, p. 218 ss.

Redwood J.D., *Qualitative materiality under the SEC Proxy Rules and the Fifth Amendment: a disclosure accident waiting to happen or two ships passing in the night?,* in *Wisconsin law review*, 1992, p. 368 ss.

Reid J.P., *The authority of rights. Constitutional history of the American revolution*, Madison, 1986.

Reid J.P., *The concept of liberty in the age of the American revolution*, Chicago, 1989.

RENNER C.G., *The Miranda rules: why a congressional alternative to the Miranda warnings must be coextensive with the fifth amendment privilege against self-incrimination to be constitutionally valid*, in UMKC *law review*, 2000, p. 437 ss.

REZNECK S., *The statute of 1696, a pioneer measure in the reform of judicial procedure in England*, in *Journal of modern history*, 1930, p. 5 ss.

RINOLDI D., *Poteri d'inchiesta della Commissione comunitaria nel campo della concorrenza e rispetto dei diritti della difesa*, in *Dir. comm. Internaz.*, 1990, p. 749 ss.

ROBBINS C., *Selden's Pills: State Oaths in England, 1588-1714*, in *Huntington library quarterly*, 1972, p. 303 ss.

ROBINSON P.H., *Criminal law defenses*, San Paul, 1984.

ROBINSON P.H., *Criminal law defenses: a systematic analysis*, in *Columbia law review*, 1982, p. 213 ss.

ROBINSON P.H., *Imputed criminal liability*, in *Yale law journal*, 1984, p. 609 ss.

RODOTÀ S., *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, p. 588 ss.

RODOTÀ S., *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995.

ROMANO B., *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, 2ª ed., Milano, 2004.

ROMANO M., *Cause di giustificazione, cause scusanti e cause di non punibilità in senso stretto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 55 ss.

ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale,* I, 3ª ed., Milano, 2004.

ROMANO M., *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 477 ss.

ROSA M.G., *Sull'applicabilità dell'art. 384, co. 1, c.p. al testimone che non si è avvalso della facoltà di astensione*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 3087 ss.

ROSENBERG I.M, ROSENBERG Y.L., *In the beginning: the talmudic rule against self-incrimination*, in *New York University law review*, 1988, p. 955 ss.

Rushin S., *Rethinking Miranda: the post-arrest right to silence*, in *California law review*, 2011, p. 152 ss.

Russo C., Quaini P.M., *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, Milano, 2000.

Saggio A., *La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Doc. giust.*, 1993, p. 276 ss.

Saltzburg S.A., *The required records doctrine: its lessons for the privilege against self-incrimination*, in *University of Chicago law review*, 1986, p. 6 ss.

Saltzman A., *Strict criminal liability and the United States constitution: substantive criminal law due process*, in *Wayne law review*, 1978, p. 1571 ss.

Sanna A., *Dichiarazioni autoindizianti e loro inutilizzabilità*, in *Giur. it.*, 1996, Vol. II, p. 175 ss.

Santamaria D., *Lo stato di necessità nella falsa testimonianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1955, p. 209 ss.

Santamaria D., Voce *Colpevolezza*, in *Enc. dir.*, 1960, Vol. VII, p. 648 ss.

Santoriello C., *Calunnia, autocalunnia e simulazione di reato*, Milano, 2004.

Santoro V., *Le circostanze del reato*, Torino, 1952.

Santoro V., *Rifiuto di uffici legalmente dovuti*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 1068 ss.

Santoro V., *Commento all'art. 64 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda, G. Spangher, Milano, 2010, Vol. I, p. 845 ss.

Scaparone M., *L'articolo 24 della Costituzione*, in Aa.Vv., *Commentario alla Costituzione*, a cura di A. Scialoja, G. Branca, Bologna-Roma, 1981, Vol. XXI, p. 87 ss.

Scaparone M., *Procedura penale*, Vol. I, Torino, 2008.

Scarano L., *La non esigibilità in diritto penale*, Napoli, 1948.

Scarcella A., *Punibile il falso teste "avvisato" di astenersi nel processo a carico del prossimo congiunto*, in *dir. pen. proc.*, 2009, p. 167 ss.

Schafer W.V., *The suspect and society*, Evanston, 1967.

Schiaffo F., *L'elemento soggettivo nelle cause di giustificazione: prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1003 ss.

SCHILLER M., *On the jurisprudence of the fifth amendment right to silence*, in *American criminal law review*, 1979, p. 197 ss.

SCHROCK T., WELSH R.C., COLLINS R., *Interrogational rights: reflections on Miranda v. Arizona*, in *Southern California law review*, 1978, p. 1 ss.

SCHULHOFER S.J., *Some kind words for the privilege against self-incrimination*, in *Vanderbilt law review*, 1991, p. 311 ss.

SCHULHOFER S.J., *The constitution and the police: individual rights and law enforcement*, in *Washington university law quarterly*, 1988, p. 30 ss.

SCIARABBA V., *Nuovi punti fermi (e questioni aperte) nei rapporti tra fonti e corti nazionali*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3579 ss.

SCOPINARO L., in P. PISA (a cura di), *Reati contro l'amministrazione della giustizia*, diretto da C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO, *Trattato di diritto penale*, Milano, 2009, p. 291 ss.

SEIDMANN D.S., STEIN A., *The right to silence helps the innocent: a game-theoretic analysis of the fifth amendment privilege*, in *Harvard law review*, 2000, p. 452 ss.

SERIANNI V., voce *Reato impossibile e reato putativo*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991, p. 1 ss.

SGUBBI F., *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975.

SHAFFER D.R., CASE T., *On the decision not to testify in one's own behalf*, in *Journal of personality and social psychology*, 1982, p. 335 ss.

SHAPIRO A.H., *Political theory on the growth of defensive safeguards in criminal procedure: the origins of the Treason Trials Act of 1696*, in *Law and history review*, 1993, p. 215 ss.

SHAPIRO B.J., *"Beyond Reasonable Doubt" and "Probable cause": historical perspectives on the anglo-american law of evidence*, Berkeley, Los Angeles, London, 1991.

SICCHIERO G., voce *Rinuncia*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. XVIII, 1998, p. 652 ss.

SILVER J.S., *Equality of arms and the adversarial process: a new constitutional right*, in *Wisconsin law review*, 1990, p. 1007 ss.

SIMON W.H., *The ethics of criminal defence*, in *Michigan law review*, 1993, p. 1712 s.

Simons K.W., *When is strict liability just?*, in *Journal of criminal law and criminology*, 1997, p. 1075 ss.

Spagnolo G., *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, Padova, 1980.

Spangher G., *Il "giusto processo" penale*, in *Stud. iur.*, 2000, p. 255 ss.

Spasari M., *Capacità a delinquere e pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, p. 3 ss.

