

# **IUS TACENDI E PROCEDIMENTI PARA-PENALI. LA CONSULTA GARANTISCE IL MAXIMUM STANDARD NEI PROCEDIMENTI AVANTI A CONSOB E BANCA D'ITALIA**

*Filippo Giunchedi*



[Corte cost., Sentenza 30 aprile 2021 \(ud. 13 aprile 2021\) n. 84](#)

**Sommario: 1. La vicenda in esame e la questione oggetto di scrutinio costituzionale. – 2. Il diritto al silenzio e, più in generale, quello al *nemo tenetur se detegere*. – 3. La *matière pénale*. – 4. Gli itinerari argomentativi della Consulta e le conseguenti prospettive.**

### 1. La vicenda in esame e la questione oggetto di scrutinio costituzionale

Con l'interessante pronuncia in commento la Corte costituzionale ha esteso il diritto al silenzio anche ai procedimenti "para-penali" dai quali, però, possa emergere una responsabilità penale o possano essere irrogate sanzioni amministrative così afflittive da considerarsi di carattere punitivo.

La decisione interseca principi fondamentali radicati nel nostro sistema processuale penale e, al contempo, gli effetti promananti dalle Corti europee, a testimonianza che il dialogo tra le Corti risulta essere sempre più intenso con un'etero-integrazione che si profila assai feconda<sup>[1]</sup>.

Per quel che rileva ai nostri fini va ricordato come la vicenda sottesa muova da un procedimento sanzionatorio avviato dalla CONSOB che ha portato, oltre che all'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie, ad un procedimento penale - definito con sentenza di applicazione della pena concordata - nei confronti di un socio e consigliere di amministrazione di una società quotata in borsa che, in possesso di un'informazione privilegiata circa il lancio di una OPA della società stessa, ne aveva acquistato delle azioni, così abusando della sua posizione privilegiata.

Chiamato a rendere spiegazioni alla CONSOB, aveva più volte rinviato l'audizione e, una volta presentatosi, si era rifiutato di rispondere alle domande postegli. Ciò aveva comportato l'irrogazione di una sanzione pecuniaria ai sensi dell'art. 187-*quinquiesdecies* d.lgs. 24.2.1998, n. 58<sup>[2]</sup>, avverso la quale aveva proposto opposizione avanti alla Corte di appello di Roma che l'aveva rigettata.

Nel conseguente giudizio di Cassazione, la Seconda Sezione civile sollevava questione di legittimità costituzionale dell'art. 187-*quinquiesdecies* d.lgs. n. 58 del 1998 in riferimento agli artt. 24, 111 e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 6 CEDU, e all'art. 14, paragrafo 3, lett. g), PIDCP, nonché in riferimento agli artt. 11 e 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 47 CDFUE «nella parte in cui detto articolo sanziona la condotta consistente nel non ottemperare tempestivamente alle richieste della CONSOB o nel ritardare l'esercizio delle sue funzioni anche nei confronti di colui al quale la medesima CONSOB, nell'esercizio delle funzioni di vigilanza, contesti un abuso di informazioni privilegiate», ovvero un illecito penale.

In prima battuta la Corte costituzionale, con ordinanza 10.5.2019, n. 117 aveva adito in via pregiudiziale la Corte di Giustizia dell'Unione europea sul presupposto che se, per un verso, è il diritto comunitario a

stabilire, a carico degli Stati, l'obbligo di sanzionare la mancata collaborazione con le autorità di vigilanza sui mercati finanziari; per altro verso, questo dovere di collaborazione deve valere anche qualora il soggetto interpellato risulti sospettato di aver commesso un illecito. In quest'ultima ipotesi, infatti, occorre verificare se un simile obbligo sia compatibile con il "diritto al silenzio" riconosciuto dalla Costituzione italiana, dal diritto sovranazionale e dalla stessa Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

I Giudici del Lussemburgo con sentenza 2.2.2021, C-481/19 hanno stabilito che una persona fisica sottoposta ad un procedimento sanzionatorio amministrativo per *market abuse* abbia il diritto di mantenere il silenzio - principio riconosciuto dalla stessa CDFUE all'art. 47, paragrafo 2, CDFUE, sostanzialmente sovrapponibile a quella dell'art. 6, paragrafo 1, CEDU -, qualora le sue risposte possano farne emergere o la responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative aventi carattere penale oppure la sua responsabilità penale.

