

The logo consists of three overlapping circles: a yellow one on the left containing the letter 'C', a green one in the middle containing 'J', and a dark green one on the right containing 'N'.

CJN

# Diritto Penale Contemporaneo

RIVISTA TRIMESTRALE

---

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL  
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

A blurred, low-angle photograph of police officers in riot gear marching on a wet street. The officers are wearing helmets and carrying shields with the word 'POLICE' written on them. The background is a crowd of people, also blurred. The overall tone is somber and authoritative.

2/2020

## EDITOR-IN-CHIEF

Gian Luigi Gatta

## EDITORIAL BOARD

*Italy:* Antonio Gullo, Guglielmo Leo, Luca Luparia, Francesco Mucciarelli, Francesco Viganò

*Spain:* Jaume Alonso-Cuevillas, Sergi Cardenal Montraveta, David Carpio Briz, Joan Queralt Jiménez

*Chile:* Jaime Couso Salas, Mauricio Duce Julio, Héctor Hernández Basualto, Fernando Londoño Martínez

## MANAGING EDITOR

Carlo Bray

## EDITORIAL STAFF

Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Javier Escobar Veas, Stefano Finocchiaro, Elisabetta Pietrocarlo, Tommaso Trinchera, Stefano Zirulia

## EDITORIAL ADVISORY BOARD

Rafael Alcacer Guirao, Alberto Alessandri, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Coral Arangüena Fanego, Lorena Bachmaier Winter, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, Carolina Bolea Bardón, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Pedro Caeiro, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, Claudia Cárdenas Aravena, Raúl Carnevali, Marta Cartabia, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Roberto Cornelli, Cristiano Cupelli, Norberto Javier De La Mata Barranco, Angela Della Bella, Cristina de Maglie, Gian Paolo Demuro, Miguel Díaz y García Conlledo, Ombretta Di Giovine, Emilio Dolcini, Jacobo Dopico Gomez Aller, Patricia Faraldo Cabana, Silvia Fernández Bautista, Javier Gustavo Fernández Terruelo, Marcelo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Gabriele Fornasari, Novella Galantini, Percy García Caveró, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Víctor Gómez Martín, José Luis Guzmán Dalbora, Ciro Grandi, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Máximo Langer, Juan Antonio Lascuráin Sánchez, Maria Carmen López Peregrín, Sergio Lorusso, Ezequiel Malarino, Francisco Maldonado Fuentes, Stefano Manacorda, Juan Pablo Mañalich Raffo, Vittorio Manes, Grazia Mannozi, Teresa Manso Porto, Luca Marafioti, Joseph Margulies, Enrico Marzaduri, Luca Maserà, Jean Pierre Matus Acuña, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Iván Meini, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Melissa Miedico, Vincenzo Militello, Fernando Miró Linares, Vincenzo Mongillo, Renzo Orlandi, Francesco Palazzo, Carlenrico Paliero, Michele Papa, Raphaële Parizot, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Mario Romano, María Ángeles Rueda Martín, Carlo Ruga Riva, Stefano Ruggieri, Francesca Ruggieri, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Paola Severino, Nicola Selvaggi, Rosaria Sicurella, Jesús María Silva Sánchez, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Inma Valeije Álvarez, Antonio Vallini, Paolo Veneziani, Costantino Visconti, Javier Willenmann von Bernath, Francesco Zacchè

Editore Associazione "Progetto giustizia penale", via Altavanguardia 1, Milano - c.f. 97792250157  
ANNO 2020 - CODICE ISSN 2240-7618 - Registrazione presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011.  
Impaginazione a cura di Chiara Pavesi

**Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale** è un periodico on line ad accesso libero e non ha fine di profitto. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione. La rivista, registrata presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011, è edita attualmente dall'associazione "Progetto giustizia penale", con sede a Milano, ed è pubblicata con la collaborazione scientifica e il supporto dell'Università Commerciale Luigi Bocconi di Milano, dell'Università degli Studi di Milano, dell'Università di Roma Tre, dell'Università LUISS Guido Carli, dell'Universitat de Barcelona e dell'Università Diego Portales di Santiago del Cile.

La rivista pubblica contributi inediti relativi a temi di interesse per le scienze penalistiche a livello internazionale, in lingua italiana, spagnolo, inglese, francese, tedesca e portoghese. Ogni contributo è corredato da un breve abstract in italiano, spagnolo e inglese.

La rivista è classificata dall'ANVUR come rivista scientifica per l'area 12 (scienze giuridiche), di classe A per i settori scientifici G1 (diritto penale) e G2 (diritto processuale penale). È indicizzata in DoGI e DOAJ.

Il lettore può leggere, condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista può essere citata in forma abbreviata con l'acronimo: *DPC-RT*, corredato dall'indicazione dell'anno di edizione e del fascicolo.

La rivista fa proprio il [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

La rivista si conforma alle norme del Regolamento UE 2016/679 in materia di tutela dei dati personali e di uso dei cookies ([clicca qui](#) per dettagli).

Ogni contributo proposto per la pubblicazione è preliminarmente esaminato dalla direzione, che verifica l'attinenza con i temi trattati dalla rivista e il rispetto dei requisiti minimi della pubblicazione.

In caso di esito positivo di questa prima valutazione, la direzione invia il contributo in forma anonima a due revisori, individuati secondo criteri di rotazione tra i membri dell'Editorial Advisory Board in relazione alla rispettiva competenza per materia e alle conoscenze linguistiche. I revisori ricevono una scheda di valutazione, da consegnare compilata alla direzione entro il termine da essa indicato. Nel caso di tardiva o mancata consegna della scheda, la direzione si riserva la facoltà di scegliere un nuovo revisore.

La direzione comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se entrambe le valutazioni sono positive, il contributo è pubblicato. Se una o entrambe le valutazioni raccomandano modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se uno o entrambi i revisori esprimono parere negativo alla pubblicazione.

La direzione si riserva la facoltà di pubblicare, in casi eccezionali, contributi non previamente sottoposti alla procedura di peer review. Di ciò è data notizia nella prima pagina del contributo, con indicazione delle ragioni relative.

Se desideri proporre una pubblicazione alla nostra rivista, invia una mail a [editor.criminaljusticenetwork@gmail.com](mailto:editor.criminaljusticenetwork@gmail.com). I contributi che saranno ritenuti dalla direzione di potenziale interesse per la rivista saranno sottoposti alla procedura di peer review sopra descritta. I contributi proposti alla rivista per la pubblicazione dovranno rispettare i criteri redazionali [scaricabili qui](#).

**Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale** es una publicación periódica *on line*, de libre acceso y sin ánimo de lucro. Todas las colaboraciones de carácter organizativo y editorial se realizan gratuitamente y no se imponen a los autores costes de maquetación y publicación. La Revista, registrada en el Tribunal de Milan, en el n. 554 del 18 de noviembre de 2011, se edita actualmente por la asociación “Progetto giustizia penale”, con sede en Milán, y se publica con la colaboración científica y el soporte de la *Università Commerciale Luigi Bocconi* di Milano, la *Università degli Studi di Milano*, la *Università di Roma Tre*, la *Università LUISS Guido Carli*, la *Universitat de Barcelona* y la *Universidad Diego Portales de Santiago de Chile*.

La Revista publica contribuciones inéditas, sobre temas de interés para la ciencia penal a nivel internacional, escritas en lengua italiana, española, inglesa, francesa, alemana o portuguesa. Todas las contribuciones van acompañadas de un breve abstract en italiano, español e inglés.

El lector puede leer, compartir, reproducir, distribuir, imprimir, comunicar a terceros, exponer en público, buscar y señalar mediante enlaces de hipervínculo todos los trabajos publicados en “Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale”, con cualquier medio y formato, para cualquier fin lícito y no comercial, dentro de los límites que permite la licencia *Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia* (CC BY-NC 3.0 IT) y, en particular, debiendo mantenerse la indicación de la fuente, el logo, el formato gráfico original, así como el autor de la contribución.

La Revista se puede citar de forma abreviada en el acrónimo *DPC-RT*, indicando el año de edición y el fascículo.

La Revista asume el [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborado por el COPE (*Comitte on Publication Ethics*).

La Revista cumple lo dispuesto en el Reglamento UE 2016/679 en materia de protección de datos personales ([clica aquí](#) para los detalles sobre protección de la privacy y uso de cookies).

Todas las contribuciones cuya publicación se propone serán examinadas previamente por la Dirección, que verificará la correspondencia con los temas tratados en la Revista y el respeto de los requisitos mínimos para su publicación.

En el caso de que se supere con éxito aquella primera valoración, la Dirección enviará la contribución de forma anónima a dos evaluadores, escogidos entre los miembros del *Editorial Advisory Board*, siguiendo criterios de rotación, de competencia por razón de la materia y atendiendo también al idioma del texto. Los evaluadores recibirán un formulario, que deberán devolver a la Dirección en el plazo indicado. En el caso de que la devolución del formulario se retrasara o no llegara a producirse, la Dirección se reserva la facultad de escoger un nuevo evaluador.

La Dirección comunicará el resultado de la evaluación al autor, garantizando el anonimato de los evaluadores. Si ambas evaluaciones son positivas, la contribución se publicará. Si alguna de las evaluaciones recomienda modificaciones, la contribución se publicará después de que su autor la haya revisado sobre la base de los comentarios recibidos y de que la Dirección haya verificado que tales comentarios han sido atendidos. La contribución no se publicará cuando uno o ambos evaluadores se pronuncien negativamente sobre su publicación.

La Dirección se reserva la facultad de publicar, en casos excepcionales, contribuciones que no hayan sido previamente sometidas a *peer review*. Se informará de ello en la primera página de la contribución, indicando las razones.

Si deseas proponer una publicación en nuestra revista, envía un mail a la dirección [editor.criminaljusticenetwork@gmail.com](mailto:editor.criminaljusticenetwork@gmail.com). Las contribuciones que la Dirección considere de potencial interés para la Revista se someterán al proceso de *peer review* descrito arriba. Las contribuciones que se propongan a la Revista para su publicación deberán respetar los criterios de redacción (se pueden [descargar aquí](#)).



**Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale** is an on-line, open-access, non-profit legal journal. All of the organisational and publishing partnerships are provided free of charge with no author processing fees. The journal, registered with the Court of Milan (n° 554 - 18/11/2011), is currently produced by the association “Progetto giustizia penale”, based in Milan and is published with the support of Bocconi University of Milan, the University of Milan, Roma Tre University, the University LUISS Guido Carli, the University of Barcelona and Diego Portales University of Santiago, Chile.

The journal welcomes unpublished papers on topics of interest to the international community of criminal scholars and practitioners in the following languages; Italian, Spanish, English, French, German and Portuguese. Each paper is accompanied by a short abstract in Italian, Spanish and English.

Visitors to the site may share, reproduce, distribute, print, communicate to the public, search and cite using a hyperlink every article published in the journal, in any medium and format, for any legal non-commercial purposes, under the terms of the Creative Commons License - Attribution – Non-commercial 3.0 Italy (CC BY-NC 3.0 IT). The source, logo, original graphic format and authorship must be preserved.

For citation purposes the journal’s abbreviated reference format may be used: *DPC-RT*, indicating year of publication and issue.

The journal strictly adheres to the [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) drawn up by COPE (Committee on Publication Ethics).

The journal complies with the General Data Protection Regulation (EU) 2016/679 (GDPR) ([click here](#) for details on protection of privacy and use of cookies).

All articles submitted for publication are first assessed by the Editorial Board to verify pertinence to topics addressed by the journal and to ensure that the publication’s minimum standards and format requirements are met.

Should the paper in question be deemed suitable, the Editorial Board, maintaining the anonymity of the author, will send the submission to two reviewers selected in rotation from the Editorial Advisory Board, based on their areas of expertise and linguistic competence. The reviewers are provided with a feedback form to compile and submit back to the editorial board within an established timeframe. If the timeline is not heeded to or if no feedback is submitted, the editorial board reserves the right to choose a new reviewer.

The Editorial Board, whilst guaranteeing the anonymity of the reviewers, will inform the author of the decision on publication. If both evaluations are positive, the paper is published. If one or both of the evaluations recommends changes the paper will be published subsequent to revision by the author based on the comments received and verification by the editorial board. The paper will not be published should one or both of the reviewers provide negative feedback.

In exceptional cases the Editorial Board reserves the right to publish papers that have not undergone the peer review process. This will be noted on the first page of the paper and an explanation provided.

If you wish to submit a paper to our publication please email us at [editor.criminaljusticenetwork@gmail.com](mailto:editor.criminaljusticenetwork@gmail.com). All papers considered of interest by the editorial board will be subject to peer review process detailed above. All papers submitted for publication must abide by the editorial guidelines ([download here](#)).

PROBLEMI ATTUALI DEL SISTEMA PENALE	<b>Note sulla <i>Police brutality</i> a partire dai fatti di Minneapolis</b>	1
<i>PROBLEMAS ACTUALES EN EL SISTEMA PENAL</i>	<i>Notas sobre la brutalidad policial a partir de los hechos de Minneapolis</i>	
	<i>Notes on Police Brutality Starting from the Minneapolis Case</i>	
	Roberto Cornelli	
CURRENT PROBLEMS IN THE PENAL SYSTEM	<b>Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempi di pandemia</b>	16
	<i>Salud y seguridad en los lugares de trabajo en tiempos de pandemia</i>	
	<i>Health and safety in the workplace in times of pandemic</i>	
	Vincenzo Mongillo	
	<b>Il suicidio medicalmente assistito tra Corte costituzionale e</b>	63
	<i>Bundesverfassungsgericht</i>	
	<i>El suicidio médicamente asistido en la Corte Constitucional italiana y el</i>	
	<i>Bundesferfassungsgericht alemán</i>	
	<i>Physician-Assisted Suicide Between the Italian Constitutional Court and the German</i>	
	<i>Bundesverfassungsgericht</i>	
	Nicola Recchia	
	<b>Limitless. Prescrizione e pretesa punitiva</b>	86
	<i>Limitless. Prescripción e ius puniendi</i>	
	<i>Limitless. Statute of limitations and right to punish</i>	
	Davide Bianchi	

<p>TEMI DI DIRITTO PROCESSUALE PENALE</p> <p><i>TEMAS DE DERECHO PROCESAL PENAL</i></p> <p><i>THEMES OF CRIMINAL PROCEDURAL LAW</i></p>	<p><b>Il disaccordo tra gli esperti nel processo penale: profili epistemologici e valutazione del giudice?</b></p> <p><i>El desacuerdo entre los expertos en el proceso penal: cuestiones epistemológicas y evaluación del juez</i></p> <p><i>The Disagreement Among Expert Witnesses in the Criminal Trial: Epistemic Profiles and Judicial Evaluation</i></p> <p>Damiano Canale</p>	<p>116</p>
	<p><b>Prendendo sul serio il diritto al silenzio: commento a Corte cost., ord. 10 maggio 2019, n. 117</b></p> <p><i>Tomando el derecho a guardar silencio en serio: un comentario a la ordenanza de la Corte Constitucional italiana n. 117-2019, de 10 de mayo</i></p> <p><i>Taking the Right to Remain Silent Seriously: a Comment to Constitutional Court, Order No. 117 Of May 10, 2019</i></p> <p>Giulia Lasagni</p>	<p>135</p>
<p>'SANZIONI PATRIMONIALI' E DIRITTO PENALE DELL'IMPRESA</p> <p><i>LAS 'SANCIONES PATRIMONIALES' Y EL DERECHO PENAL DE LAS EMPRESAS</i></p> <p><i>MONETARY SANCTIONS AND CORPORATE CRIMINAL LAW</i></p>	<p><b>Civil forfeiture e confisca di prevenzione: quale comparazione possibile?</b></p> <p><i>Civil forfeiture y comiso de prevención italiano: ¿Es realmente posible una comparación?</i></p> <p><i>Civil Forfeiture and Italian Preventive Confiscation: Is a Comparison Really Possible</i></p> <p>Tommaso Trincherà</p>	<p>164</p>
	<p><b>Prospettive di razionalizzazione della disciplina dell'oblazione nel sistema della responsabilità da reato degli enti tra premialità e non punibilità</b></p> <p><i>Perspectivas para racionalizar la disciplina de la "oblazione" en el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas entre recompensas y no punibilidad</i></p> <p><i>Rationalizing the Provisions on "oblazione" in the Corporate Criminal Liability, Between Rewarding and non Punishability</i></p> <p>Elisa Scaroina</p>	<p>189</p>
	<p><b>La riforma dei reati tributari tra responsabilità della persona fisica e responsabilità dell'ente</b></p> <p><i>La reforma de los delitos tributarios entre responsabilidad de la persona física y responsabilidad de la persona jurídica</i></p> <p><i>Tax Crimes Reform Between Individual Liability and Corporate Liability</i></p> <p>Francesca Piergallini</p>	<p>217</p>

## TEMI DI DIRITTO PROCESSUALE PENALE

### *TEMAS DE DERECHO PROCESAL PENAL*

### *THEMES OF CRIMINAL PROCEDURAL LAW*

116 **Il disaccordo tra gli esperti nel processo penale: profili epistemologici e valutazione del giudice?**

*El desacuerdo entre los expertos en el proceso penal: cuestiones epistemológicas y evaluación del juez*  
*The Disagreement Among Expert Witnesses in the Criminal Trial: Epistemic Profiles and Judicial Evaluation*

Damiano Canale

135 **Prendendo sul serio il diritto al silenzio: commento a Corte cost., ord. 10 maggio 2019, n. 117**

*Tomando el derecho a guardar silencio en serio: un comentario a la ordenanza de la Corte Constitucional italiana n. 117-2019, de 10 de mayo*

*Taking the Right to Remain Silent Seriously: a Comment to Constitutional Court, Order No. 117 Of May 10, 201*

Giulia Lasagni



# Prendendo sul serio il diritto al silenzio: commento a Corte cost., ord. 10 maggio 2019, n. 117

## *Tomando el derecho a guardar silencio en serio: un comentario a la ordenanza de la Corte Constitucional italiana n. 117-2019, de 10 de mayo*

*Taking the Right to Remain Silent Seriously: a Comment to Constitutional Court, Order No. 117 Of May 10, 2019*

GIULIA LASAGNI

*Assegnista di ricerca in procedura penale presso l'Università di Bologna  
giulia.lasagni6@unibo.it*

DIRITTI PROCESSUALI  
FONDAMENTALI

DERECHOS PROCESALES  
FUNDAMENTALES

FUNDAMENTAL PROCEDURAL  
RIGHTS

### ABSTRACTS

Il diritto al silenzio occupa da sempre un posto centrale nel misurare il livello di tutela garantito all'indagato e all'imputato. A fronte di una sempre più diffusa interpretazione sostanziale della materia penale, la necessità di riconoscere questa prerogativa fondamentale si pone oggi anche nel contesto di procedimenti amministrativi punitivi, sollevando diversi profili problematici.

Il presente contributo commenta l'ordinanza di rinvio pregiudiziale con cui la Corte costituzionale interroga i giudici del Lussemburgo sulla legittimità della sanzione – prevista anche dal diritto UE – per il rifiuto a cooperare del soggetto sottoposto ad accertamento Consob. Dopo aver esaminato i possibili scenari decisionali della Corte di giustizia ed i rispettivi risvolti sul piano interno, l'analisi si conclude con una riflessione sulla sostenibilità del diritto processuale “allargato” predicato dalla dottrina *Engel*.

El derecho a guardar silencio ha siempre desempeñado un rol central al momento de medir el nivel de protección garantizado a las personas acusadas en un procedimiento penal. Frente a la cada vez mayor extensa interpretación del concepto de materia penal, la necesidad de reconocer el derecho a guardar silencio se plantea hoy también en el contexto de procedimientos administrativos punitivos, planteando diversas cuestiones problemáticas. El presente trabajo comenta la ordenanza de reenvío prejudicial con la cual la Corte Constitucional italiana solicita a la Corte de Justicia de la Unión Europea un pronunciamiento sobre la legitimidad de la sanción para el caso en que la persona acusada por parte de la Consob rechace colaborar con la esta autoridad. Después de haber examinado las posibles decisiones que podría adoptar la Corte de Justicia de la Unión Europea, el análisis concluye con una reflexión sobre la sostenibilidad del derecho procesal “alargado” predicado por la doctrina Engel.

The right to remain silent has always played a central role in measuring the level of protection afforded to suspects in criminal proceedings. Against the increasing spreading of a substantive interpretation of the criminal matter, the need to recognise this fundamental prerogative arises today problematically also in the context of punitive administrative proceedings. This contribution comments on the request for a preliminary ruling in which the Constitutional Court questions the legitimacy to sanction the refusal to cooperate of the person subject to a Consob investigation – possibility provided for also by EU law. After examining the possible decisional scenarios of the Court of Justice and their internal implications, the analysis concludes with a reflection on the sustainability of the “extended” criminal procedural law preached by the *Engel* doctrine.