Spena A., *Sul fondamento della non punibilità nei casi di necessità giudiziaria (Art. 384, co. 1, c.p.)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 145 ss.

Stanley R., *Dimensions of law in the service of order: origins of the federal income tax, 1861-1913*, Oxford, 1993.

Stessens G., *The obligation to produce documents versus the privilege against self-incrimination: human rights protection extended too far?*, in *European law review, human rights survey*, 1997, p. 45 ss.

Stone A., *Environment protection authority v Caltex refining co pty ltd corporations and the privilege against self-incrimination,* in *The University of New South Wales law journal*, 1994, p. 628 ss.

Stortoni L., *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1988, p. 1313 ss.

Stortoni L., *Premesse ad uno studio sulla "punibilità"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 397 ss.

Stortoni L., voce *Estinzione del reato e della pena*, in *Dig. disc. pen., Aggiornamento*, Torino, 2000, p. 273 ss.

Strozzi G., *Diritto istituzionale dell'Unione europea. Dal trattato di Roma al trattato di Amsterdam*, Torino, 1998.

Stuntz W.J., *Privacy's problem and the law of criminal procedure*, in *Michigan law review*, 1995, p. 1016 ss.

Stuntz W.J., *Self-incrimination and excuse*, in *Columbia law review*, 1988, p. 1229 ss.

Stuntz W.J., *The substantive origins of criminal procedure*, in *The Yale law journal*, 1995, p. 393 ss.

SUCHAN P., *Stato di necessità e cause di non punibilità previste dall'art. 384 c.p.*, in *Cass. pen.*, 1977, p. 66 ss.

SUCHAN P., *Sui rapporti tra l'art. 54 e l'art. 384 c.p.*, in *Cass. pen.*, 1976, p. 675 ss.

SUNDBY S.E., *The reasonable doubt and the meaning of innocence*, in *Hastings law journal*, 1989, p. 457 ss.

SUNDERLAND L.V., *Self-incrimination and constitutional principle: Miranda v. Arizona and beyond*, in *Wake Forest law review*, 1979, p. 171 ss.

TAGLIARINI F., *Attenuanti generiche e comportamento processuale del reo*, in *Scuola pos.*, 1968, p. 143 ss.

TAGLIARINI F., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, in AA.VV., *Diritto penale, parte speciale*, 5ª ed., Bologna, 2009, p. 195 ss.

TAGUE P.W., *The fifth amendment: if an aid to the guilty defendant, an impediment to the innocent one*, in *Geo. law journal*, 1989, p. 1 ss.

TAORMINA C., *Silenzio e mendacio dell'imputato sui suoi precedenti penali*, in *Giur. cost.*, 1976, Vol. I, p. 1454 ss.

TASCONE M.G., voce *Applicazione della pena*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, p. 1 ss.

TASSINARI D., *Diritto all'anonimato e diritto penale: un (possibile) oggetto di tutela o un* vulnus *per* il law enforcement?, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, XLVIII, *Diritto all'anonimato*, a cura di FINOCCHIARO, Padova, 2008, p. 193 ss.

TASSINARI D., *Note a margine del principio di scusabilità/inevitabilità dell'ignoranza della legge penale a venti anni dalla sua introduzione ad opera della Corte costituzionale*, in AA.VV., *La prova dei fatti psichici*, a cura di G. DE FRANCESCO, C. PIEMONTESE, F. VENAFRO, Torino, 2010, p. 119 ss.

TASSINARI D., *Rischio penale e responsabilità professionale in medicina*, in *La gestione del rischio in medicina, Profili di responsabilità nell'attività medico-chirurgica*, a cura di S. CANESTRARI, M.P. FANTINI, Trento, 2006, p. 1 ss.

TASSINARI D., *Un "banco di prova" del principio di offensività: le falsità in atti*, in *Casi e materiali di diritto penale*, Vol. I, *Parte*

generale, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, Milano, 2002, p. 16 ss.

Tassinari S., De Renzis D., *Il liberalismo. Autori, temi, prospettive*, Milano, 2004.

Tesauro G., *Diritto dell'unione europea*, Padova, 2010.

Thomas E.W., *The so called right to silence*, in *New Zealand Universities law review*, 1991, p. 299 ss.

Tinti B., *Rapporti tra le fattispecie di Frode fiscale previste dalle lettere d), e) ed f) dell'art. 4 della legge n. 516 e il reato di cui all'art. 2621 del codice civile*, in *Il Fisco*, 1997, p. 4264 ss.

Tonini P., *"Giusto processo": riemerge l'iniziativa del parlamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 137 ss.

Tonini P., *Diritto dell'imputato a interrogare colui che lo accusa e diritto di non rispondere*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 353 ss.

Tonini P., *La prova penale*, Padova, 2000.

Tonini P., *Manuale di procedura penale*, 11ª ed., Milano, 2010.

Tonini, *Il diritto al silenzio tra giusto processo e disciplina di attuazione*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 835 ss.

Torrente A., Sclesinger P., *Manuale di diritto privato*, 18ª ed., Milano, 2007.

Trainor S.A., *A comparative analysis of a corporation's right against self-incrimination*, in *Fordham international law journal*, 1995, p. 2139 ss.

Traversi A., Gennai S., *Diritto penale commerciale*, 2ª ed., Padova, 2012.

Triggiani N., *Commento all'art. 199 c.p.p.*, in Aa.Vv., *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda, G. Spangher, I, Milano, 2010, p. 2024 ss.

Twining W., *Theories of evidence: Bentham and Wigmore*, Stanford, 1985.

Ubertis G., Nemo tenetur se detegere *e dialettica processuale*, in *Giust. pen.*, 1994, p. 97 ss.

Ubertis G., *Sistema di procedura penale*, I, *principi generali*, Torino, 2007.

Ubertis G., voce *Giusto processo (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, II-1, 2008, p. 420 ss.

USHER R.G., *The rise and fall of the High Commission*, Oxford, 1913.

UVILLER H.R., *Evidence from the mind of criminal suspect: a reconsideration of the current rules of access and restraint*, in *Columbia law review*, 1987, p. 1137 ss.

VALENTI A., *Il principio di materialità*, in G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, M. PAVARINI, M. ZANOTTI, *Introduzione al sistema penale*, 2ª ed., Torino, 2000, p. 259 ss.

VALLINI A., *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Torino, 2003.

VAN DEN WYNGAERT C., GANE C., KUHNE H.H., MCAULEY F., *Criminal procedure systems in the European community*, London, 1993.

VARRASO G., voce *Immigrazione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Annali, Vol. III, 2010, p. 597 ss.

VASSALLI G., *Cause di non punibilità*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 631 ss.

VASSALLI G., *Giurisprudenza costituzionale e diritto penale sostanziale*, in AA.VV., *Corte costituzionale e processo costituzionale*, a cura di A. PACE, Milano, 2006, p. 1021 ss.