Il diritto al silenzio non può, però, giustificare qualsiasi mancanza di collaborazione con le autorità competenti, come il rifiuto di presentarsi ad un'audizione o il ricorso a manovre dilatorie.

Per il giudice remittente il diritto di non cooperare alla propria incolpazione e il diritto al silenzio - anche nell'ambito di procedimenti amministrativi funzionali all'irrogazione di sanzioni aventi natura punitiva - debbono considerarsi come implicitamente riconosciuti dall'art. 6 CEDU, ponendosi «al cuore della nozione di processo equo». Profilo riconosciuto anche in seno al PIDCP che all'art. 14, paragrafo 3, lett. g), riconosce esplicitamente il diritto di ogni individuo accusato di un reato a «non essere costretto a deporre contro sé stesso o a confessarsi colpevole». Diritto da riconoscere anche a colui che sia sottoposto a un'indagine condotta da un'autorità amministrativa, ma potenzialmente funzionale all'irrogazione nei suoi confronti di sanzioni di carattere punitivo.

In sintesi estrema, compito del Giudice delle leggi era quello di valutare, alla luce dei parametri costituzionali integrati da quelli sovranazionali e dell'Unione europea, se l'art. 187-*quinquiesdecies* d.lgs. n. 58 del 1998, presupponga un dovere di prestare collaborazione alle indagini (e conseguentemente se sia sanzionabile l'omessa collaborazione) anche da parte di coloro nei cui confronti la CONSOB stia svolgendo indagini relative alla possibile commissione di un illecito punito con sanzioni di carattere sostanzialmente penale o dal quale possa scaturire un vero e proprio procedimento penale.

La risoluzione della questione di legittimità costituzionale, garantisticamente risolta dalla Consulta, interseca il diritto di difesa e più nello specifico quello di tacere, e, al contempo, il concetto di materia penale.

Passiamoli in rassegna nel limite delle considerazioni che svilupperemo, quali corollari dei condivisibili itinerari argomentativi del Giudice delle leggi.

## 2. Il diritto al silenzio e, più in generale, quello al *nemo tenetur se detegere*

Trattasi di principio immediatamente riconducibile al diritto di difesa, come noto, «inviolabile in ogni stato e grado del procedimento» (arg. ex art. 24, comma 2, Cost.) e strettamente collegato al diritto alla libertà morale dell'imputato. Insieme comportano necessariamente la possibilità per l'accusato di autodeterminarsi nel valutare le modalità «più confacenti alla sua posizione rispetto all'accusa mossagli»<sup>[3]</sup>.

Lo *ius tacendi* rientra nel concetto di autodifesa, ovvero la c.d. difesa personale o materiale, che si contrappone alla difesa tecnica o formale<sup>[4]</sup>. Nessuno, infatti, può essere costretto a vincoli al cospetto di accuse, giuste o meno che siano, essendo libero di autodeterminarsi mediante una difesa attiva, respingendo gli addebiti che gli vengono elevati, o passiva, costituita dal tacere, primo baluardo finalizzato a «non fornire elementi in proprio danno»<sup>[5]</sup>, declinazione del *nemo tenetur se detegere*<sup>[6]</sup>. Quest'ultimo principio – costituente categoria più ampia del diritto al silenzio – in realtà condensa una serie di comportamenti, tutti espressione del più ampio diritto di difesa esercitabile nelle variegate tipologie di atti processuali che, di volta in volta, l'accusato è chiamato ad effettuare<sup>[7]</sup>.