## SOMMARIO

1. Il diritto a non autoincriminarsi nella materia penale sostanziale: un equilibrio incerto. – 2. L'ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. – 3. I confini del diritto al silenzio nella giurisprudenza della Corte EDU. – 4. *Nemo tenetur se detegere* nel diritto dell'Unione. – 5. Tutele e lacune dello *ius tacendi* nell'ordinamento italiano. – 6. La risposta della Corte di giustizia: possibili soluzioni e probabili sfide. – 7. Un diritto processuale sostenibile?

# 1. Il diritto a non autoincriminarsi nella materia penale sostanziale: un equilibrio incerto.

“La Costituzione fonde questioni giuridiche e morali, facendo dipendere la validità di una legge dalla risposta a problemi morali complessi, come quello di sapere se una certa normativa rispetta l'uguaglianza intrinseca di tutti gli uomini. Questa fusione ha conseguenze importanti per i dibattiti sulla disobbedienza civile [...] Ma lascia aperte due questioni prominenti.

Non ci dice se la Costituzione, anche correttamente interpretata, riconosce tutti i diritti morali dei cittadini, e non ci dice se, come molti suppongono, i cittadini avrebbero il dovere di obbedire alla legge anche ove essa invadesse i loro diritti morali [...] La seconda questione diventa cruciale quando, come in questo momento storico, la maggioranza è stimolata al punto da proporre seriamente modifiche costituzionali che eliminano alcuni diritti, come quello contro l'autoincriminazione”.<sup>1</sup>

Queste considerazioni, riferite da Dworkin agli Stati Uniti della fine degli anni Settanta, rimangono oggi fondamentali anche per la nostra sponda dell'Atlantico.

Il delicato equilibrio che segna il confine fra dovere di collaborare con la legge (o con i suoi rappresentanti) e diritto, si potrebbe dire, alla “disobbedienza civile”, è infatti tutt'altro che pacifico in numerosi ordinamenti. Ciò è tanto più vero quando siano in gioco interessi così rilevanti da comportarne la tutela attraverso norme penali o quasi-penali, a fronte delle quali l'unica forma di legittima “disobbedienza” pare essere quella fondata sul diritto contro l'autoincriminazione.

In questi contesti, dove il bilanciamento fra esigenze repressive e garanzie individuali si rivela un compito al tempo stesso ineludibile e foriero di incessanti tensioni, la definizione del *privilege against self-incrimination* e l'accettazione condivisa della sua portata e dei suoi limiti diventano pertanto essenziali.

Il tema assume una valenza imprescindibile in Europa, dove, a partire dalla sentenza *Engel*, si è imposta una nozione sostanziale di materia penale.<sup>2</sup> Come noto, questa giurisprudenza è nata dall'esigenza di tutelare in modo effettivo i soggetti sottoposti a sanzioni così afflittive da risultare di fatto penali, sebbene qualificate diversamente nella normativa nazionale. Essa si pone quindi come baluardo per contrastare la cosiddetta “truffa delle etichette”, causata dall'esercizio di potestà punitive particolarmente severe da parte di autorità amministrative o disciplinari, cioè di autorità dotate di standard di tutela tendenzialmente limitati.

Su queste basi, la dottrina *Engel* è intervenuta richiedendo un'estensione delle garanzie processuali penali anche alla materia punitiva. Specialmente negli ultimi decenni, nel nostro continente ciò ha comportato modifiche rilevanti in diversi sistemi di accertamento amministrativo, dove si è registrato un incremento graduale della conformità ai principi del giusto processo ed ai diritti della difesa.

L'applicazione estensiva di salvaguardie fondamentali tradizionalmente riconosciute solo nel processo penale, almeno nel loro significato più garantista, non è tuttavia scevra da critiche. Una nozione “allargata” di *matière pénale* pone infatti serie questioni di legittimità e opportunità, oltre a suscitare diverse perplessità di ordine pratico.<sup>3</sup> Il dibattito sul difficile percorso di riconoscimento (e delimitazione) dei diritti processuali della persona sottoposta ad accertamento punitivo nella sostanza, anche se formalmente amministrativo, si è tuttavia sino ad ora quasi del tutto concentrato, nel panorama nazionale così come in quello europeo, sul principio del *ne bis in idem*.<sup>4</sup> In questo contesto, invece, un ruolo spesso sottostimato, ma tanto più critico

<sup>1</sup> Cfr. DWORKIN (1977), 185 (traduzione a cura dell'autrice).

<sup>2</sup> *Engel e a. c Paesi Bassi*, 8 giugno 1976, ricorsi n. 5100/71 e a., cfr. DELMAS-MARTY (1986).

<sup>3</sup> Cfr. §§ 6 e 7.

<sup>4</sup> Su cui, anche per una ricognizione della più recente dottrina, sia concesso un rinvio a LASAGNI (2019), 24 ss.

sembra essere quello rivestito dal diritto contro l'autoincriminazione.

Secondo la nozione comune, il *nemo tenetur se detegere* deve intendersi in modo ampio, comprendente sia la facoltà di opporre il silenzio alle domande poste dagli inquirenti, sia quella, più generale, di non collaborare nella raccolta di elementi a proprio carico o comunque in grado di pregiudicare la propria strategia difensiva.<sup>5</sup> Esso si trova infatti, insieme al diritto al difensore, “al cuore” della nozione di equo processo, nelle parole della Corte di Strasburgo, poiché in sua assenza, l'indagato o imputato non è in grado di esercitare in modo effettivo e consapevole nessun altro diritto di difesa.<sup>6</sup>

Contrariamente a molti principi del *fair trial*, lo *ius tacendi* non è esplicitamente previsto a livello primario né nella nostra Costituzione, né nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), né nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDF). Paradossalmente, si tratta pertanto di un diritto fondamentale, anzi di un diritto “più fondamentale” di altri, nelle parole della Corte EDU, la cui riconduzione a parametri costituzionali o para costituzionali è affidata in modo quasi esclusivo alla giurisprudenza.<sup>7</sup>

A seconda del sistema legale di riferimento, il diritto a non autoincriminarsi è quindi riconosciuto quale corollario del diritto di difesa (in Italia,<sup>8</sup> così come nella Convenzione EDU<sup>9</sup>) o quale contenuto essenziale della presunzione di innocenza (nel diritto dell'Unione<sup>10</sup>). Siffatta classificazione, peraltro, sfocia non di rado in una valorizzazione di entrambi i profili all'interno dello stesso ordinamento.<sup>11</sup> Al di là del riconoscimento formale in questa o quella categoria giuridica, infatti, la definizione dell'ambito di applicazione del *nemo tenetur* appare oggi problematica, soprattutto per altri due ordini di ragioni.

In primo luogo, l'estensione del diritto al silenzio a tutta la materia penale o quasi-penale di cui all'art. 6 CEDU si pone in netto contrasto con i tradizionali modelli di accertamento tecnico in settori nevralgici come il controllo dei mercati finanziari e della concorrenza, che si sono fino ad oggi fondati in larga parte proprio sui doveri di collaborazione del privato sottoposto a vigilanza con l'autorità. Questi contesti risultano critici perché, da un lato, appare difficile non classificare come punitivi molti dei poteri sanzionatori ivi previsti (a meno di non rinnegare, in quanto tale, la stessa dottrina *Engel*<sup>12</sup>). Dall'altro, la trasposizione dei diritti del giusto processo, e specialmente dello *ius tacendi*, alla materia punitiva solleva diverse perples-

<sup>5</sup> Cfr., anche per un inquadramento generale sul diritto al silenzio, SCAPARONE (1981), 87 ss; GIALUZ (2008), 233 ss.

<sup>6</sup> *Ibrahim e a. c Regno Unito*, 13 settembre 2016, ricorsi n. 50541/08 e a., § 266; *Gäfgen c Germania*, 1 giugno 2010, ricorso n. 22978/05, § 168; *Bykov c Russia*, 10 marzo 2009, ricorso n. 4378/02, § 92; *Jalloh c Germania*, 11 luglio 2006, ricorso n. 54810/00, § 100; *John Murray c Regno Unito*, 8 febbraio 1996, ricorso n. 18731/91, § 45. Il legame imprescindibile fra *nemo tenetur* e diritto al difensore è ben espresso da LANGBEIN (1993-1994), 1054, secondo cui “*The privilege against self-incrimination is the creature of defense counsel. The privilege could not emerge so long as the court required the defendant to conduct his own defense.*”

<sup>7</sup> Per lo meno in Italia e a livello sovranazionale europeo (CEDU, diritto UE); diversa considerazione si applica invece al caso, non direttamente rilevante nella pronuncia in esame (seppure citata nelle decisioni sul caso delle Corti di cassazione e costituzionale), dell'art. 14(3)(g) del Patto internazionale dei diritti civili e politici del 16 dicembre 1966.

<sup>8</sup> In Italia, come noto, la Corte costituzionale ha ricondotto il diritto al silenzio alla disposizione dell'art. 24 Cost., sostenendo come il *nemo tenetur se detegere* sia “un corollario essenziale dell'inviolabilità del diritto di difesa, destinato a prevalere anche ove dovesse in concreto comportare l'impossibilità di acquisire una prova” (Cfr. C. Cost., ord. 19 giugno 2002, n. 291; ord. 24 ottobre 2002, n. 451; ord. 26 novembre 2002, n. 485; ord. 24 giugno 2004, n. 202; si veda anche Cass., sez. VI, n. 8958 del 27 gennaio 2015 Cc. (dep. 27 febbraio 2015) Rv. 262499). Anche il collegamento fra presunzione di innocenza e diritto al silenzio appare però imprescindibile nel sistema interno. La ripartizione dell'onere della prova a carico dell'accusa, profilo fondamentale dell'art. 27, comma 2 Cost., infatti, si rispecchia non solo in una regola di giudizio, ma anche nella regola probatoria secondo la quale la raccolta delle prove a carico non può essere sostituita dall'obbligo dell'imputato di autoaccusarsi, cfr. ILLUMINATI (1991), 8-9.

<sup>9</sup> La giurisprudenza consolidata della Corte EDU ha da tempo individuato nell'art. 6(1) CEDU la base giuridica del *privilege against self-incrimination*, pur avendone ripetutamente ribadito anche lo stretto legame con la presunzione di innocenza di cui all'art. 6(2) (cfr. *Saunders c Regno Unito*, 17 dicembre 1996, ricorso n. 19187/91, § 71; *O'Donnell c Regno Unito*, 7 luglio 2015, ricorso n. 16667/10, opinione concorrente del giudice Wojtyczek, § 3; *Heaney e McGuinness c Irlanda*, 21 dicembre 2000, ricorso n. 34720/97, § 40; *Quinn c Irlanda*, 21 dicembre 2000, ricorso n. 36887/97, § 40) e con altri diritti difensivi, primi fra tutti quelli di accesso al difensore e all'informazione, essenziali per assicurare l'effettività della difesa e ridurre il rischio di abusi ed errori giudiziari.

<sup>10</sup> Di cui all'art. 48(1) CDF; il legame con la presunzione di innocenza risale però già ad epoca precedente all'entrata in vigore della Carta e all'estensione ufficiale delle competenze dell'Unione in materia penale. Si vedano, fra le molte, *Commissione c SGL Carbon AG*, causa C-301/04 P, 29 giugno 2006, ECLI:EU:C:2006:432, § 406; *Mannesmannröhren-Werke AG c Commissione*, causa T-112/98, 20 febbraio 2001, ECLI:EU:T:2001:61, §§ 36-77; *Orkem c Commissione*, causa C-374/87, 18 ottobre 1989, ECLI:EU:C:1989:387, § 30-31, cfr. per una ricostruzione in termini generali, NEHL (2014), 1293. A partire dal 2016, tale collocazione trova una conferma ufficiale nelle fonti secondarie, e in particolare nell'art. 7 della Direttiva 2016/343, che include esplicitamente il diritto al silenzio fra gli “aspetti” della presunzione di innocenza oggetto di armonizzazione, almeno a livello estremamente basilare, come si dirà sub § 4; cfr. Considerando (1), Direttiva 2016/343 del 9 marzo 2016 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali.

<sup>11</sup> Forse anche per questo, tale disomogeneità, che in astratto potrebbe contribuire a rendere meno immediato il dialogo fra le corti domestiche e quelle sovranazionali, non pare rappresentare un elemento rilevante nel determinare il livello di protezione accordato a questa garanzia fra i diversi ordinamenti, nonché al loro interno.

<sup>12</sup> Questa opzione non è tuttavia considerata di per sé auspicabile o risolutiva, per le diverse ragioni di cui si dirà sub § 7.

sità. Il riferimento non è qui solo a considerazioni di opportunità legate al funzionamento dei sistemi di vigilanza, che sono tradizionalmente avversi a riconoscere simile prerogativa. Come già emerso anche in relazione al *ne bis in idem*,<sup>13</sup> infatti, la necessità di prendere in considerazione le divergenze strutturali e di obiettivo dei settori penale e amministrativo incentiva lo sviluppo, in via giurisprudenziale, di nozioni diverse del medesimo diritto. Questa flessibilità, specialmente se riferita a garanzie fondamentali come il *nemo tenetur*, rischia di aprire le porte ad applicazioni meno garantiste dei principi anche all'interno della materia penale in senso stretto.<sup>14</sup>

In secondo luogo, davanti all'interprete italiano ed europeo chiamato ad individuare in concreto i confini del diritto a non autoincriminarsi, sfilano oggi ricostruzioni normative e giurisprudenziali che incidono su ambiti parzialmente diversi e prevedono standard non omogenei, determinando quindi sfere di protezione fra loro non del tutto sovrapponibili. Questa difformità è riscontrabile anche all'interno dei singoli ordinamenti nazionali: certamente lo è in Italia dove, a fronte di una tutela tendenzialmente netta – sebbene non priva di ombre – nel processo penale, nella materia amministrativa punitiva il *privilege against self-incrimination* non è tendenzialmente riconosciuto.<sup>15</sup>

Il presente contributo mira ad approfondire i profili critici relativi all'applicazione del *nemo tenetur se detegere* alla materia amministrativa punitiva, prendendo spunto dall'ordinanza di rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale del maggio 2019. In essa, il giudice delle leggi ha coraggiosamente interrogato la Corte di giustizia (CGUE) sulla potenziale violazione del diritto al silenzio causata dall'imposizione di sanzioni da parte della Consob per il rifiuto a cooperare del soggetto sottoposto ad accertamento punitivo (che in seguito si chiamerà, per semplicità di termini, 'l'accusato').<sup>16</sup>

A tal fine, nei prossimi paragrafi si identificheranno dapprima gli spunti, spesso ambigui, che il nostro ordinamento può trarre dalla giurisprudenza europea sullo *ius tacendi*. Si passerà poi a discutere delle possibili argomentazioni che i giudici del Lussemburgo potrebbero adottare in risposta all'istanza della Consulta – le cui conseguenze, per il nostro sistema, appaiono potenzialmente dirompenti in qualsiasi modo la Corte di giustizia deciderà di esprimersi.<sup>17</sup> Pur condividendo la necessità di garantire diritti adeguati al rischio punitivo sostanziale sofferto dall'accusato, il presente contributo si concluderà infine riprendendo in ottica problematica la sostenibilità di un diritto penale processuale "allargato" alla luce della dottrina *Engel* – tanto difficile da applicare quanto da sostituire.

## 2. L'ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

Nel 2012, la Consob concludeva un procedimento amministrativo per abuso di informazioni privilegiate *ex art. 187-bis*, comma 1 lett. a) e c) TUF, all'esito del quale all'accusato venivano inflitte una sanzione amministrativa pecuniaria ed una interdittiva temporanea, in aggiunta alla confisca per equivalente del profitto e dei mezzi usati per porre in essere tale condotta.

Allo stesso soggetto, per quanto più rilevante ai fini del presente contributo, veniva imposto anche il pagamento di euro 50.000 per l'illecito amministrativo di cui all'art. 187-*quinquiesdecies* TUF. La disposizione, all'epoca dei fatti, statuiva che "fuori dai casi previsti dall'articolo 2638 del codice civile, chiunque non ottempera nei termini alle richieste della Consob ovvero ritarda l'esercizio delle sue funzioni è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro diecimila ad euro duecentomila". La condotta illecita dell'accusato veniva individuata dalla Consob, in primo luogo, nell'essersi presentato all'audizione solo cinque mesi dopo la convocazione, senza fornire motivazioni rilevanti per il ritardo. In secondo luogo, una volta presente, nell'essersi rifiutato di rispondere alle domande e di rilasciare dichiarazioni.

Tale decisione veniva confermata dalla Corte di Appello di Roma. L'accusato ricorreva quindi per cassazione, lamentando la illegittimità costituzionale della sanzione relativa al ri-

<sup>13</sup> Ad esempio, in relazione agli articoli 50 CDF e 54 della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen, su cui si veda, LASAGNI (2019), 62 ss.

<sup>14</sup> Su cui si veda, in conclusione, sub § 7.

<sup>15</sup> Cfr. sub § 5.

<sup>16</sup> C. Cost., ord. 10 maggio 2019, n. 117, registrata davanti alla Corte di giustizia con domanda del 21 giugno 2019 (causa C-481/19).

<sup>17</sup> Cfr. sub § 6.

futo di collaborare con la Consob per violazione del diritto al silenzio, così come riconosciuto a livello nazionale ed europeo agli artt. 24 e 111 Cost., e 6 CEDU.<sup>18</sup> I giudici di legittimità ritenevano la questione rilevante, aggiungendo a tali parametri anche l'art. 47 CDF, considerato sovrapponibile all'art. 6 CEDU.<sup>19</sup> Il possibile contrasto fra l'art. 187-*quinquiesdecies* TUF, derivato dalla trasposizione della Direttiva 2003/6/CE, e tali diritti fondamentali, veniva indicato dalla Cassazione come un'ipotesi di doppia pregiudizialità, cioè di potenziale violazione tanto di norme costituzionali, quanto di fonti primarie del diritto dell'Unione. Ne conseguiva il rinvio alla Corte costituzionale, in attuazione del ragionamento sviluppato (e delle conclusioni raggiunte) nel noto caso *Taricco*.<sup>20</sup>

Nel condividere la rilevanza dei dubbi sollevati dalla Cassazione, il giudice delle leggi in primo luogo si preoccupava di definire quali profili di “non collaborazione” possano dirsi coperti dal *nemo tenetur se detegere*. La Corte costituzionale escludeva infatti che il rifiuto di presentarsi all'audizione disposta dalla Consob, così come il ritardo a comparire potessero essere giustificati dal diritto a non autoincriminarsi. Considerazioni opposte, invece, venivano tratte rispetto alla possibilità di non rispondere alle richieste di informazioni rivolte dall'autorità procedente, prerogativa ritenuta necessaria per tutelare il diritto al silenzio.<sup>21</sup>

In secondo luogo, la Corte costituzionale si interrogava sulla possibile estensione dello *ius tacendi* ai procedimenti sanzionatori di natura punitiva, sia in quanto tali, sia in quanto – nei sistemi a doppio binario come quello italiano – potenzialmente funzionali all'apertura o prosecuzione di procedimenti penali (in senso stretto) sui medesimi fatti. A tal fine, anche al giudice delle leggi appariva pacifica la riconduzione della fattispecie dell'abuso di informazioni privilegiate alla materia à *coloration pénale*.<sup>22</sup> Da ciò derivava quindi la necessità di esprimersi su quali diritti, tipici del processo penale *stricto sensu*, fossero applicabili in questo contesto.

Preliminarmente, la Corte ammetteva di non aver mai esaminato la questione con riferimento specifico allo *ius tacendi*; essa ricordava però di aver, già da tempo, esteso talune garanzie tipiche della materia penale anche all'ambito punitivo, quali il divieto di retroattività delle modifiche in *peius*, l'obbligo di sufficiente precisione del precetto sanzionatorio e il principio di retroattività delle modifiche in *mitius*.<sup>23</sup> In modo quanto mai opportuno, la Consulta quindi pro-

<sup>18</sup> L'accusato rilevava inoltre anche l'incostituzionalità della confisca per equivalente e, da ultimo, la violazione del diritto al contraddittorio per essere stato sanzionato per un fatto diverso da quello originariamente contestatogli. Questa questione veniva trattata separatamente dalla Corte costituzionale, sfociando in una declaratoria di incostituzionalità della previsione della confisca del “prodotto” e dei “beni utilizzati” per commettere gli illeciti previsti dal TUF, cfr. Corte cost., 10 maggio 2019, n. 112, Pres. Lattanzi, Red. Viganò, commentata da GATTA (2019).

<sup>19</sup> Peraltro solo parzialmente, mentre più pregnante, anche nell'ottica della Consulta, risulta l'art. 48 CDF, cfr. [Draft Charter of Fundamental Rights of the European Union. Text of the explanations relating to the complete text of the Charter as set out in CHARTE 4487/00 CONVENT 50](#), Brussels, 11 ottobre 2000, p. 41.