VASSALLI G., *Il diritto alla libertà morale*, 1960, in ID., *Scritti giuridici*, III, *Il processo e la libertà*, Milano, 1997, p. 306 ss.

VASSALLI G., *Limiti del divieto di analogia in diritto penale*, 1942.

VASSALLI G., *La riforma penale del 1974*, Padova, 1975.

VASSALLI G., voce *Antefatto non punibile, postfatto non punibile*, in *Enc. dir.*, Vol. II, 1958.

VASSALLI G., voce *Colpevolezza*, in *Enc. giur.*, Vol. VI, Roma, 1988, p. 20 ss.

VENAFRO E., *Scusanti*, Torino, 2002.

VENEZIANI P., *Appunti in tema di profili penalistici del bilancio consolidato di gruppo ai sensi del d. lgs. 9 aprile 1991, n. 127*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1996, p. 238 ss.

VENEZIANI P., *Beni giuridici protetti e tecniche di tutela penale nella nuova legge sul trattamento dei dati personali: prime osservazioni*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, p. 135 ss.

VERVAELE J., *La legislazione anti-terrorismo negli Stati Uniti:* inter arma silent leges, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 739 ss.

Vettori C., *Diritto dell'imputato a confrontarsi con colui che lo accusa e diritto al silenzio: l'ordinamento inglese*, in Aa.Vv. *Le nuove leggi penali. Abuso d'ufficio, dichiarazioni del coimputato, videoconferenze giudiziarie*, Padova, 1998, p. 274 ss.

Viganò F., *Diritto penale sostanziale e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 42 ss.

Viganò F., Mozza O., *Europa e giustizia penale*, gli *Speciali di Dir. pen. proc.*, 2011.

Viganò F., *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle fonti sopranazionali*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Mario Pisani*, a cura di P. Corso, E. Zanetti, Vol. II, Piacenza, 2010, p. 620 ss.

Viganò F., *L'influenza delle norme soprannazionali nel giudizio di 'antigiuridicità' del fatto tipico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1062 ss.

Viganò F., *Nuove prospettive per il controllo di costituzionalità in materia penale? (nota a Corte cost., 8 luglio 2010, n. 249*), in *Giur. cost.*, 2010, p. 3017 ss.

Viganò F., *Stato di necessità e conflitto di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000.

Vigoni D., Ius tacendi e *diritto al confronto dopo la l. n. 63 del 2001: ipotesi ricostruttivo e spunti critici*, in *Dir. pen. e proc.*, 2002, p. 87 ss.

Vinciguerra V., *Diritto penale italiano*, Vol. I, *Concetto, fonti, validità, interpretazione*, 2ª ed., Padova, 2009.

Voena G., (voce) *Difesa penale*, in *Enc. giur. Treccani*, Vol. X, Roma, 1988, p. 1 ss.

Volk K., *Struttura del reato e diritti dell'uomo*, in *Critica dir.*, 1999, p. 160 ss.

Ward T., Gardner P., *The privilege against self-incrimination: in search of legal certainty*, in *European human rights review*, 2003, p. 387 ss.

Warren S.D., Brandeis L.D., *The right to privacy*, in *Harvard law review*, 1890, p. 193 ss.

Wasserstrom R., *Privacy: some arguments and assumptions*, in *Philosophical dimensions of privacy*, a cura di F.D. Schoeman, Cambridge, 1984, p. 322 ss.

Weaver R.L., Abramson L.W.A., Burkoff J.M., Hancock C., *Criminal law*, *Cases materials and problems*, St. Paul, 2002.

Weinreb L.L., *Leading constitutional cases on criminal justice*, New York, 2003.

Western P., *Answer self-incriminating questions or be fired*, in *American Journal of Criminal Law,* 2010, p. 132 ss.

Western P., Mandell S., *To talk, to balk, or to lie: the emerging fifth amendment doctrine of the "preferred response"*, in *American criminal law review*, 1982, p. 521 ss.

White W.S., *Defending Miranda: a reply to professor Caplan*, in *Vanderbilt law review*, 1986, p. 1 ss.

Whitebread C.H., Slobogin C., *Criminal procedure, an analysis of case and concepts*, 4ª ed., New York, 2000.

Whitman J.Q., *The Origins of Reasonable doubt*, New Haven-London, 2008.

Wigmore J.H., *A treatise on evidence,* a cura di J.T. McNaughton, Boston, 1960.

Wigmore J.H., *Nemo tenetur se ipsum prodere*, in *Harvard law review*, 1981, p. 71 ss.

Wigmore J.H., *The privilege against self-incrimination; its history*, in *Harvard law review*, 1902, p. 610 ss.

Yolton J.W., *John Locke,* trad. it., Bologna, 1992.

Zacchè F., Nemo tenetur se detegere *vs. obblighi da circolazione stradale di fronte alla corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1615 ss.

Zagrebelsky V., voce *Reato continuato*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, p. 844 ss.

Zagrebelsky V., *Corte costituzionale, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali*, in *Foro it.*, 2006, p. 3 ss.

Zagrebelsky V., voce *Grazia (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 757 ss.

Zanotti M., "Nemo tenetur se detegere*": profili sostanziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 174 ss.

Zanotti M., *Studi in tema di favoreggiamento personale*, Padova, 1984.

Zanotti M., *Sul problematico rapporto tra favoreggiamento personale e diritto di difesa*, in *Critica dir.*, 2005, p. 276 ss.

Zanotti M., *Una questione di costituzionalità mal posta: la facoltà di astensione dal dovere testimoniale del convivente di fatto e l'art. 29 Cost.*, in *Giur. cost.,* 1996, p. 99 ss.

Zatti P., *Immissioni-inibitoria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, Vol. I, p. 732 ss.

Zilletti L., *I delitti di favoreggiamento*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, III, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 2008, p. 461 ss.

Zincani M., *I reati in materia di circolazione stradale*, in *I reati contro la persona*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, M. Papa, Vol. I, *I reati contro la vita e l'incolumità individuale*, Milano, 2006, p. 874 ss.

Zotta D., *Casi di non punibilità*, in F. Coppi (a cura di), *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 1996, p. 539 ss.

Zuccalà G., *Le false comunicazioni sociali. Problemi antichi e nuovi*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1989, p. 753 ss.

Zuckerman A.A.S., *The principle of criminal evidence*, Oxford, 1989.

Zuckerman A.A.S., *The right against self-incrimination: an obstacle to the supervision of the interrogation*, in *Law quarterly review*, 1986, p. 43 ss.