Palese, quindi, che nel nostro ordinamento il diritto al silenzio costituisca un diritto fondamentale di difesa, a sua volta riflesso della considerazione di non colpevolezza di rilievo costituzionale (art. 27, comma 2, Cost.) e sovranazionale (artt. 6, paragrafo 2, CEDU e 14, paragrafo 2, PIDCP)<sup>[8]</sup> che trova, nel procedimento penale un referente assai chiaro, costituito dall'art. 64 c.p.p. che al comma 3, lett. b), prevede che «salvo quanto disposto dall'art. 66, comma 1, ha facoltà di non rispondere ad alcuna domanda, ma comunque il procedimento seguirà il suo corso». Norma che letta unitamente all'art. 63 c.p.p., impedisce che si verifichino prassi distorte volte ad eludere il diritto di difesa, stabilendo, da un lato, che colui che viene ascoltato dall'autorità sia reso edotto dei propri diritti, tra cui anche quello di tacere, ogni qualvolta si prospetti l'eventualità che nei suoi confronti possano intraprendersi delle indagini; dall'altro, che tale diritto sia garantito fin dalle prime battute delle indagini, offrendo l'interpretazione più estensiva alla *littera legis, in primis* con l'applicare il divieto ad ogni autorità procedente.

Già da queste premesse si incomincia a percepire come l'interpretazione offerta dalla Corte costituzionale nella decisione in commento – grazie ai referenti normativi sovranazionali – abbia colto questa importante occasione per estendere il diritto in parola a procedure accertative non penali.

E lo ha fatto grazie all'ausilio di un concetto recepito di recente nel nostro ordinamento, ovvero lo svincolarsi da etichette formali, puntando, invece, ai contenuti, secondo l'interpretazione offerta dai cc.dd. "*Engel criteria*" di cui si tratterà nel prossimo paragrafo.

In effetti, se il più generale principio del *nemo tenetur se detegere* costituisce riflesso della presunzione di innocenza, l'unica soluzione costituzionalmente e sovranazionalmente compatibile deve essere costituita dal

non addossare conseguenze al soggetto che non intenda collaborare con l'autorità. Diversamente si pretenderebbe un contributo ricostruttivo in ordine a circostanze da ritenere – in forza del tenore degli artt. 27, comma 2, Cost., 6, paragrafo 2, CEDU e 14, paragrafo 2, PIDCP – da questi non conosciute[9].

### 3. *La matière pénale*

La Corte costituzionale nella sentenza in commento si sofferma sulla natura punitiva delle sanzioni irrogabili in violazione dell'art. 187-*quinquiesdecies* d.lgs. n. 58 del 1998, ritenendo che, pur essendo al cospetto di un procedimento di natura amministrativa, le sanzioni applicabili assumono una portata punitiva al pari di quelle penali.

Ora, senza soffermarsi oltremodo sul tema, è opportuno ricordare come secondo i criteri sviluppatasi con la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo Engel c. Paesi Bassi[10] le garanzie previste dalla Convenzione europea in favore dell'accusato operano senza necessità di ulteriori passaggi se la qualificazione giuridica compiuta dal diritto nazionale riveste già carattere penale.

Se, invece, l'infrazione non risulta tale sul piano formale, occorrerà avere riguardo al carattere e alla struttura della norma trasgredita. Specificamente, la natura e il grado di severità della sanzione devono essere valutate alla luce dei profili contenutistici dell'intervento sanzionatorio statale con particolare riferimento allo scopo della sanzione o alla pertinenzialità ad un fatto di reato o, ancora, alle procedure correlate alla sua adozione ed esecuzione.

