

Saggi grafici e garanzie difensive

Corte di Cassazione, Sezione II, sentenza 7 marzo 2013, n. 16400 – Pres. Casucci; Rel. Davigo

Il rilascio di saggio grafico non può essere equiparato alle dichiarazioni autoindizianti la cui inutilizzabilità in caso di violazione delle prescrizioni è prevista dall'art. 63 cod. proc. pen. e, pertanto, non è affetto da nullità il provvedimento con cui il giudice dispone la raccolta di essi, al fine di sottoporli al perito quali scritture di comparazione senza averne dato avviso alle parti ed in mancanza dell'intervento dei difensori.

[Omissis]

RITENUTO IN FATTO

Con sentenza del 13.5.2011, il Tribunale di Noia dichiarò G. V. responsabile dei reati di violenza e minaccia aggravate nei confronti di D.R.A., Sindaco del Comune di (OMISSIS) e di S.T., Senatore e Consigliere comunale dello stesso Comune al fine di impedire la loro attività politica e amministrativa (capo A), di detenzione e porto di pistola (capo A1) di violenza e minaccia nei confronti dei Carabinieri della Stazione di (OMISSIS) e del Gruppo di (OMISSIS), al fine di costringerli a compiere atti contrari ai doveri d'ufficio o ad omettere atti d'ufficio (capo B), di minacce aggravate nei confronti di D.G., direttrice della filiale del Banco di Napoli di (OMISSIS) e di detenzione e porto di proiettili (capo C), di tentata estorsione capo d), di detenzione e porto di arma comune da sparo e di spari in luogo pubblico (capo D1), di minacce, danneggiamento aggravato, detenzione e porto di proiettili (capo E), tutti aggravati ai sensi della L. n. 203 del 1991, art. 7 unificati sotto il vincolo della continuazione e lo condannò alla pena di anni 9 mesi 2 di reclusione ed Euro 2.450,00 di multa.

Avverso tale pronuncia l'imputato propose gravame e la Corte d'appello di Napoli, con sentenza del 12.4.2012, in parziale riforma della decisione di primo grado, ridusse la pena ad anni 7 mesi 6 di reclusione ed Euro 2.300,00 di multa.

Ricorre per cassazione il difensore dell'imputato deducendo:

1. violazione della legge processuale in relazione all'inutilizzabilità delle consulenze tecniche svolte sul saggio grafico e della perizia dibattimentale per essere stato il predetto saggio grafico acquisito da persona formalmente informata sui fatti, ma che avrebbe dovuto assumere qualità di persona sottoposta ad indagini; il saggio grafico avrebbe valore di dichiarazione auto indiziante e come tale rientrerebbe nella previsione di cui all'art. 63 cod. proc. pen. (richiamando Cass. Sez. 6 sent. n. 32577 del 27.4.2006);

peraltro il Cap. De Simone ha spiegato di aver interrotto il saggio avendo rilevato l'uso della doppia "b", nella parola "abito", come negli anonimi e quindi l'interruzione era una forma di garanzia;

2. violazione di legge e vizio di motivazione in ordine all'affermazione di responsabilità per i capi D e D1, in quanto sarebbe stato indispensabile farsi rilasciare un saggio grafico ampio ed esaustivo, come rilevato dalla consulente di parte; lo stesso consulente R.I.S. ha rilevato deboli elementi di collegamento; l'episodio in danno della Nuova Caffetteria è stato posto a carico del ricorrente in ragione delle analogie con quello relativo all'attentato al Sindaco, pur in presenza di dubbi sulla paternità della scrittura, mentre gli episodi non sarebbero affatto sovrapponibili;

3. violazione di legge e vizio di motivazione in ordine all'affermazione di responsabilità basata sulla perizia della dott.ssa F.M. che soffre di un pregiudizio, in quanto il perito, pur avendo acquisito ulteriori saggi grafici avrebbe finito per non utilizzarli, ritenendo che l'imputato avrebbe avuto interesse ad alterare la sua grafia abituale;

4. violazione di legge e vizio di motivazione in relazione all'affermazione di responsabilità per i reati contestati in assenza di elementi dotati di elevata capacità dimostrativa, sull'argomento suggestivo che dopo il fermo di G.V. erano cessate le condotte analoghe a quelle contestate e trascurando altre possibili piste e che anche altri soggetti erano stati arrestati per condotte simili;

5. violazione della legge processuale in quanto per il reato di cui al capo E non era stata inflitta in primo grado alcuna pena, sicché la Corte d'appello non avrebbe potuto infliggere l'aumento per continuazione di mesi 6 giorni 5 di reclusione ed Euro 300,00 di multa per i reati di cui a tale capo, essendo appellante il solo imputato;

6. violazione di legge e vizio di motivazione in ordine all'affermazione di responsabilità per il reato di cui al capo B in assenza di elementi dotati di significativa capacità dimostrativa; la telefonata al 112 del (OMISSIS) con la

SAGGI GRAFICI E GARANZIE DIFENSIVE

quale il chiamante chiede di parlare con il Comandante di Compagnia, non sarebbe raffrontarle per contenuto a quella del (OMISSIS) nella quale la minaccia è indirizzata al Sindaco e non è rivendicativa di attentati compiuti; la telefonata ai Carabinieri sembrerebbe attinente a far desistere dall'attività di sequestri per violazione delle norme sulla circolazione stradale; quanto alla perizia fonica la sentenza impugnata da atto che non è stata effettuata l'analisi oggettiva sulla telefonata al 112 per il rumore di fondo, ma solo quella soggettiva, che non consentirebbe una sicura attribuzione della voce;

7. vizio di motivazione in ordine alla determinazione della pena; l'incremento per continuazione è pari al triplo della pena base, pur avendo la Corte territoriale rilevato che andava ridotta la pena inflitta dal primo giudice perchè prossima al massimo edittale di cui all'art. 81 cod. pen..