SOMMARIO

Prefazione 5

Introduzione. Annotazioni metodologiche 7

PARTE PRIMA

SVOLGIMENTO STORICO E ASPETTI SOSTANZIALI DEL *PRIVILEGE AGAINST SELF-INCRIMINATION* NEL PANORAMA ANGLO-AMERICANO

CAPITOLO I
L'ORIGINE DEL *PRIVILEGE* E LA SUA EVOLUZIONE STORICA NEI PAESI DI *COMMON LAW*

1. Le diverse opinioni della dottrina in merito alle ascendenze del principio. Le tradizionali tesi di Wigmore e Levy 15
   1.1. La recente tesi che colloca le origini del principio nell'ambito del diritto comune 20
   1.2. *Self-incrimination* e "*right to counsel*" 27
   1.3. Le ascendenze del principio nel diritto penale sostanziale 32
2. Il *se detegere* dalla "*glorious revolution*" inglese del 1688 alla Costituzione statunitense 35
3. Il *privilege against self-incrimination* nell'America del diciannovesimo secolo: in particolare i suoi legami con il diritto alla *privacy* 39
4. Il *se detegere* nel ventesimo secolo: cenni in merito alla sua evoluzione nella giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti d'America 45

CAPITOLO II
IL DIBATTITO SULLE ASCENDENZE FILOSOFICHE DEL *SE DETEGERE* NELLA LETTERATURA D'OLTREOCEANO.
LE TESI CHE NE PROPUGNANO IL RAFFORZAMENTO RICHIAMANDOSI ALLA PSICOLOGIA SOCIALE

1. Il diritto al silenzio nella teoria della *Judicial Evidence* di Jeremy Bentham 55
   1.1. Il "*cruelty argument*" (ovvero "*the old woman's reason*") 59

1.2. *The foxhunter's reason* 61
2. Il *privilege* ed i suoi legami con la teorica del contratto sociale 63
2.1. Il *se detegere* nella visione contrattualistica di John Locke, rivisitata da Michael Green 68
2.2. L'"*expressive theory*" del *se detegere* posta in relazione con alcuni degli argomenti esposti dalla dottrina d'oltreoceano a sostegno del principio 71
2.3. L'etica di guerra e le fondamenta del diritto al silenzio 74
3. Il *se detegere* e la confessione dell'imputato alla luce degli studi di psicologia sociale 76

Capitolo III
GLI ARGOMENTI "PRO" E "CONTRO" IL *PRIVILEGE AGAINST SELF INCRIMIMINATION* NELLE RIFLESSIONI DELLA DOTTRINA PENALISTICA E PROCESSUAL-PENALISTICA DI *COMMON LAW*

1. Premessa 79
2. I così detti *systemic rationales* 81
2.1. Diritto al silenzio e protezione dell'innocente 82
2.2. Il *privilege against self incrimination* come elemento distintivo dei sistemi processuali accusatori 89
2.3. *Continua*: come strumento di prevenzione della tortura e di difesa dalle leggi "ingiuste" 94
3. Gli *individual rationales* 99
3.1. Il così detto *cruelty argument* 101
3.2. Il richiamo al canone dell'"*ad impossibilia nemo tenetur*" 102
3.3. *Self incrimination* e diritto alla *privacy* 108
3.3.1. *Continua*: *nemo tenetur* e *privacy* nella prospettiva suggerita da Robert Gerstein 117
3.4. L'*autonomy argument* 121
3.5. Alcune recenti tesi sull'operatività del principio. *Questioning* e morale nella prospettiva di Kent Greenawalt 127
4. La tesi di Amar e Lettow e la re-interpretazione del *privilege against self-incrimination* alla luce del contenuto letterale del quinto emendamento 129
4.1. Il *se detegere* nella sistematica delle *excuses* secondo la prospettiva di William Stuntz 132

Capitolo IV
PROFILI SOSTANZIALI DEL *NEMO TENETUR SE DETEGERE* NEL PANORAMA GIURISPRUDENZIALE DEI PAESI DI *COMMON LAW*. LA VALENZA DEL PRINCIPIO PER LE *CORPORATIONS*

1. Note introduttive 141
2. La "*exculpatory no doctrine*" 144
3. La "*statutory compulsion*" 149

3.1. Le "*innocently posed questions*" 151
3.2. La "*suspect class exception*" 152
3.3. La "*required records doctrine*" 157
4. Il *privilege* nei *corporate crimes* 161

PARTE SECONDA

LA LIBERTÀ DALLE AUTOINCRIMINAZIONI
NEL SISTEMA PENALE ITALIANO

Note introduttive alla parte seconda 169

CAPITOLO I
GLI ASPETTI SOSTANZIALI DEL *SE DETEGERE* NEL PANORAMA
DOTTRINALE E GIURISPRUDENZIALE

1. La tesi di Marco Zanotti: il *se detegere* come "limite logico" dell'ordinamento 171
1.1. I rilievi critici di una parte della dottrina. L'opinione di Andrea Perini 175
1.2. *Continua:* l'opinione di Domenico Pulitanò 178
2. La tesi alla stregua della quale il *nemo tenetur* troverebbe ingresso nel sistema penale nell'ambito della scriminante dell'esercizio di un diritto 181
2.1. *Continua:* il principio *nemo tenetur se detegere* come causa di giustificazione 184
3. Le osservazioni critiche di Gabriele Fornasari in merito ad un recente orientamento giurisprudenziale 189
4. Il dibattito sulla natura e sul fondamento dell'esimente di cui all'art. 384 c.p. 194
4.1. In particolare: sul ruolo svolto dal *se detegere* nell'intelaiatura dell'art. 384 c.p. 200
4.2. La questione dell'applicabilità dell'esimente al convivente "*more uxorio*" 203
4.3. L'art. 384 c.p. come ipotesi "speciale" di stato di necessità? 211
5. Un quadro d'assieme della giurisprudenza inerente al *se detegere* 217

CAPITOLO II
I DIVERSI LIVELLI DI OPERATIVITÀ DEL *NEMO TENETUR SEIPSUM PRODERE* NEL DIRITTO PENALE SOSTANZIALE. LA SUA AMBIVALENTE NATURA OGGETTIVA E SOGGETTIVA E LA SUA MULTIFORME INTERAZIONE CON GLI ELEMENTI COSTITUTIVI DEL REATO

1. Premessa: il duplice livello di operatività, oggettiva e soggettiva, del principio 228
1.1. Libertà dalle autoincriminazioni e "diritto penale del fatto" 232