Molto pertinentemente la Corte costituzionale ha richiamato, sebbene con un andamento "carsico", il principio in discorso, posto che proprio in riferimento al rapporto tra procedimento penale e sistema sanzionatorio adottabile con il d.lgs. n. 58 del 1998 e, più specificamente, in tema di *market abuse* è germinata una ricca casistica afferente al principio del *ne bis in idem* il quale, oltre a cercare di prevenire duplicazioni sul piano sanzionatorio o procedimentale, deve inevitabilmente puntare anche al momento dinamico dell'accertamento, scongiurando procedure meno garantite sol perché il procedimento risulta inquadrato dal legislatore in ambiti extra-penali[11].

### 4. *Gli itinerari argomentativi della Consulta e le conseguenti prospettive*

Recepita l'interpretazione offerta in via pregiudiziale dalla Corte di Giustizia UE, costituita, in sintesi estrema, dalla necessità di considerare nell'interpretazione degli artt. 47 e 48 CDFUE i diritti corrispondenti garantiti dall'art. 6 CEDU dei quali il diritto al silenzio assume centralità per la realizzazione di un processo equo, le

prospettive che si dipanano risultano assai confortanti in quanto, al di là dello specifico ambito in cui si iscrive la decisione, l'*obiter dictum* del Giudice delle leggi si profila come esportabile a tutti i procedimenti para-penali<sup>[12]</sup>.

Nello specifico il diritto al silenzio, in un procedimento penale, tende a garantire che l'accusa fondi le proprie argomentazioni scevra da elementi di prova ottenuti mediante costrizione o pressioni. Tale garanzia non può ritenersi assicurata ogni qualvolta colui che sospettato di un reato, sia minacciato di sanzioni qualora non si presenti all'autorità per deporre o, se presentatosi, si rifiuti di deporre. Lo stesso è a dirsi anche per quelle ipotesi in cui le informazioni su questioni di fatto possano essere successivamente utilizzate a sostegno dell'accusa in procedure di accertamento di illeciti amministrativi, suscettibili di sfociare nell'inflizione di sanzioni amministrative di carattere sostanzialmente penale.

Detta interpretazione, unitamente ai valori emergenti in tema di *ius tacendi* dal *drafting* ermeneutico della Consulta<sup>[13]</sup>, assicura quel *maximum standard*, frutto dell'attività di compromesso tra i principi prescritti dalla giustizia sovranazionale ed i limiti posti dall'identità giuridica di ogni Stato<sup>[14]</sup>.

Se in talune occasioni<sup>[15]</sup> la nostra Corte costituzionale ha dovuto "mostrare i muscoli" minacciando di innalzare i "controlimiti" per evitare indebite "invasioni di campo" da parte di principi non conformi al DNA dei nostri valori costituzionali, nel caso della sentenza n. 84 del 2021 si è creata una perfetta armonia tra i valori interni e quelli sovranazionali.

Nello specifico, l'etero-integrazione di valori interni e sovranazionali, ha forgiato un reticolo garantistico volto a tutelare un soggetto - persona giuridica o fisica è indifferente - il quale non potendosi avvalere del diritto al silenzio sia costretto a porre in essere comportamenti all'apparenza ostruzionistici (non presentandosi all'audizione in cui sarebbe costretto a rispondere o ritardandola), ma in realtà imposti dalla necessità di compensare l'omesso riconoscimento di un diritto - quello di tacere - che va riconosciuto in tutte quelle occasioni in cui dall'audizione avanti ad un'autorità amministrativa possano essere irrogate sanzioni che, nonostante non siano definite penali, per la loro afflittività siano da equipararsi a queste ultime, ovvero quando da dette dichiarazioni possa derivare una responsabilità penale.

Per concludere, sebbene il diritto di difesa passiva debba necessariamente essere confinato nei baluardi costituzionali, integrati, laddove possibile, da quelli sovranazionali e comunitari, la sentenza in commento produce riflessi sul piano culturale, affinando la coscienza giuridica in ordine al contenuto sostanziale del diritto di autodifesa di ogni soggetto attinto da un'accusa non necessariamente di natura penale.