CONSIDERATO IN DIRITTO

Il primo motivo di ricorso è infondato.

Sotto il previgente codice di rito questa Corte aveva ritenuto che per l'assunzione della scrittura di comparazione, la legge non prescrive alcuna particolare garanzia, onde nessun avviso è dovuto alle parti ed ai loro difensori, dei quali non è stabilito l'intervento all'atto della raccolta dei saggi grafici. Si tratta, infatti, di un incombente che sta al di fuori dello schema giuridico dell'atto istruttorio costituito dalla perizia, onde non soggiace agli avvisi ed alle altre formalità dettate a garanzia dei diritti della difesa. (Cass. Sez. 1, Ordinanza n. 18 del 08/01/1974 dep. 27/07/1974 Rv. 127683).

Con tale pronuncia la Corte aveva disatteso un precedente orientamento (Cass. Sez. 1, Ordinanza n. 828 del 02/05/1973 dep. 10/08/1973 Rv. 124794) che richiedeva invece che il testimone, che fosse stato invitato a rilasciare scritture di comparazione per gli accertamenti relativi a un delitto di falso, assumeva da quel momento - agli effetti della norma dell'art. 304 c.p.p., comma 3 previgente la posizione di un indiziato di reità e pertanto il magistrato istruttore non potesse raccogliere immediatamente i saggi grafici, ma dovesse provvedere alle formalità previste dalla norma citata e quindi sospendere l'interrogatorio e rinviarlo ad un'altra seduta, nella quale soltanto raccogliere le scritture di comparazione.

Con la pronuncia n. 18 del 08/01/1974 dep. 27/07/1974 Rv. 127683 la Corte era tornata al precedente orientamento secondo il quale nessuna norma vieta al giudice istruttore di procedere alla raccolta di saggi grafici da sottoporre, in prosieguo, al perito, per essere utilizzati quali scritture di comparazione ed in mancanza di una esplicita disposizione al riguardo, l'atto compiuto dal giudice senza avvisare le parti e senza l'intervento dei difensori, non può essere ritenuto nullo, ne tanto meno può ritenersi nulla la perizia grafica eseguita in base ai saggi grafici così raccolti. (Cass. Sez. 5, Sentenza n. 496 del 10/05/1968 dep. 05/07/1968 Rv. 108573).

Nessuna disposizione nel nuovo codice ha modificato il quadro normativo e l'art. 63 cod. proc. pen. si limita a prevedere la inutilizzabilità delle dichiarazioni auto indizianti raccolte in violazione delle prescrizioni.

Il rilascio di saggio grafico non può essere equiparato alle dichiarazioni se non attraverso l'analogia, ma va ricordato che, per espressa previsione dell'art. 177 cod. proc. pen., le nullità sono tassative e che le inutilizzabilità, ai sensi dell'art. 191 cod. proc. pen. sussistono solo quando una prova sia stata acquisita in violazione di un divieto di legge. Tale divieto peraltro non si rinviene nel vigente codice di procedura penale, mentre gli artt. 356, 361 e 364 cod. proc. pen. non indicano il rilascio di saggio grafico fra gli atti ai quali il difensore ha il diritto di assistere.

D'altro canto questa Corte ha espressamente escluso l'esistenza di un divieto di legge che possa comportare l'inutilizzabilità laddove ha ritenuto che, in tema di indagini preliminari, l'acquisizione delle scritture di comparazione preordinate ad accertamenti tecnici diversi da quelli inerenti alla falsità in atti - per i quali solo vale la disciplina dettata dall'art. 75 disp. att. cod. proc. pen.

- può essere liberamente disposta dal Pubblico Ministero, considerato che si tratta di atto di parte liberamente valutabile dal giudice come elemento indiziario e che le relative modalità acquisitive possono avere rilievo solo ai fini dell'attendibilità della consulenza tecnica, la quale non ha valore di prova e non è equiparata alla perizia. (Cass. Sez. 6, Sentenza n. 22540 del 2/03/2006 dep. 27/06/2006 Rv. 234723, citata anche nella sentenza impugnata).

La decisione citata nel ricorso (Cass. Sez. 6 sent. n. 32577 del 27.4.2006) si limita a ritenere non manifestamente infondata la questione prospettata e ciò non sposta i termini della questione giacchè la non manifesta infondatezza (sulla scorta della quale la Corte pervenne ad una pronuncia di prescrizione) è cosa diversa dalla fondatezza dell'eccezione proposta.