<sup>20</sup> In cui la Consulta aveva affermato come, in simili circostanze, fosse necessario per il giudice comune prediligere questa via rispetto al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Nell'ordinanza di remissione, i giudici di legittimità ritenevano questa interpretazione scarsamente compatibile con la consolidata giurisprudenza della CGUE in materia di primato del diritto dell'Unione (nonché, si potrebbe aggiungere, con la stessa giurisprudenza della Corte costituzionale in *Costa c Enel* (sent. 24 febbraio 1964, n. 14) e *Granital* (sent. 5 giugno 1984, n. 170). La questione appare allo stato superata dalle sent. 23 gennaio 2019, n. 20 (§ 2.3 del Considerato in diritto, commentata, fra i molti, da RUGGERI (2019a); BRONZINI (2019); POLLICINO e REPETTO (2019)) e 20 febbraio 2019, n. 63 (§ 4.3 del Considerato in diritto, commentata, fra i molti, da SCOLETTA (2019) e VITALE (2019)), con cui la Corte costituzionale, pur senza presentarlo come un *overruling*, ri-allargava i margini di discrezionalità del giudice comune nell'attivazione degli strumenti previsti dal diritto europeo, “completando” il percorso di rientro “nel sistema “a rete” di tutela dei diritti in Europa”, cfr. LUPO N (2019); AMALFITANO (2019); BIONDI (2019); CASAMASSIMA (2019); CATALANO S (2019); MASSA (2019); MARRA e VIOLA (2019); RUGGERI (2019b); TEGA (2019). Tale interpretazione veniva ribadita dalla Corte costituzionale anche nell'ordinanza in commento. Sul caso *Taricco*, si vedano, per una panoramica, ricca ma sommaria, LUPO E (2018); FARAGUNA e a. (2018); BIN (2018); SARMIENTO (2018); ARLETTAZ (2018); MANACORDA (2018); NISTICÒ (2018); AMALFITANO (2017); BASSINI e POLLICINO (2017); BERNARDI (2017); CAIANIELLO (2017); MASSARO (2017); NEGRI (2017); PAONESSA e ZILETTI (2016), cfr. anche C. cost., sentenza 14 dicembre 2017, n. 269.

<sup>21</sup> Nel caso specifico, peraltro, la Corte suggeriva in un passaggio non privo di qualche ambiguità che la mancanza di riconoscimento al diritto al silenzio potesse essere “valorizzata dal giudice del procedimento principale per concludere che [l'accusato] non possa essere sanzionato né per il silenzio serbato nell'audizione, né per il ritardo nel presentarsi all'audizione stessa”.

<sup>22</sup> In linea con precedenti decisioni delle Corti di Strasburgo e del Lussemburgo, che ripetutamente, anche in riferimento al nostro ordinamento, avevano concluso in questo senso rispetto ad illeciti legati all'abuso di mercato, cfr., Corte EDU *Grande Stevens e a. c Italia*, 4 marzo 2014, ricorso n. 18640/10 e Corte di giustizia, *Procedimenti penali contro Luca Menci*, causa C-524/15, ECLI:EU:C:2018:197; *Garlsson Real Estate SA e a. c CONSOB*, causa C-537/16, ECLI:EU:C:2018:193; *Enzo Di Puma c CONSOB e CONSOB c. Antonio Zecca*, cause riunite C-596/16 and C-597/16, ECLI:EU:C:2018:192, tutte del 20 marzo 2018.

<sup>23</sup> Cfr. § 7.1 della ordinanza di rinvio. Questo primo passaggio argomentativo, condivisibile nel suo intento (aumentare il livello di protezione per l'accusato), merita una riflessione di metodo. Le garanzie già riconosciute dalla Consulta si riferiscono, infatti, al portato dell'art. 7 CEDU (principio di legalità); il *nemo tenetur* rientra, invece, nel novero dei diritti dell'equo processo di cui all'art. 6. Questa distinzione non è irrilevante, poiché la Convenzione fa riferimento, sia all'art. 6 che all'art. 7, alla nozione di “materia penale”: tuttavia, la Corte di Strasburgo non sempre applica gli stessi criteri per definire tale concetto. In diversi casi, relativi all'art. 7, la Corte EDU ha infatti affiancato ai tre criteri *Engel* utilizzati per l'art. 6 parametri ulteriori, quali la procedura seguita nell'adottare la misura in esame (verificando se la competenza spetti o meno al giudice penale, o se siano state applicate norme processuali penali) o l'esistenza di un rapporto di causalità fra condanna penale (in

seguiva constatando che il *nemo tenetur*, protetto dall'art. 24 Cost. e, in ambito convenzionale, dall'art. 6 CEDU, è stato più volte riconosciuto dai giudici di Strasburgo anche all'interno di procedimenti non penali *stricto sensu*. Affermata la natura punitiva delle sanzioni in oggetto, la Corte costituzionale evidenziava, infine, un profilo di contrasto con la Convenzione, nonché, nella normativa italiana, di potenziale illegittimità alla luce dell'art. 24 Cost.

Prima di trarre conclusioni in tal senso, tuttavia, anche i giudici delle leggi sottolineavano come l'obbligo di punire l'ostacolo alle funzioni di vigilanza della Consob, persino in forma meramente omissiva, derivi nell'ordinamento italiano dalla trasposizione della normativa secondaria dell'Unione, e in particolare dagli artt. 12(2)(b) e 14(3) della Direttiva 2003/6/CE, disposizione confermata anche nella versione attualmente in vigore (Regolamento (UE) 596/2014).<sup>24</sup> Interrogarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 187-*quinquiesdecies* TUF pone pertanto in discussione anche la legittimità del diritto europeo da cui la norma nazionale deriva.<sup>25</sup>

La Corte costituzionale, inoltre, correttamente rilevava come un contrasto sia riscontrabile già a livello europeo. Gli obblighi imposti dalla Direttiva in materia di *insider trading*, difatti, non paiono del tutto compatibili con il riconoscimento della presunzione di innocenza, del diritto di difesa e del diritto al silenzio, così come tutelati dagli articoli 47 e, soprattutto, 48 CDF.<sup>26</sup> Ciò è rilevante poiché, secondo consolidata giurisprudenza della CGUE, non possono esistere settori del diritto UE nei quali si possa prescindere dall'applicazione delle garanzie previste dalla Carta dei diritti fondamentali, che contempera, per la materia penale, anche il *nemo tenetur*.<sup>27</sup> In accordo con la Cassazione, quindi, la Consulta concludeva per la necessità di sollevare questione pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia. Due le richieste di chiarimento: in primo luogo, se dal diritto UE in materia di abuso di mercato, effettivamente derivi un obbligo di sanzionare il rifiuto a collaborare opposto dall'accusato; in secondo, subordinato alla risposta positiva al primo quesito, se tale normativa secondaria possa dirsi compatibile con gli artt. 47 e 48 CDF, anche alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

### 3. I confini del diritto al silenzio nella giurisprudenza della Corte EDU.

Secondo la costante giurisprudenza della Corte di Strasburgo, tutti i diritti sanciti dall'art. 6(1) CEDU si applicano a partire dal momento in cui contro l'indagato viene formulata una "accusa penale" e quindi anche nelle fasi preprocessuali.

La nozione di "accusa penale" non si identifica però esclusivamente né con la contestazione dell'imputazione, né, in fase di interrogatorio, del fatto attribuito e dei relativi elementi di prova. Come anticipato, in applicazione dei cd. criteri *Engel*, i diritti dell'equo processo, incluso quello al silenzio, devono infatti trovare applicazione non solo nella materia penale in senso stretto, ma anche nell'ambito del cd. diritto punitivo (sia esso amministrativo o disciplinare).<sup>28</sup>

Nel definire in quali casi l'accusato possa opporre un diniego alla richiesta di cooperazione

senso stretto) ed applicazione della misura (cfr., ad esempio, *G.I.E.M. S.R.L. e a c Italia*, 28 giugno 2018, ricorsi n. 1828/06 e a., rispettivamente § 215 ss e § 228 ss). In astratto, pertanto, potrebbero prefigurarsi casi di non piena corrispondenza fra le definizioni sub art. 6 e art. 7.

<sup>24</sup> Cfr. artt. 23(2)(b) e 30(1)(b), Regolamento n. 596/2014 del 16 aprile 2014, relativo agli abusi di mercato e art. 9, comma 2, let. b), della legge 18.04.2005, n. 62 che ha recepito la Direttiva 2003/6 (lo stesso tenore si registra anche nella versione dell'art. 187-*quinquiesdecies* TUF oggi in vigore, a seguito delle modifiche apportate dal d. lsg. 3 agosto 2017, n. 129 in attuazione della Direttiva 2014/65/UE del 15 maggio 2014, relativa ai mercati degli strumenti finanziari). Le disposizioni della Direttiva 2003/6 e del Regolamento venivano considerate dalla Corte sostanzialmente omogenee.

<sup>25</sup> Una semplice dichiarazione di incostituzionalità di tale disposizione, infatti, "rischierebbe di porsi in contrasto con il diritto dell'Unione", cfr. § 9 della ordinanza di rinvio.

<sup>26</sup> Cfr. anche § 9.2 della ordinanza di rinvio, in cui il giudice delle leggi ripercorre la restrittiva giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di diritto al silenzio. Tale orientamento (su cui si veda § 4), sviluppatosi essenzialmente in riferimento al diritto della concorrenza, non veniva ritenuto applicabile al contesto del diritto punitivo, essendosi formato non solo "riguardo a persone giuridiche", ma anche, "in larga misura in epoca antecedente all'adozione" della Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

<sup>27</sup> L'impossibilità di situazioni nelle quali i principi della Carta non sono vincolanti nonostante la normativa rientri nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione è stata esplicitamente affermata, ad esempio, in *Åklagaren c Hans Åkerberg Fransson*, causa C-617/10 [GC], 26 febbraio 2013, ECLI:EU:C:2013:280, § 21.

<sup>28</sup> Questa interpretazione dell'art. 6 è generalmente riconosciuta dalla Corte EDU indifferentemente dalla "tipologia" di ricorrente (persona fisica o persona giuridica), sebbene i giudici di Strasburgo non si siano ancora mai pronunciati esplicitamente su di un caso avente ad oggetto la definizione del diritto al silenzio di un ente. Cfr., ad esempio, *Menarini Diagnostics S.r.l. c Italia*, 27 settembre 2011, ricorso n. 43509/08, § 44. In tal senso concludono anche LAMBERIGTS (2016), 36 ss.; OLIVER (2015), 685; VAN KEMPEN (2011), 373.

dell'autorità procedente, va tuttavia rimarcato come la giurisprudenza EDU abbia sviluppato un approccio non troppo coerente, specialmente se osservato dalla prospettiva del nostro diritto interno.

Innanzitutto, non qualsiasi forma di coercizione adottate al fine di ottenere informazioni dall'accusato è considerata una violazione del diritto al silenzio. Secondo la Corte EDU è, infatti, necessario esaminare diversi parametri relativi al caso di specie, quali la natura e il grado di coercizione adoperati, il peso dell'interesse pubblico nell'indagine e nella repressione dell'illecito in questione, l'esistenza di eventuali garanzie *ad hoc* e l'uso che viene fatto del materiale probatorio così ottenuto.<sup>29</sup> In ottica garantista, la Corte ha specificato come la complessità di alcuni tipi di reato (ad esempio, reati societari) o la particolare gravità degli stessi (come in caso di terrorismo) non possono, di per sé, giustificare una restrizione del privilegio. Tuttavia, a partire dalla nota decisione *Murray c. Regno Unito*, i giudici di Strasburgo hanno introdotto una preoccupante distinzione fra forme di coercizione "proprie" e "improprie", applicabile a tutte le richieste da parte delle autorità procedenti, anche finalizzate all'acquisizione di mere dichiarazioni orali da parte dell'accusato.<sup>30</sup> Va aggiunto che, come noto, nella stessa sentenza i giudici di Strasburgo ritenevano accettabile che il silenzio dell'imputato venisse considerato quale prova a carico, sia pur con alcuni *caveat*.<sup>31</sup>

Solo nel caso di coercizione "impropria", cioè di costrizione in grado di "distruggere l'essenza stessa" del diritto contro l'autoincriminazione,<sup>32</sup> può essere riscontrata una violazione del parametro convenzionale. Consapevole della vaghezza applicativa di tale criterio, specialmente se riferito alla fase preprocessuale, la Corte EDU ha nel tempo sviluppato un elenco, sia pur non esaustivo, di fattori da esaminare - da cui, per la verità, sembra emergere una concezione piuttosto tollerante verso potenziali restrizioni del *nemo tenetur*.<sup>33</sup>

Vero è, tuttavia, che, nella per altri aspetti controversa sentenza *Ibrahim* (2016), i giudici di Strasburgo hanno ribadito che esistono almeno tre tipi di situazioni classificabili come forme di coercizione "impropria". Esse in particolare hanno luogo: (i) quando l'accusato è obbligato a testimoniare sotto la minaccia di sanzioni e, di conseguenza, rende testimonianza o è sanzionato per aver opposto un rifiuto, (ii) quando il soggetto è sottoposto a pressione fisica o psicologica che sfocia in violazioni dell'art. 3 CEDU o, infine, (iii) quando le autorità, non essendo riuscite ad ottenere le informazioni sperate nelle apposite sedi (es. interrogatorio), ricorrono a sotterfugi per venirne in possesso.<sup>34</sup> Di queste tre circostanze, la prima è spesso rilevante in caso di procedimenti amministrativi punitivi, incluso quello della Consob di cui tratta l'ordinanza di rinvio qui in commento.

Tali limiti si applicano a tutte le richieste di informazioni da parte delle autorità procedenti, e non solo alle dichiarazioni orali. Nella storica decisione *Funke* (1993), ad esempio, la Corte EDU aveva riconosciuto che la richiesta di produzione documentale avanzata contro l'accusato costituiva una violazione del diritto al silenzio. Poiché ne sarebbero potute emergere prove a carico, questa veniva, infatti, ritenuta un tentativo di costringere lo stesso a produrre le prove che gli inquirenti non avevano saputo o voluto procurarsi con altri mezzi.<sup>35</sup>

Non mancano tuttavia ambiguità e contraddizioni. Pochi anni dopo, ad esempio, in *Saunders* (1996), la Corte limitava la portata dello *ius tacendi*, dichiarando che esso non si estende al

<sup>29</sup> *Jallob c. Germania*, §§ 97, 101 e 117.

<sup>30</sup> *John Murray c. Regno Unito*, § 49; *O'Halloran e Francis c. Regno Unito*, 29 giugno 2007, ricorsi n. 15809/02 e 25624/02, §§ 53-55; *Heaney e McGuinness c. Irlanda*, §§ 54-55; *Bykov c. Russia*, § 92. Si veda, anche per altri casi, VEENBRINK (2015), 122 ss. I termini "proper/improper" sono riportati come "decisive/not decisive" in PATANÈ (2006), 329, con riferimento a MAINA (1997), 197. Una distinzione in tal senso, peraltro, non è estranea ad altri sistemi giuridici, come quello nordamericano, cfr. ALSCHULER (1995), 2669 ss.

<sup>31</sup> Sono note le condizioni poste a tal fine dalla sentenza sul caso *Murray*. Per poter valutare il silenzio *contra reum* sarebbe necessario, da un lato, che esso non costituisca l'unico elemento a fondamento della condanna; dall'altro, che l'imputato sia stato doverosamente avvisato di tale possibile conseguenza e si trovi, quanto all'accertamento processuale che lo riguarda, in una situazione "which clearly call[ed] for an explanation from him", cfr. *John Murray c. Regno Unito*, § 47, su cui si vedano, ad esempio, MUNDAY (1996), 370 ss; MIRFIELD (1997), 311 ss e, sul piano interno e con una lettura più favorevole, PATANÈ (2006), 324 ss. Di questo vago parametro si dirà ulteriormente sub § 6.4.

<sup>32</sup> *John Murray c. Regno Unito*, § 49.

<sup>33</sup> Fra cui, come riassunto in *Ibrahim c. Regno Unito*, § 274: (i) lo status di potenziale vulnerabilità dell'imputato; (ii) la conformità dell'atto investigativo con il quadro giuridico che disciplina il procedimento istruttorio e, se le prove sono state ottenute illegalmente, la natura dell'illegittimità in questione; (iii) la possibilità per l'imputato di contestare l'autenticità delle prove così ottenute e di opporsi al loro uso (e, in caso di dichiarazione, se siano state prontamente ritirate o modificate dall'imputato); (iv) l'analisi delle circostanze in cui le prove sono state ottenute, per verificare se queste ne mettano in dubbio la affidabilità o accuratezza; (v) il peso delle prove così ottenute a sostegno di una condanna e la forza delle altre prove nel caso; e (vi) il peso dell'interesse pubblico nelle indagini e nella sanzione del particolare reato in questione.

<sup>34</sup> *Ibrahim c. Regno Unito*, § 267.

<sup>35</sup> *Funke c. Francia*, 25 febbraio 1993, ricorso n. 10828/84, § 44.

materiale, ottenibile dall'accusato, che esiste indipendentemente dalla volontà di quest'ultimo, quale ad esempio campioni di sangue e di urine, tessuti corporei ai fini del test del DNA e documenti "acquisiti in virtù di un mandato".<sup>36</sup> Questa ultima locuzione appare particolarmente critica, sia in termini generali sia in relazione al caso qui in esame: non si vede infatti quale tipo di documento, purché esistente, non potrebbe essere in potenza acquisito tramite *warrant*.<sup>37</sup> Un'interpretazione rigorosa di *Saunders* potrebbe, pertanto, far dubitare dell'applicazione stessa del *nemo tenetur* a tali tipologie di richieste.

Gli ordini di produzione documentale rivolti all'accusato continuavano però ad essere censurati dalla Corte, non solo alla luce degli argomenti già utilizzati in *Funke*, quanto piuttosto, ad esempio in *J.B.* (2001), per l'imposizione di sanzioni a fronte del rifiuto di ottemperare alle domande dell'autorità.<sup>38</sup> In tal senso, nella più recente decisione *Chambaz* (2012), veniva affermata dalla Corte EDU un'interpretazione particolarmente estensiva del diritto al silenzio, riferito a richieste documentali. In quel caso, l'accusato era stato sanzionato dalla autorità amministrativa per il rifiuto a produrre documentazione in materia fiscale, sebbene il rifiuto fosse motivato dal timore che tale materiale divenisse utilizzabile nel processo penale per evasione fiscale già pendente contro lo stesso soggetto. Con riguardo a siffatte circostanze, la Corte addirittura ampliava l'ambito di applicazione del diritto contro l'autoincriminazione, ritenendolo invocabile non solo nella materia penale (in senso stretto o punitiva), ma anche nei procedimenti amministrativi "puri", nei casi in cui con la prima sussista un "legame sufficiente", ad esempio quando un procedimento "s'inscrivait dans le prolongement" dell'altro.<sup>39</sup>

Nel suo insieme, in definitiva, la giurisprudenza EDU rivela quindi un approccio alla tutela del *nemo tenetur se detegere* non privo di una certa ambiguità. Da un lato, essa censura di per sé l'uso del silenzio come prova a carico, così mostrando scarsa sensibilità rispetto alla scelta dell'imputato di rimanere del tutto passivo (anche nel processo penale in senso stretto). Dall'altro, tuttavia, la Corte, con orientamento costante, ritiene costituire una forma di coercizione "impropria", e come tale in contrasto con il diritto a non autoincriminarsi, l'applicazione di sanzioni (anche meramente amministrative) contro l'accusato per il suo rifiuto a collaborare. Questo ultimo aspetto, come si dirà, sembra destinato ad avere un impatto fondamentale nella soluzione del caso in esame, alla luce della normativa UE di riferimento.

## 4.

### *Nemo tenetur se detegere* nel diritto dell'Unione.

La ricostruzione degli esatti confini dello *ius tacendi* nel diritto dell'Unione appare oggi ancora più incerta di quella di Strasburgo.

Questa difficoltà è dovuta ad almeno un duplice ordine di motivi. In primo luogo, ad alcuni difetti che affliggono la fonte specificamente dedicata al tema trattato, vale a dire la Direttiva 2016/343 sulla presunzione di innocenza: essa, infatti, sembra caratterizzata, nella formulazione delle sue previsioni, da una certa ambiguità interna, che ne rende difficilmente prevedibile l'applicazione.<sup>40</sup> Il secondo motivo concerne invece la portata della Direttiva, che, come si vedrà, risulta limitata almeno in riferimento ad un profilo non marginale. A ciò deve aggiungersi che tali criticità non trovano, ad oggi, risposte chiare a livello giurisprudenziale. Al proposito, va infatti rimarcato che, sino ad ora, i giudici del Lussemburgo si sono espressi sul diritto al silenzio quasi esclusivamente con riguardo al diritto della concorrenza (che, come noto, rappresenta un *punctum dolens* nella impalcatura teorica dell'ordinamento UE<sup>41</sup>).