2. I rapporti del *se detegere* con il diritto alla *privacy* 237
3. I principali riferimenti costituzionali a fondamento della libertà dalle autoincriminazioni 244
3.1. In particolare: libertà e onore non solo quali beni finali motivanti soggettivamente l'autore, ma quali aspetti della valenza sistematica del *seipsum prodere* 254
4. Il *se detegere* e le "prestazioni personali" di cui all'art. 23 Cost. 258
5. Il *nemo tenetur* nelle fonti soprannazionali 260
6. *Continua*: la libertà dalle autoincriminazioni nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo 267
7. Spunti sistematici per una definizione del principio e per l'individuazione dei suoi contenuti 274
7.1. Il *se detegere* come diritto alla non collaborazione con l'accusa 277
7.2. Libertà dalle autoincriminazioni e *ius mentiendi* 280
7.3. L'operatività pre-processuale del principio 288
8. La libertà dalle autoincriminazioni nella causa di non punibilità di cui all'art. 384 c.p. Il *modus operandi* del principio quale scriminante. Il giudizio di bilanciamento degli interessi in gioco 298
8.1. Le ipotesi esimenti previste dall'art. 384 c.p. 305
8.2. In particolare: le condotte di "salvamento dell'onore" 312
8.3. Ulteriori annotazioni sul giudizio di bilanciamento. Gli indici desumibili dall'art. 384 c.p. ed atti a circoscrivere l'area di liceità speculare al *se detegere* 314
8.4. Le situazioni esimenti contemplate dall'art. 384 c.p. Il *se detegere* in senso stretto ed in senso ampio ed a-tecnico, quale espressione della tensione del reo verso l'impunità 322
8.5. Ulteriori specificazioni sulle peculiarità operative della libertà dalle autoincriminazioni quale causa di giustificazione 326
9. Rapporti fra *se detegere*, reato continuato e circostanza aggravante del nesso teleologico 330

Capitolo III
TIPICITÀ, ANTIGIURIDICITÀ, COLPEVOLEZZA E LIBERTÀ DALLE AUTOINCRIMINAZIONI

Sezione I

La libertà dalle autoincriminazioni nel sistema penale. Sue combinazioni ed interferenze con l'illecito penale e l'illecito amministrativo. Le norme comportanti obblighi dichiarativi ed indirizzate *ex ante* a categorie "sospette". Gli obblighi dichiarativi a contenuto apparentemente neutro e quelli connessi ad una "libera scelta" dell'interessato

1. *Se detegere* e commisurazione della pena. La valenza diacronica del principio nel sistema penale 340
1.1. Cenni in merito ai rapporti fra così detta legislazione premiale e diritto di difesa 348

2. Il privilegio dalle autoincriminazioni quale limite costituzionale per il legislatore 352
2.1. Alcune ipotesi problematiche di obblighi di autoincriminazione legislativamente imposti 362
3. Gli ambiti dell'intervento legislativo *prima facie* non collidenti con il *se detegere* 369
4. Gli obblighi dichiarativi connessi ad una "libera scelta" dell'interessato 374
4.1. Alcune esemplificazioni della categoria 381

Sezione II

Il *se detegere* quale elemento escludente la tipicità del reato, l'antigiuridicità, ovvero la colpevolezza. Le problematiche dell'imputazione soggettiva nelle situazioni ove l'autoincriminazione non opera quale causa di giustificazione

1. Sintesi preliminare dei risultati dell'indagine 388
2. Libertà dalle autoincriminazioni e tipicità del reato 389
3. Il *se detegere* quale causa di liceità 396
3.1. La portata scriminante del principio in rapporto alle condotte calunniose 400
4. Le obiezioni mosse da una parte della dottrina circa la veste giustificante della libertà dalle autoincriminazioni. Loro confutazione 404
5. Limiti euristici del *seipsum prodere* quale causa di liceità e casi problematici 410
6. Il momento soggettivo della libertà dalle autoincriminazioni. Rilievi preliminari. Alcune osservazioni sul delitto di frode processuale 412
7. L'imputazione soggettiva del reato nei casi "celebri" di (supposta) inesigibilità della condotta radicati sulla libertà dalle autoincriminazioni 416
7.1. Le ipotesi caratterizzate dalla ravvisabilità di un medesimo disegno criminoso 421
7.2. Le ipotesi fondate su di una "libera scelta" del soggetto agente 422
7.3. *Se detegere* e responsabilità oggettiva 430
8. Rilievi conclusivi 433

Bibliografia 437

PUBBLICAZIONI DEL SEMINARIO GIURIDICO DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

1. Coli U., *Collegia et sodalitates*, 1913.
2. Donatelli I., *La "consortia" di Avesa*, 1914.
3. Valenza P., *Il diritto di usufrutto nelle leggi sulle tasse del registro*, 1915.
4. Zingali G., *La statistica della criminalità*, 1916.
5. Tumedei C., *La separazione dei beni ereditari*, 1917.
6. Albertoni A., *L'"Apokeryxis"*, 1923.
7. Salvi F., *La cessione dei beni ai creditori*, 1947.
8. Milani F., *Distinzioni delle servitù prediali*, 1948.
9. Fassò G., *I "quattro autori" del Vico*, 1949.
10. Ferri L., *La trascrizione degli acquisti "mortis causa" e problemi connessi*, 1951.
11. Rossi G., *La "Summa arboris actionum" di Ponzio da Ylerda*, 1951.
12. Poggeschi R., *Le associazioni e gli altri gruppi con autonomia patrimoniale nel processo*, 1951.
13. Matteucci N., *Antonio Gramsci e la filosofia della prassi*, 1951.
14. Forchielli P., *I contratti reali*, 1952.
15. Salvi F., *Il possesso di stato familiare*, 1952.
16. Fassò G., *La storia come esperienza giuridica*, 1953.
17. Palazzini Finetti L., *Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpus iuris giustinianeo*, 1953.
18. Rossi G., *Consilium sapientis iudiciale*, 1958.
19. Mancini G.F., *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, 1957.
20. Ferri L., *L'autonomia privata*, 1959.
21. Torelli P., *Scritti di storia del diritto italiano*, 1959.
22. Santini G., *I Comuni di Valle del medioevo. La Costituzione federale del "Frignano"*, 1960.
23. Gianniti F., *I reati della stessa indole*, 1959.
24. Ghezzi G., *La prestazione di lavoro nella comunità familiare*, 1960.
25. Nardi E., *Case "infestate da spiriti" e diritto romano e moderno*, 1960.
26. Ferri L., *Rinunzia e rifiuto nel diritto privato*, 1960.
27. Ghezzi G., *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, 1963.
28. Bonsignori A., *Espropriazione della quota di società a responsabilità limitata*, 1961.
29. Redenti E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. I, *Intorno al diritto processuale*, 1962.
30. Redenti E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. II, *Intorno al diritto sostanziale*, 1962.
31. Gualandi A., *Spese e danni nel processo civile*, 1962.
32. Bonsignori A., *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, 1960.
33. Mancini G.F., *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, vol. I, *Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, 1962.
34. Nardi E., *Rabelais e il diritto romano*, 1962.
35. Romagnoli U., *Il contratto collettivo di impresa*, 1963.
36. Santini G., *I "comuni di pieve" nel medioevo italiano*, 1964.
37. Rudan M., *Il contratto di tirocinio*, 1966.
38. Bonini R., *I "libri de cognitionibus" di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della "cognitio extra ordinem"*, 1964.
39. Colliva P., *Ricerche sul principio di legalità nell'amministrazione del Regno di Sicilia al tempo di Federico II*, 1964.
40. Mengozzi P., *L'agenzia di approvvigionamento dell'Euratom*, 1964.
41. *Scritti minori di Antonio Cicu*, tomi I e II, *Scritti di teoria generale del diritto - Diritto di famiglia*, 1965.
42. *Scritti minori di Antonio Cicu*, *Successioni e donazioni. Studi vari*, 1965.
43. Sacchi Morsiani G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, I, 1965.
44. Ghezzi G., *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, 1965.
45. Roversi Monaco F.A., *Enti di gestione. Struttura, funzioni, limiti*, 1967.
46. Gianniti F., *L'oggetto materiale del reato*, 1966.