<sup>[1]</sup> Sul tema specifico sia consentito il rinvio al volume collettaneo *Rapporti tra fonti europee e dialogo tra Corti*, a cura di F. Giunchedi, Pisa, 2018.

[2] Dette sanzioni amministrative si sostanziavano: a) nella sanzione pecuniaria di 200.000 euro in relazione all'illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate previsto dall'art. 187-bis, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 58 del 1998; b) nella sanzione pecuniaria di 100.000 euro in relazione al medesimo illecito amministrativo nell'ipotesi di cui all'art. 187-bis, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 58 del 1998; c) nella sanzione pecuniaria di 50.000 euro in relazione all'illecito amministrativo di cui all'art. 187-quinquiesdecies d.lgs. n. 58 del 1998 per avere rinviato più volte la data dell'audizione alla quale era stato convocato e, una volta presentatosi alla stessa CONSOB, per essersi rifiutato di rispondere alle domande che gli erano state rivolte; d) nella sanzione accessoria della perdita temporanea dei requisiti di onorabilità per la durata di diciotto mesi; e) nella confisca di denaro o beni fino a concorrenza dell'importo di 149.760 euro.

[3] Così O. Dominioni, *La qualità d'imputato*, in Id., *Le parti nel processo penale. Profili sistematici e problemi*, Milano, 1985, 153.

[4] La letteratura in materia è sterminata. Senza pretesa di esaustività si ricordano i contributi di G. Bellavista, *Difesa giudiziaria penale*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 456; G. Conso, *Accusa e sistema accusatorio*, *ivi*, cit., I, 1958, 334; P. Ferrua, *Difesa (diritto di)*, in *Dig. disc. pen.*, III, Torino, 1989, 466; A. Presutti, *Autodifesa giudiziaria*, in *Enc. dir.*, cit., I, *Aggiornamento*, 1997, 234.

[5] L. Paladin, *Autoincriminazioni e diritto di difesa*, in *Giur. cost.*, 1965, 312.

[6] V. Manzini, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, II, Torino, 1968, 543 s., per il quale «l'auto-difesa è considerata come una incoercibile manifestazione dell'istinto di libertà e quindi si è ritenuto iniquo e inumano assoggettarla a vincoli giuridico-morali, riconoscendo il principio generale: *nemo tenetur se detegere*, o, più latamente, nessuno può essere costretto ad agire a proprio danno».

[7] Il concetto è espresso con chiarezza da V. Grevi, «*Nemo tenetur se detegere*». *Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972, 3 s., per il quale il brocardo in discorso è «stato spesso richiamato con riguardo ad una gamma di comportamenti piuttosto eterogenei».

[8] V., ad esempio, O. Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Milano, 2004, 47; volendo, F. Giunchedi, *Interrogatorio*, in *Dig. disc. pen.*, cit., II, *Aggiornamento*, 2004, 498.

[9] O. Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., 48, al quale si rinvia per le conseguenze nelle diverse fasi del procedimento dell'avvalersi del diritto al silenzio e per le modalità di estrinsecazione, in particolare nel passaggio dalla fase delle indagini a quella del processo.

[10] Corte EDU, 8.6.1976, Engel c. Paesi Bassi.

[11] Sul tema si rinvia alle stimolanti considerazioni di A.F. Tripodi, *Il ne bis in idem nella prospettiva europea*, in *Rapporti tra fonti europee e dialogo tra Corti*, cit., 455.

[12] Per approfondimenti non possibili in questa sede, si vedano le considerazioni di V. Manes, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 988.

[13] Corte cost., n. 388 del 1999 e n. 187 del 2019.

[14] Tra i numerosi contributi, E. Cannizzaro, *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali*, in *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di A. Bernardi, Napoli, 2017, 49.

[15] Ci si riferisce alla c.d. saga Taricco culminata nella sentenza costituzionale n. 115 del 2018, preceduta dall'ordinanza n. 24 del 2017.