Venendo al primo profilo, relativo ai difetti che inficiano l'articolato della Direttiva, si devono mettere ulteriormente in evidenza due passaggi caratterizzati da ambiguità notevole: uno riferito al riconoscimento ed alla portata del diritto a non autoincriminarsi, a fronte di

<sup>36</sup> *Saunders c Regno Unito*, § 68.

<sup>37</sup> Così TRECHSEL (2005), 354.

<sup>38</sup> *J.B. c Svizzera*, 3 maggio 2001, ricorso n. 31827/96, § 63–71. Un'applicazione del criterio illustrato al punto (ii) (violazione dell'art. 3 CEDU) anche alle prove reali può invece trovarsi ad esempio in *Jalloh c Germania*, §§ 111 ss.

<sup>39</sup> *Chambaz c Svizzera*, 5 aprile 2012, ricorso n. 11663/04, §§ 50–58, e soprattutto § 54 e 58. Nel caso specifico, il procedimento penale per il reato di evasione fiscale pendente durante l'accertamento amministrativo per il medesimo illecito.

<sup>40</sup> Direttiva (UE) 2016/343 del 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali.

<sup>41</sup> Le criticità di questo settore del diritto dal punto di vista della coerenza del sistema sanzionatorio sono sintetizzate in conclusione di questo paragrafo.



richieste di produzione documentale l'altro concernente la possibilità di utilizzare il silenzio dell'accusato come prova a suo carico.

Quanto al rapporto tra *ius tacendi* e produzione di prove reali, il passaggio critico è rinvenibile all'art. 7(3), secondo il quale non integra una violazione del diritto al silenzio la richiesta all'accusato di prove "che possono essere ottenute lecitamente ricorrendo a poteri coercitivi legali e che esistono indipendentemente dalla volontà" dello stesso. La portata esatta della previsione appare ancora incerta. Limitandosi al testo della Direttiva, essa può infatti essere letta, da un lato, in maniera del tutto neutra, come legittimante la richiesta all'imputato di consegnare quel materiale probatorio che, in caso di diniego, può essere comunque ottenuto in virtù delle potestà acquisitive riconosciute alle autorità dalla legge. Detto altrimenti, la disposizione potrebbe solo autorizzare gli Stati a ricorrere alla richiesta di consegna da parte dell'interessato, in alternativa alla paventata ispezione, perquisizione o sequestro. D'altro canto, il considerando (29) reinterpreta l'art. 7(3) con un chiaro riferimento alla giurisprudenza *Saunders* della Corte EDU. Tale riferimento potrebbe quindi lasciar intendere che una qualche forma di coercizione in capo all'interessato che rifiuti di collaborare possa essere autorizzata. Questa interpretazione non pare tuttavia auspicabile, e non solo perché il considerando (29) sembra essere in parte limitato dal considerando (25), che ripropone invece la ben più garantista decisione *Funke*.<sup>42</sup>

In un quadro di indeterminazione, sul piano testuale, la scelta ermeneutica più appropriata sembra allora quella di lavorare sui principi: in conformità al *favor rei* ed alla presunzione di innocenza, a fronte di richieste di produzione documentale sembrerebbe ragionevole escludere la punibilità dell'imputato per il rifiuto a collaborare. L'art. 7(3), peraltro, nulla dice quanto alla sanzionabilità del comportamento renitente da parte dell'imputato e dunque, sotto questo profilo, non sembra autorizzare letture integratrici in tal senso. Ciò quantomeno dovrebbe valere in relazione a documenti per cui non esistono obblighi legali di conservazione e produzione a richiesta delle autorità (quindi, ad esempio, la corrispondenza societaria, ma non i libri contabili): soluzione, quest'ultima, recepita in altri sistemi nei casi in cui si intreccino il procedimento penale e quello amministrativo a vocazione punitiva.<sup>43</sup>

Il passaggio critico concernente il "valore probatorio" del silenzio opposto dall'accusato è invece riscontrabile nel rapporto fra l'art. 7(5) ed il considerando (28). Da un lato, l'art. 7(5) è netto nell'affermare che "l'esercizio da parte degli indagati e imputati del diritto al silenzio o del diritto di non autoincriminarsi non può essere utilizzato contro di loro e non è considerato quale prova che essi abbiano commesso il reato". Dall'altro, il considerando (28) sembra mettere in discussione quanto affermato nel testo della disposizione, recependo i criticabili argomenti usati dalla Corte EDU nella sentenza *Murray*.<sup>44</sup>

A tal riguardo, sembra auspicabile un'interpretazione letterale della Direttiva che, facendosi forza del carattere non vincolante del considerando,<sup>45</sup> non vanifichi la portata, per una volta priva di incertezze, dello stesso art. 7.

Il secondo profilo critico evidenziato, relativo ai limiti della portata della Direttiva, si riferisce invece ad una occasione mancata di accogliere il livello di protezione riconosciuto dalla Corte EDU.<sup>46</sup> Il considerando (11) specifica infatti che questa non si dovrebbe applicare "ai

<sup>42</sup> Sul rapporto contraddittorio fra la giurisprudenza *Saunders* e *Funke* si veda § 3.

<sup>43</sup> Simile interpretazione è applicata, ad esempio, oltreoceano, dalla Security Exchange Commission (SEC), una delle agenzie competenti per la vigilanza dei mercati finanziari e bancari, cfr. SEC, Division of Enforcement, *Enforcement Manual*, Office of Chief Counsel, p. 73.

<sup>44</sup> Riprendendo il testo dell'art. 7, il considerando prosegue affermando che "ciò dovrebbe lasciare impregiudicate le norme nazionali in materia di valutazione della prova da parte di tribunali o giudici, a condizione che i diritti della difesa siano rispettati", tra cui anche quelle che consentono di trarre conseguenze pregiudizievoli per l'imputato a seguito dell'esercizio della facoltà di non collaborare. Ciò si tradurrebbe, di fatto, in una negazione stessa del diritto al silenzio, cfr. LAMBERIGTS (2016), 38; MAZZA (2014), 1407.

<sup>45</sup> Secondo giurisprudenza costante, infatti, "il preambolo di un atto comunitario non ha valore giuridico vincolante e non può essere fatto valere per derogare alle disposizioni stesse dell'atto di cui trattasi", si veda, ad esempio, CGUE, *Procedimenti penali contro Nilsson e a.*, causa C-162/97, 19 novembre 1998, ECLI:EU:C:1998:554, § 54.

<sup>46</sup> In sede di negoziati, il legislatore europeo aveva peraltro tentato di innalzare il livello di tutela garantito dalla CEDU almeno in un profilo. La Commissione, infatti, aveva inizialmente proposto di sanzionare le violazioni del diritto al silenzio con l'inutilizzabilità delle dichiarazioni così rese ai fini della decisione finale, superando così l'approccio olistico della Corte EDU, che assai raramente (quasi solo in relazione all'art. 3 CEDU) collega al riscontro di una violazione convenzionale una sanzione probatoria. Nella versione definitiva del testo, tuttavia, è rimasto solo un (generico) riferimento relativo alla necessità di approntare rimedi effettivi avverso eventuali violazioni di tutti i diritti indicati nella Direttiva, in linea del resto con quanto previsto anche dalle altre normative europee in materia processuale penale, cfr. art. 10(2), Direttiva 2016/343.

Oltre al profilo esaminato, è possibile riscontrare un disallineamento anche fra l'interpretazione, sinora ampia, data ai diritti del giusto processo da parte dei giudici di Strasburgo, che non differenzia fra persone fisiche e giuridiche, ed i considerando (14) e (15) della legislazione europea, che escludono queste ultime dall'ambito di applicazione del *nemo tenetur*. Cfr. considerando (13) "La presente direttiva prende atto dei diversi livelli ed esigenze di tutela di alcuni aspetti della presunzione di innocenza con riferimento alle persone fisiche e giuridiche. Per

procedimenti amministrativi, anche quando questi ultimi possono comportare sanzioni, quali i procedimenti in materia di concorrenza, commercio, servizi finanziari, circolazione stradale, fiscalità o maggiorazioni d'imposta, e alle indagini connesse svolte da autorità amministrative".

Tale esclusione può leggersi come una opportunità persa dal legislatore europeo di fondare su basi giuridiche autonome l'estensione del diritto al silenzio alla cosiddetta materia punitiva, lasciando tale ambito alla regolamentazione della giurisprudenza di Strasburgo. Ciò è significativo poiché, in linea teorica, un abbassamento degli standard di tutela da parte della Corte EDU potrebbe essere posto a fondamento di un corrispettivo rilassamento sul fronte del diritto UE (come peraltro già accaduto rispetto al principio del *ne bis in idem*<sup>47</sup>). Una limitazione della dottrina *Engel* in tal senso sarebbe tuttavia difficile da accettare per diverse ragioni.

In primo luogo, tale effetto si porrebbe in contrasto con l'interpretazione "multidisciplinare" data a tutto l'art. 6 CEDU, esplicitamente confermata dalla Corte EDU anche in casi controversi.<sup>48</sup> Ma vi è di più: a partire almeno dal 2012, la dottrina *Engel* è stata adottata anche dalla Corte di giustizia, che ne ha più volte fatto applicazione, anche nell'ambito che qui più interessa, ovvero la repressione degli abusi di mercato.<sup>49</sup> Forse per tali ragioni, il considerando (11) prosegue quindi, non senza contraddizione, affermando che la Direttiva debba comunque applicarsi "ai procedimenti penali, nell'accezione data dall'interpretazione della Corte di giustizia dell'Unione europea, fatta salva la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo". L'esclusione della materia punitiva amministrativa, che si tradurrebbe in una violazione della clausola di equivalenza, appare quindi paventata nella Direttiva in termini ambigui. Tale ambiguità non può però dirsi rassicurante in ottica garantista. Del resto, l'ordinanza della Corte costituzionale qui in commento, sebbene solo in via indiretta, si inserisce proprio nel tentativo di rendere esplicita la incompatibilità di tali restrizioni.

Scopo dichiarato della Corte costituzionale è invece quello di ottenere dalla CGUE una prima affermazione del diritto al silenzio in una materia indubbiamente punitiva. Fino a questo momento infatti, come anticipato, i giudici del Lussemburgo si sono espressi riguardo all'ambito di applicazione del *privilege against self-incrimination* solo in riferimento al diritto della concorrenza.

Questo settore occupa, tuttavia, un posto molto particolare nella giurisprudenza dell'Unione. Da un lato, la Corte si è sempre rifiutata di riconoscere la natura sostanzialmente penale delle sanzioni applicate nell'*antitrust*, nonostante le ripetute e sempre più pressanti sollecitazioni in tal senso.<sup>50</sup> D'altro canto, sebbene in modo piuttosto contraddittorio, la CGUE ha comunque più volte avallato l'applicazione di diversi profili della presunzione di innocenza

---

quanto riguarda le persone fisiche, tale protezione rispecchia la consolidata giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. La Corte di giustizia ha tuttavia riconosciuto che i diritti derivanti dalla presunzione di innocenza non sorgono in capo alle persone giuridiche allo stesso modo rispetto a quanto accade per le persone fisiche" e (14): "Allo stato attuale di sviluppo del diritto e della giurisprudenza in ambito nazionale e di Unione, appare prematuro legiferare a livello di Unione sulla presunzione di innocenza con riferimento alle persone giuridiche. La presente direttiva non dovrebbe pertanto applicarsi alle persone giuridiche, fatta salva l'applicazione alle persone giuridiche della presunzione di innocenza come sancita, in particolare, nella CEDU e come interpretata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e dalla Corte di giustizia". Questa esclusione, la cui analisi esce dall'ambito del presente contributo, è stata criticata da numerosi autori alla luce della giurisprudenza EDU e per il contrasto con l'art. 48(1) CDF, il quale, specialmente nella versione inglese originale ("Everyone who has been charged shall be presumed innocent until proved guilty according to law") presenta una formulazione molto ampia. Si vedano, in tal senso, CALZADO e DE STEFANO (2012), 423-427; VAN OVERBEEK (1994), 127-133; WILLIS (2001), 313-321; BELLUTA (2018), 72-77; VEENBRINK (2015), 128 ss e, se si vuole, LASAGNI (2019), 248 ss. Tale esclusione pare peraltro contrastare anche con le linee di politica criminale provenienti dalla stessa Unione europea, che in molti ambiti incoraggia la creazione di forme di responsabilità penale per gli enti. Cfr. artt. 5-6, Direttiva 2011/36/UE del 5 aprile 2011 (tratta di esseri umani), art. 12, Direttiva 2011/92/UE del 13 dicembre 2011 (in materia di protezione dell'ambiente), Considerando (18) e art. 8, Direttiva 2014/57/UE e art. 30, let. j), Regolamento 596/2014 (abuso di mercato), art. 6, Direttiva 2014/62/UE del 15 maggio 2014 (protezione dell'euro), art. 17, Direttiva (UE) 2017/541 del 15 marzo 2017 (terrorismo); art. 7, Direttiva 2018/1673 del 23 ottobre 2018 (riciclaggio). Interpretando in questo senso l'art. 48 CDF, ad esempio, NEHL (2014), 1282; ALLEGREZZA (2017), 950.

<sup>47</sup> Cfr. *Luca Menci*, § 61, su cui si vedano MIRANDOLA e LASAGNI (2019), 132.

<sup>48</sup> Cfr. *A e B c Norvegia*, 15 novembre 2016, ricorsi n. 24130/11 e 29758/11, § 107.

<sup>49</sup> *Procedimenti penali contro Lukasz Marcin Bonda*, 5 giugno 2012, causa C-489/10, ECLI:EU:C:2012:319, § 36-46; si vedano anche le conclusioni dell'Avvocato generale Kokott nella medesima causa, del 15 dicembre 2011, §§ 42-71. Da ultimo nella materia di abuso di mercato, cfr. *Luca Menci*, §§ 26-33; *Garlsson Real Estate SA*, §§ 28-35; *Di Puma - Zecca*, § 38.

<sup>50</sup> Sia da parte della dottrina (si vedano, ad esempio, BRONCKERS e VALLERY (2011), 542; EHLERMANN (1994); SLATER e a. (2008), 7-8; JONES e SUFRIN (2016), 897-898; D'AMBROSIO (2017), 1032, da componenti della Commissione (cfr. WILS (2004), 209), da precedenti giudici della stessa Corte di giustizia (cfr. EVERLING (2007), 773-789; ID. (2008), 527-531) e, da ultimo, anche da diverse conclusioni di Avvocati Generali in diversi casi (cfr. A. G. Ruiz-Jarabo Colomer, 11 febbraio 2003, nella causa C-217/00 P, *Buzzi Unicem c Commissione*, ECLI:EU:C:2003:83, § 29; A. G. Sharpston, 10 febbraio 2011, nella causa C-272/09 P, *KME Germany AG e a. c Commissione*, ECLI:EU:C:2011:63, §§ 60-67 e soprattutto § 64; A. G. Ruiz-Jarabo Colomer, 11 febbraio 2003, nella causa C-217/00 P, *Buzzi Unicem c Commissione*, ECLI:EU:C:2003:83, § 29; A. G. Léger, 3 febbraio 1998, nella causa C-185/95 P, *Baustablgewebe GmbH c Commissione*, ECLI:EU:C:1998:37, § 31; A. G. Vesterdorf, 10 luglio 1991, nelle cause T-1-4 e 6-15/89, *Rhône-Poulenc SA c Commissione*, ECLI:EU:T:1991:38, 884-885).

a questo settore, alla luce di parametri che richiamano fortemente i criteri *Engel* (come la “natura delle infrazioni di cui trattasi nonché la natura e il grado di severità delle sanzioni che vi sono connesse”).<sup>51</sup> In particolare, i giudici del Lussemburgo, hanno ritenuto applicabile il diritto contro l’autoincriminazione anche ai procedimenti in materia di concorrenza, sebbene con talune limitazioni rilevanti.<sup>52</sup> In un’ottica che ricorda, sebbene non ricalcandola pedissequamente, la distinzione fra “proper” e “improper coercion”, la Corte di giustizia distingue infatti fra mere “domande di informazioni” e “decisioni recanti richiesta di informazioni, le quali espongono l’impresa ad una sanzione anche in caso di rifiuto di rispondere”.<sup>53</sup> Secondo tale interpretazione, il diritto al silenzio può essere invocato solo nel secondo caso e nella misura in cui la richiesta dell’autorità procedente pregiudichi i diritti della difesa dell’impresa, imponendole “l’obbligo di fornire risposte attraverso le quali questa sarebbe indotta ad ammettere l’esistenza della trasgressione, che deve invece essere provata dalla Commissione”.<sup>54</sup> Lo *ius tacendi*, inoltre, non può essere opposto a fronte di domande “di ordine strettamente materiale” che “non possono considerarsi come atte a costringere la ricorrente ad ammettere l’esistenza di un’infrazione”. L’identificazione di tali richieste appare, però, alquanto vaga nella sua applicazione concreta.<sup>55</sup>

Ad oggi, inoltre, rimane incerto quanto tale interpretazione possa trovare accoglimento anche in altri settori del diritto. In particolare, la possibilità che la CGUE applichi alla materia dell’abuso di mercato – che, in passato, ha già considerato punitiva – i parametri sviluppati nel diritto della concorrenza – un ambito che la Corte, almeno sinora, si ostina a considerare puramente amministrativo – appare un’opzione alquanto problematica nella prospettiva del giusto processo e dei diritti di difesa dell’accusato. L’occasione di fare chiarezza su questo profilo potrebbe (o dovrebbe) emergere proprio dalla risposta che la CGUE darà al rinvio pregiudiziale proposto dalla Corte costituzionale.

## 5.

### Tutele e lacune dello *ius tacendi* nell’ordinamento italiano.

Specialmente se comparato con la flessibilità dell’approccio inaugurato dalla Corte EDU in *Murray*, la normativa italiana in materia processuale penale riconosce a prima vista un livello di tutela elevato al diritto al silenzio. Ciò nonostante, ad un esame più approfondito, anche nel nostro paese la protezione accordata all’accusato a fronte delle richieste degli inquirenti presenta una geometria decisamente variabile.

Già all’interno della materia penale in senso stretto si registrano, infatti, standard diversi a seconda che il contributo probatorio richiesto sia di tipo dichiarativo o reale.<sup>56</sup> Il livello massimo di tutela si riscontra nel primo caso, sebbene non senza qualche rilevante criticità.

Il riferimento va, in tal senso, innanzitutto all’annoso tema – la cui analisi esorbita dall’og-

<sup>51</sup> Cfr. *Hüls AG c Commissione*, causa C-199/92, 8 luglio 1999, ECLI:EU:C:1999:358, § 150; *Montecatini c Commissione*, causa C-235/92 P, 8 luglio 1999, ECLI:EU:C:1999:362, §§ 175-176; *Groupe Danone c Commissione*, causa T-38/02, 25 ottobre 2005, ECLI:EU:T:2005:367, §§ 215-216; *Romana Tabacchi Srl c Commissione*, causa T-11/06, 5 ottobre 2011, ECLI:EU:T:2011:560, §§ 129.

<sup>52</sup> Dove invece si registrano numerose pronunce sin dagli anni ’80, cfr. *Orkem c Commissione*, § 35; *Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM) e a. c Commissione*, cause riunite C-238/99 P e a., 15 ottobre 2002, ECLI:EU:C:2002:582, §§ 274-279; *Société Générale c Commissione*, causa T-34/93, 8 marzo 1995, ECLI:EU:T:1995:46, §§ 74-76; *Solvay c Commissione*; *Mannesmannröhren-Werke c Commissione*; *Tokai Carbon Co. Ltd e a. c Commissione*, cause riunite T-236/01, T-239/01, T-244/01 a T-246/01, T-251/01 e T-252/01, 29 aprile 2004, ECLI:EU:T:2004:118, §§ 402-406; *Commissione c SGL Carbon AG*, §§ 35-49; *Dalmine SPA c Commissione*, causa C-407/04 P, 25 gennaio 2007, ECLI:EU:C:2007:53, § 34. Per un’analisi comparativa del diritto contro l’autoincriminazione nel diritto della concorrenza, si veda VEENBRINK (2015), 133 ss; per un commento all’art. 48(1) in questo ambito, cfr. NEHL (2014), 1277 ss.

<sup>53</sup> *Limburgse Vinyl Maatschappij NV*, §§ 274 e, soprattutto, 279.

<sup>54</sup> *Orkem c Commissione*, § 35 e, fra le molte, *Société Générale c Commissione*, §§ 74-76; *Solvay c Commissione*, causa 27/88, 18 ottobre 1989, ECR 3355, summary publication; *Mannesmannröhren-Werke c Commissione*, § 66; *Tokai Carbon Co. Ltd e a. c Commissione*, §§ 402-406; *Commissione c SGL Carbon AG*, §§ 35-49; *Limburgse Vinyl Maatschappij NV*, § 274; *Dalmine SPA c Commissione*, § 34.