47. Mengozzi P., *L'efficacia in Italia di atti stranieri di potestà pubblica su beni privati*, 1967.
48. Romagnoli U., *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, 1967.
49. Montuschi L., *I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro*, 1967.
50. Ranieri S., *Scritti e discorsi vari*, vol. I, *Scritti di diritto penale*, 1968.
51. Ranieri S., *Scritti e discorsi vari*, vol. II, *Scritti di procedura penale*, 1968.
52. Bonini R., *Ricerche di diritto giustinianeo*, 1968.
53. Santini G., *Ricerche sulle "Exceptiones legum romanorum"*, 1969.
54. Lo Castro G., *La qualificazione giuridica delle deliberazioni conciliari delle fonti del diritto canonico*, 1970.
55. Sacchi Morsiani G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, II, 1970.
56. Roversi Monaco F.A., *La delegazione amministrativa nel quadro dell'ordinamento regionale*, 1970.
57. Gianniti F., *Studi sulla corruzione del pubblico ufficiale*, 1970.
58. De Vergottini G., *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, 1971.
59. Mengozzi P., *Il regime giuridico internazionale del fondo marino*, 1971.
60. Carinci F., *Il conflitto collettivo nella giurisprudenza costituzionale*, 1971.
61. Osti G., *Scritti giuridici*, voll. I e II, 1973.
62. Zuelli F., *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, 1973.
63. Pergolesi F., *Sistema delle fonti normative*, 1973.
64. Montuschi L., *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, 1973.
65. Pattaro E., *Il pensiero giuridico di L.A. Muratori tra metodologia e politica*, 1974.
66. Pini G., *Arbitrato e lavori pubblici*, 1974.
67. Carpi F., *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, 1974.
68. De Vergottini G., *Lo "Shadow cabinet"*, 1973.
69. Paolucci L.F., *La mutualità nelle cooperative*, 1974.
70. De Gennaro A., *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, 1974.
71. Stortoni L., *L'abuso di potere nel diritto penale*, 1978.
72. Gianniti F., *Prospettive criminologiche e processo penale*, 1977.
73. Bonvicini D., *Le "joint ventures": tecnica giuridica e prassi societaria*, 1977.
74. De Vergottini G., *Scritti di storia del diritto italiano*, voll. I, II, III, 1977.
75. Lambertini R., *I caratteri della Novella 118 di Giustiniano*, 1977.
76. Dalla D., *L'incapacità sessuale in diritto romano*, 1978.
77. Di Pietro A., *Lineamenti di una teoria giuridica dell'imposta sull'incremento di valore degli immobili*, 1978.
78. Mazzacuva N., *La tutela penale del segreto industriale*, 1979.
79. Romanelli G., *Profilo del noleggio*, 1979.
80. Borghesi D., *Il contenzioso in materia di eleggibilità*, 1979.
81. Dalla Torre G., *L'attività assistenziale della Chiesa nell'ordinamento italiano*, 1979.
82. Carpi F., *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, 1979.
83. Alleva P., *Il campo di applicazione dello statuto dei lavoratori*, 1980.
84. Puliatti S., *Ricerche sulla legislazione "regionale" di Giustiniano*, 1980.
85. Fassò G., *Scritti di filosofia del diritto*, voll. I, II, III, 1982.
86. Sgubbi F., *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, 1980.
87. Lambertini R., *Plagium*, 1980.
88. Dalla D., *Senatus consultum Silanianum*, 1980.
89. Vandelli L., *L'ordinamento regionale spagnolo*, 1980.
90. Nardi E., *L'otre dei parricidi e le bestie incluse*, 1980.
91. Pellicanò A., *Causa del contratto e circolazione dei beni*, 1981.
92. Giardini D., *Politica e amministrazione nello Stato fondato sul decentramento*, 1981.
93. Bortolotti D., *Potere pubblico e ambiente*, 1981.
94. Roffi R., *Contributo per una teoria delle presunzioni nel diritto amministrativo*, 1982.
95. Alessi R., *Scritti minori*, 1981.
96. Bassanelli Sommariva G., *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustinianeo*, 1983.
97. Zanotti A., *Cultura giuridica del Seicento e* jus publicum ecclesiasticum *nell'opera del cardinal Giovanni Battista De Luca*, 1983.
98. Illuminati G., *La disciplina processuale delle intercettazioni*, 1983.
99. Toniatti R., *Costituzione e direzione della politica estera negli Stati Uniti d'America*, 1983.
100. Nardi E., *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, 1983.