Il secondo, terzo, quarto e sesto motivo di ricorso sono infondati e si risolvono nella prospettazione di questioni di merito, attraverso una lettura alternativa delle risultanze.

La Corte territoriale ha condiviso la valutazione del perito e delle consulenze del P.M. circa la riconducibilità della grafia all'imputato ed ha argomentato in modo non manifestamente illogico, con riferimento alle omogeneità segniche. Peraltro tale valutazione è stata integrata dalla complessiva valutazione degli elementi raccolti, quali le caratteristiche estrinseche dei biglietti, l'evidente collegamento con le telefonate e le modalità operative.

Nel caso in esame il ricorrente propone una ricostruzione alternativa a quella operata dai giudici di merito, ma, in materia di ricorso per Cassazione, perchè sia ravvisabile la manifesta illogicità della motivazione considerata dall'art. 606 c.p.p., comma 1, lett. e), la ricostruzione contrastante con il procedimento argomentativo del giudice, deve essere inconfutabile, ovvia, e non rappresentare soltanto una ipotesi alternativa a quella ritenuta in sentenza. (V., con riferimento a massime di esperienza alternative, Cass. Sez. 1 sent. n. 13528 del 11.11.1998 dep. 22.12.1998 Rv. 212054).

Il quinto e settimo motivo di ricorso sono infondati.

Quanto al fatto che non sia stata inflitta alcuna pena per il reato di cui al capo E, ciò non risulta dal dispositivo, ma solo dalla motivazione della sentenza di primo grado. Nel dispositivo infatti vi è l'affermazione di responsabilità per tutti i delitti ascritti all'imputato e la determinazione della

pena complessiva di anni 9 mesi 2 di reclusione ed Euro 2.450,00 di multa.

Il divieto di "reformatio in peius" riguarda esclusivamente il dispositivo della sentenza ed il suo concreto contenuto afflittivo, ma non anche la motivazione, che può contenere una valutazione più grave della violazione commessa, sia in termini di fatto che di diritto. (Cass. Sez. 4, Sentenza n. 3447 del 03/10/2007 dep. 23/01/2008 rv 238738).

In ordine all'entità della pena la Corte territoriale ha ravvisato l'esigenza di ridurre la pena in quanto eccessiva e l'ha ridotta richiamando i parametri di cui all'art. 133 cod. pen..

La determinazione in concreto della pena costituisce il risultato di una valutazione complessiva e non di un giudizio analitico sui vari elementi offerti dalla legge, sicché l'obbligo della motivazione da parte del giudice dell'impugnazione deve ritenersi compiutamente osservato, anche

in relazione alle obiezioni mosse con i motivi d'appello, quando egli, accertata l'irrogazione della pena tra il minimo e il massimo edittale, affermi di ritenerla adeguata o non eccessiva. Ciò dimostra, infatti, che egli ha considerato sia pure intuitivamente e globalmente, tutti gli aspetti indicati nell'art. 133 cod. pen. ed anche quelli specificamente segnalati con i motivi d'appello. (Cass. Sez. 6, sent. n. 10273 del 20.5.1989 dep. 12.7.1989 rv 181825. Conf. mass. n. 155508; n. 148766; n. 117242).

È vero che vi è la frase riportata nel settimo motivo di ricorso, ma tale frase, incongrua, non vanifica la residua motivazione.

Il ricorso deve pertanto essere rigettato.

Ai sensi dell'art. 616 cod. proc. pen., con il provvedimento che rigetta il ricorso, l'imputato che lo ha proposto deve essere condannato al pagamento delle spese del procedimento

[Omissis]

CHIARA FANUELE*

Ricercatore confermato di Diritto processuale penale nell'Università di Siena

L'efficacia "rappresentativa" auto-indiziante dei saggi calligrafici assunti da persona non imputata né indagata

The auto-made suspect representative efficacy of the calligraphic essays assumed by a non charged or suspected

L'autrice, dopo avere evidenziato – sulla base dei più recenti orientamenti della giurisprudenza di legittimità – come l'ambito applicativo delle regole stabilite dall'art. 63, comma 1, c.p.p. risulti ormai inadeguato, cerca di aprire nuovi spiragli verso interpretazioni più attente alla difesa di chi, in séguito all'acquisizione d'un atto che, formalmente, non ha natura dichiarativa, si trovi coinvolto nella vicenda oggetto di indagine.

The author, after having pointed out – on the basis of the latest trend of jurisprudence of legitimacy – how the applicatory sphere of the rules established by art. 63, paragraph 1, c.p.p., comes out inadequate at this time, tries to open new perspectives towards interpretations more careful to the defence of who, following the acquisition of an act that, formally, doesn't have declarative nature, find himself involved in the event object of the investigation.

PREMESSA

La sentenza in commento offre lo spunto per alcune riflessioni su di un tema delicato, dati gli interessi di natura costituzionale ch'esso coinvolge: il valore e l'uso procedimentale dei saggi grafici acquisiti da persona informata sui fatti durante la fase investigativa.

Più specificamente, nel caso *de quo*, il pubblico ministero, avvalendosi di consulenti tecnici¹, aveva

* Il contributo è stato sottoposto alla procedura di revisione in forma anonima.