<sup>55</sup> *Société Générale*, § 75. Questa giurisprudenza è stata peraltro incorporata, con qualche variazione linguistica non insignificante, nel Regolamento 1/2003, che al considerando (23) afferma come “nel conformarsi a una decisione della Commissione le imprese non possono essere costrette ad ammettere di aver commesso un’infrazione, ma sono in ogni caso tenute a rispondere a quesiti concreti e a fornire documenti, anche se tali informazioni possono essere utilizzate per accertare contro di esse o contro un’altra impresa l’esistenza di un’infrazione”. Tali limiti, senza dubbio di non poco conto, non paiono tuttavia così distanti dal portato della giurisprudenza EDU, addirittura anche nella stessa materia penale in senso stretto, tanto da aver consentito alla Corte di giustizia di affermare che i diritti del giusto processo e della difesa “offrono, nel settore del diritto della concorrenza, una protezione equivalente a quella garantita dall’art. 6 della CEDU”, cfr. *Amann & Söhne GmbH e a. c Commissione*, causa T-446/05, 28 aprile 2010, ECLI:EU:T:2010:165, § 328.

<sup>56</sup> Sebbene un’estensione del *privilege* a tutte le richieste di collaborazione all’indagato sia ampiamente sostenuta in dottrina, cfr. TASSINARI (2012), 288 ss.; SCAPARONE (1981), 91; MOSCARINI (2006), 613. In particolare, sui limiti della disciplina vigente, cfr. DI BITONTO (2012), 4348 ss.

getto del presente studio – dei limiti posti al diritto al silenzio in caso di dichiarazioni del coimputato o dell'imputato in procedimento connesso o collegato, su cui si concentra peraltro la maggior parte delle decisioni della Corte costituzionale in materia di *nemo tenetur*.<sup>57</sup>

In secondo luogo, problematica per il diritto contro l'autoincriminazione è anche la spinosa questione relativa alla esatta delimitazione del regime delle dichiarazioni spontanee. Sebbene spesso messo in discussione da esigenze di non dispersione del contributo probatorio fornito all'accertamento,<sup>58</sup> il controverso problema della distinzione fra volontarietà e spontaneità è stato da tempo risolto dalla dottrina, secondo cui non può considerarsi dichiarazione spontanea non solo quella "(pur volontariamente) resa su domanda della polizia [...ma] anche l'affermazione dell'indagato che non sia informato di essere sottoposto alle indagini e non sia stato messo a conoscenza – ad un tempo – dei contenuti dell'accusa e della facoltà di non fornire alcun apporto collaborativo agli investigatori".<sup>59</sup> Specialmente nelle prime fasi di contatto con gli inquirenti, tuttavia, non sono ad oggi infrequenti comportamenti che si discostano da tale interpretazione e che spesso sfociano in forme abusive di coercizione verso l'indagato (esemplificativa, in tal senso, è la recente condanna dell'Italia da parte di Strasburgo in una costola del caso *Knox*<sup>60</sup>).

Da ultimo, è bene ricordare che, sebbene respinte dalla migliore dottrina,<sup>61</sup> argomentazioni simili a quelle contenute in *Murray* non sono del tutto estranee al nostro sistema.<sup>62</sup> Con criteri che ricordano da vicino le "situations which clearly call for an explanation" indicate dalla Corte EDU, ed anzi con esplicito riferimento proprio allo stesso caso, la Cassazione ha recentemente ricordato come secondo "consolidato orientamento esegetico [...], al giudice non è precluso valutare la condotta processuale dell'imputato, coniugandola con ogni altra circostanza sintomatica, con la conseguenza che egli, nella formazione del suo libero convincimento, ben può considerare, in concorso di altre circostanze, la portata significativa del silenzio su circostanze potenzialmente idonee a scagionarlo".<sup>63</sup> Gli stessi giudici di legittimità, d'altro canto, avevano più volte ribadito che "non è precluso valutare la condotta processuale dell'imputato, coniugandola con ogni altra circostanza sintomatica"<sup>64</sup> sebbene, secondo un orientamento più moderato, questo possa "fornire al giudice argomenti di prova solo con carattere residuale e complementare ed in presenza di univoci elementi probatori di accusa, non potendo determinare alcun sovvertimento dell'onere probatorio".<sup>65</sup>

Nel caso, poi, in cui il contributo conoscitivo richiesto dalle autorità all'indagato sia di tipo reale, i margini di tutela nel nostro ordinamento sono ancora più ristretti. In queste circostanze, infatti, si registrano innanzitutto esplicite eccezioni per accertamenti specifici che richiamano la giurisprudenza *Saunders* (ad esempio, il prelievo coattivo di materiale biologico od organico, o il dibattutissimo alcol test<sup>66</sup>). In secondo luogo, e di maggior rilevanza per il

<sup>57</sup> Su cui si vedano, in termini generali, a fronte della numerosa letteratura che si è occupata dell'impatto della riforma della l. 63/2001 sul diritto al silenzio dell'imputato e del coimputato, GREVI (1998), 1129 ss; ILLUMINATI (2002), 403 ss; AMODIO (2001), 3587 ss; PATANÈ (2006), 224 ss; DANIELE (2002), 196 ss; MAZZA (2004), 52 ss; ORLANDI (2002), 172 ss; SANNA (2000), 58 ss; TONINI (2002), 835 ss. Per le decisioni della Corte costituzionale, si veda *supra*, nota 8.

<sup>58</sup> Almeno a partire dalla trasformazione dell'interrogatorio da prova "regina" per l'accusa a espressione di funzione difensiva, cfr. CERESA-GASTALDO (2000), 553; ID. (2002), 70; si vedano anche FERRUA (1984), 1985; SECHI (1989), 1519; CATALANO EM (1996), 1233.

<sup>59</sup> Cfr. CERESA-GASTALDO (2002), 94 ss; ID. (2000), 575.

<sup>60</sup> Sebbene, nel caso specifico, in relazione (fra gli altri profili) alla mancata presenza del difensore nel momento in cui l'imputata aveva "volontariamente" ma non "spontaneamente" reso le dichiarazioni (anche autoincriminanti), cfr. *Knox c. Italia*, ricorso n. 76577/13, 24 gennaio 2019, §§ 147-167.

<sup>61</sup> Cfr., ad esempio, ILLUMINATI (1991), par. 4; CERESA-GASTALDO (2002), 6; e certamente fino a quando l'imputato non decida volontariamente di sottoporsi ad esame, cfr. CORDERO (2012), 254: "Siccome *nemo tenetur se detegere*, non è arguibile niente a carico del "taciturnus" (nemmeno quale "riscontro obiettivo" dei dati ricavabili aliunde), finché sia interrogato dal pubblico ministero: ma la prospettiva muta (...) nel dibattimento, dove dipende da lui essere o no esaminato (art. 208); qualora l'abbia chiesto o accondiscenda ai provocanti (pubblico ministero, parti eventuali, coimputati dagli interessi divergenti), viene alla ribalta come fonte d'una possibile prova; e risulta valutabile l'intero suo contegno espressivo, silenzi inclusi".

<sup>62</sup> MAZZA (2014), 1406.

<sup>63</sup> Cass. Sez. VI, n. 28008 del 19 giugno 2019 Ud. (dep. 26 giugno 2019), Rv. 276381, p. 5, ultima di un numeroso filone interpretativo, cfr. *ex multis*, Sez. VI, n. 40347 del 02 luglio 2018 Ud. (dep. 11 settembre 2018) Rv. 273790 (non mass. sul punto); Sez. II, n. 16563 del 1 marzo 2017 Ud. (dep. 3 aprile 2017) Rv. 269507 (relativa alla valutazione come elemento a carico, fra gli altri, della mancata presenza dell'imputato al dibattimento); Sez. II, n. 6348 del 28 gennaio 2015 Ud. (dep. 13 febbraio 2015) Rv. 262617; Sez. II, n. 22651 del 21 aprile 2010 Ud. (dep. 14 giugno 2010) Rv. 247426; Sez. V, n. 12182 del 14 febbraio 2006 Ud. (dep. 6 aprile 2006) Rv. 233903; Sez. IV, n. 3241 del 9 febbraio 1996 Ud. (dep. 28 marzo 1996) Rv. 204546.

<sup>64</sup> Sez. II, n. 22651 del 21 aprile 2010, cit.

<sup>65</sup> Sez. I, n. 2653, del 26 ottobre 2011 Ud. (dep. 23 gennaio 2012) Rv. 251828. Sulla stessa linea, Corte EDU, *Condron c. Regno Unito*, 2 maggio 2000, ricorso n. 35718/97, §§ 55-68.

<sup>66</sup> Sez. IV, n. 40911 del 6 ottobre 2009 Cc. (dep. 23 ottobre 2009) Rv. 245638.

caso qui in esame, anche nel nostro sistema ricorre una certa vaghezza rispetto alla definizione dei limiti entro i quali l'imputato può legittimamente rifiutarsi di produrre documenti.<sup>67</sup> Tale situazione risulta specialmente critica quando il materiale probatorio richiesto, pur già esistente, non costituisce documentazione che deve essere conservata per legge (come le scritture contabili); o, ancora, quando sia necessario un intervento attivo dell'interessato per identificare e accedere al materiale documentale potenzialmente autoincriminante.<sup>68</sup>

Il limite più evidente alla tutela accordata nel nostro ordinamento al diritto al silenzio, tuttavia, è rappresentato dalla sua mancata estensione all'ambito del cd. diritto amministrativo punitivo. Sul punto, infatti, non si registra nessun passaggio normativo e pochissimi sono gli interventi giurisprudenziali.

Di questi, il più rilevante è certamente la sentenza della Corte costituzionale n. 33 del 2002, citata anche nell'ordinanza di rimessione della Corte di cassazione nella vicenda qui in commento e relativa al procedimento tributario. In tale caso, si dubitava della legittimità costituzionale dei poteri istruttori di cui all'art. 51, comma 2, numero 2, del d.P.R. n. 633 del 1972, secondo cui gli uffici IVA possono invitare a comparire i soggetti che esercitano imprese, arti o professioni per esibire documenti o per fornire dati e chiarimenti rilevanti ai fini degli accertamenti nei loro confronti. Il contribuente è obbligato a cooperare con siffatte richieste. I dati forniti, però, possono poi essere utilizzati contro lo stesso, sia in fase di accertamento che nell'eventuale successivo procedimento sanzionatorio.<sup>69</sup> Nel 2002, la Corte costituzionale aveva ritenuto che tale obbligo espositivo non avesse "conseguenze negative" nel procedimento penale eventualmente apertosi contro il contribuente per i medesimi fatti, attenendo "la sanzione amministrativa pecuniaria collegata, in sede tributaria, alla inottemperanza all'invito a comparire per esibire documenti o per fornire dati, notizie e chiarimenti rilevanti ai fini dell'accertamento [...] esclusivamente agli obblighi che gravano sul contribuente nell'ambito del procedimento tributario".<sup>70</sup>

A quel tempo, tuttavia, la potenziale natura punitiva degli accertamenti fiscali IVA non era ancora considerata un elemento dirimente, come si reputa oggi, e non era stata, quindi, presa in considerazione (mentre lo sarà, ad oltre quindici anni di distanza, davanti alla Corte di giustizia nel caso *Menci* del 2018<sup>71</sup>). Come rilevato anche dalla Cassazione nel caso in esame, nel contesto odierno appare pertanto lecito dubitare che le argomentazioni sviluppate dalla Consulta nel 2002 possano ancora "spendersi utilmente".<sup>72</sup> Peraltro, la vicenda tributaria allora esaminata sembra oggi anche riecheggiare da vicino le circostanze fattuali esaminate dai giudici di Strasburgo nella già citata pronuncia *Chambaz* del 2012. In quest'ottica, tanto più si riscontrerebbe la pregnanza dello *ius tacendi*: secondo la Corte EDU, sarebbe infatti necessario riconoscere l'applicazione del diritto a non autoincriminarsi persino all'interno del procedimento amministrativo "puro", purché "sufficientemente connesso" ad un procedimento penale instaurato per i medesimi fatti.<sup>73</sup>

Nel diritto punitivo italiano, tuttavia, il *nemo tenetur se detegere* non è problematico solo per carenza di fonti che espressamente lo tutelino.

<sup>67</sup> Cfr. in tal senso SCAPARONE (1989), 91; più recentemente, DEL MONACO (2012), 65, dove si afferma esplicitamente che "nella giurisprudenza costituzionale, il riferimento al diritto a non autoincriminarsi è frequente, ma il principio rimane evanescente: non si giunge mai ad una descrizione che includa o escluda gli atti non dichiarativi dal suo ambito di tutela".

<sup>68</sup> Ciò si verifica, ad esempio, quando occorre individuare uno specifico documento all'interno di una mole estremamente ampia di informazioni: un caso, inevitabilmente, che si palesa tanto più frequentemente con la disponibilità diffusa di memorie di archiviazione di massa, talvolta conservate nel *cloud* e quindi astrattamente "allocate" in diverse giurisdizioni. In quest'ultima circostanza, in particolare, la pressione sulla cooperazione dell'indagato è in gran parte motivata dalle difficoltà per l'autorità procedente di far valere metodi effettivi di acquisizione delle informazioni digitali, specialmente nel *cloud*, come efficacemente illustrate da DE HERT P, PARLAR C, THUMFART J (2018).

<sup>69</sup> Cass., sez. II civile, n. 3831 del 24 gennaio 2018 (Ud. 13 aprile 2017), (successivamente indicata come "ordinanza di rimessione – Cass. civ."), pto 11.3.2.2. Questo meccanismo comporta, di fatto, un'inversione dell'onere della prova, poiché spetta al contribuente dimostrare che i dati forniti siano stati inclusi nelle dichiarazioni o si riferiscano ad operazioni non imponibili.

<sup>70</sup> "e non può trovare applicazione per il solo fatto che il contribuente abbia ommesso di fornire giustificazioni delle operazioni risultanti dalla documentazione bancaria, suscettibili in ipotesi di contrastare la presunzione di imponibilità delle operazioni medesime", cfr. C. Cost., ord. 14 febbraio 2002, n. 33, p. 4, dove si afferma anche che "nessuna conseguenza negativa per il contribuente indagato può derivare, nel procedimento penale, dal fatto che in sede tributaria sia stato effettuato un accertamento in base alla presunzione fondata sugli elementi risultanti dalla documentazione bancaria, accertamento rispetto al quale il contribuente non abbia potuto o non abbia voluto fornire giustificazioni idonee a smentire la imponibilità delle operazioni documentate: non avendo l'accertamento tributario così fondato, di per sé, alcuna ulteriore portata probatoria in sede penale, che vada al di là di quella propria della documentazione acquisita nella stessa sede, e trasferita in sede tributaria".

<sup>71</sup> Almeno in riferimento all'omesso versamento IVA, cfr. *Luca Menci*, §§ 26-33.

<sup>72</sup> Ordinanza di rimessione – Cass. civ., pto 11.3.2.2. Indicativa, in questo senso, potrebbe essere anche la totale assenza di riferimenti a questa sentenza nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale in commento.

<sup>73</sup> Cfr. *Chambaz c Svizzera*, illustrata in precedenza (n. 39), su cui si veda anche DORIGO (2018).

Il meccanismo coercitivo a fronte del quale l'accusato può essere sanzionato per il rifiuto a collaborare non riguarda infatti esclusivamente il caso dei poteri di vigilanza Consob: prerogative simili sono presenti nel nostro ordinamento anche in altri ambiti del diritto amministrativo potenzialmente qualificabili come sostanzialmente penali (o già qualificati come tali). Questo è, ad esempio, il caso dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, che può imporre, ad imprese, enti e persone fisiche in possesso di dati utili ai fini dell'istruttoria, sanzioni amministrative pecuniarie, fino a "cinquanta milioni di lire se rifiutano od omettono, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o di esibire i documenti".<sup>74</sup> Ancora più pertinenti all'analisi in oggetto sono, inoltre, i poteri sanzionatori della Banca d'Italia relativi a condotte ostruttive delle proprie funzioni di vigilanza, di cui, vista l'affinità non solo sistematica, ma anche normativa ai poteri punitivi della Consob, si dirà più diffusamente nel prossimo paragrafo.

Per il momento, questi esempi si ritengono sufficienti a dimostrare come, nella normativa interna, la tutela conferita al diritto al silenzio risulti estremamente arretrata nella materia amministrativa punitiva. Ben si comprende, pertanto, per quale motivo la domanda pregiudiziale sollevata nell'ordinanza della Corte costituzionale presenti veri e propri profili deflagranti per la tenuta dei modelli domestici di accertamento punitivo che (anche) su tale lacuna si fondano.

## 6. La risposta della Corte di giustizia: possibili soluzioni e probabili sfide.

Diversi sono gli scenari che si aprono per la Corte di giustizia a fronte dei quesiti posti dal giudice italiano. Con tutta la cautela che sempre deve applicarsi nei giudizi prognostici, quattro paiono le possibili opzioni verso le quali la Corte del Lussemburgo potrebbe orientare la propria decisione. A fronte di esse, sono diverse le prospettive (e le problematiche) che si potrebbero aprire sul fronte domestico, sia sul piano tecnico-giuridico che su quello di politica criminale.

In ottica garantista, in particolare, la CGUE potrebbe ritenere (a) che il diritto secondario dell'Unione non richieda di punire (anche) il rifiuto a cooperare dell'accusato, oppure (b) che questo obbligo esista, ma possa essere derogato dal diritto nazionale, o, da ultimo, (c) che tale vincolo non sia derogabile ma integri una violazione interna al diritto dell'Unione, per contrasto con l'art. 48 CDF. Secondo una diversa prospettiva, che si ritiene meno sostenibile ma non per questo del tutto irrealistica nell'attuale contesto politico-giurisprudenziale, la Corte potrebbe invece concludere ritenendo (d) che l'obbligo di punire (anche) l'accusato contenuto nella Direttiva non sia né derogabile dagli Stati membri, né costituisca violazione della Carta.

### 6.1. *Il diritto secondario dell'Unione non richiede di sanzionare (anche) il rifiuto a cooperare dell'accusato: la posizione della Corte di giustizia.*

In primo luogo, la Corte di giustizia potrebbe escludere che la normativa europea sull'abuso di mercato, nel prevedere l'obbligo di sanzionare la mancata cooperazione con l'autorità di vigilanza, si debba applicare anche nei confronti del soggetto sottoposto ad accertamento.

Questa soluzione può essere sostenuta da buone argomentazioni. In primo luogo, la lettera delle disposizioni interessate non prende esplicitamente in considerazione la posizione della persona sottoposta ad accertamento.<sup>75</sup> Vero è che nel termine "chiunque" si sarebbe naturalmente portati ad includervi anche quest'ultimo. Tuttavia, in un'ottica orientata a salvaguardare i principi di base del sistema (in un certo senso, "costituzionalmente" orientata), la CGUE potrebbe fornire un'interpretazione "autentica" più restrittiva, che conferisca una posizione di tutela all'accusato, riconoscendone il diritto a non produrre informazioni autoincriminanti.<sup>76</sup>

<sup>74</sup> Cfr. art. 14(5), L. 10 ottobre 1990, n. 287 - Norme per la tutela della concorrenza e del mercato.

<sup>75</sup> Entrambi i testi normativi, nelle disposizioni in oggetto, si riferiscono genericamente alla punibilità di "chiunque, inclusi coloro che, successivamente, partecipano alla trasmissione di ordini o all'esecuzione delle operazioni di cui trattasi, nonché i loro superiori".

<sup>76</sup> Anche in forma documentale, perlomeno in relazione ai dati per i quali la legge non impone obblighi di conservazione. Lo stesso Regolamento 596/2014, d'altro canto, ribadisce l'importanza del rapporto con i diritti fondamentali in ben due considerando (66 e 77), nei quali si specifica che i "poteri che dovrebbero essere conferiti alle autorità competenti [...] devono essere esercitati nell'ambito di un sistema

In tale scenario, creativo ma non del tutto estraneo a meccanismi argomentativi già recepiti dal giudice sovranazionale, la Corte di giustizia potrebbe garantire il rispetto di una prerogativa essenziale dell'accusato nel panorama europeo, allo stesso tempo senza dover dichiarare l'illegittimità della normativa secondaria in questione.<sup>77</sup>

Certo, questa opzione potrebbe avere conseguenze rilevanti sul diritto UE nel suo complesso. Infatti, una volta riconosciuto lo *ius tacendi*, almeno nella forma puramente omissiva, al soggetto sottoposto ad accertamento amministrativo quasi-penale, sarebbe difficile limitarne gli effetti alle sole fattispecie di abuso di mercato. Per assicurare parità di trattamento, occorrerebbe piuttosto intervenire anche in altri settori "assimilabili" del diritto punitivo europeo, come quello della vigilanza bancaria<sup>78</sup> o del diritto della concorrenza. Una decisione in tal senso avrebbe quindi, innegabilmente, importanti risvolti su molti ambiti nei quali l'Unione europea esercita la propria competenza e potrebbe comportare, in parte, una minore effettività del diritto UE in diversi settori nevralgici che sono stati, negli ultimi anni, oggetto di forte investimento a livello sovranazionale.