101. Dalla D., *Praemium emancipationis*, 1983.
102. Mazzacuva N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale - L'illecito commissivo doloso e colposo*, 1983.
103. *Studi in onore di Tito Carnacini*. I. *Studi di diritto costituzionale, civile, del lavoro, commerciale*, 1983.
104. Caia G., *Stato e autonomie locali nella gestione dell'energia*, 1984.
105. Baratti G., *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, 1984.
106. Bortolotti D., *Attività preparatoria e funzione amministrativa*, 1984.
107. Puliatti S., *Ricerche sulle novelle di Giustino II. La legislazione imperiale da Giustiniano I a Giustino II*, 1984.
108. Lambertini R., *La problematica della commorienza nell'elaborazione giuridica romana*, 1984.
109. Zuelli F., *Le collegialità amministrative*, 1985.
110. Pedrazzoli M., *Democrazia industriale e subordinazione*, 1985.
111. Zanotti M., *Profili dogmatici dell'illecito plurisoggettivo*, 1985.
112. Ruffolo U., *Interessi collettivi o diffusi e tutela del consumatore*, I, 1985.
113. Biagi M., *Sindacato democrazia e diritto*, 1986.
114. Insolera G., *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, 1986.
115. Malagù L., *Esecuzione forzata e diritto di famiglia*, 1986.
116. Ricci G.F., *La connessione nel processo esecutivo*, 1986.
117. Zanotti A., *Il concordato austriaco del 1855*, 1986.
118. Selmini R., *Profili di uno studio storico sull'infanticidio*, 1987.
119. Dalla D., *"Ubi venus mutatur"*, 1987.
120. Zunarelli S., *La nozione di vettore*, 1987.
121. Zoli C., *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, 1988.
122. Cavina M., *Dottrine giuridiche e strutture sociali padane nella prima età moderna*, 1988.
123. Califano L., *Innovazione e conformità nel sistema regionale spagnolo*, 1988.
124. Sarti N., *Gli statuti della società dei notai di Bologna dell'anno 1336 (contributo allo studio di una corporazione cittadina)*, 1988.
125. Scarponi S., *Riduzione e gestione flessibile del tempo di lavoro*, 1988.
126. Bernardini M., *Contenuto della proprietà edilizia*, 1988.
127. La Torre M., *La "lotta contro il diritto soggettivo". Karl Larenz - la dottrina giuridica nazionalsocialista*, 1988.
128. Garcia De Enterria J., *Le obbligazioni convertibili in azioni*, 1989.
129. Biagi Guerini R., *Famiglia e Costituzione*, 1989.
130. Caia G., *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, 1989.
131. Magagni M., *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, 1989.
132. Petroni L., *La disciplina pubblicistica dell'innovazione tecnologica in Francia*, 1990.
133. Zanotti A., *Le manipolazioni genetiche e il diritto della Chiesa*, 1990.
134. Sartor G., *Le applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale*, 1990.
135. Rossi L.S., *Il "buon funzionamento del mercato comune". Delimitazione dei poteri fra CEE e Stati membri*, 1990.
136. Luchetti G., *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, 1990.
137. Sarti N., *Un giurista tra Azzone e Accursio*, 1990.
138. Gustapane A., *La tutela globale dell'ambiente*, 1991.
139. Bottari C., *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, 1991.
140. Donini M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, 1991.
141. Perulli A., *Il potere direttivo dell'imprenditore*, 1992.
142. Vandelli L. (a cura di), *Le forme associative tra enti territoriali*, 1992.
143. Gasparri P., *Institutiones iuris publici*, 1992.
144. Capuzzo E., *Dal nesso asburgico alla sovranità italiana*, 1992.
145. Biavati P., *Accertamento dei fatti e tecniche probatorie nel processo comunitario*, 1992.
146. Ferrari F., *Atipicità dell'illecito civile. Una comparazione*, 1992.
147. Gustapane A., Sartor G., Verardi C.M., *Valutazione di impatto ambientale. Profili normativi e metodologie informatiche*, 1992.
148. Orlandi R., *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, 1992.
149. Carpani G., *Le aziende degli enti locali. Vigilanza e controlli*, 1992.

150. Musso A., *Concorrenza ed integrazione nei contratti di subfornitura industriale*, 1993.
151. Donini M., *Il delitto contravvenzionale. "Culpa iuris" e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, 1993.
152. Califano Placci L., *Le commissioni parlamentari bicamerali nella crisi del bicameralismo italiano*, 1993.
153. Fornasari G., *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, 1994.
154. Manzini P., *L'esclusione della concorrenza nel diritto antitrust italiano*, 1994.
155. Timoteo M., *Le successioni nel diritto cinese. Evoluzione storica ed assetto attuale*, 1994.
156. Sesta M. (a cura di), *Per i cinquant'anni del codice civile*, 1994.
157. Tullini P., *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, 1994.
158. Rescigno F., *Disfunzioni e prospettive di riforma del bicameralismo italiano: la camera delle regioni*, 1995.
159. Lugaresi N., *Le acque pubbliche. Profili dominicali, di tutela, di gestione*, 1995.
160. Sarti N., *Maximum dirimendarum causarum remedium. Il giuramento di calunnia nella dottrina civilistica dei secoli XI-XIII*, 1995.
161. Colliva P., *Scritti minori*, 1996.
162. Dugato M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, 1996.
163. Gardini G., *La comunicazione degli atti amministrativi. Uno studio alla luce della legge 7 agosto 1990, n. 241*, 1996.
164. Manzini P., *I costi ambientali nel diritto internazionale*, 1996.
165. Mittica M.P., *Il divenire dell'ordine. L'interazione normativa nella società omerica*, 1996.
166. Luchetti G., *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, 1996.
167. La Torre M., *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, 1996.
168. Camon A., *Le intercettazioni nel processo penale*, 1996.
169. Mancini S., *Minoranze autoctone e Stato. Tra composizione dei conflitti e secessione*, 1996.
170. Zanobetti Pagnetti A., *La non comparizione davanti alla Corte internazionale di giustizia*, 1996.
171. Bricola F., *Scritti di diritto penale*. Vol. I, *Dottrine generali, Teoria del reato e sistema sanzionatorio*. Vol. II, *Parte speciale e legislazione complementare, Diritto penale dell'economia*, 1997.
172. Graziosi A., *La sentenza di divorzio*, 1997.
173. Mantovani M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, 1997.
174. Biavati P., *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, 1997.
175. Rossi G. (1916-1986), *Studi e testi di storia giuridica medievale*, a cura di Giovanni Gualandi e Nicoletta Sarti, 1997.
176. Pellegrini S., *La litigiosità in Italia. Un'analisi sociologico-giuridica*, 1997.
177. Boni G., *La rilevanza del diritto dello Stato nell'ordinamento canonico. In particolare la canonizatio legum civilium*, 1998.
178. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*. Vol. I, *Diritto del lavoro*, 1998.
179. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*. Vol. II, *Diritto dell'Unione europea*, 1998
180. Rossi A., *Il GEIE nell'ordinamento italiano. Criteri di integrazione della disciplina*, 1998.
181. Bongiovanni G., *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, 1998.
182. Caputo G., *Scritti minori*, 1998.
183. Garrido J.M., *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, 1998.
184. Bellodi Ansaloni A., *Ricerche sulla contumacia nelle* cognitiones extra ordinem, I, 1998.
185. Franciosi E., *Riforme istituzionali e funzioni giurisdizionali nelle Novelle di Giustiniano. Studi su nov. 13 e nov. 80*, 1998.
186. Cattabriga C., *La Corte di giustizia e il processo decisionale politico comunitario*, 1998.
187. Mancini L., *Immigrazione musulmana e cultura giuridica. Osservazioni empiriche su due comunità di egiziani*, 1998.
188. Gustapane A., *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*, premessa di Giuseppe De Vergottini, 1999.
189. Ricci G.F., *Le prove atipiche*, 1999.
190. Canestrari S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, 1999.
191. Fassò G., *La legge della ragione*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.

192. Fassò G., *La democrazia in Grecia*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.
193. Scarciglia R., *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, 1999.
194. Briguglio F., *"Fideiussoribus succurri solet"*, 1999.
195. Maltoni A., *Tutela dei consumatori e libera circolazione delle merci nella giurisprudenza della Corte di giustizia, profili costituzionali*, prefazione di Augusto Barbera, 1999.
196. Fondaroli D., *Illecito penale e riparazione del danno*, 1999.
197. Rossi L.S., *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, 2000.
198. Gragnoli E., *Profili dell'interpretazione dei contratti collettivi*, 2000.
199. Boni G., *La rilevanza del diritto secolare nella disciplina del matrimonio canonico*, 2000.
200. Lugaresi N., *Internet, privacy e pubblici poteri negli Stati Uniti*, 2000.
201. Lalatta Costerbosa M., *Ragione e tradizione. Il pensiero giuridico ed etico-politico di Wilehlmvon Humboldt*, 2000.
202. Semeraro P., *I delitti di millantato credito e traffico di influenza*, 2000.
203. Verza A., *La neutralità impossibile. Uno studio sulle teorie liberali contemporanee*, 2000.
204. Lolli A., *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico. Studio sulla qualificazione giuridica*, 2000.
205. Busetto M.L., *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, 2000.
206. Campanella P., *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, 2000.
207. Bricola F., *Scritti di diritto penale. Opere monografiche*, 2000.
208. Lassandari A., *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, 2001.
209. Bianco A., *Il finanziamento della politica in Italia*, 2001.
210. Raffi A., *Sciopero nei servizi pubblici essenziali. Orientamenti della Commissione di garanzia*, 2001.
211. Piergigli V., *Lingue minoritarie e identità culturali*, 2001.
212. Cafaro S., *Unione monetaria e coordinamento delle politiche economiche. Il difficile equilibrio tra modelli antagonisti di integrazione europea*, 2001.
213. Morrone A., *Il custode della ragionevolezza*, 2001.
214. Masutti A., *La liberalizzazione dei trasporti in Europa. Il caso del trasporto postale*, 2002.
215. Zanotti A., Orlando F., *L'itinerario canonistico di Giuseppe Caputo*, 2002.
216. Lupoi M.A., *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*. Vol. I, *Policies, metodi, criteri di collegamento*. Vol. II, *Parallel proceedings*, 2002.
217. Lolli A., *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo. Stabilità del giudicato e difesa del terzo nel processo amministrativo*, 2002.
218. Curi F., *Tertium datur. Dal Common Law al Civil Law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, 2003.
219. Cottignola G., *Studi sul pilotaggio marittimo*, 2003.
220. Gardini G., *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, 2003.
221. Cevenini C., *Virtual enterprises. Legal issues of the on-line collaboration between undertakings*, 2003.
222. Monducci J., *Diritto della persona e trattamento dei dati particolari*, 2003.
223. Villecco Bettelli A., *L'efficacia delle prove informatiche*, 2004.
224. Zucconi Galli Fonseca E., *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, 2004.
225. Brighi R., *Norme e conoscenza: dal testo giuridico al metadato*, 2004.
226. Luchetti G., *Nuove ricerche sulle istituzioni di Giustiniano*, 2004.
227. *Studi in memoria di Angelo Bonsignori*, voll. I, II, 2004.
228. Piperata G., *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, 2005.
229. Canestrari S., Foffani L. (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per l'Europa?* Atti del Convegno organizzato dall'Associazione Franco Bricola (Bologna, 28 febbraio-2 marzo 2002), 2005.
230. Memmo D., Miconi S. (a cura di), *Broadcasting regulation: market entry and licensing. Regolamentazione dell'attività radiotelevisiva: accesso al mercato e sistema di licenze. Global Classroom Seminar*, 2006.
230.bis Briguglio F., *Studi sul procurator*, 2007.
231. Querzola L., *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, 2006.
232. Tarozzi S., *Ricerche in tema di registrazione e certificazione del documento nel periodo postclassico*, 2006.
233. Botti F., *L'eutanasia in Svizzera*, 2007.

234. Fondaroli D., *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, 2007.
235. Alagna R., *Tipicità e riformulazione del reato*, 2007.
236. Giovannini M., *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, 2007.
237. Montalti M., *Orientamento sessuale e costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, 2007.
238. Tordini Cagli S., *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, 2008.
239. Legnani Annichini A., *La mercanzia di Bologna. Gli statuti del 1436 e le riformagioni quattrocentesche*, 2008.
240. Lolli A., *L'amministrazione attraverso strumenti economici*, 2008.
241. Vaccarella M., *Titolarità e funzione nel regime dei beni civici*, 2008.
242. Tubertini C., *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni*, 2008.
243. Fioriglio G., *Il diritto alla privacy. Nuove frontiere nell'era di Internet*, 2008.
244. Botti F., *Manipolazioni del corpo e mutilazioni genitali femminili*, 2009.
245. Nisco A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, 2009.
246. Zanobetti Pagnetti A., *Il rapporto internazionale di lavoro marittimo*, 2008.
247. Mattioli F., *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti*, 2010.
248. Bertaccini D., *La politica di polizia*, 2009.
249. Astrologo A., *Le cause di non punibilità. Un percorso tra nuovi orientamenti interpretativi e perenni incertezze dogmatiche*, 2009.
250. Di Maria S., *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: "Reverentia antiquitatis" e nuove prospettive nella legislazione giustinianea del codice*, 2010.
251. Valentini E., *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, 2010.
252. Querzola L., *Il processo minorile in dimensione europea*, 2010.
253. Bologna C., *Stato federale e "national interest". Le istanze unitarie nell'esperienza statunitense*, 2010.
254. Rasia C., *Tutela giudiziale europea e arbitrato*, 2010.
255. Zucconi Galli Fonseca E., *Pregiudizialità e rinvio (Contributo allo studio dei limiti soggettivi dell'accertamento)*, 2011.
256. Bellodi Ansaloni A., Ad eruendam veritatem. *Profili metodologici e processuali della* quaestio per tormenta, 2011.
257. Pontoriero I., *Il prestito marittimo in diritto romano*, 2011.
258. *Giustizia senza confini. Studi offerti a Federico Carpi*, 2012.
259. Gustapane A., *Il ruolo del pubblico ministero nella Costituzione italiana*, 2012.
260. Caianiello M., *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, 2012.
261. Briguglio F., *Il Codice Veronese in trasparenza. Genesi e formazione del testo delle Istituzioni di Gaio*, 2012.
262. Valentini E., *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, Nuova edizione, 2012.
263. Tassinari D., *Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*, 2012.

Finito di stampare nel mese di novembre 2012
presso Editografica – Rastignano (BO)