¹ Sul potere del pubblico ministero di compiere accertamenti tramite propri consulenti, v., in particolare, Scalfati, *Gli accertamenti tecnici dell'accusa*, *Ind. pen.*, 1992, 136.

assunto un saggio calligrafico da una persona, che ancora non rivestiva formalmente la qualifica di indagata, nel corso di un procedimento penale diretto ad accertare, tra gli altri, i reati di violenza e di minaccia nei confronti di alcuni esponenti politici e delle forze dell'ordine. In sostanza, il magistrato inquirente aveva raccolto detto saggio per sottoporlo poi ad un perito ed utilizzarlo quale scrittura di comparazione nell'eventuale successivo procedimento, senza avvisare né le parti né i loro difensori; e ciò, in base al presupposto per cui tale operazione non sarebbe stata equiparabile ad una perizia, onde avrebbe potuto essere espletata senza gli avvisi né le altre formalità prescritte dal codice di rito penale per garantire i diritti della difesa.

Conseguentemente, il difensore dell'imputato ricorreva per cassazione, deducendo, quale motivo d'impugnazione, l'erronea applicazione della legge processuale penale, per essere inutilizzabili sia la consulenza tecnica svolta sul saggio grafico sia la successiva perizia dibattimentale; ciò in quanto, - egli adduceva - il predetto saggio grafico era stato acquisito come proveniente da un soggetto avente formalmente la posizione di persona informata sui fatti; il quale, invece, avrebbe dovuto essere considerato come indagato. Secondo lo stesso patrocinatore, infatti, il saggio grafico avrebbe avuto valore auto-indiziante e, quindi, nel caso di specie, si sarebbero dovute applicare le regole stabilite dall'art. 63, comma 1, c.p.p.

Invece, la Cassazione - con una decisione discutibile - ha ritenuto *utilizzabile* quel saggio grafico che il pubblico ministero aveva ottenuto dalla persona successivamente imputata, con l'argomento per cui il "rilasciare un saggio grafico" non può essere considerato equivalente al "rendere una dichiarazione"; di conseguenza, il caso di specie è stato ritenuto sottratto alla disciplina garantistica di cui all'art. 63, comma 1, c.p.p.

Inoltre, per confermare ulteriormente la piena utilizzabilità dell'atto, la Suprema Corte ha affermato che il codice di rito penale non include l'acquisizione di un saggio grafico tra gli atti a cui il difensore ha diritto di assistere. In sostanza, - secondo il Giudice di legittimità - il pubblico ministero, nello svolgere la propria funzione investigativa, è libero di disporre «l'acquisizione delle scritture di comparazione preordinate ad accertamenti tecnici diversi da quelli inerenti alla falsità in atti - per i quali soltanto vale la disciplina dettata dall'art. 75 disp. att. cp.p.-», trattandosi «di un atto di parte liberamente valutabile dal giudice come elemento indiziario». Semmai, le modalità acquisitive del documento in questione possono rilevare solo al fine di verificare «l'attendibilità della consulenza tecnica»; la quale -

ribadisce la Cassazione - «non ha valore di prova e non è equiparata alla perizia».

La sentenza *de qua* risulta particolarmente interessante perché - ora che sono trascorsi quasi venticinque anni dalla riforma in senso accusatorio del nostro sistema - consente di riflettere sulla tutela del diritto al silenzio nei riguardi della persona il cui nome non sia stato ancora iscritto nel registro di cui all'art. 335.

TUTELA "ANTICIPATA" DEL DIRITTO AL SILENZIO E DICHIARAZIONI (AUTO)INDIZIANTI

La massima sancita dalla sentenza in commento («l'acquisizione di un saggio grafico non può essere equiparata all'assunzione di una dichiarazione; onde il pubblico ministero, ai fini di tale operazione, non è tenuto a osservare le regole fissate dall'art. 63 c.p.p.») si inserisce in un più ampio orientamento della giurisprudenza di legittimità², peraltro anch'esso assai criticabile: simile indirizzo comprime il diritto dell'indagato alla difesa e consente - come si vedrà - l'ingresso in dibattimento di elementi che - seppure indirettamente - possono essere utilizzati come prove in giudizio.

Questo indirizzo non è spiegabile altrimenti che con la permanenza di un'ideologia inquisitoria, ancora parzialmente radicata nell'amministrazione giudiziaria, tendente a considerare l'indagato - perfino "l'indagabile" - come "organo di prova"³: nonché, quindi, le manifestazioni di sua provenienza pienamente utilizzabili per l'accertamento del fatto.

Invero, nella sentenza in esame, i giudici, per avvalorare il proprio ragionamento, innanzitutto, richiamano una sentenza della Suprema Corte - emessa mentre ancora vigeva il codice di rito penale del 1930, e peraltro disattesa da una decisione successiva -; poi, affermano che «nessuna disposizione nel nuovo codice ha modificato il quadro normativo e l'art. 63 si limita a prevedere la inutilizzabilità delle dichiarazioni auto indizianti raccolte in violazione delle prescrizioni».

Tuttavia, si deve evidenziare come la previsione d'un complesso di norme volte a garantire il pieno esercizio della difesa alla persona sottoposta ad indagini o - perfino - non ancora divenuta tale⁴ - sebbene parzialmente anticipata dalle modifiche

² V. Cass., sez. VI, 2 marzo 2006, n. 22540, CED. Cass., 234723; Trib. Milano, 14 febbraio 2005, *Foro ambr.*, 2005, 59.

³ In proposito, v. la tradizionale classificazione di Florian, *Delle prove penali*, II, Milano, 1924, 9 ss.

⁴ V. *Relazione al Progetto Preliminare del codice di procedura penale. Supplemento ordinario n. alla G.U. - Serie generale - n. 250 - 24 ottobre 1988, 28.*

apportate al testo normativo fascista dalla l. 5 dicembre 1969, n. 532 - abbia costituito una delle più salienti novità del sistema introdotto attraverso la riforma processuale del 1988; cosicché la riduzione dell'ambito applicativo riguardato da simile disciplina non può non apparire come una successiva prassi distorta intesa a circoscrivere la salvaguardia del diritto al silenzio.

Difatti, il testo codicistico dell'88, nella sua versione originaria (poi modificata dalla l. 1° marzo 2001, n. 63, di attuazione delle norme costituzionali sul giusto processo), proseguendo nel solco dell'*iter* riformatore avviato con la suddetta l. n. 932 del 1969 (la quale, anzitutto, attraverso la sostituzione dell'art. 78, comma 3, c.p.p. 1930, aveva riconosciuto espressamente alla persona interrogata la facoltà di non rispondere)⁵, ha stabilito un sistema di garanzie a favore anche del "non indagato", per evitare possibili elusioni del principio *nemo tenetur se detegere*⁶.

Invero, proprio dall'avvertita necessità di tutelare lo *status* di colui che si trovi ad essere possibile soggetto di attività investigative derivano, ad esempio:

- il divieto di testimonianza sulle dichiarazioni rese dall'imputato (art. 62 c.p.p.);
- il diritto del dichiarante auto-indiziato ad essere avvertito che, in conseguenza delle sue parole, potranno essere svolte indagini contro di lui; nonché il corrispettivo divieto di utilizzare le dichiarazioni già rese contro il loro autore (art. 63, comma 1, c.p.p.);
- l'esplicito riconoscimento all'interrogato del diritto al previo avvertimento circa la facoltà di non rispondere (art. 64, comma 3, lett. b, c.p.p.);
- l'incompatibilità con l'ufficio di testimone di colui che ha assunto la qualità di indagato per lo stesso reato od in un procedimento connesso o di un reato collegato (artt. 197, lett. a e b, c.p.p.).

In particolare, l'art. 63, comma 1, secondo periodo - contenente una disposizione analoga a quella di cui all'art. 304, comma 3, come sostituito nel contesto del c.p.p. 1930 - sancisce l'inutilizzabilità, contro il rispettivo autore, delle dichiarazioni rese all'autorità procedente da una persona non imputata né indagata, quando da tali dichiarazioni derivi la possibilità che vengano svolte indagini nei confronti della medesima⁷. Questa norma, quindi, as-

sicura una tutela anticipata allo *ius tacendi* rispetto al momento dell'interrogatorio⁸; e, più in generale, garantisce il diritto di difesa⁹ di chi, fino all'istante in cui ha emesso quelle sue medesime dichiarazioni, risultava estraneo al fatto oggetto di accertamento; il quale, perciò, a seguito delle proprie parole auto-indizianti, deve essere edotto circa la sua nuova posizione di possibile indagato e quanto alla sua facoltà di nominare un difensore¹⁰.

Tuttavia, progressivamente, la funzione garantistica dell'art. 63, comma 1, c.p.p. è stata parzialmente compromessa da una giurisprudenza incline a interpretare restrittivamente questa disposizione.

In tal senso, si è fatta dipendere l'applicazione di simile disciplina dalla pre-esistenza di elementi inequivocabilmente indizianti circa la reità a carico del soggetto successivamente dichiarante, richiedendo, altresì, l'emersione di tali dati dal materiale probatorio già in possesso dell'autorità giudiziaria¹¹; e si è escluso che l'obbligo di sentire «sin dall'inizio» il soggetto in qualità d'indagato scatti anche nei confronti della persona verso la quale si nutrano meri sospetti¹².

In quest'ottica, allora, si sono ritenute utilizzabili le dichiarazioni rese da chi, pur essendo coinvolto nella vicenda oggetto di indagine, non vi ha assunto - almeno inizialmente - un ruolo tale da comporta-

⁵ Sul punto, Dominioni, sub art. 63 c.p.p., Amodio - Dominioni (diretto da) *Comm. del nuovo codice di procedura penale*, I, Milano, 1990, 398; Moscarini, *Il silenzio dell'imputato sul fatto proprio secondo la Corte di Strasburgo e nell'esperienza italiana*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 629 e, già, Grevi, *Nemo tenetur se detegere*, Milano, 1972, 134 ss.

⁹ V., tra gli altri, Chiavario, *Processo e garanzie della persona*, II, Milano, 1982, 169; Corso, *Diritto al silenzio: garanzia da difendere o ingombro processuale da eliminare?*, *Ind. pen.*, 1999, 1080; Dinacci, *Involuzioni giudiziarie: l'annullamento del diritto al silenzio*, *Giust. pen.*, 1984, III, 397; Ferrua, *Difesa (diritto di)*, *Dig. pen.*, III, Torino, 1989, 470; Id., *La difesa dell'imputato*, Torino, 1988, 13; Illuminati, *I principi generali del processo penale italiano*, *Pol. dir.*, 1999, 305 ss.; Mazza, *Esame delle parti private (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Annali, II, 1, Milano, 2008, 213 ss.; Id., *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Milano, 2004, 12 ss.; Moscarini, *Silenzio dell'imputato (diritto al)*, *Enc. dir.*, Annali, III, Milano, 2010, 1082 ss.; Patanè, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Torino, 2006, 81 ss.; Paulesu, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2008, 73 ss.; Presutti, *Autodifesa giudiziaria*, *Enc. dir.*, Agg. I, Milano, 1997, 234 ss.; Scaparone, *Evoluzione ed involuzione del diritto di difesa*, Milano, 1980, 24 ss.; Ubertis, *Nemo tenetur se detegere e dialettica processuale*, *Giust. pen.*, 1994, III, 97; Voena, *Difesa III) Difesa penale*, *Enc. giur.*, X, Roma, 1988, 16.

¹⁰ Sanna, *Ristretto l'uso delle dichiarazioni autoindizianti*, *Dir. pen. proc.*, 1997, 603; Ead., *Dichiarazioni autoindizianti e loro utilizzabilità*, *Giur. it.*, 1996, II, 177. In proposito, cfr., altresì, Santoru, sub art. 63 c.p.p., Giarda - Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, I, IV ed., Milano, 2010, 824.

¹¹ Così, Cass., sez. I, 17 gennaio 2008, n. 6617, *CED. Cass.*, 239362; Cass., sez. II, 2 ottobre 2008, n. 39380, *ivi*, 241867; Cass., sez. V, 5 dicembre 2001, n. 305, *ivi*, 221360.

¹² In questo senso, Cass., sez. I, 17 gennaio 2008, n. 6617, *cit.*

⁵ Sul punto, ci sia consentito rinviare a Fanuele, *Le contestazioni nell'esame testimoniale*, Padova, 2005, 16.

⁶ Sull'argomento, cfr., ampiamente, Marafioti, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, Torino, 2000, 23. V., altresì, Bernasconi, *La collaborazione processuale*, Milano, 1995, 300 ss.

⁷ V. *Relazione al Progetto Preliminare del codice di procedura penale*, cit., 30.

SAGGI GRAFICI E GARANZIE DIFENSIVE

re l'iscrizione del suo nominativo nel registro delle notizie di reato¹³. Analogamente, si è affermato che la disciplina garantistica di cui all'art. 63, comma 1, è applicabile solo nell'ipotesi di dichiarazioni dalle quali emerga una responsabilità del dichiarante in ordine al reato per cui si procede, mentre non opera se il reato è diverso e del tutto privo di legami con il fatto addebitato al dichiarante; cosicché questi, rispetto al fatto *de quo agitur*, è solo testimone; onde, riferendo su fatto altrui, totalmente scollegato dal proprio, non rischia di compromettere la sua stessa posizione¹⁴.

È evidente, però, come queste soluzioni ermeneutiche restrittive favoriscano applicazioni della disposizione in oggetto tali da sminuirne l'efficacia garantistica¹⁵.

Infatti, far dipendere l'applicazione dell'art. 63, comma 1, dalla previa conoscenza, in capo all'autorità procedente, circa la sussistenza d'indizi non equivoci della colpevolezza a carico del soggetto ascoltato significa consentire agli organi inquirenti di sentire un individuo considerato sospetto in qualità di persona informata sui fatti, in modo tale da raccogliere intanto, "non formalmente", ulteriori elementi anche a suo carico.

Proprio per disincentivare soluzioni di questo tipo, sembra preferibile, invece, ricollegare l'efficacia dell'art. 63, comma 1, già alla sola insorgenza di meri sospetti nei confronti di chi venga a colloquio con l'autorità procedente; se non – addirittura – considerare comunque applicabile medesima disposizione, a prescindere anche dalla preesistenza, in capo all'appellato, di ogni qualsiasi sospetto.

"PROVA REALE" E PRIVILEGIO CONTRO L'AUTOINCRIMINAZIONE

Più in generale, si deve osservare come la disposizione di cui all'art. 63, comma 1, miri a proteggere l'accusato contro *acquisizioni di informazioni* da parte degli organi inquirenti "abusive", cioè attuate senza osservare le garanzie assicurate dalla legge al soggetto *de quo*; a prescindere dal fatto che la violazione di suddette garanzie sia avvenuta per errore o per ritenute ragioni di opportunità¹⁶. Difatti, il fondamen-

to giustificativo degli obblighi gravanti sull'autorità procedente (pubblico ministero o polizia giudiziaria) risiede proprio nell'esigenza di assicurare lo *ius tacendi*¹⁷ nei confronti di chi, conseguentemente ad un atto basato sulla sua collaborazione (spontanea o sollecitata), si trovi a poter essere indagato.

A proposito della fattispecie in discorso, però, va ricordato che l'orientamento della Corte di Strasburgo¹⁸ è costante nel negare l'incidenza di alcuni atti (come, ad es., il prelievo organico coattivo) sulla sfera degli interessi protetti dal principio *nemo tenetur se detegere*.

In sostanza, i Giudici europei riconoscono ad ogni persona sospettata d'un reato il diritto al silenzio solo rispetto ad una *domanda*, e non anche in relazione ad attività investigative non dirette ad acquisire una dichiarazione¹⁹.

Tuttavia, questo indirizzo suscita qualche perplessità: taluni atti d'indagine, pur non rivolti ad ottenere condotte di natura dichiarativa, potrebbero nondimeno configurarsi come tecniche idonee a comprimere la libertà di autodeterminazione della persona e, quindi, ricadere nell'area interessata dal divieto posto *ex art. 188 c.p.p.*; e ciò quando – come è accaduto nel caso di specie – la persona appellata non sia stata informata della *natura* e della *finalità* dell'atto che subisce.

Difatti, la tutela costituzionale e di legge ordinaria concernente la libertà morale (artt. 13, comma 4, della Carta fondamentale e 188 c.p.p.) non solo inibisce l'uso di metodi (quali l'ipnosi, il siero della verità, ecc.) idonei ad alterare la capacità di ricordare e valutare i fatti, ma – se si intende tale sistema di salvaguardia secondo un'accezione più ampia – presuppone anche la «*consapevolezza della persona interpellata di essere stata richiesta di compiere un atto potenzialmente auto-indiziante e del rispettivo fine*»²⁰.

¹³ Nella dottrina, Vassallo, *Dichiarazioni indizianti e regime di utilizzabilità*, *Dir. pen. proc.*, 2003, 68.

¹⁴ Così, Cass., sez. II, 21 ottobre 2009, n. 45566, *CED. Cass.*, 245630.

¹⁵ Sul punto, v. Kostoris, *sub art. 63 c.p.p.*, Chiavario (coordinato da) *Commento al nuovo codice di procedura penale*, I, Torino, 1992, 320; Santoru, *sub art. 63 c.p.p.*, cit., 826.

¹⁶ Per quest'ultimo rilievo, v. Scomparin, *La tutela del testimone nel processo penale*, Padova, 2000, 85.

¹⁷ Barbieri, *Interrogatorio nel processo penale*, *Dig. pen.*, VII, Torino, 1993, 230.

¹⁸ V. *Saunders v. UK*, 23 ECHR, 313 (1997). V., altresì, *Brown v. Stott*, 1 A.C., 681 (2003); *Heaney and McGuinness v. Ireland*, 22 ECHR, 12 (2001); *Funke v. France*, 16 ECHR, 297 (1993). Sull'argomento, nella dottrina, in particolare, Moscarini, *Il silenzio dell'imputato sul fatto proprio secondo la Corte di Strasburgo e nell'esperienza italiana*, cit., 611 ss.; Ubertis, *Attività investigativa e prelievo di campioni biologici*, *Cass. pen.*, 2008, 7; Maina, *Riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo sul diritto al silenzio*, *Leg. pen.*, 1997, 189 ss.; Zacchè, *Gli effetti della giurisprudenza europea in tema di privilegio contro le autoincriminazioni e diritto al silenzio*, Balsamo e Kostoris (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008, 183 ss.

¹⁹ In questo senso, v. anche Corte cost., sent. 4 aprile 1973, n. 34, *Giur. cost.*, 1973, 316 ss., con nota di Grevi, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*.

²⁰ Sul punto, ci sia consentito rinviare a Fanuele, *Dati genetici e procedimento penale*, Padova, 2009, 49.

Del resto, il corpo umano, in un certo senso, potrebbe essere considerato anch'esso una "fonte di prova" di natura "dichiarativa", perché in grado di fornire indicazioni equivalenti alle (anzi, più attendibili delle) dichiarazioni provenienti da una persona che collabori con il suo interlocutore, rispondendo alle domande da questi rivolte²¹.

In quest'ottica, non è facile comprendere quale differenza ci sia, sotto il profilo della tutela riguardante lo *ius tacendi*, tra "elementi materiali" (come i campioni di sangue o qualunque altra "prova reale") e "dichiarazioni" (cui, invece, si riferivano i casi esaminati dalla Corte europea)²².

Il diritto a rimanere in silenzio e il privilegio contro l'autoincriminação rischiano, infatti, di restare principi meramente teorici, se ne viene ristretta l'applicazione in base all'*astratta categoria di appartenenza dell'atto*, senza verificare, di questo, l'*effettiva potenzialità autoincriminatrice*.

Invece, con riferimento al caso di specie, la Cassazione, per escludere la rilevanza *in subiecta materia* delle regole fissate dall'art. 63, comma 1, ha ritenuto decisiva la considerazione aprioristica per cui il saggio grafico non è annoverabile tra le "dichiarazioni".

In altri termini, la Suprema Corte ha impostato la questione sul piano meramente concettuale, pervenendo ad una soluzione che, pur se formalmente corretta, sembra potere comprimere il diritto di difesa della persona sottoposta ad indagini. I giudici, infatti, non si sono preoccupati di *vagliare in concreto se la persona informata sui fatti, nel momento in cui sono stati raccolti i saggi grafici, dovesse già assumere la qualità di indagato e godere, quindi, da subito delle garanzie difensive*; invece, hanno ritenuto senz'altro utilizzabili gli stessi saggi, adducendo che questi ultimi non sono qualificabili come "dichiarazioni" in senso tecnico.

CONCLUSIONI

Sembra doveroso – a tal punto - riflettere circa la possibile violazione del principio *nemo tenetur se detegere* in caso di acquisizione di scritture di comparazione durante la fase investigativa.

Il saggio grafico può essere considerato equivalente ad una dichiarazione orale, perché la scrittura è in grado di dare una serie di informazioni circa il suo autore all'esperto che la analizza; allo stesso modo in cui notizie possono essere fornite, oralmente, dall'indagato in sede d'interrogatorio.

In definitiva, a contare non è la distinzione tra "dichiarazioni" ed "elementi materiali" (cioè la *tipologia dell'atto*) ma il *modo* con cui l'atto è compiuto.

Per tutelare davvero la libertà di autodeterminazione del soggetto pare necessario che questo sia informato della *natura* e della *finalità* dell'operazione che subisce. Come noto, infatti, prima dell'interrogatorio, la persona sottoposta ad indagini deve essere previamente avvertita non solo circa la sua facoltà di non rispondere ad alcuna domanda relativa al merito, ma anche quanto al possibile *uso successivo dei risultati* di tale atto medesimo (art. 64, comma 3, lett. b e c, c.p.p.)²³.

Quindi, nel caso di specie, si sarebbero dovute applicare le regole stabilite dall'art. 63, comma 1; le quali – come già detto - mirano proprio a proteggere l'accusato contro "abusiva" acquisizioni di *informazioni* da parte degli organi inquirenti. Pertanto, il pubblico ministero – dato che la persona sottoposta al saggio calligrafico avrebbe potuto assumere la qualifica di indagato a séguito dell'esperimento – sarebbe stato tenuto ad avvisarla circa l'eventualità di tale mutamento relativo alla posizione soggettiva; e la consulenza tecnica svolta sul saggio grafico sarebbe dovuta risultare inutilizzabile.

Per giunta, la tesi accolta nella sentenza in commento non pare convincente neppure quanto al *valore* attribuito al saggio grafico. Questo atto, infatti, - differentemente da quanto ritenuto dalla Cassazione – non serve solo a verificare l'attendibilità della consulenza tecnica, ma influenza anche il *contenuto* della perizia.

Invero, la raccolta di saggi grafici costituisce un atto *preliminare* rispetto allo svolgimento di una perizia, perché – come riconosciuto dalla giurisprudenza richiamata dalla sentenza in esame - tali saggi vengono, poi, sottoposti al perito per essere utilizzati nel dibattimento quali scritture di comparazione. Pertanto, il perito, quando risponde ai quesiti formulati dalle parti e dal giudice²⁴, tiene conto di suddetto materiale investigativo, per raffrontarlo con i risultati a cui egli stesso è pervenuto. Quindi, i saggi calligrafici risultano in concreto utilizzabili dal giudice, *congiuntamente* con la perizia, ai fini della decisione.

In questo modo, un atto che *non è formato nel contraddittorio*, per di più assunto *aggirando il sistema di garanzie previste a favore della persona sottoposta ad indagini*, può avere un peso effettivo sulla formazione del giudizio conclusivo della causa.

²¹ V., volendo, Fanuele, *Dati genetici e procedimento penale*, loc. ult. cit.

²² Nella dottrina inglese, Ashworth-Redmayne, *The Criminal Process*, Oxford, 2005, 133.

²³ Così Fanuele, *Dati genetici e procedimento penale*, cit., 54.

²⁴ Sull'argomento, v., ampiamente, Scalfati, *Perizia (dir. proc. pen.)*, Enc. giur., XXIII, Roma, 1990, 8 ss.

SAGGI GRAFICI E GARANZIE DIFENSIVE

In definitiva, non si può non tener conto dell'orientamento pressoché univoco seguito dalla giurisprudenza, che subordina l'applicazione delle garanzie predisposte in base al principio *nemo tenetur se detegere* ad un dato formale: l'appartenenza dell'atto assunto dall'autorità procedente alla categoria della prova dichiarativa.

Tuttavia, si ha l'impressione d'una certa forzatura. Il divario tra le classificazioni probatorie è

marginale rispetto alla schiacciante evidenza delle affinità.

Un saggio calligrafico, al pari delle parole del testimone, "fa presente" qualcosa; dall'espressione che ne risulta è dato di ottenere un indizio circa la colpevolezza. Questo profilo comune impone di spingersi verso soluzioni diverse che, superando gli schematismi formali, risultino più attente alla tutela dei diritti individuali già nel corso delle indagini.