*Ex ante*, è difficile sbilanciarsi su quanto tali considerazioni potrebbero influenzare l'esito della decisione dei giudici del Lussemburgo. Certamente, la Corte ha già utilizzato in passato argomentazioni ancorate al principio di effettività per rigettare l'applicazione, in alcuni settori, di determinate garanzie difensive tipiche del processo penale. Esempio evidente è il diritto *antitrust*, che, come già osservato, la CGUE ritiene di dover escludere dalla *matière à coloration pénale*, pur riconoscendo la natura afflittiva delle sanzioni ivi imponibili. Questa scelta è stata ripetutamente motivata dai giudici del Lussemburgo osservando che, accogliendo la dottrina *Engel*, "l'efficacia del diritto comunitario della concorrenza verrebbe seriamente pregiudicata".<sup>79</sup>

Simili argomenti, tuttavia, paiono sempre meno accettabili nell'attuale panorama europeo. Considerare prevalente l'effettività della punizione a scapito delle garanzie individuali e, fra queste, di uno dei diritti che si trova "al cuore" stesso della nozione di giusto processo, non sembra una opzione percorribile da parte di una corte sovranazionale che progressivamente, a seguito dell'allargamento delle competenze dell'Unione alla materia penale, è destinata a diventare anche un giudice dei diritti. La sostenibilità di interpretazioni fondate esclusivamente sul principio di effettività, peraltro già messa in discussione recentemente dalla stessa Corte,<sup>80</sup> sembrerebbe inoltre difficilmente conciliabile con la clausola di equivalenza che impone l'obbligo di non ridurre il livello di tutela già riconosciuto dai giudici di Strasburgo. Una conclusione in tal senso rappresenterebbe, infine, una causa di conflitto non indifferente con la nostra Corte costituzionale, che nell'ordinanza in commento, lanciando intelligentemente una sfida al rialzo delle garanzie fondamentali, ha paventato in ogni caso una violazione dell'art. 24 Cost.

---

giuridico nazionale completo che garantisca il rispetto dei diritti fondamentali".

<sup>77</sup> Un chiarimento riguardo alla posizione dell'accusato appare tanto più opportuno in ragione della fonte normativa che attualmente regola la materia dell'abuso di mercato. In quanto regolamento, la normativa europea in materia è infatti oggi direttamente applicabile negli Stati membri, non richiedendo alcuna trasposizione. Cfr. Regolamento 596/2014, art. 23(2) "Per adempiere ai compiti loro assegnati dal presente regolamento, le autorità competenti dispongono almeno, conformemente al diritto nazionale, dei seguenti poteri di controllo e di indagine: [...] b) di richiedere o esigere informazioni da chiunque, inclusi coloro che, successivamente, partecipano alla trasmissione di ordini o all'esecuzione delle operazioni di cui trattasi, nonché i loro superiori e, laddove opportuno, convocarli allo scopo di ottenere delle informazioni" e art. 30(1): "Fatti salvi le sanzioni penali e i poteri di controllo delle autorità competenti a norma dell'articolo 23, gli Stati membri, conformemente al diritto nazionale, provvedono affinché le autorità competenti abbiano il potere di adottare le sanzioni amministrative e altre misure amministrative adeguate in relazione almeno alle seguenti violazioni: [...] b) l'omessa collaborazione o il mancato seguito dato nell'ambito di un'indagine, un'ispezione o una richiesta di cui all'articolo 23, paragrafo 2". Di tenore equivalente le corrispondenti disposizioni nella Direttiva 2003/6/CE (artt. 12(2)(b) e 14(3)).

<sup>78</sup> Su cui sia consentito il rinvio a LASAGNI (2019), 184 ss. Più incerti, invece, i margini di valutazione per quanto riguarda i nuovi poteri sanzionatori che verrebbero conferiti ad ESMA (il "corrispondente europeo" della CONSOB), cfr. Commissione europea, *Proposal for amendments in 2017* (Brussels, 20 settembre 2017 COM(2017) 536 final 2017/0230 (COD)), art. 38h (Fines): "1. Where in accordance with Article 38k(5), ESMA finds that any person has, intentionally or negligently, committed one of the infringements listed in Title IVa, it shall adopt a decision imposing a fine in accordance with paragraph 2 of this Article. An infringement shall be considered to have been committed intentionally if ESMA finds objective factors which demonstrate that a person acted deliberately to commit the infringement. 2. The maximum amount of the fine referred to in paragraph 1 shall be EUR 200 000 or, in the Member States whose currency is not the euro, the corresponding value in the national currency. 3. When determining the level of a fine pursuant to paragraph 1, ESMA shall take into account the criteria set out in Article 38g(2)".

<sup>79</sup> Cfr. *Volkswagen c Commissione*, causa C-338/00 P, 18 settembre 2003, ECLI:EU:C:2003:473, §§ 96-97; *Compagnie maritimes belges c Commissione*, causa T-276/04, 1 luglio 2008, ECLI:EU:T:2008:237, § 66.

<sup>80</sup> La prevalenza dei diritti fondamentali sul principio di effettività è stata affermata recentemente dalla Corte, sebbene in altro contesto (relativo all'interpretazione dell'art. 325 TFUE) nel caso *Peter Džvizev e a.*, 17 gennaio 2019, causa C-310/16, ECLI:EU:C:2019:30, § 33.

(segue) Le possibili conseguenze sul fronte interno

Se la CGUE propendesse quindi per un'interpretazione garantista della normativa sull'abuso di mercato, sul piano interno conseguirebbe ragionevolmente la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 187-*quinquiesdecies* TUF, nella parte in cui consente di punire il soggetto sottoposto ad accertamento per non aver fornito informazioni all'autorità procedente (non invece per non essersi presentato all'audizione<sup>81</sup>).

Anche nel nostro ordinamento, tuttavia, gli effetti di una tale pronuncia non si fermerebbero probabilmente qui. L'art. 187-*quinquiesdecies* TUF, infatti, non contempera solo l'ostacolo alle funzioni di vigilanza della Consob, ma anche a quelle della Banca d'Italia. Una volta dichiarata incostituzionale la sanzione comminata da tale norma, risulterebbe alquanto arduo argomentare a favore di una sostanziale differenza per censurare solo la parte relativa alla protezione dei mercati finanziari.<sup>82</sup>

L'art. 187-*quinquiesdecies*, inoltre, non è l'unica disposizione che punisce condotte di mancata collaborazione (anche) dell'accusato con le autorità procedenti in questo settore. La trasposizione della Direttiva 2003/6/CE, infatti, ha comportato l'introduzione nel TUF anche (per quanto qui rileva) dell'art. 170-*bis*. In un'ottica di doppio binario, a fronte dell'illecito amministrativo dell'art. 187-*quinquiesdecies*, questa seconda disposizione punisce come delitto la condotta di chi ostacola le funzioni di vigilanza sia di Consob che di Banca d'Italia.<sup>83</sup> Tanto più in relazione all'art. 170-*bis*, pertanto, il rifiuto di fornire informazioni autoincriminanti, nei termini sopra indicati, non dovrebbe (più) essere considerato quale ostacolo alle funzioni di vigilanza.

Non solo: la Corte costituzionale ha correttamente rilevato nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale come l'art. 187-*quinquiesdecies* (così come l'art. 170-*bis*) TUF costituisca "puntuale attuazione" di una disposizione sovranazionale. La scelta di politica criminale favorevole a sanzionare la mancata collaborazione con le autorità di vigilanza, però, era presente nel nostro ordinamento già prima dell'entrata in vigore della Direttiva 2003/6/CE.<sup>84</sup> Sin dal 2002, infatti, l'art. 2638 c.c. prevede come reato la condotta dei "soggetti sottoposti per legge alle autorità pubbliche di vigilanza o tenuti ad obblighi nei loro confronti, i quali, in qualsiasi forma, anche omettendo le comunicazioni dovute alle predette autorità, consapevolmente ne ostacolano le funzioni".<sup>85</sup> Tale considerazione rimane attuale pur tenendo conto che la più recente giurisprudenza in materia, relativa alla controversa vicenda dello scandalo Monte dei Paschi di Siena, sembra aver parzialmente ridimensionato l'ambito di applicazione di questa norma. Alla luce del principio di offensività, infatti, l'evento di ostacolo deve oggi impedire "in toto" l'esercizio delle funzioni di vigilanza, o comunque essere tale da "frapporre al suo dispiegarsi difficoltà di considerevole spessore o con il determinarne un significativo rallentamento".<sup>86</sup> Questo orientamento recente, però, non ha portato alla modifica del testo dell'art. 2638 c.c., che prevede ancora la possibilità di sanzionare condotte ostruttive anche meramente omissive.<sup>87</sup>

Da ultimo, la punibilità dell'accusato per la non cooperazione con le autorità procedenti si riscontra anche in altri settori del nostro ordinamento, nei quali la giurisprudenza europea si è già pronunciata, riconoscendo profili sostanzialmente penali a fronte di poteri formalmente amministrativi. Si tratta, ad esempio, dei già menzionati ambiti del diritto tributario in mate-

<sup>81</sup> Cfr. sub § 2.

<sup>82</sup> Sebbene si registrino anche posizioni in questo senso, cfr. D'AMBROSIO e COSSA (in corso di pubblicazione), pto 2.1.

<sup>83</sup> "Fuori dai casi previsti dall'articolo 2638 del codice civile, chiunque ostacola le funzioni di vigilanza attribuite alla Banca d'Italia e alla CONSOB è punito con la reclusione fino a due anni e con la multa da euro diecimila ad euro duecentomila".

<sup>84</sup> Questo profilo, come si dirà, potrebbe avere importanti risvolti nel caso in cui la Corte di giustizia decidesse in modo diverso da quello qui illustrato - e in particolare, nell'ultima opzione, cfr. § 6.4.

<sup>85</sup> Cfr. art. 1, comma 1 del d. lgs. 11 aprile 2002, n. 61.

<sup>86</sup> "Fuori da questi casi, il mero ritardo che non rechi effettivo e rilevante pregiudizio all'esercizio dell'attività di vigilanza non può essere sussunto nel paradigma punitivo delineato dal secondo comma dell'art. 2638 cod. civ. Interpretazione, questa, che, sul piano sistematico rinviene una sicura conferma nell'art. 187-*quinquiesdecies* del d. lgs. 24/02/1998, n. 58 (recante il testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria), che commina la sanzione amministrativa per chi, fuori dei casi previsti dall'art. 2638 cod. civ., non ottemperi nei termini alle richieste della Banca d'Italia e della Consob, non cooperi con le medesime autorità al fine dell'espletamento delle relative funzioni di vigilanza ovvero ritardi l'esercizio delle stesse: la previsione delle menzionate fattispecie sanzionate solo in via amministrativa è indicativa della più pregnante connotazione lesiva che devono rivestire i fatti penalmente rilevanti in forza del secondo comma dell'art. 2638 cod. civ.", cfr. Sez. V, n. 29377 del 29 maggio 2019 Ud. (dep. 4 luglio 2019) Rv. 276524, pto 2 del Considerato in diritto.

<sup>87</sup> Cfr., ad esempio, Sez. 5, n. 42778 del 26 maggio 2017, Cc. (dep. 19 settembre 2017) Rv. 271442; Sez. V, n. 6884 del 12 novembre 2015 Ud. (dep. 22 febbraio 2016) Rv. 267169.



ria IVA e dell'*antitrust*.<sup>88</sup>

Eliminare dall'ordinamento solo la previsione dell'art. 187-*quinquiesdecies* TUF, pertanto, non basterebbe a risolvere il problema di incostituzionalità posto dalla Consulta. Al contrario, questo passaggio aprirebbe (o dovrebbe aprire) le porte ad un susseguirsi di nuove questioni di costituzionalità fondate sulle medesime ragioni (sebbene riferite a normative formalmente diverse, in parte incidenti sugli stessi poteri sanzionatori). In tal senso, i giudici delle leggi potrebbero limitarsi ad attendere la proposizione delle singole questioni, oppure, sin da subito, estendere l'eventuale declaratoria di incostituzionalità, ai sensi dell'art. 3 Cost., anche alle sanzioni contro il rifiuto a collaborare dell'accusato in tutte le situazioni equiparabili a quella in oggetto.<sup>89</sup>

Tale multipla dichiarazione, quand'anche avvenisse con pronunce successive, avrebbe naturalmente anche nel nostro ordinamento un impatto estremamente significativo nel ridisegnare le procedure di *enforcement* di diverse autorità indipendenti incaricate di monitorare aree estremamente sensibili per gli interessi dello Stato (come i mercati finanziari e bancari). Così come i giudici del Lussemburgo, anche la Corte costituzionale italiana non dovrebbe pertanto farsi tentare da argomentazioni fondate sul principio di effettività, portando avanti con coerenza e coraggio un percorso di chiara affermazione del *nemo tenetur se detegere* in tutta la materia punitiva. Resta tuttavia da chiedersi, in tale scenario, se, ed in che misura, questo approccio coerente ai diritti processuali risulti effettivamente sostenibile in prospettiva sistematica.<sup>90</sup>

## 6.2.

### *Il diritto secondario dell'Unione richiederebbe di sanzionare (anche) il rifiuto a cooperare dell'accusato, ma questa norma può essere derogata dal diritto nazionale.*

In alternativa alla prima opzione, la Corte di giustizia potrebbe ritenere che la Direttiva 2003/6/CE (così come il Regolamento 596/2014) effettivamente richieda di sanzionare "chiunque" ostacoli le funzioni di vigilanza, incluso l'accusato. Come suggerito dalla stessa Corte costituzionale, tuttavia, i giudici del Lussemburgo potrebbero limitare la portata precettiva di questa disposizione, valorizzando la clausola di salvaguardia iniziale dell'art. 14(1) della Direttiva (e dell'art. 30(1) del Regolamento). In entrambe le disposizioni, infatti, gli obblighi punitivi sono (nella Direttiva) subordinati al "diritto degli Stati membri di imporre sanzioni penali" o (nel caso del Regolamento) da implementarsi "conformemente al diritto nazionale". In ossequio al riconoscimento del *nemo tenetur se detegere* nella legislazione italiana, si potrebbe quindi argomentare che nel nostro ordinamento la figura dell'accusato debba essere esclusa da eventuali profili di responsabilità penale per aver opposto il silenzio.

Sposando una tale interpretazione, la Corte di giustizia potrebbe evitare il contrasto con la Corte costituzionale italiana, al tempo stesso senza modificare l'assetto dei poteri sanzionatori nel diritto dell'Unione. Ciò permetterebbe di evitare una pronuncia, come quella precedentemente illustrata, dalle conseguenze estremamente impegnative sul piano della "sostenibilità" politica. In questa ipotesi, tuttavia, i giudici del Lussemburgo perderebbero certamente un'occasione per affermare, in termini chiari ed espliciti, che la protezione dei diritti fondamentali, incluso il diritto al silenzio, non è (più) solo di interesse nazionale e che, al di là dell'approvazione di direttive spesso vaghe, essa costituisce davvero una priorità anche per l'Unione europea.

Sul piano interno, gli effetti di questa decisione paiono del tutto simili a quelli sopra illustrati. Anche in questo caso, infatti, la Corte costituzionale potrebbe procedere alla declaratoria di incostituzionalità dell'art. 187-*quinquiesdecies* TUF, 91 così come delle altre disposizioni

<sup>88</sup> Limitandosi solo a casi direttamente concernenti l'ordinamento italiano (e cioè persino aderendo all'orientamento più restrittivo indicato nella nota sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015, sulla cui interpretazione in chiave critica e "sistematica" si veda, tuttavia, da ultimo MANES (2019), 308 ss) si vedano le già menzionate Corte EDU, *Menarini Diagnostics S.r.l. c Italia* (diritto della concorrenza) e CGUE, *Luca Mancini* (omessi versamenti IVA).

<sup>89</sup> In ossequio alla possibilità, peraltro non sempre applicata dalla Corte, prevista dall'art. 27, l. 11 marzo 1953, n. 87.

<sup>90</sup> Cfr. § 7.

<sup>91</sup> Posto che il diritto nazionale effettivamente richieda tale livello di tutela; questo profilo, tuttavia, non sembra qui determinante, mentre diventa potenzialmente problematico nello scenario di cui si dirà *sub* § 6.4.

elencate nel precedente paragrafo che impongono di sanzionare il rifiuto a collaborare dell'accusato, inaugurando ufficialmente, nel nostro ordinamento, un percorso di riconoscimento dei diritti processuali tipici della materia penale anche a settori tali solo dal punto di vista sostanziale.

## 6.3.

### *Il diritto secondario dell'Unione richiede di sanzionare (anche) il rifiuto a cooperare dell'accusato, e ciò viola gli artt. 47-48 CDF.*

Seguendo un diverso percorso argomentativo, la Corte di giustizia potrebbe ritenere che il diritto secondario dell'Unione richieda di punire (anche) il rifiuto a collaborare del soggetto sottoposto ad accertamento e che tale obbligo non sia eludibile da parte degli Stati membri. Nella terza ipotesi qui esaminata, questa previsione della Direttiva potrebbe essere considerata come non compatibile con la presunzione di innocenza (comprensiva del diritto al silenzio) tutelata dall'art. 48 CDF: la CGUE dovrebbe quindi annullare parzialmente la normativa europea in materia di abuso di mercato, nella parte in cui prescrive tale obbligo sanzionatorio.

Una decisione siffatta rappresenterebbe certamente una coraggiosa presa di posizione della Corte a favore di una tutela effettiva (e non “meramente illusoria”<sup>92</sup>) dei diritti fondamentali, che in questo modo registrerebbe un importante passo in avanti nel territorio dell'Unione. In questo modo, la CGUE potrebbe inoltre allinearsi con il migliore orientamento di Strasburgo, secondo cui lo *ius tacendi* deve risultare prevalente rispetto alle pretese conoscitive delle autorità inquirenti, per lo meno tanto da impedire a quest'ultime di sanzionare il rifiuto a collaborare dell'accusato.<sup>93</sup> In aggiunta, una simile interpretazione potrebbe costituire un (primo) accoglimento ufficiale delle sempre più sostenute istanze di riforma strutturale di tutta la materia punitiva e del suo rapporto con la materia penale in senso stretto. Tale ripensamento, spesso sollecitato in modo esplicito in riferimento al *ne bis in idem*, non è confinato infatti a tale ambito e non può fare altro che coinvolgere anche la ridefinizione dei confini applicativi della presunzione di innocenza e dei diritti di difesa. D'altro canto, sulla scia di quanto già illustrato in relazione alla prima ipotesi, non si può negare che una simile pronuncia avrebbe certamente effetti dirompenti su tutti gli altri modelli europei e nazionali di accertamento amministrativo *à coloration pénale* (ad esempio nell'ambito della vigilanza bancaria e del diritto della concorrenza).

Sul piano interno, a tale interpretazione conseguirebbero ragionevolmente gli stessi effetti di incostituzionalità già indicati nel primo scenario, a cui si aggiungerebbe, però, un'ulteriore, e assai rilevante, conseguenza.

Dall'annullamento parziale della normativa secondaria dell'Unione per violazione di uno dei diritti della Carta, infatti, deriverebbe anche il dovere/potere per gli Stati membri di applicare direttamente il diritto dell'Unione così come indicato dalla Corte di giustizia. Come ad esempio riconosciuto nel caso *Tele 2-Watson* (conseguente all'annullamento della legislazione europea sulla *data retention*),<sup>94</sup> sarebbe quindi riconosciuto al giudice nazionale il dovere/dovere di disapplicare la normativa nazionale in contrasto con il diritto dell'Unione.

L'opera di “costituzionalizzazione” e “razionalizzazione” dell'ordinamento, con eliminazione non solo dell'art. 187-*quinquiesdecies* TUF nei termini sopra indicati, ma anche delle altre ipotesi sanzionatorie del *nemo tenetur* già discusse, potrebbe quindi, in questo caso, essere portata avanti non solo dalla Corte costituzionale (con una o più declaratorie di incostituzionalità), ma anche dai giudici comuni. Sebbene senza il potere di rimuovere norme dall'ordinamento, infatti, i giudici comuni potrebbero e dovrebbero disapplicare la normativa nazionale in contrasto con il diritto dell'Unione nei singoli casi, dando direttamente esecuzione alla sentenza della Corte di giustizia.

<sup>92</sup> Cfr. Corte EDU, *Zolotukhin c. Russia*, 10 febbraio 2009, ricorso n. 14939/03, § 80.

<sup>93</sup> Cfr., ad esempio, Corte EDU, *Heaney e McGuinness c. Irlanda; Weh c. Austria*, 8 aprile 2004, ricorso n. 38544/97. Si veda anche § 3.

<sup>94</sup> Cfr. cause riunite *Tele2 Sverige AB (C-203/15) c. Post- och telestyrelsen* e *Secretary of State for the Home Department c. Tom Watson e a.*, causa C-698/15, 21 dicembre 2016, ECLI:EU:C:2016:970.

## 6.4.

### *Il diritto secondario dell'Unione richiede di sanzionare (anche) il rifiuto a cooperare dell'accusato, e ciò non viola gli artt. 47-48 CDF.*

All'opposto della precedente ipotesi, la CGUE potrebbe infine ritenere che l'obbligo di punire il rifiuto a collaborare (anche) dell'accusato, imposto dal diritto secondario UE, non viola l'art. 48 CDF. Siffatta ipotesi non può, in questo stadio, escludersi radicalmente dal novero delle possibili soluzioni, sebbene certamente rappresenti la meno desiderabile e sostenibile sul piano giuridico, rispetto alle opzioni in precedenza prospettate.

Essa si ritiene innanzitutto poco desiderabile, perché certificherebbe la scelta di un livello di tutela decisamente ridotto per uno dei diritti più cruciali per l'accusato.<sup>95</sup> D'altro canto, tale soluzione non pare potersi fondare nemmeno su solide argomentazioni giuridiche, poiché si porrebbe potenzialmente in contrasto con la giurisprudenza EDU, in una delle (poche) circostanze al verificarsi delle quali la Corte di Strasburgo riconosce una violazione del diritto al silenzio.<sup>96</sup>

Una soluzione del genere, peraltro, risulterebbe problematica anche se la Corte di giustizia circoscrivesse la nozione "azzoppata" di *nemo tenetur* alla sola materia amministrativa punitiva, in ossequio al considerando (11). Esclusioni formalistiche, già sperimentate dai giudici del Lussemburgo sulla Direttiva in ambiti della presunzione di innocenza diversi da quello qui in esame,<sup>97</sup> non sembrano replicabili nel caso di specie. La tutela dei mercati finanziari è infatti materia coperta dal diritto dell'Unione. A prescindere dai limiti (esistenti o presunti tali) della Direttiva 2016/343, pertanto, non è possibile in questo ambito sottrarsi all'applicazione dei principi e dei diritti della Carta. E poiché il contenuto della Carta non può risultare inferiore a quello della Convenzione EDU, e la Corte di Strasburgo ritiene il diritto al silenzio applicabile a tutta la materia punitiva (e persino a quella amministrativa pura, se strettamente collegata con un processo penale<sup>98</sup>), la legittimità di sanzioni per la non collaborazione dell'accusato sembra difficilmente sostenibile nell'attuale panorama europeo.

In virtù della riluttanza sinora mostrata dalla Corte di giustizia nell'intervenire nella materia della presunzione di innocenza, si deve dare conto di un'ultima ipotesi argomentativa che potrebbe essere tentata dai giudici del Lussemburgo, pur di non modificare lo *status quo* della normativa secondaria vigente. Tale ipotesi è qui riportata esclusivamente per completezza: essa rappresenterebbe infatti una inaccettabile rinuncia da parte dei giudici lussemburghesi a farsi portatori delle istanze di libertà e tutela dei diritti umani che costituiscono il preambolo di tutta la normativa dell'Unione in materia processuale penale. Uno spunto per siffatto scenario, però, potrebbe essere offerto dalla giurisprudenza di Strasburgo sul *nemo tenetur*, che, come già detto, gode di un livello di protezione quantomeno ambivalente. La Corte EDU riconosce infatti ampia discrezionalità alle autorità nazionali nel valutare come prova a carico il silenzio dell'imputato, in situazioni "which clearly call for an explanation" e purché questo non costituisca la prova unica e decisiva a supporto della condanna.<sup>99</sup> In pratica, a differenza del sistema interno, nella giurisprudenza convenzionale si riscontra una discrasia. Mentre imporre obblighi di cooperazione (anche) in capo all'accusato è tendenzialmente considerato accettabile – da cui la possibilità di considerare negativamente l'opposizione del silenzio –, la previsione di sanzioni a fronte del rifiuto di collaborare di quest'ultimo è ritenuta illegittima.

Su queste basi, la Corte di giustizia potrebbe forse riformulare (con una certa creatività nell'interpretazione della lettera del testo, che tuttavia non le è sconosciuta) l'obbligo contenuto nella normativa secondaria dell'Unione, ritenendo che da esso derivi non già l'applicazione di vere e proprie sanzioni (ad esempio, pecuniarie), quanto piuttosto la facoltà di considerare il rifiuto quale elemento a carico. Questa soluzione, si ribadisce, finirebbe di fatto con l'avallare

<sup>95</sup> Come già illustrato in precedenza, cfr. § 3 e 4.

<sup>96</sup> Cfr. § 3.

<sup>97</sup> Nel caso *Milev*, causa C-310/18 PPU, 19 settembre 2018, ECLI:EU:C:2018:732, la CGUE si è pronunciata sui limiti applicativi della Direttiva 2016/343 sul piano del rapporto fra presunzione di innocenza e obbligo di motivazione del provvedimento cautelare restrittivo della libertà personale. Evitando accuratamente ogni riferimento alla Carta, i giudici del Lussemburgo avevano dato un'interpretazione estremamente restrittiva della normativa europea in oggetto, dichiarandosi incompetenti sulla base dei limiti ambiguamente indicati nei considerando (16) e (48).

<sup>98</sup> Cfr. *Chambaz c Svizzera*.

<sup>99</sup> Cfr. *John Murray c Regno Unito*, § 47; *O'Donnell c Regno Unito*, 7 aprile 2015, ricorso n. 16667/10, §51. Sulla stessa linea, anche la giurisprudenza statunitense, esemplificata da decisioni della Corte suprema, quali *Griffin, Jenkins, Fletcher e Salinas*, su cui si veda PROFIT (2016), 172 ss.

una interpretazione di fatto abrogatrice del diritto al silenzio stesso, che già in precedenza si è ritenuta inaccettabile in relazione all'art. 7(5) della Direttiva 2016/343. Non può nascondersi, tuttavia, che essa si sottrarrebbe quantomeno da alcuni dei rilievi critici illustrati in precedenza. In particolare, essa non potrebbe essere tacciata di abbassare il livello di tutela previsto dalla Convenzione, ben lungi dal potersi dire ottimale su questo profilo.

Entrambi gli scenari da ultimo prospettati, aprirebbero però serie questioni problematiche sul fronte interno.

La prima ipotesi potrebbe dare luogo ad uno di quei casi “forse improbabili”, nei quali la Corte costituzionale dovrebbe risolvere non solo un contrasto fra diritto interno e dell'Unione, ma anche un “conflitto tra vincoli di fedeltà” che vede giustapporsi la Convenzione e l'ordinamento UE.<sup>100</sup> L'eventuale giurisprudenza della CGUE che avallasse la possibilità di punire il silenzio opposto dall'accusato, infatti, si porrebbe quale ostacolo sia alla piena attuazione della giurisprudenza CEDU nel nostro ordinamento, sia alla protezione di un diritto inalienabile della persona umana “che caratterizza l'identità costituzionale italiana”.<sup>101</sup>

Come rilevato, “questa peculiare ipotesi di *multiple loyalties*” andrebbe risolta “comunque a favore del “maggiore grado di tutela” esibendo i controllimiti a freno dell'integrazione della norma eurounitaria nell'ordinamento (e del minor standard di garanzie fissato dalla CDFUE)”.<sup>102</sup> Salvo (si spera improbabili) mutamenti giurisprudenziali, pertanto, in questo caso alla Corte costituzionale potrebbe non rimanere altro che dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 187-*quinquiesdecies* TUF nei termini sopra indicati, allo stesso tempo opponendo i controllimiti. Nel caso in cui tale situazione non sfoci in una “ricomposizione interpretativa”<sup>103</sup> attraverso il dialogo con la CGUE, si aprirebbe quindi la strada per una declaratoria di incostituzionalità anche della legge di ratifica del Trattato di Lisbona, nella parte in cui impone il rispetto della normativa europea sull'abuso di mercato, così come interpretata dalla Corte di giustizia (e da cui è derivata la disposizione del TUF in esame).

Parimenti, sebbene qui in riferimento al solo art. 24 Cost., il ricorso ai controllimiti parrebbe inevitabile anche nel caso di trasformazione della sanzione da pecuniaria a, per così dire, “probatoria” (secondo scenario prospettato). La Consulta, naturalmente, non si è ancora espressa in modo definitivo nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale. Avendo accolto le istanze della Cassazione, i giudici delle leggi sembrano però sposare l'interpretazione secondo la quale, per rispettare pienamente l'art. 24 Cost., al riconoscimento della natura sostanzialmente penale di una sanzione, deve seguire l'applicazione dei diritti di cui all'art. 6 CEDU, incluso il *nemo tenetur*.

Invocare la teoria dei controllimiti appare però specialmente insidioso nella vicenda in oggetto, al di là di eventuali considerazioni di ordine generale dovute ad un uso ripetuto, in un arco di tempo tutto sommato limitato, di questo strumento eccezionale da parte della nostra Corte costituzionale.

In *Taricco*, infatti, l'Italia si era trovata in contrapposizione con l'Unione rispetto ad una disciplina che godeva, sul piano interno, di un riconoscimento (forse criticabile ma) pressoché unanime in dottrina e giurisprudenza: alla prescrizione devono essere applicate le garanzie previste per la legge penale sostanziale.

Il diritto al silenzio, invece, pur trovandosi molto più della prescrizione “al cuore” dei diritti difensivi, è ad oggi riconosciuto in modo radicale solo nel processo penale, mentre si presenta alquanto lacunoso nella materia punitiva. Si potrebbe anzi dire che, ad eccezione delle ordinanze della Cassazione e della Corte costituzionale qui esaminate, lo *ius tacendi* non è ad oggi riconosciuto nel nostro ordinamento in riferimento al soggetto sottoposto ad accertamento amministrativo quasi-penale (nella materia dell'abuso di mercato, così come in altri casi di accertamenti amministrativi potenzialmente punitivi o già definiti tali, quali la vigilanza bancaria, i procedimenti tributari per omesso versamento IVA o il diritto della concorrenza). Certamente nulla vieterebbe al legislatore, o forse anche agli stessi giudici di legittimità, di estendere la tutela negli stessi termini di cui all'art. 6 CEDU. Nell'immediato, però, la Corte costituzionale si potrebbe trovare nella inusuale situazione di (dover) sollevare un controllimito

<sup>100</sup> Efficaci definizioni di MANES (2019), 341.

<sup>101</sup> Cfr. § 7.1 della ordinanza di rinvio. Simili contrasti, peraltro, si porrebbero anche nel caso in cui la Corte di giustizia decidesse di “salvare” *in toto* la sanzione del diritto al silenzio esercitato dall'accusato, anche con argomentazioni diverse da quelle sopra illustrate.

<sup>102</sup> MANES (2019), 341-342. In tal senso, si noti che l'argomento fondato sulla clausola di non regressione art. 53 CDF è già risultato soccombente nella vicenda *Taricco* (cfr. Id., 321 ss).

<sup>103</sup> *Idem*, 341.

per tutelare un diritto fondamentale che, nel nostro paese, al di fuori della materia penale in senso stretto, non è di fatto riconosciuto né a livello legislativo, né giurisprudenziale.

Si inaugurerebbe, quindi, un uso non tanto “difensivo”, quanto “programmatico” della teoria dei controlimiti, ad oggi ancora senza precedenti, che certamente aprirebbe a scenari complessi sul piano degli equilibri istituzionali e politici, soprattutto in rapporto al principio di separazione dei poteri.

## 7.

### Un diritto processuale sostenibile?

Analizzando i possibili scenari che si potrebbero aprire a seguito della domanda di rinvio pregiudiziale, si è detto che l'opzione più desiderabile, in ottica garantista, sarebbe quella di un riconoscimento ufficiale da parte della CGUE del *nemo tenetur* anche nel diritto amministrativo punitivo.

Come sottolineato in apertura, l'allargamento dei confini del diritto penale processuale non è però una scelta a costo zero. Nata con l'encomiabile intento di recuperare parentesi di tutela effettiva per l'accusato, questa prospettiva in verità origina, a sua volta, ulteriori criticità a cui oggi non siamo (ancora) in grado di rispondere.

In primo luogo, un ampio riconoscimento delle garanzie dell'art. 6 CEDU ai procedimenti formalmente amministrativi contribuisce a distogliere sempre più il processo penale dalla sua vocazione di *extrema ratio*, proseguendo in ambito processuale quell'opera di “pan-penalizzazione” già denunciata a più voci sul piano sostanziale. Allo stesso tempo, in prospettiva di politica del diritto, ciò rischia di rendere “poco maneggiabile” anche lo strumento amministrativo stesso, che assume una valenza ben maggiore di quanto originariamente attribuitagli.<sup>104</sup>

L'applicazione coerente della dottrina *Engel* è critica, perché essa ripropone i dubbi, molti dei quali già sollevati in epoche risalenti, rispetto alla difficoltà, quasi “ontologica” di distinguere l'illecito amministrativo da quello penale. Individuare quali siano i criteri su cui fondare l'autonomia fra queste fattispecie appare, oggi più che mai, tutt'altro che immediato, nonostante il dibattito più che secolare in materia.<sup>105</sup> La stessa funzione stigmatizzante del diritto penale, che potrebbe essere additata quale elemento risolutivo, si presenta, nel contesto attuale, caratterizzata da una notevole variabilità nella stessa *matière pénale*: netta per una gamma ristretta di reati (ad esempio, per quelli con violenza su persone o cose), ma molto più sfumata in tutta una serie di fattispecie *borderline* in piena espansione, come appunto nella materia fiscale, finanziaria o ambientale.<sup>106</sup>

In secondo luogo, quand'anche i confini fra diritto penale e amministrativo fossero più chiari, rimane problematica la questione di quali tutele processuali debbano effettivamente applicarsi nella materia punitiva. Il difficile inquadramento di uno statuto del diritto amministrativo quasi-penale non è però un problema inedito, né a livello europeo, né nel nostro paese.<sup>107</sup> E, d'altro canto, nemmeno la proposizione di teorie che, con diversa fortuna, postulano la natura “materialmente penale” di ogni misura affittiva, o sufficientemente affittiva, può dirsi una creazione originale della Corte di Strasburgo.<sup>108</sup> È ben possibile, quindi, che spunti risolutivi possano rinvenirsi nell'analisi di sistemi giuridici più risalenti, in un'analisi che va ben oltre il limitato apporto di questo contributo.

I margini di manovra in tale compito, tuttavia, sembrano piuttosto ristretti. Una prima opzione potrebbe essere quella del ripudio totale della dottrina *Engel*, tornando ad una attribuzione delle garanzie processuali secondo criteri del tutto formali. Tale scenario non sembra

<sup>104</sup> PALIERO e TRAVI (1989), 354.

<sup>105</sup> Cfr., ad esempio, quanto riportato da PALIERO e TRAVI (1989), 353: “Una dommatica della sanzione amministrativa dovrà fondarsi, pertanto, su criteri di maggior pregnanza, tali da contraddistinguere con sempre maggior nettezza questa figura giuridica, sia esternamente, dalla ‘contigua’ sanzione penale, sia internamente, nell'universo dei mezzi coattivi della pubblica amministrazione”. La difficoltà di questo compito, tuttavia, è tale che vi è anche chi ha paragonato simili sforzi all'inutile ricerca della quadratura del cerchio, cfr. BINDING (1877), 436 ss.

<sup>106</sup> Su cui si veda, ad esempio, TOMEI (2003), 906.

<sup>107</sup> Dove esso è addirittura riconducibile all'abolizione del contenzioso amministrativo, cfr. TOMEI (2003), 897; MAZZACUVA F (2017), 75 ss.

<sup>108</sup> Indicativa, in tal senso, è la tesi di Rocco, dell'inizio del secolo scorso, secondo la quale “e allora vi è reato, vi è reo, vi è pena, vi è diritto penale (diritto penale materiale), se anche manca un giudice e una giurisdizione penale, una azione e un processo penale, se anche manca, in una parola, un diritto processuale penale”, cfr. Rocco (1909), 403 e 399. Allo stesso modo, tentativi di allargare le maglie del diritto penale per assicurare maggiori garanzie, almeno in ipotesi, sono riscontrabili nel continente già a partire dalla Rivoluzione francese, cfr. TOMEI (2003), 886.

però desiderabile, a fronte di immutati incentivi, nelle nostre società, ad utilizzare il diritto amministrativo “pour pallier les insuffisances de la répression pénale: lenteur, complexité et technicité croissante des mécanismes économiques”.<sup>109</sup> Eliminare *Engel*, di per sé, rappresenterebbe solo una rinuncia ad affrontare un problema più generale, e cioè l’inadeguatezza di istituzioni tradizionali (potere legislativo e giudiziario) a fronte del crescente coinvolgimento dei poteri amministrativi, in senso lato, nelle relazioni socio-economiche del nostro tempo.<sup>110</sup>

La soluzione pare, quindi, dover passare in ogni caso attraverso la costruzione di un difficile compromesso che permetta di individuare, *ex ante*, i confini fra la materia penale e amministrativa e, di conseguenza, le garanzie difensive rispettivamente applicabili. Non necessariamente, infatti, il carattere sanzionatorio della pena deve comportare un assoggettamento *in toto* al regime penalistico.<sup>111</sup> In siffatta prospettiva, interessanti sono gli spunti che possono trarsi da alcuni ordinamenti, come quello olandese, che prevedono uno statuto autonomo o semi-autonomo per la materia punitiva amministrativa. Si deve tuttavia evitare, come già ricordato, che la flessibilità nel significato da attribuire ai principi si traduca in uno svilimento generalizzato del livello di protezione accordato all’accusato.<sup>112</sup> A fronte di questo rischio, si ammette che la creazione di statuti di protezione differenziati non è forse l’opzione ideale; essa, tuttavia, garantirebbe perlomeno una identificazione *ex ante* delle garanzie difensive, sopperendo ad una delle maggiori lacune della dottrina *Engel*.

A tal fine, una distinzione potrebbe forse essere operata fra le diverse garanzie del giusto processo. In riferimento ad alcune di queste, infatti, la giurisprudenza EDU ha già da tempo individuato alcune sfumature che sembrano aprire a regimi di tutela variabili, ma tutto sommato sostenibili. Da menzionare, ad esempio, i casi del diritto alla pubblicità e all’oralità dell’udienza<sup>113</sup> e anche, su un crinale più delicato, della indipendenza e imparzialità del corpo giudicante. Sull’ultimo profilo, in particolare, la possibilità anche per una “giurisdizione imperfetta”<sup>114</sup> di applicare sanzioni punitive, appare ad oggi ragionevolmente bilanciata dal diritto, richiesto dalla Corte di Strasburgo, di poter comunque esperire un’impugnazione davanti ad un’autorità dotata di *full jurisdiction*.<sup>115</sup>

La possibilità di trovare bilanciamenti che non snaturino la portata dei diritti sembra invece molto più ardua per profili come l’assistenza del difensore e il *nemo tenetur*, non a torto considerati dai giudici di Strasburgo “al cuore” della nozione stessa di giusto processo.<sup>116</sup> In tali casi, infatti, una limitazione equivale quasi sempre ad una negazione vera e propria del diritto. Una volta riconosciuta la natura penale di una sanzione, pertanto, appare difficile poter riconoscere un diritto al silenzio “in formato ristretto”. Fatto salvo il dovere di produrre le informazioni che per legge devono essere conservate, infatti, lo *ius tacendi* dovrebbe sempre essere garantito a chi si trova esposto al rischio di pene particolarmente afflittive.

L’unico modo per sopperire ad un aggravio dei procedimenti amministrativi in tal senso, allora, sembrerebbe essere quello della riduzione dei massimi edittali – un fenomeno che dovrebbe coinvolgere il legislatore italiano, così come quello europeo, da cui provengono molte delle istanze di inasprimento della pena. In tale percorso, appare inoltre imprescindibile trovare un’intesa comune su quanto sia appropriato il diritto penale come strumento di *enforcement* per obiettivi settoriali, come le funzioni di vigilanza.<sup>117</sup> Similmente, si dovrebbe anche

<sup>109</sup> ROSENFELD e VEIL (2009), 62. Questa tendenza è stata anche definita in modo esplicito un “errore di politica criminale”, cfr., *e.g.*, MARINI (1996). Il fenomeno è anche legato ad istanze di depenalizzazione, cfr. PALIERO, TRAVI (1989), 348-349, che sottolineano come il ricorso alle sanzioni amministrative si prospetti spesso per garantire meglio certi interessi che la legislazione penale “lasciavano sguarniti”.

<sup>110</sup> ROSENFELD e VEIL (2009), 62.

<sup>111</sup> Cfr. PALIERO e TRAVI (1989), 346-347, in riferimento alla sanzione pecuniaria.

<sup>112</sup> In questi termini, con riferimento all’art. 25 Cost., BRICOLA (1984), 78, secondo cui la sua applicazione alle sanzioni amministrative rischierebbe di “sconvolgere il “volto costituzionale” dell’illecito penale, abbassando “inevitabilmente il livello di garanzia prefissato a livello di norma primaria, non essendo ipotizzabile, all’interno della stessa normativa una diversa flessibilità della garanzia a seconda del tipo di sanzione”.

<sup>113</sup> Su cui si veda, per una panoramica, HARRIS e a. (2018), rispettivamente p. 434 ss e 446 ss.

<sup>114</sup> L’espressione è di CAMMEO (1911), 247.

<sup>115</sup> Proprio in riferimento a tale profilo, fra l’altro, il nostro ordinamento prevede che le sanzioni imposte da autorità di vigilanza, come Consob o Banca d’Italia, siano impugnabili davanti al giudice *civile* (come nel caso qui commentato). Tale scelta normativa, certamente legittima, ha prodotto però il peculiare effetto collaterale di escludere sistematicamente la giurisdizione del giudice penale da queste materie di assoluta centralità nel dibattito sullo sviluppo della politica criminale nazionale ed europea. In tal senso, una ridefinizione dei confini e delle garanzie della materia punitiva non penale *stricto sensu* potrebbe forse considerare anche una riallocazione delle competenze in queste materie “borderline”.

<sup>116</sup> Cfr. (n 6). Problematici, infine, sono anche profili ulteriori, come le regole di giudizio, ricomprese dall’art. 6 CEDU in quanto riconducibili alla presunzione di innocenza, ma raramente prese in considerazione nella giurisprudenza sul diritto punitivo.

<sup>117</sup> Questione ad oggi tutt’altro che pacifica, cfr. ALLEGREZZA e RODOPOULOS (2017), 258 ss.

riflettere su quanto sia desiderabile, ed efficiente, un sistema di doppio binario tanto ramificato ed esteso a numerose branche dell'ordinamento, come quello italiano. In questo senso, vale la pena di interrogarsi sull'utilità, ad esempio, di un modello in cui la sola condotta ostruttiva (in forma omissiva) delle funzioni di vigilanza è punibile da non meno di tre disposizioni sanzionatorie, sostanzialmente sovrapponibili fra loro.

La materia finanziaria, dove si sono registrati i primi esempi di sanzione amministrativa sottoposta ad una disciplina organica, è sempre stata per "la dottrina più attenta",<sup>118</sup> il punto di riferimento in questo dibattito sulla definizione delle potestà punitive ed i rispettivi limiti.

Il caso qui commentato si inserisce pienamente in questo filone: in attesa di vedere quale sarà la decisione della Corte di giustizia, e quali le sue ricadute sul piano interno, quello che appare già apprezzabile in questa fase è la magnitudine del cambiamento che sembra necessariamente derivare dalla potenziale modifica di una norma tutto sommato settoriale, come l'art. 187-*quinquiesdecies* TUF.

D'altro canto, questo è il rischio che si corre a voler prendere i diritti (anche quelli processuali) *seriously*:<sup>119</sup> una sfida che in fondo è la missione stessa del giurista, tanto più in un tempo in cui, forse troppo spesso, si teme di rammentare a chi detiene il potere quanto la via che porta alla tutela effettiva della persona umana e dello Stato di diritto sia stretta, e quasi sempre impervia da percorrere.

Il diritto al silenzio, anche nel procedimento punitivo, si trova al cuore di queste scelte fondative: la sentenza della Corte di giustizia, qualsiasi sarà il suo contenuto, sia almeno di buon auspicio per riportare al centro del dibattito (non solo accademico) l'importanza delle conseguenze che da tali scelte derivano.

---

## Bibliografia

ALSCHULER, Albert (1995): "A Peculiar Privilege in Historical Perspective: The Right to Remain Silent", 94 *Michigan Law Review*, 2625

AMALFITANO, Chiara (2017): "La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di giustizia: qualche breve riflessione a caldo", *Eurojus*, consultabile [qui](#)

AMALFITANO, Chiara (2019): "Il dialogo tra giudice comune, corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017," consultabile [qui](#)

AMODIO, Ennio (2001): "Giusto processo, diritto al silenzio e obblighi di verità dell'imputato sul fatto altrui", *Cass. pen.*, 12, 3587

ALLEGREZZA, Silvia (2017): "Commento all'art. 48", in *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Razzolini (Giuffrè, Milano), 946 ss

ALLEGREZZA, Silvia e RODOPOULOS, Iannis (2017): "Interactions Between Administrative and Criminal Law in the Context of the Enforcement of Bank Prudential Regulations", in *Challenges in the Field of Economic and Financial Crime in Europe and the US*, a cura di V Franssen, K Ligeti (Hart Publishing, Oxford and Portland), 233-264

ARLETTAZ, Jordane (2018): "La fin de Taricco. Le juge de l'Union face à la tradition romano-germanique", 11 *AJDA*, 618-619

BASSINI Marco e POLLICINO Oreste (2017): "Defusing the Taricco bomb through fostering constitutional tolerance: all roads lead to Rom", *VerfBlog*, consultabile [qui](#)

<sup>118</sup> PALIERO e TRAVI (1989), 346.

<sup>119</sup> "If we cannot insist that the Government reach the right answers about the rights of its citizens, we can insist at least that it try. We can insist that it take rights seriously, follow a coherent theory of what these rights are, and act consistently with its own professions [...] If the Government does not take rights seriously, then it does not take law seriously either", cfr. DWORKIN (1977), 186 e 205.

- BELLUTA, Hervé (2018): *L'ente incolpato. Diritti fondamentali e "processo 231"* (Giappichelli, Torino)
- BERNARDI, Alessandro (2017): *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali* (Jovene, Università di Ferrara)
- BIN, Roberto (2018): "Taricco Tango. Quale sarà il prossimo passo?", *Forum di Quaderni costituzionali*, consultabile [qui](#)
- BINDING, Karl (1877): "Das Problem der Strafe in der heutigen Wissenschaft", in *Grünhuts Zeitschrift*, 1877, 436 ss
- BIONDI, Francesca (2019): "Quale dialogo tra le Corti?", *Federalismi*, consultabile [qui](#)
- BRICOLA, Franco (1984): "Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela", in AA.VV., *Funzioni e limiti del diritto penale (alternative di tutela)*, Padova, 3 ss
- BRONCKERS Marco e VALLERY Anne (2011): "No longer presumed guilty? The impact of fundamental rights on certain dogmas of EU competition law", *World Compet*, 535-570
- BRONZINI, Giuseppe (2019): "La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale italiana verso un riavvicinamento all'orientamento della Corte di giustizia?", *Questione Giustizia*
- CAMMEO, Federico (s.d., ma 1911): *Commentario delle leggi di giustizia amministrativa* (Milano)
- CAIANIELLO, Michele (2017): "Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo tra sistemi o conflitto identitario?", *Riv. trim. Diritto penale contemporaneo*, 2, 216-230
- CALZADO, Javier Ruiz e DE STEFANO, Gianni (2012): "Rights of defence in cartel proceeding. Some ideas for manageable improvements", in *Constitutionalising the EU judicial system. Essay in Honour of Pernilla Lindh*, a cura di P Cardonnel, A Rosas, N Wahl (Hart Publishing, Oxford), 423-427
- CASAMASSIMA, Vincenzo (2019): "I diritti fondamentali europei tra processi di positivizzazione normativa e ruolo dei giudici (e della politica). Riflessioni intorno ad alcuni recenti sviluppi in materia di rapporti tra corte costituzionale, corte di giustizia e giudici comuni" consultabile [qui](#)
- CATALANO, Stefano (2019): "Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità. Osservazioni a margine dell'opportuna scelta compiuta con l'ordinanza n. 117 del 2019 della Corte costituzionale", *Osservatorio AIC*, fasc. 4, 1-10
- CATALANO, Elena Maria (1996): "Riflessione breve sul regime di utilizzabilità delle dichiarazioni spontanee", *Cass. pen.*, 1232
- CERESA-GASTALDO, Massimo (2000): "Premesse allo studio delle dichiarazioni spontanee rese alla polizia giudiziaria dalla persona sottoposta alle indagini", *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc.2, 544
- CERESA-GASTALDO, Massimo (2002): *Le dichiarazioni spontanee dell'indagato alla polizia giudiziaria* (Giappichelli, Torino)
- CORDERO, Franco (2012): *Procedura Penale* (Giuffrè, Milano)
- D'AMBROSIO, Raffaele (2017): "Commento all'art. 50", in *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R Mastroianni, O Pollicino, S Allegrezza, F Pappalardo, O Raz-zolini (Giuffrè, Milano), 1031 ss
- D'AMBROSIO, Raffaele e COSSA, Michele (in corso di pubblicazione): "Italy" (administrative law), in *The enforcement dimension of the Single Supervisory Mechanism (SSM). The interplay between administrative and criminal law*, a cura di S Allegrezza (CEDAM, Milano)



DANIELE, Marcello (2002): “La testimonianza “assistita” e l’esame degli imputati in procedimenti connessi”, in *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio* a cura di R E Kostoris (Giappichelli, Torino), 196 ss

DE HERT, Paul, PARLAR Cihan e THUMFART Johannes (2018): “Legal arguments used in courts regarding territoriality and cross-border production orders: From Yahoo Belgium to Microsoft Ireland”, *NJECL*, Vol. 9(3), 326–352

DEL MONACO, Roberta (2012): *L’accertamento dei reati di guida in stato di ebbrezza e alterazione da droghe*, Tesi di dottorato, Alma Mater Studiorum Università di Bologna, consultabile [qui](#)

DELMAS-MARTY, Mireille (1986): *Code pénal d’hier, droit pénal d’aujourd’hui, matière pénale de demain* (Recueil Dalloz, Paris)

DI BITONTO, Maria Lucia (2012): “Esame dibattimentale e garanzie difensive dell’imputato”, *Cass. pen.*, 12, 4348 ss

DORIGO, Stefano (2018): Il “diritto al silenzio” del contribuente nel corso di verifiche e controlli e le conseguenze nel processo penale, *Corriere tributario*, fasc. 5, 388 - 394

DWORKIN, Ronald (1977): *Taking Rights Seriously* (Harvard University Press Cambridge, Massachusetts)

EHLERMANN, Claus-Dieter (1994): “Developments in community competition law procedures”, *EC Competition Policy Newsletter*, 1(1), 2 ss

EVERLING, Ulrich (2007): “Die Mitgliedstaaten der Europäischen Union unter der Aufsicht von Kommission und Gerichtshof”, in *Festschrift for Isensee*, a cura di O. Depenheuer, M. Heintzen, M. Jestaedt M (Müller, Heidelber), 773–789

EVERLING, Ulrich (2008): “Zur Gerichtsbarkeit der Europäischen Union”, in *Festschrift for Rengeling*, a cura di J. Ipsen, B. Stüer (Haymanns, Cologne), 527–531

FARAGUNA, Pietro, FICHERA, Massimo, GUAZZAROTTI, Andrea, LUPO, Nicola, MANES, Vittorio, RECCHIA, Nicola e RUGGERI, Antonio (2018): “La saga Taricco a una svolta: in attesa della decisione della Corte costituzionale”, *Rivista di Diritti Comparati*, 1, 4-67

FERRUA, Paolo (1984): “Dichiarazioni spontanee dell’indiziato, nullità dell’interrogatorio di polizia ed invalidità derivata”, *Cass. pen.*, 1983 ss

GATTA, Gian Luigi (2019): “Proporzionalità della pena, sanzioni amministrative ed oggetto della confisca in una pronuncia di accoglimento della corte costituzionale in materia di insider trading”, *Dir. pen. cont.*

GIALUZ, Mitja (2008): “art. 24 Cost.”, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di S Bartole, R Bin, CEDAM, Padova, 2008

GREVI, Vittorio (1998): “Il diritto al silenzio dell’imputato sul fatto proprio e sul fatto altrui”, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 04, 1129

HARRIS David, O’BOYLE, Michael, BATES, Ed e BUCKLEY, Carla (2018): *Law of the European Convention on Human Rights* (Oxford University Press)

ILLUMINATI, Giulio (1991): voce “Presunzione di non colpevolezza” (Enc. giur. Treccani, XXVII, Roma), 5 ss

ILLUMINATI, Giulio (2002): “L’imputato che diventa testimone”, *Ind. pen.*, 387 ss

JONES, Alison e SUFRIN, Brenda (2016), *EU competition law. Text, cases, and materials* (6th ed. Oxford University Press, Oxford)

LAMBERIGTS, Stijn (2016): “The directive on the presumption of innocence. A missed opportunity for legal persons?”, *EUCRIM*, 1-36

LANGBEIN, John H (1993-1994): “The Historical Origins of the Privilege Against Self-incrimination at Common Law”, *92 Mich. L. Rev.* 1047

LASAGNI, Giulia (2019): *Banking Supervision and Criminal Investigation. Comparing the EU and US Experiences* (Springer/Giappichelli, Cham).

LUPO, Ernesto (2018): “La sentenza M.A.S. della Corte di giustizia e i suoi effetti: continua la saga Taricco”, *Quaderni Costituzionali*, 1, 225-227

LUPO, Nicola (2019): “Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema “a rete” di tutela dei diritti in Europa”, *Federalismi*, consultabile [qui](#)

MAINA, Chiara (1997): “Riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte Europea dei diritti dell’uomo sul diritto al silenzio”, *Leg. pen.*, 189 ss

MANACORDA, Stefano (2018): “The Taricco saga: a risk or an opportunity for European Criminal Law?” *9 NJECL*, 4-11

MANES, Vittorio (2019): “La proposizione della questione di legittimità costituzionale in materia penale e le sue “insidie””, in *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, a cura di V Manes, V Napoleoni (Giappichelli), 308 ss)

MARINI, Philippe (1996): *La modernisation du droit des sociétés*, rapport au Premier ministre, La Documentation française

MASSA, Michele (2019): “Dopo la “precisazione”. Sviluppi di corte cost. n. 269/2017” consultabile [qui](#)

MASSARO, Antonella (2017): “Taricco 2 – Il ritorno (sui propri passi?). I controlimiti come questione che “spetta ai giudizi nazionali”: cambiano i protagonisti, ma la saga continua”, consultabile [qui](#)

MARRA, Giuditta e VIOLA, Massimiliano (2019): “La doppia pregiudizialità in materia di diritti fondamentali”, *Dir. pen. cont.*, fasc. 7-8, 143

MAZZA, Oliviero (2004): *L’interrogatorio e l’esame dell’imputato nel suo procedimento* (Giuffrè, Milano)

MAZZA, Oliviero (2014): “Presunzione d’innocenza e diritto di difesa”, *Dir. pen. e proc.*, 1401

MAZZACUVA, Francesco (2017): *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico* (Giappichelli, Torino)

MIRANDOLA, Sofia e LASAGNI, Giulia (2019): “The European ne bis in idem at the Crossroads of Administrative and Criminal Law”, *EUCRIM*, 2, 126 – 135

MIRFIELD, Peter (1997): “Silence, confessions and improperly obtained evidence” (Clarendon Press, Oxford)

MOSCARINI, Paolo (2006): “Il silenzio dell’imputato sul fatto proprio secondo la Corte di Strasburgo e nell’esperienza italiana”, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 611 ss

MUNDAY, Roderick (1996): “Inferences from Silence and European Human Rights Law”, *Crim. L. R.*, 370 ss.

NEHL, Hanns Peter (2014): “art. 48 (Administrative Law)”, in *The EU Charter of Fundamental Rights*, a causa di S. Peers, T.K. Hervey, J. Kenner, A. Ward (Hart Publishing, Oxford), 1277 ss

NEGRI, Daniele (2017): “Dallo scandalo della vicenda Taricco risorge il principio di legalità processuale”, *Arch. pen.*, 2, 1-15

- NISTICÒ, Michele (2018): “Taricco II: il passo indietro della Corte di giustizia e le prospettive del supposto dialogo tra le Corti”, *Osservatorio Aic*, consultabile [qui](#)
- OLIVER, Peter (2015): “Companies and their fundamental rights: a comparative perspective”, *Int Comp Law Q*, 64, 3, 661-696
- ORLANDI, Renzo (2002): “Dichiarazioni dell’imputato su responsabilità altrui: nuovo statuto del diritto al silenzio e restrizioni in tema di incompatibilità a testimoniare” in *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio* a cura di R E Kostoris (Giappichelli, Torino), 153 ss
- PALIERO, Carlo Enrico e TRAVI, Aldo (1989): voce Sanzioni amministrative (Enc. dir., Milano, vol. XLI), 345-414
- PAONESSA, Caterina e ZILETTI Lorenzo (2016): *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie* (Pacini, Pisa)
- PATANÈ, Vania (2006): *Il diritto al silenzio dell’imputato* (Giappichelli, Torino)
- POLLICINO, Oreste e REPETTO, Giorgio (2019): “Not to be Pushed Aside: the Italian Constitutional Court and the European Court of Justice”, *Verfassungsblog on Constitutional Matters*, consultabile [qui](#)
- PROFIT, Michael V (2016): “Refusing to be one’s own witness: how the privilege against self-incrimination differs in China, France, and the United States”, *Elon Law Review*, Vol. 8: 155
- ROCCO, Arturo (1909): “Sul così detto diritto penale amministrativo”, *Riv. dir. pubbl.*, 385 ss
- ROSENFELD, Emmanuel e VEIL, Jean (2009): “Sanctions administratives, sanctions pénales”, *Pouvoirs* n°128 - *La pénalisation*, 61-73
- RUGGERI, Antonio (2019a): “La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronunzia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. n. 20 del 2019)”, *Consulta Online*, I, 113 ss
- RUGGERI, Antonio (2019b): “Ancora un passo avanti della Consulta lungo la via del “dialogo” con le Corti europee e i giudici nazionali (a margine di Corte cost. n. 117 del 2019)”, *Consulta Online*, II, 242, ss
- SANNA, Alessandra (2000): *L’interrogatorio e l’esame dell’imputato nei procedimenti connessi* (Giuffrè, Milano)
- SARMIENTO, Daniel (2018): “Adults in the (Deliberation) Room. A comment on M.A.S.”, *Quaderni Costituzionali*, 1, 228-230
- SCAPARONE, Metello (1981): “Rapporti civili (art. 24-26)”, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G Branca, Bologna-Roma, 1981, 82 ss
- SECHI, Paola (1989): “L’utilizzabilità delle dichiarazioni spontanee tra vecchio e nuovo processo penale”, *Cass. pen.*, 1519
- SCOLETTA, Marco (2019): “Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte Costituzionale”, *Dir. pen. cont.*
- SLATER, Donald, THOMAS, Sébastien e WAELBROECK, Denis (2008): “Proceedings before the European Commission and the right to a fair trial: no need for reform?” *Research Papers in Law, Cahiers juridiques*, No 5
- TASSINARI, Davide (2012): *Nemo tenetur se detegere: la libertà dalla autoincriminazione nella struttura del reato* (Bononia University Press, Bologna)
- TEGA, Diletta (2019): “Tra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale: lavori in corso”, *Quaderni costituzionali*, 3, 615 ss

TOMEI, Roberto (2003): “La problematica delle sanzioni amministrative nella dottrina del diritto penale amministrativo”, *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, 883 ss

TONINI, Paolo (2002): “Il diritto al silenzio tra giusto processo e disciplina di attuazione”, *Cass. pen.*, 02, 835 ss

TRECHSEL, Stefan (2005): *Human rights in criminal proceedings* (Oxford University Press, Oxford)

VAN KEMPEN, Piet Hein (2011): “The recognition of legal persons in international human rights instruments: protection against and through criminal justice”, in *Corporate criminal liability – emergence, convergence and risk*, a cura di M Pieth, R Ivory (Springer, Dordrecht), 373 ss

VAN OVERBEEK, Walter BJ (1994): “The right to remain silent in competition investigations: the Funke decision of the court of human rights makes revision of the ECJ’s case law necessary”, *Eur Compet Law Rev* 15, 127–133

VEENBRINK, Marc (2015): “The privilege against self-incrimination in EU competition law: a deafening silence?”, *Leg Issues Econ Integrat*, 42(2), 119–142

VITALE, Grazia (2019): “I recenti approdi della Consulta sui rapporti tra Carte e Corti. Brevi considerazioni sulle sentenze nn. 20 e 63 del 2019 della Corte costituzionale”, *Federalismi*, consultabile [qui](#)

WILLIS, Peter R (2001): “You have the right to remain silent...”, or do you? The privilege against self-incrimination following Mannesmannröhren-Werke and other recent decisions”, *Eur Compet Law Rev*, 22, 313–321

WILS, Wouter (2004): “The combination of the investigative and prosecutorial function and the adjudicative function in EC antitrust enforcement: a legal and economic analysis”, *World Compet*, 27(2), 208 ss



Diritto Penale Contemporaneo

R I V I S T A   T R I M E S T R A L E

---

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL  
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

<http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu>