

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

LUGLIO/SETTEMBRE

2022

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,
FRANCESCO TESAURO+

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, GABRIELLA CAZZETTA, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SEGRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, EUGENIA MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, ALBERTO MAGER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, CHIARA PRESCIANI, FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA, GIULIA TERRANOVA

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI.

LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

Diritto al silenzio e autorità di vigilanza dei mercati finanziari

SOMMARIO: 1. *‘Nemo tenetur se detegere’*: brevi premesse di inquadramento storico e concettuale – 2. L’estensione del diritto al silenzio ai procedimenti amministrativi sanzionatori di natura ‘punitiva’ – 2.1. (Segue): Il caso D.B. contro Consob: fattispecie concreta e giudizio incidentale di costituzionalità – 2.2. (Segue): Il dialogo tra le corti: l’ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell’Unione europea – 2.3. (Segue): La Corte di Giustizia e l’interpretazione del ‘diritto derivato’ (Direttiva M.A.D. e regolamento M.A.R.) in conformità al diritto europeo primario (artt. 47 e 48 C.D.F.U.E.) – 2.4. (Segue): La Corte costituzionale impone il rispetto del diritto al silenzio alle autorità di vigilanza dei mercati finanziari (Consob e Banca d’Italia), ma entro certi limiti – 3. Dal riconoscimento del diritto al silenzio alla sua ‘effettività’: la necessaria implementazione di obblighi di natura informativa da parte delle autorità amministrative di vigilanza – 4. Una possibile *‘vis expansiva’* del diritto al silenzio alle persone giuridiche? – 4.1. (Segue): La giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di diritto al silenzio e illeciti concorrenziali – 4.2. (Segue): La giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di diritto al silenzio: l’estensione della garanzia a tutte le dichiarazioni dell’accusato e alle produzioni documentali – 4.3. (Segue): Diritto al silenzio e persone giuridiche: diritto a non auto-incriminarsi v. ‘diritto a rimanere in silenzio’ – 5. Conclusioni.

1. *‘Nemo tenetur se detegere’*: brevi premesse di inquadramento storico e concettuale

È controversa, sul piano storico, l’origine del fondamentale principio garantistico di cui al brocardo *‘nemo tenetur se detegere’*¹ (ovvero, di cui alle locuzioni alternative, *‘nemo tenetur se ipsum accusare’* e *‘nemo tenetur edere contra se’*). Non a caso, vi è chi ha sostenuto che «[...] *le principe exprimé par l’adage ‘Nemo tenetur edere contra se’*

* Il lavoro è frutto di una riflessione comune tra gli autori; tuttavia, i §§ 4, 4.1., 4.2., 4.3. e 5 sono stati scritti da Miriam Allena, mentre i §§ 1, 2, 2.1., 2.2., 2.3., 2.4. e 3 sono stati scritti da Stefano Vaccari.

¹ Per ogni approfondimento, anche in prospettiva diacronica, cfr., quantomeno, D. TASSINARI, *Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*, Bologna, 2012; V. PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell’imputato*, Torino, 2006; e V. GREVI, *Nemo tenetur se detegere. Interrogatorio dell’imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972.

*appartient à ces règles générales de droit dont il est impossible de retrouver l'origine précise»*².

Al di là dei più generali dubbi relativi alla genesi del suddetto principio, è utile comunque evidenziare il fondamentale contributo apportato dai pensatori illuministi, in particolare italiani, nell'elaborazione dei presupposti ideologici per il superamento di un sistema processuale che equiparava l'imputato a un 'oggetto di prova'³, invece di considerarlo quale soggetto titolare di diritti di difesa⁴. Basti pensare alla dura reazione del Beccaria⁵ nei confronti degli strumenti processuali all'epoca utilizzati per costringere l'imputato a forme di autoincolpazione: «[u]na contraddizione fra le leggi e i sentimenti naturali all'uomo nasce dai giuramenti che si esigono dal reo»⁶. Ancora più incisivo è stato il contributo del Filangieri, che teorizzò in via esplicita il diritto al silenzio quale garanzia spettante a ogni 'accusato' sottoposto a interrogatorio⁷.

In ottica comparata, occorre quantomeno richiamare il quinto emendamento della Costituzione federale degli Stati Uniti⁸, introdotto nel 1791, nella parte in cui lo stesso prevede – in linea con la tradizione

² A. KOHL, *Procès civil et sincérité*, Liège, 1971, 15.

³ Cfr., in chiave critica, G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, 193, secondo cui l'imputato «[...] non va considerato quale depositario di una verità da carpire a ogni costo».

⁴ V. GREVI, *Nemo tenetur se detegere*, cit., 8.

⁵ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano, 1864, § XI.

⁶ Anche se lo stesso Beccaria, nonostante la forte critica manifestata nei confronti degli istituti della tortura e del giuramento imposto, non teorizzò in forma compiuta il 'diritto al silenzio', giustificando anzi la comminazione di pene gravi per il soggetto che si ostini a non rispondere alle domande poste in sede di interrogatorio (cfr. ID., *Dei delitti e delle pene*, cit., § X: «[...] colui che nell'esame si ostinasse di non rispondere alle interrogazioni fattegli, merita una pena fissata dalle leggi, e pena delle più gravi che siano da quelle intime, perché gli uomini non deludano così la necessità dell'esempio che devono al pubblico»). Cfr., in proposito, V. GREVI, *Nemo tenetur se detegere*, cit., 14, ove la definizione della suddetta contraddizione nel pensiero del Beccaria in termini di 'singolare incongruenza', posto che «[...] una volta ripudiati [...] gli istituti della tortura e del giuramento dell'imputato – sarebbe stato logico escludere la configurabilità, nei confronti del medesimo, di un dovere di rispondere all'interrogatorio».

⁷ G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, 1781-1788, III, Milano, 1817, 359.

⁸ Per ogni approfondimento si rinvia al fondamentale contributo di L.W. LEVY, *Origins of the Fifth Amendment. The Right Against Self-Incrimination*, New York, 1968.

processuale anglosassone⁹ – che «[n]essuno [...] potrà essere obbligato, in una qualsiasi causa penale, a deporre contro se medesimo»¹⁰.

Questa disposizione, con la quale è stato sancito formalmente il c.d. ‘*privilege against self-incrimination*’¹¹, ha ricevuto in seguito un

⁹ Secondo alcuni Autori (in particolare J.H. Wigmore e L.W. Levy) il principio ‘*nemo tenetur se detegere*’ sarebbe entrato a far parte del patrimonio giuridico di *common law* inglese nel XVII secolo per effetto dell’abbandono, da parte dei tribunali ecclesiastici, del c.d. giuramento *ex officio* (i.e. un istituto utilizzato per costringere l’imputato a rispondere secondo verità su fatti propri). Progressivamente, i giudici di *common law* avrebbero affermato il diritto dei cittadini inglesi ‘*not be compelled to give evidence against themselves*’. Per una differente ipotesi ricostruttiva cfr. R.H. HELMHOLZ, *Origins of the Privilege against Self-Incrimination: The Role of the European Ius Commune*, in *New York University Law Review*, 1990, 962 ss., il quale riconduce l’origine del medesimo principio all’epoca del diritto comune, e in particolare al c.d. ‘*Syntagma communium opinionum*’ del 1608, Lib. VII, Tit. 19, No. 21 (‘*Positionibus criminosis aut captiosis per quas delictum aut periurium detegi posset, nemo tenetur respondere*’ – ‘*No one is bound to answer incriminating or captious positions by which a delict or perjury might come to light*’).

¹⁰ Questa previsione è stata successivamente riprodotta – con formulazione sostanzialmente analoga – dall’art. 14, co. 3, lett. g), del Patto internazionale sui diritti civili e politici, adottato dall’Assemblea Generale dell’O.N.U. il 16 dicembre 1966 (entrato in vigore il successivo 23 marzo 1976, e reso esecutivo in Italia con l. 25 ottobre 1977, n. 881): «[o]gni individuo accusato di un reato ha diritto, in posizione di piena eguaglianza, come minimo alle seguenti garanzie: [...] g) a non essere costretto a deporre contro se stesso od a confessarsi colpevole». Cfr., *amplius*, M. CHIAVARIO, *Le garanzie fondamentali del processo nel patto internazionale sui diritti civili e politici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, II, 465 ss.

¹¹ Cfr., nella letteratura anglo-americana, quantomeno R.H. HELMHOLZ (et al.), *The privilege against self-incrimination. Its origin and development*, Chicago, 1997; L.W. LEVY, *Origins of the Fifth Amendment*, cit.; J.H. WIGMORE, *Nemo tenetur seipsum prodere*, in *Harvard Law Review*, 1891, II, 71 ss. Quanto alle giustificazioni teoriche del principio, cfr. D. DOLINKO, *Is there a rationale for the privilege against self-incrimination?*, in *UCLA Law Review*, 1986, 1063 ss., il quale individua alcuni ‘*systemic rationales*’ (ad esempio, la natura di strumento di protezione per gli imputati innocenti; l’importanza per la caratterizzazione in chiave ‘accusatoria’ – ‘*adversarial system*’ – del sistema processuale; la garanzia per il cittadino nei confronti dei possibili abusi posti in essere dai pubblici poteri; la natura di strumento di difesa dell’individuo rispetto alle leggi obiettivamente ingiuste) e alcuni ‘*individual rationales*’ (ad esempio, il rispetto della dignità umana, dell’autonomia e della *privacy* di ciascun individuo). Sulle connessioni e interazioni tra il diritto al silenzio e il privilegio contro l’autoincriminazione cfr. C. THEOPHILOPOULOS, *The So-Called ‘Right’ to Silence and the ‘Privilege’ Against Self-Incrimination: A Constitutional Principle in Search of Cogent Reasons*, in *South African Journal on Human Rights*, 2002, IV, 505 ss. Sul medesimo tema, ma con specifica attenzione alla giurisprudenza

fondamentale sviluppo – in termini di ‘concretizzazione’ del diritto – nel celebre caso ‘*Miranda c. Arizona*’ del 1966. In detta occasione, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha stabilito che il rispetto della garanzia del ‘privilegio contro l’autoincriminazione’ esige che ogni attività di interrogatorio svolta dalla polizia giudiziaria sia preceduta – a pena di inutilizzabilità, in sede processuale, delle eventuali dichiarazioni rese ‘*contra se*’ – da un’espressa informativa concernente i contenuti del diritto al silenzio: il c.d. ‘*Miranda Warning*’ («[y]ou have the right to remain silent. Anything you say can and will be used against you in a court of law. You have the right to have an attorney present during questioning. If you cannot afford an attorney, one will be appointed for you»).

Una siffatta garanzia, con tutti i relativi corollari applicativi, è pacificamente riconosciuta nei confronti delle persone fisiche dal vigente sistema di diritto processuale penale italiano, mentre è stata oggetto di discussione per quanto concerne i procedimenti sanzionatori amministrativi di carattere ‘punitivo’¹². Ciò, perlomeno, sino alla pronuncia della Corte costituzionale italiana 30 aprile 2021, n. 84, che ha esteso il principio ‘*nemo tenetur se detegere*’ anche alle attività sanzionatorie di competenza delle autorità di vigilanza dei mercati finanziari (Consob e Banca d’Italia).

2. *L’estensione del diritto al silenzio ai procedimenti amministrativi sanzionatori di natura ‘punitiva’*

europea, cfr. F. ZACCHÈ, *Gli effetti della giurisprudenza europea in tema di privilegio contro le autoincriminazioni e diritto al silenzio*, in A. BALSAMO - R.E. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008, 179 ss.

¹² Cfr. F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *Riv. it. dir. proc. penale*, 2020, IV, 1791, ove la definizione delle sanzioni ‘punitive’ (nell’ambito della più generale ‘tripartizione’ delle ‘misure afflittive’ in preventive, ripristinatorie e – per l’appunto – punitive) come quelle «[...] caratterizzate dall’inflizione all’autore di un illecito di un pregiudizio ulteriore e distinto rispetto a quello derivante dall’obbligo di ripristino dello status quo ante». Di talché, ad avviso dell’A., l’estensione delle garanzie penalistiche trova «[...] il suo naturale campo di applicazione rispetto alle sanzioni (amministrative, ma anche tributarie, civili, disciplinari, etc.) che condividano con le pene in senso stretto identica connotazione “punitiva”, nel senso appena precisato, pur senza possederne il medesimo contenuto stigmatizzante, e pur non potendo incidere – a differenza di quelle – sulla libertà personale del destinatario».

2.1. (Segue): Il caso D.B. contro Consob: fattispecie concreta e giudizio incidentale di costituzionalità

La sentenza della Corte costituzionale n. 84/2021¹³ trae origine da una fattispecie di *insider trading* sanzionata in via amministrativa dalla Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob). Segnatamente, l'Autorità di vigilanza del mercato mobiliare italiano aveva comminato a carico di un soggetto (persona fisica) diverse sanzioni amministrative previste dal d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria – T.U.F.)¹⁴, tra le quali una sanzione pecuniaria di € 50.000,00 *ex art. 187-quinquiesdecies* T.U.F.¹⁵, per avere lo stesso

¹³ Cfr., a commento, D. CODUTI, *Il diritto al silenzio nell'intreccio tra diritto nazionale, sovranazionale e internazionale: il caso D.B. c. CONSOB*, in *Federalismi.it*, n. 22/2021, 121 ss.

¹⁴ In particolare, con Delibera Consob n. 18199 dell'8 maggio 2012 venivano irrogate al Sig. D.B.: una sanzione pecuniaria di € 200.000,00 in relazione all'illecito *ex art. 187-bis*, co. 1, lett. a), T.U.F. ('*insider trading*'), per aver acquistato azioni di una determinata società sulla base del possesso di un'informazione c.d. *price-sensitive*, ossia l'imminente realizzazione di un'O.P.A. per '*delisting*'; una sanzione pecuniaria di € 100.000,00 in relazione all'illecito *ex art. 187-bis*, co. 1, lett. c), T.U.F. ('*tuyautage*'), per aver indotto un altro soggetto ad acquistare azioni della medesima società; la sanzione accessoria della perdita temporanea dei requisiti di onorabilità *ex art. 187-quater*, co. 1, T.U.F. per un periodo di diciotto mesi; la confisca per equivalente del profitto ('*gain*') ricavato dalle suddette condotte illecite nonché dei mezzi impiegati per compierlo *ex art. 187-sexies* T.U.F. fino all'importo pari a € 149.760,00.

¹⁵ Art. 187-*quinquiesdecies* T.U.F. (nella versione originaria – rilevante *ratione temporis* – introdotta dall'art. 9, co. 2, lett. b), della l. 18 aprile 2005, n. 62): «[f]uori 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 cinquantamila ad euro un milione». La disposizione *de qua* è stata, in seguito, modificata per effetto di due sopravvenienze normative. In primo luogo, l'art. 24 del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 (conv., con modificazioni, in l. 17 dicembre 2012, n. 221) ha esteso gli obblighi di cooperazione, originariamente previsti soltanto con riguardo alle funzioni di vigilanza di competenza della Consob, alle analoghe attività espletate dalla Banca d'Italia (apportando, conseguentemente, anche una riformulazione della rubrica della disposizione: '*Tutela dell'attività di vigilanza della Banca d'Italia e della Consob*'). In secondo luogo, l'art. 5 del d.lgs. 3 agosto 2017, n. 129, ha rimodulato la 'cornice' editale, introducendo altresì una diversificazione del trattamento sanzionatorio in

posto in essere comportamenti di natura dilatoria consistenti in plurimi rinvii dell'audizione presso la medesima Autorità, in qualità di persona informata dei 'fatti'¹⁶, nonché per essersi successivamente rifiutato – in sede di audizione – di rispondere alle domande poste dai funzionari Consob.

Il sanzionato proponeva ricorso in opposizione *ex art. 187-septies* T.U.F. dinanzi alla Corte d'Appello di Roma (che lo rigettava)¹⁷ e, in seguito, ricorso per Cassazione affidando l'impugnativa a tre motivi, uno dei quali concernente la pretesa incompatibilità della sanzione comminata per ostacolo all'attività di vigilanza (*ex art. 187-quinquiesdecies* T.U.F.) con il principio '*nemo tenetur se detegere*'. A suo avviso, infatti, l'imposizione – sotto forma di obbligo corredato da rilevanti sanzioni pecuniarie – di presenziare alle audizioni dinanzi all'autorità di vigilanza e, *ivi*, di rendere dichiarazioni, integrava una violazione dei diritti riconosciuti dall'art. 6 CEDU e dei principi in tema di 'giusto processo' sanciti dall'art. 111 della Costituzione italiana.

relazione al soggetto autore della violazione (*i.e.* persona fisica ovvero persona giuridica). Per l'effetto delle richiamate modifiche, l'art. 187-quinquiesdecies T.U.F. presenta oggi la seguente formulazione: «*1. Fuori dai casi previsti dall'articolo 2638 del codice civile, è punito ai sensi del presente articolo chiunque non ottempera nei termini alle richieste della Banca d'Italia e della Consob, ovvero non coopera con le medesime autorità al fine dell'espletamento delle relative funzioni di vigilanza, ovvero ritarda l'esercizio delle stesse. 1-bis. Se la violazione è commessa da una persona fisica, si applica nei confronti di quest'ultima la sanzione amministrativa pecuniaria da euro diecimila fino a euro cinque milioni. 1-ter. Se la violazione è commessa da una società o un ente, si applica nei confronti di questi ultimi la sanzione amministrativa pecuniaria da euro diecimila fino a euro cinque milioni, ovvero fino al dieci per cento del fatturato, quando tale importo è superiore a euro cinque milioni e il fatturato è determinabile ai sensi dell'articolo 195, comma 1-bis. Fermo restando quanto previsto per le società e gli enti nei confronti dei quali sono accertate le violazioni, si applica la sanzione amministrativa pecuniaria prevista dal comma 1-bis nei confronti degli esponenti aziendali e del personale della società o dell'ente nei casi previsti dall'articolo 190-bis, comma 1, lettera a). 1-quater. Se il vantaggio ottenuto dall'autore della violazione come conseguenza della violazione stessa è superiore ai limiti massimi indicati nel presente articolo, la sanzione amministrativa pecuniaria è elevata fino al doppio dell'ammontare del vantaggio ottenuto, purché tale ammontare sia determinabile».*

¹⁶ L'art. 187-octies, co. 3, T.U.F. prevede la possibilità per la Consob «[...] nei confronti di chiunque possa essere informato sui fatti», tra l'altro, di «c) procedere ad audizione personale».

¹⁷ Cfr. Corte d'Appello Roma, 20 novembre 2013, n. 5276.

Per queste ragioni, con il suddetto ricorso veniva contestata la legittimità costituzionale degli artt. 187-*octies* e 187-*quinquiesdecies* T.U.F., in riferimento ai parametri di cui agli artt. 3, 24, 111 e 117 Cost., «[...] *nella misura in cui il primo non prevede l'applicazione degli articoli 61, 63 e 198, comma 2, c.p.p. ed il secondo contempla una sanzione amministrativa per il soggetto sottoposto ad indagini CONSOB che rifiuti di fornire risposte suscettibili di utilizzazione in sede penale e comunque in sede di applicazione di gravi sanzioni amministrative*».

La Corte Suprema di Cassazione, con ordinanza n. 3831 del 2018¹⁸, valutava come rilevante e non manifestamente infondata¹⁹ la questione di legittimità costituzionale concernente l'art. 187-*quinquiesdecies* T.U.F., nella parte in cui tale disposizione «[...] *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 sue funzioni di vigilanza, contesti un abuso di informazioni privilegiate*». In particolare, tale questione era stata sollevata con riguardo agli artt. 24 e 111 Cost., nonché con riferimento all'art. 117 Cost., in relazione ai parametri interposti di cui all'art. 6 CEDU, all'art. 14, co. 3, lett. g), del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 16 dicembre 1966, e all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali

¹⁸ Cass. civ., sez. II, 16 febbraio 2018, ord. n. 3831. Cfr., a commento, A. LOGLI, *Poteri istruttori della Consob e 'nemo tenetur se detegere'*, in *Giur. comm.*, 2020, II, 230 ss.; C. BONZANO, *Nemo tenetur se detegere e procedimento amministrativo: per la Consulta, la sanzione 'punitiva' impone il due process of law*, in *Proc. pen. e giust.*, 2019, VI, 1448 ss.; G.L. GATTA, *'Nemo tenetur se detegere' e procedimento amministrativo davanti alla CONSOB per l'accertamento dell'abuso di informazioni privilegiate: la Cassazione solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 187-quinquiesdecies T.U.F.*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, IV, 156 ss.; e – se consentito – M. ALLENA, *Le sanzioni amministrative tra garanzie costituzionali e convenzionali europee*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, III, 374 ss.

¹⁹ Viceversa, la Suprema Corte ha ritenuto priva di rilevanza la questione di costituzionalità relativa all'art. 187-*octies* T.U.F., non essendo oggetto di contestazione il potere di Consob di procedere all'audizione dei vari soggetti informati dei fatti, tra cui anche il potenziale 'incolpato', bensì la possibilità di sanzionare quest'ultimo ove, per scelta di natura difensiva, lo stesso si sottragga all'audizione o ne ostacoli lo svolgimento.

dell'Unione europea²⁰. Per l'effetto, veniva disposta la sospensione del giudizio *a quo* con rimessione degli atti alla Corte costituzionale²¹.

²⁰ La Corte di Cassazione ha evidenziato, in primo luogo, un possibile contrasto tra il dovere di cooperazione all'esercizio delle funzioni di vigilanza di titolarità della Consob e il diritto di difesa sancito dall'art. 24 della Costituzione (cfr., nella giurisprudenza costituzionale, quantomeno Corte cost., 30 giugno 1994, n. 267, ove si è definito il 'diritto al silenzio' quale «[...] *principio cardine del nostro sistema processuale*»; e, in seguito, Id., 26 giugno 2002, n. 291, nella parte in cui si è affermato che «[...] *il principio nemo tenetur se detegere è un corollario essenziale dell'inviolabilità del diritto di difesa*»), come declinato nel fondamentale corollario del diritto a non collaborare alla propria incolpazione (sia con riguardo all'attività amministrativa prodromica al processo penale avente a oggetto gli eventuali reati di abuso di informazioni privilegiate *ex art. 184 T.U.F.*; sia con riferimento al procedimento sanzionatorio finalizzato all'irrogazione delle sanzioni *ex art. 187-bis T.U.F.* (*i.e.* un procedimento formalmente amministrativo, ma sostanzialmente penale in applicazione dei c.d. '*Engel criteria*' – cfr. Corte Edu, 8 giugno 1976 '*Engel e altri c. Paesi Bassi*', ove la prima formulazione dei tre criteri, tra loro alternativi, per la qualificazione di una data sanzione come 'penale' ai fini CEDU: la classificazione giuridica effettuata dall'ordinamento nazionale, la natura dell'infrazione e il grado di severità della sanzione). In secondo luogo, la Cassazione ha ravvisato un possibile contrasto tra il dovere di collaborazione con la Consob e il principio della parità delle parti, quale componente del c.d. 'giusto processo' *ex art. 111, co. II, Cost.*, assumendo che la previsione di un obbligo di cooperazione nella fase amministrativa possa alterare i meccanismi dell'onere della prova di cui all'art. 2967 c.c. con riguardo alla successiva fase giurisdizionale di impugnazione del provvedimento sanzionatorio. In terzo luogo, la Corte ha sollevato un dubbio di compatibilità costituzionale del dovere di cooperazione all'esercizio delle funzioni di vigilanza della Consob con l'art. 117 Cost., in riferimento al parametro interposto di cui all'art. 6 CEDU, come interpretato dalla giurisprudenza della Corte Edu, la quale ha più volte rimarcato che il diritto a non contribuire alla propria incriminazione e il diritto al silenzio costituiscono norme internazionali generalmente riconosciute di importanza fondamentale per la nozione di '*procès équitable*' (cfr., *ex multis*, Corte Edu, 11 luglio 2006, '*Jalloh c. Germania*', § 100: «[a]s regards the use of evidence obtained in breach of the right to silence and the privilege against self-incrimination, the Court observes that these are generally recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6»; e Id., 8 febbraio 1996, '*John Murray c. Regno Unito*', § 45: «[a]lthough not specifically mentioned in Article 6 (art. 6) of the Convention, there can be no doubt that the right to remain silent under police questioning and the privilege against self-incrimination are generally recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6»). Ancora, lo stesso art. 117 Cost. è stato utilizzato dalla Corte di Cassazione in riferimento a due ulteriori parametri interposti: l'art. 14, co. 3, lett. g), del Patto internazionale sui diritti civili e politici, ove si riconosce a ogni individuo accusato di un reato il diritto «*a non essere costretto a deporre contro se stesso od a confessarsi colpevole*»; e l'art. 47, co.

2, primo periodo, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ove è sancito il diritto di ogni individuo «[...] *a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, preconstituito per legge*», assumendo che detta disposizione sia sostanzialmente sovrapponibile all'art. 6, § 1, CEDU, nonché rilevante per la fattispecie in esame in ragione della derivazione europea dell'art. 187-*quinquiesdecies* T.U.F. (segnatamente, sotto forma di trasposizione del diritto derivato dell'Unione europea in materia di repressione dei c.d. 'market abuse' – Direttiva 2003/6/CE e successivo Regolamento UE n. 596/2014).

Si segnala, per completezza, che la medesima ordinanza ha dichiarato altresì rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 187-*sexies* T.U.F. ('*Confisca*'), come introdotto dall'art. 9, co. 2, lett. a), della l. 18 aprile 2005, n. 62, nella parte in cui si «[...] *assoggetta a confisca per equivalente non soltanto il profitto dell'illecito ma anche i mezzi impiegati per commetterlo, ossia l'intero prodotto dell'illecito*», in relazione agli artt. 3 e 42 Cost., nonché 117 Cost. con riferimento all'art. 1 del Primo Protocollo addizionale alla CEDU e agli artt. 17 e 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Tale questione è stata risolta dalla Corte costituzionale con sentenza n. 112 del 10 maggio 2019, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 187-*sexies* T.U.F. «[...] *nella parte in cui prevede la confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, del prodotto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo, e non del solo profitto*», nonché, in via consequenziale (ai sensi dell'art. 27 della l. 11 marzo 1953, n. 87), l'illegittimità costituzionale della medesima disposizione «[...] *nella versione risultante dalle modifiche apportate dall'art. 4, comma 14, del decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 107, recante "Norme di adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) n. 596/2014, relativo agli abusi di mercato e che abroga la direttiva 2003/6/CE e le direttive 2003/124/UE, 2003/125/CE e 2004/72/C"*», nella parte in cui prevede la confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, del prodotto dell'illecito, e non del solo profitto».

²¹ È opportuno precisare che, a giudizio della Corte di Cassazione (§ 11.2.2), il tenore letterale dell'art. 187-*quinquiesdecies* T.U.F., nella formulazione antecedente alle modifiche apportate dal d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 (conv., con modificazioni, in l. 17 dicembre 2012, n. 221), non consente l'utilizzo del criterio ermeneutico dell'interpretazione c.d. '*secundum constitutionem*' (o interpretazione costituzionalmente orientata), posto che la locuzione 'chiunque' *ivi* prevista non permette – in ragione della 'potenza semantica' del pronome indefinito – una lettura intesa a escludere dall'ambito applicativo del precetto sanzionatorio il soggetto che ostacoli le funzioni di vigilanza esercitate dalla Consob in ragione della possibile ascrizione personale di condotte illecite di abuso di mercato.

2.2. (Segue): *Il dialogo tra le corti: l'ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea*

La Corte costituzionale, con ordinanza n. 117 del 10 maggio 2019 (pubblicata il successivo 15 maggio 2019)²², sospendeva il giudizio di costituzionalità e disponeva rinvio pregiudiziale *ex art. 267 T.F.U.E.* alla Corte di giustizia dell'Unione europea per le ragioni di seguito rappresentate.

Innanzitutto, il Giudice delle leggi ha ritenuto che la questione di legittimità costituzionale, per come sollevata in via incidentale dalla Corte di Cassazione, consistesse nello stabilire se la garanzia del 'diritto al silenzio'²³ dovesse trovare applicazione, non soltanto – come è pacifico – con riguardo ai procedimenti (formalmente) penali, bensì anche nell'ambito dei procedimenti amministrativi propedeutici all'irrogazione di sanzioni 'punitive' e, dunque, aventi un'intrinseca connotazione penale ai fini CEDU.

Rispetto a detto interrogativo, la Corte costituzionale ha mostrato apertamente il proprio *favor* per la soluzione di segno positivo,

²² Cfr., a commento, G. CANESCHI, *Nemo tenetur se detegere anche nei procedimenti amministrativi sanzionatori? La parola alla Corte di Giustizia*, in *Cass. pen.*, 2020, II, 579 ss.; S. MILONE, *Un nuovo limite al potere amministrativo punitivo: la Corte di Giustizia riconosce il diritto al silenzio nei procedimenti amministrativi per l'accertamento di abusi di mercato*, in *Foro it.*, 2021, 400 ss.; G. DE MARZO, *Brevi considerazioni sul diritto al silenzio dell'imputato*, *ibidem*, 405 ss.

²³ In proposito, la Corte costituzionale ha ritenuto di dover precisare (§ 4) che il diritto al silenzio, riconosciuto e garantito da plurime disposizioni di rango costituzionale, europeo e internazionale, non legittima – di per sé – condotte consistenti nel rifiuto a presentarsi alle audizioni disposte dall'autorità di vigilanza, né a porre in essere comportamenti di natura dilatoria finalizzati unicamente a ritardare gli interrogatori, a condizione tuttavia che sia garantita la possibilità di rifiutarsi di rispondere a domande dalle quali potrebbero derivare auto-incriminazioni.

richiamando a supporto la costante giurisprudenza formatasi in relazione agli artt. 24 Cost.²⁴ e 6 CEDU²⁵.

Ciò nonostante, la Consulta ha dovuto prendere atto di una criticità, ossia la derivazione europea del censurato art. 187-*quinquiesdecies* T.U.F., introdotto nell'ordinamento italiano per effetto del recepimento di specifici obblighi previsti – in origine – dalla Direttiva 2003/6/CE²⁶ (*'Market Abuse Directive'* – M.A.D.) e, in seguito, dal Regolamento UE n. 596/2014²⁷ (*'Market Abuse Regulation'* – M.A.R.): il che

²⁴ Anche se non risultavano precedenti nazionali specificamente dedicati all'applicazione del diritto al silenzio nell'ambito di procedimenti formalmente amministrativi, ma sostanzialmente 'penali' in applicazione dei criteri *'Engel'*, la Corte costituzionale aveva già affermato in numerose occasioni l'estensione di talune garanzie proprie della materia 'penale', e in particolare quelle afferenti al fondamentale principio *'nullum crimen, nulla poena sine lege'* ex art. 25, co. II, Cost., alle sanzioni amministrative di tipo 'punitivo'. Cfr., in particolare, i precedenti relativi al riconoscimento del divieto di retroattività delle modifiche normative in *'peius'* (Corte cost., 4 giugno 2010, n. 196; Id., 5 dicembre 2018, n. 223; Id., 7 aprile 2017, n. 68; Id., 16 dicembre 2016, n. 276; Id., 18 aprile 2014 n. 104; e Id., 4 giugno 2010, n. 196), al necessario rispetto del canone di 'sufficiente precisione' dei precetti sanzionatori (Corte cost., 13 giugno 2018, n. 121; e Id. 3 luglio 1967, n. 78), e alla retroattività delle modifiche in *'mitius'* (Corte cost., 21 marzo 2019, n. 63). Per ogni ulteriore approfondimento cfr. F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018; e, se si vuole, M. ALLENA, *La sanzione amministrativa tra garanzie costituzionali e principi CEDU: il problema della tassatività-determinatezza e la prevedibilità*, in *Federalismi.it*, n. 4/2017.

²⁵ Cfr. il § 7.2. dell'ordinanza, ove l'espresso richiamo ai precedenti della Corte Edu (*'Shannon c. Regno Unito'*, 4 ottobre 2005; e *'Chambaz c. Svizzera'*, 5 aprile 2012) nei quali è stata riscontrata la violazione dell'art. 6 CEDU con riferimento a sanzioni comminate nei confronti delle condotte di rifiuto a rispondere alle domande formulate da autorità amministrative nell'ambito di procedimenti aventi a oggetto l'accertamento di illeciti di natura sostanzialmente 'punitiva'.

²⁶ Nello specifico, l'art. 12 della Dir. 2003/6/CE stabiliva, al § 1, che *«[a]ll'autorità competente sono conferiti tutti i poteri di vigilanza e di indagine necessari per l'esercizio delle sue funzioni»*, e al § 2, lett. b), che tali poteri includono quantomeno il diritto di *«[...] richiedere informazioni a qualsiasi persona, incluse quelle che intervengono successivamente nella trasmissione degli ordini o nell'esecuzione delle operazioni in questione, e ai loro mandanti e, se necessario, convocare e procedere all'audizione di una persona»*. Il successivo art. 14, § 3, della medesima Direttiva, imponeva agli Stati di *'fissare' «[...] le sanzioni da applicare per l'omessa collaborazione alle indagini di cui all'articolo 12»*.

²⁷ Cfr. l'art. 23, § 2, lett. b), del Reg. UE n. 596/2014, ove si prevede che *«[p]er adempiere ai compiti loro assegnati dal presente regolamento, le autorità competenti*

avrebbe determinato, in caso di declaratoria di illegittimità costituzionale della disposizione nazionale, un conflitto con l'ordinamento europeo. Allo stesso tempo, però, le medesime previsioni europee di diritto derivato apparivano alla Corte in contrasto con alcune garanzie fondamentali sancite dagli artt. 47²⁸ e 48²⁹ della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dai quali si ricava il riconoscimento del diritto di ogni individuo a non contribuire alla propria incolpazione e a non essere tenuto, sotto minaccia di sanzione, a rendere dichiarazioni *contra se* di natura confessoria.

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 l'art. 30, § 1, lett. b), del medesimo Reg., ove si dispone che «[f]atti 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».

²⁸ Art. 47 ('Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale'): «[o]gni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. Ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia».

²⁹ Art. 48 ('Presunzione di innocenza e diritti della difesa'): «[o]gni imputato è considerato innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente provata. Il rispetto dei diritti della difesa è garantito ad ogni imputato».

Con riguardo alle suddette garanzie, la Corte costituzionale ha avuto cura di rimarcare l'inconferenza³⁰, e comunque la non divisibilità³¹ per la soluzione del caso di specie, dell'orientamento giurisprudenziale formulato dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea in materia di illeciti *antitrust* commessi da persone giuridiche. Sul punto si tornerà³². Per il momento è sufficiente ricordare che, secondo la costante interpretazione dei giudici del Lussemburgo, in tali fattispecie il diritto al silenzio è limitato alle sole domande dirette a ottenere una confessione espressa di un illecito, dovendo per il resto la persona giuridica ottemperare a 'obblighi di collaborazione attiva', *ivi* compreso quello di fornire informazioni inerenti a circostanze di fatto eventualmente suscettibili di essere utilizzate dalla Commissione europea a fondamento di una successiva 'accusa' nei suoi confronti.

A ogni modo, in adesione alla pratica del 'dialogo tra le corti' e nel dichiarato obiettivo di definire *standard* comuni nella tutela dei diritti fondamentali, la Corte costituzionale ha ritenuto di risolvere la questione di 'doppia pregiudizialità' (costituzionale ed euro-unitaria) evidenziata dalla Corte di Cassazione³³ antepoendo la soluzione dei

³⁰ Il giudizio di inconferenza è reso dalla Corte costituzionale (§ 9.2. dell'ordinanza) evidenziando, da un lato, il riferimento alle sole persone giuridiche (e non alle persone fisiche) della richiamata giurisprudenza europea in materia *antitrust*; dall'altro, relativizzando sul piano diacronico l'origine di detta interpretazione di natura restrittiva, elaborata in un periodo storico antecedente all'adozione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e, a maggior ragione, all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il quale – come è noto – ha attribuito alla Carta di Nizza lo stesso valore giuridico dei trattati (cfr. l'art. 6 T.U.E.).

³¹ La Corte costituzionale rileva infatti che la giurisprudenza in questione risulta difficilmente conciliabile con la natura sostanzialmente 'punitiva' degli illeciti di abuso di mercato: «[t]ale giurisprudenza, inoltre, non appare a questa Corte compiutamente in linea con la poc'anzi analizzata giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che pare invece riconoscere un'estensione ben maggiore al diritto al silenzio dell'incolpato, anche nell'ambito di procedimenti amministrativi funzionali all'irrogazione di sanzioni di natura "punitiva"» (§ 9.2. dell'ordinanza).

³² Cfr. il § 4.1. del presente lavoro.

³³ Cfr. il § 11.3.6.7 dell'ordinanza n. 3831/2018, nella parte in cui si ravvisa l'esistenza di «[...] una ipotesi di c.d. doppia pregiudizialità, in quanto la disposizione contenuta nell'articolo 187 quinquiesdecies T.U.F. dà luogo sia alle questioni di legittimità costituzionale indicate nei paragrafi 11.3.2, 11.3.3, 11.3.4 e 11.3.5 sia, e simultaneamente, ad una questione di compatibilità con il diritto dell'Unione e, segnatamente, con una disposizione (l'articolo 47) della CDFUE». La

dubbi interpretativi e di validità delle disposizioni europee in materia di repressione dei c.d. ‘*market abuse*’ (art. 14, § 3, della Direttiva M.A.D., e art. 30, § 1, lett. b), del Regolamento M.A.R.) alle questioni domestiche di legittimità costituzionale.

Nello specifico, attraverso due quesiti posti in via gradata, la Corte costituzionale ha domandato alla Corte di Giustizia: «*a) se l’art. 14, paragrafo 3, della direttiva 2003/6/CE, in quanto tuttora applicabile ratione temporis, e l’art. 30, paragrafo 1, lettera b), del regolamento (UE) n. 596/2014 debbano essere interpretati nel senso che consentono agli Stati membri di non sanzionare chi si rifiuti di rispondere a domande dell’autorità competente dalle quali possa emergere la propria responsabilità per un illecito punito con sanzioni amministrative di natura “punitiva”; b) se, in caso di risposta negativa a tale prima questione, l’art. 14, paragrafo 3, della direttiva*

scelta della Corte di Cassazione di dare priorità all’incidente di costituzionalità, in luogo dell’alternativa consistente nel rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell’Unione europea, propedeutico a una successiva ed eventuale disapplicazione della disposizione contestata ovvero instaurazione del giudizio di costituzionalità (in caso di verifica con esito positivo della compatibilità europea dell’art. 187-*quinquiesdecies* T.U.F. con l’art. 47 C.D.F.U.E.), è stata motivata dall’adesione al paradigma espresso dalla Corte costituzionale nella sentenza 14 dicembre 2017, n. 269 (sulla quale cfr. il commento di A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo tra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, in *Quad. cost.*, 2018, I, 149 ss.), ove – superando una precedente e costante interpretazione (cfr., quantomeno, Corte cost., 12 maggio 2017, n. 111; Id., ord. 2 marzo 2017, n. 48; Id., ord. 18 luglio 2013, n. 207) – si è stabilito che «[...] laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria, debba essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso, al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell’Unione, ai sensi dell’art. 267 del TFUE». Sul tema della doppia pregiudizialità, quale questione caratterizzante i sistemi giuridici ‘multilivello’, cfr., quantomeno, A. RUGGERI, *Il giudice e la doppia pregiudizialità: istruzioni per l’uso*, in *Federalismi.it*, n. 6/2021; S. CATALANO, *Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità. Osservazioni a margine dell’opportuna scelta compiuta con l’ordinanza n. 117 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Oss. cost.*, 2019, IV, 157 ss.; G. MARRA - M. VIOLA, *La doppia pregiudizialità in materia di diritti fondamentali*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, VII-VIII, 143 ss.; G. REPETTO, *Il significato europeo della più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale sulla doppia pregiudizialità in materia di diritti fondamentali*, in *Riv. AIC*, 2019, IV, 1 ss.

2003/6/CE, in quanto tuttora applicabile ratione temporis, e l'art. 30, paragrafo 1, lettera b), del Regolamento (UE) n. 596/2014 siano compatibili con gli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, anche alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di art. 6 CEDU e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, nella misura in cui impongono di sanzionare anche chi si rifiuti di rispondere a domande dell'autorità competente dalle quali possa emergere la propria responsabilità per un illecito punito con sanzioni amministrative di natura "punitiva"».

2.3. (Segue): La Corte di Giustizia e l'interpretazione del 'diritto derivato' (Direttiva M.A.D. e regolamento M.A.R.) in conformità al diritto europeo primario (artt. 47 e 48 C.D.F.U.E.)

La Grande Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione europea, con sentenza del 2 febbraio 2021 (in causa C-481/19)³⁴, ha risolto la questione pregiudiziale sottoposta dalla Corte costituzionale italiana dichiarando che le disposizioni di diritto derivato oggetto dei quesiti (art. 14, § 3, della Direttiva M.A.D., e art. 30, § 1, lett. b), del Regolamento M.A.R.) debbono essere lette alla luce degli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ed essere interpretate nel senso che esse «[...] consentono agli Stati membri di non sanzionare una persona fisica, la quale, nell'ambito di un'indagine svolta nei suoi confronti dall'autorità competente a titolo di detta direttiva o di detto regolamento, si rifiuti di fornire a tale autorità risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative aventi carattere penale oppure la sua responsabilità penale».

In particolare, la Corte ha evidenziato che gli artt. 47, § 2, e 48 C.D.F.U.E. ricomprendono nel fascio di garanzie che i singoli Stati membri devono assicurare – laddove agiscano in attuazione del diritto euro-unitario – il diritto al silenzio della persona 'imputata'. Ciò, in linea con una ricostruzione del contenuto dei suddetti articoli conforme

³⁴ Sulle conclusioni depositate dall'Avvocato generale della Corte di giustizia dell'Unione europea Priit Pikamäe in data 27 ottobre 2020 cfr. A. SAKELLARAKI, *Halcyon Days for the Right to Silence: AG Pikamäe's Opinion in Case DB v. Consob*, in *European Papers*, 2020, III, 1543 ss.

agli *standard* di tutela (o ‘soglie di protezione minima’) fissati dalla Corte Edu in relazione alle garanzie sancite dall’art. 6 CEDU, il cui § 3 dispone che «[i] *diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell’Unione in quanto principi generali*»; e dall’art. 52, § 3, della C.D.F.U.E., il quale prevede che «[I] *addove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione*» (fatta salva, ovviamente, la possibilità di introdurre livelli ulteriori di tutela).

Secondo i giudici del Lussemburgo, atteso il rango primario della Carta di Nizza, avente lo stesso valore giuridico dei Trattati, ne discende sul piano interpretativo il *favor* per una lettura del diritto derivato che – tra le plurime opzioni esegetiche in astratto prospettabili – non ne comprometta la validità, e dunque risulti compatibile con le fonti di grado gerarchico superiore.

Applicando queste coordinate ermeneutiche al caso di specie, i giudici del Lussemburgo hanno concluso che tanto l’art. 14, § 3, della Direttiva 2003/6/CE, quanto l’art. 30, § 1, lett. b), del Regolamento n. 596/2014, non impongono in via espressa agli Stati membri di prevedere l’irrogazione di sanzioni a carico delle persone fisiche che, seppure passibili di successiva incriminazione formalmente o sostanzialmente penale, si rifiutino – in sede di audizione – di fornire risposte suscettibili di far emergere la propria responsabilità. Di talché, è ammissibile un’interpretazione conforme con il diritto europeo primario, e segnatamente con la garanzia del diritto al silenzio di cui al combinato disposto degli artt. 47, § 2, e 48 della Carta di Nizza, tale per cui gli Stati membri non possano sanzionare una persona fisica per la condotta consistente nella volontà di rimanere silenti al cospetto delle autorità di vigilanza onde evitare di concorrere alla propria incriminazione con riferimento a sanzioni formalmente o sostanzialmente penali.

2.4. (Segue): *La Corte costituzionale impone il rispetto del diritto al silenzio alle autorità di vigilanza dei mercati finanziari (Consob e Banca d’Italia), ma entro certi limiti*

A seguito della sentenza della Corte di Giustizia, la Corte costituzionale italiana ha definito il giudizio di legittimità costituzionale con sentenza interpretativa di accoglimento n. 84 del 2021. Nello specifico, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 187-*quinquiesdecies* T.U.F., nella versione vigente – *ratione temporis* – all'epoca dei fatti oggetto del giudizio *a quo* (i.e. la disposizione come introdotta dall'art. 9, co. 3, lett. b), della l. n. 62/2005) e nella formulazione modificata per effetto delle sopravvenienze normative di cui all'art. 24, co. 1, lett. c), del d.l. n. 179/2012 e dell'art. 5, co. 3, del d.lgs. n. 129/2017, nella parte in cui «[...] si applica anche alla persona fisica che si sia rifiutata di fornire alla Banca d'Italia o alla CONSOB risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative di carattere punitivo, ovvero per un reato».

Al fine di giustificare questa conclusione, la Consulta ha respinto innanzitutto l'eccezione erariale secondo cui l'art. 220 disp. att. c.p.p.³⁵, così come interpretato dalla giurisprudenza di legittimità, offrirebbe di per sé una protezione sufficiente per il soggetto sottoposto a poteri di natura ispettiva o di vigilanza, ossia l'inutilizzabilità delle dichiarazioni auto-incriminanti rese in difetto delle piene garanzie difensive. A tale riguardo, il Giudice delle leggi ha affermato che le dichiarazioni ottenute dall'amministrazione, sotto la minaccia di una sanzione per mancata cooperazione, sebbene non utilizzabili in via 'diretta' in un successivo processo penale³⁶, possono comunque offrire alla medesima autorità di vigilanza o al pubblico ministero 'spunti' per lo svolgimento di autonome attività ispettive finalizzate a raccogliere ulteriori elementi a supporto dell'inculpazione. Il che si verificherebbe sia nel caso in cui dette attività siano svolte in un ambiente 'formalmente' penale; sia nelle

³⁵ Art. 220 disp. att. c.p.p. ('Attività ispettive e di vigilanza'): «[q]uando nel corso di attività ispettive o di vigilanza previste da leggi o decreti emergono indizi di reato, gli atti necessari per assicurare le fonti di prova e raccogliere quant'altro possa servire per l'applicazione della legge penale sono compiuti con l'osservanza delle disposizioni del codice».

³⁶ Per ogni approfondimento sull'utilizzabilità nell'ambito del processo penale delle prove amministrative c.d. extra-costituite cfr., per tutti, R. ORLANDI, *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, Milano, 1992.

differenti ipotesi in cui vengano esercitate nell'ambito di procedimenti diretti all'applicazione di sanzioni amministrative di carattere 'sostanzialmente' penale.

Nel merito, la declaratoria di incostituzionalità è fondata sui parametri *ex artt.* 24 e 117 Cost., quest'ultimo in relazione alle norme interposte di cui agli artt. 6 CEDU, 14, § 3, lett. g), del Patto internazionale sui diritti civili e politici e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea³⁷.

Le suddette disposizioni costituzionali e sovranazionali rappresentano – anche per l'effetto di un'interpretazione in combinato disposto o, comunque, con finalità di reciproca integrazione e completamento – un adeguato supporto per l'estensione della garanzia del diritto al silenzio ai procedimenti amministrativi sanzionatori di carattere punitivo, qual è quello preordinato alla repressione degli illeciti di abusi di mercato di competenza della Consob³⁸. Di talché, con riguardo alla portata del riconosciuto diritto al silenzio, la Corte costituzionale, in linea con la ricostruzione offerta dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, ha ritenuto di dover concludere il giudizio con la declaratoria d'illegittimità costituzionale dell'art. 187-*quinquiesdecies* T.U.F. nella parte in cui la locuzione 'chiunque', *ivi* prevista, venga utilizzata per sanzionare coloro che si rifiutino di rispondere a domande formulate dalle autorità di vigilanza (Consob e Banca d'Italia) onde evitare dichiarazioni *contra se* utilizzabili dalle

³⁷ Rimane, invece, assorbita la questione formulata dall'ordinanza di remissione con riferimento all'art. 111 Cost.

³⁸ Basti il richiamo, tra i precedenti della Corte costituzionale italiana, alle sentenze n. 112 del 10 maggio 2019, concernente le questioni di costituzionalità sollevate in relazione all'estensione della confisca per equivalente *ex art.* 187-*sexies* T.U.F. ai 'mezzi' oltre che al 'profitto'; n. 63 del 21 marzo 2019, concernente le questioni di costituzionalità sollevate in relazione alla (ir)retroattività della dequintuplicazione degli importi sanzionatori di cui all'art. 187-*bis* T.U.F. (come novellato dall'art. 6, co. 2, del d.lgs. 12 maggio 2015, n. 72); n. 223 del 5 dicembre 2018, concernente le questioni di costituzionalità sollevate in relazione alla retroattività della confisca per equivalente *ex art.* 187-*sexies* T.U.F. rispetto alle violazioni commesse anteriormente alla data di entrata in vigore della l. n. 62/2005, laddove il complessivo trattamento sanzionatorio risulti in concreto più sfavorevole se comparato a quello applicabile in base alla disciplina previgente; n. 68 del 7 aprile 2017, nella parte in cui è stata acclarata la funzione 'punitiva' propria della confisca per equivalente *ex art.* 187-*sexies*, con conseguente riconoscimento dell'applicabilità dell'art. 25, co. II, Cost. in punto di divieto di retroattività in *peius*.

autorità competenti a fondamento di eventuali e successive contestazioni di illeciti di carattere (formalmente o sostanzialmente) penale.

Viceversa, la Corte costituzionale ha precisato come il riconoscimento della suddetta garanzia non implichi – come suo corollario – la legittimità di condotte di natura ostruzionistica nei confronti delle attività di vigilanza, quali il rifiuto a presenziare all’audizione ovvero la sua sistematica richiesta di rinvio con finalità meramente dilatoria³⁹; e neppure facoltizzi condotte di natura omissiva per quanto concerne la consegna di dati, documenti e registrazioni *ex art. 187-octies*, co. 3 e 4, T.U.F. (il che non è di poco conto: è appena il caso di notare, a questo riguardo, che i documenti costituiscono spesso la principale fonte di prova nell’ambito dell’attività di vigilanza svolta dalla Consob e dalla Banca d’Italia, ma anche dall’Agcm e da altre autorità amministrative indipendenti, stante l’elevato tecnicismo che connota le attività vigilate).

Insomma, il diritto al silenzio così enucleato si sostanzia nell’assenza di ‘soli’ obblighi di collaborazione ‘dichiarativi’, senza che da ciò si possa inferire anche l’assenza di obblighi di collaborazione di altro genere.

D’altro canto, la Corte di Cassazione ha già propugnato un’interpretazione restrittiva del diritto al silenzio nei procedimenti sanzionatori avviati da Consob e Banca d’Italia, sostenendo che esso non ricomprenderebbe sempre anche il ‘diritto di mentire’

³⁹ Diversa, invece, la rilevanza della questione con riguardo alla soluzione della fattispecie concreta da cui è originato il giudizio di costituzionalità di cui si discute. In detta situazione, infatti, difettava il riconoscimento della garanzia del diritto al silenzio, con la conseguenza che il Sig. D.B. – qualora si fosse presentato all’audizione disposta dalla Consob – sarebbe stato in ogni caso passibile di sanzione (o per omessa collaborazione all’attività di vigilanza, in caso di silenzio, ovvero sul piano amministrativo e penale, per effetto di eventuali dichiarazioni dalla valenza auto-accusatoria). Cfr. il § 2.1. della sentenza della Corte cost. in commento, ove si riprende l’argomento (già anticipato nell’ordinanza di rimessione n. 117/2019) per cui «[...] *nella valutazione della sanzionabilità del ritardo di D. B. nel presentarsi all’audizione disposta dalla CONSOB, ben potrebbe il giudice del procedimento a quo valorizzare la circostanza che il diritto al silenzio non era, all’epoca, garantito; e che pertanto il ricorrente – presentandosi all’audizione – si sarebbe trovato di fronte all’alternativa tra rendere in quella sede dichiarazioni potenzialmente autoaccusatorie, ovvero rischiare di essere sanzionato per il rifiuto di rendere tali dichiarazioni*».

(pacificamente riconosciuto, viceversa, come un riflesso del diritto al silenzio nell'ordinamento penale⁴⁰), dal momento che l'art. 187-*quinquiesdecies* T.U.F. sanziona pur sempre i comportamenti ostruzionistici che cagionino indebiti ritardi allo svolgimento dell'attività di vigilanza: sicché, secondo la Cassazione «[s]arebbe [...] palesemente distonico, in un sistema che sanziona il rifiuto di presentarsi ad un'audizione o di consegnare dati e documenti, ritenere non sanzionabile un mendacio che, orientando la Consob verso piste false o inducendola a compiere investigazioni inutili produca l'effetto di ostacolare o ritardare indebitamente l'attività di indagine»⁴¹. A essere non punibile sarebbe dunque solo il mendacio che si risolve nella mera negazione di circostanze vere di cui l'autorità di vigilanza chieda conferma: solo in tal caso, infatti, il mendacio produrrebbe sull'indagine in corso un effetto analogo al rifiuto di rispondere, ossia quello di lasciare in capo all'autorità amministrativa l'onere di ricercare altrove la prova delle circostanze oggetto della richiesta di conferma⁴².

3. Dal riconoscimento del diritto al silenzio alla sua 'effettività': la necessaria implementazione di obblighi di natura informativa da parte delle autorità amministrative di vigilanza

⁴⁰ Cfr. l'art. 384 c.p.

⁴¹ Cfr. Cass. civ., sez. II, 11 febbraio 2022, n. 4522.

⁴² Cfr., nuovamente, Cass. civ. n. 4522/2022, ove è enunciato il seguente principio di diritto: «[a]i sensi dell'art. 187 *quinquiesdecies* T.U.F., quale risultante all'esito della sentenza C. Cost. n. 84/2021, la condotta della persona fisica la quale - richiesta di fornire informazioni alla CONSOB nel quadro dell'attività di vigilanza svolta da quest'ultima e funzionale alla scoperta di illeciti e alla individuazione dei responsabili, ovvero, a fortiori, nell'ambito di un procedimento sanzionatorio formalmente aperto nei suoi confronti - abbia dato risposte mendaci a domande, formulate in sede di audizione o per iscritto, dalle quali sarebbe potuta emergere una sua responsabilità per un illecito amministrativo sanzionato con misure di carattere punitivo, o addirittura una sua responsabilità di carattere penale, non è sanzionabile solo se tale mendacio si risolve nella mera negazione di circostanze vere di cui la CONSOB chieda conferma; in tal caso, infatti, il mendacio produce sull'indagine il medesimo effetto del rifiuto di rispondere, ossia quello di lasciare a carico della CONSOB l'onere di ricercare aliunde la prova delle circostanze oggetto della richiesta di conferma; senza, quindi, alcuna indebita causazione di ulteriori ostacoli o ritardi dell'attività di indagine».

È noto che i diritti, affinché siano realmente tali, richiedono non soltanto un riconoscimento formale da parte di costituzioni o altri ‘documenti solenni’, ma soprattutto una tutela in concreto conforme ai canoni di pienezza ed effettività. Diversamente, la fonte normativa che sancisce un dato diritto finisce con l’assumere il mero significato di ‘*Papier Stück*’⁴³.

Sicché l’affermazione, da parte della Corte costituzionale, del principio ‘*nemo tenetur se detegere*’ con riguardo alle potestà amministrative sanzionatorie di carattere ‘punitivo’ non rappresenta un punto di arrivo, quanto piuttosto un fondamentale momento di partenza nella logica della garanzia in concreto dei diritti. È chiaro, infatti, che occorrerà ragionare sulle modalità operative per rendere effettivo il riconosciuto diritto al silenzio al cospetto delle potestà amministrative preordinate all’accertamento di illeciti di abuso di mercato.

A tale riguardo, la Corte costituzionale ha ritenuto – nel rispetto della discrezionalità del legislatore – di non intervenire sulla disciplina normativa con una pronuncia additiva. Del resto, la questione di legittimità costituzionale verteva unicamente sull’obbligo, ricavabile dalla formulazione letterale dell’art. 187-*quinquiesdecies* T.U.F., di sanzionare i soggetti che si rifiutino di rispondere alle domande poste in sede di audizione rivendicando la titolarità del diritto al silenzio.

Di conseguenza, la Corte ha correttamente preferito rimettere «[...] *al legislatore la più precisa declinazione delle ulteriori modalità di tutela di tale diritto [...] rispetto alle attività istituzionali della Banca d’Italia e della CONSOB, in modo da meglio calibrare tale tutela rispetto alle specificità dei procedimenti che di volta in volta vengono in considerazione, nel rispetto dei principi discendenti dalla Costituzione, dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo e dal diritto dell’Unione europea*». Peraltro, la Consulta ha precisato che tali modalità di tutela non devono essere «[...] *necessariamente coincidenti*

⁴³ Cfr. F. LASSALLE, *Über Verfassungswesen*, in ID., *Gesammelte Reden und Schriften*, II, Berlin, 1919, 25 ss., il quale, alla conferenza berlinese del 16 aprile 1862 organizzata dall’Associazione liberal-progressista, sostenne la tesi secondo cui la componente vitale di una costituzione è data dal complesso dei rapporti di forza materialmente esistenti. Per un commento cfr. K. HESSE, *Die normative Kraft der Verfassung*, Tübingen 1959, nella traduzione italiana a cura di P. COSTA, *La forza normativa della Costituzione*, Seregno, 2008, 11.

con quelle che vigono nell'ambito del procedimento e del processo penale».

A questo proposito, seppure nella consapevolezza del carattere *de jure condendo* delle considerazioni a seguire, si ritiene che per assicurare effettività al principio del '*nemo tenetur se detegere*' sia necessario implementare specifici obblighi di natura informativa – sul modello del noto '*Miranda warning*'⁴⁴ – a carico delle autorità

⁴⁴ Per quanto concerne il sistema penale in senso stretto, il codice di procedura penale contiene alcune regole di tenore applicativo concernenti il 'diritto al silenzio'. Cfr., in particolare, l'art. 63, co. 1, c.p.p. in tema di dichiarazioni c.d. 'indizianti' («[s]e davanti all'autorità giudiziaria o alla polizia giudiziaria una persona non imputata ovvero una persona non sottoposta alle indagini rende dichiarazioni dalle quali emergono indizi di reità a suo carico, l'autorità procedente ne interrompe l'esame, avvertendola che a seguito di tali dichiarazioni potranno essere svolte indagini nei suoi confronti e la invita a nominare un difensore. Le precedenti dichiarazioni non possono essere utilizzate contro la persona che le ha rese»); l'art. 64, co. 3, lett. a) e b), c.p.p., per quanto concerne l'interrogatorio della persona sottoposta a indagini («[p]rima che abbia inizio l'interrogatorio, la persona deve essere avvertita che: a) le sue dichiarazioni potranno sempre essere utilizzate nei suoi confronti; b) salvo quanto disposto dall'articolo 66, comma 1, ha facoltà di non rispondere ad alcuna domanda, ma comunque il procedimento seguirà il suo corso»); l'art. 198, co. 2, c.p.p., relativamente agli obblighi del testimone («[i]l testimone non può essere obbligato a deporre su fatti dai quali potrebbe emergere una sua responsabilità penale»). Sul piano europeo, cfr. l'art. 3, § 1, lett. e), della Dir. 2012/13/UE sul 'diritto all'informazione nei procedimenti penali' («[g]li Stati membri assicurano che alle persone indagate o imputate siano tempestivamente fornite le informazioni concernenti almeno i seguenti diritti processuali, ai sensi del diritto nazionale, onde consentire l'esercizio effettivo di tali diritti: [...] e) il diritto al silenzio»); e il trentunesimo e trentaduesimo considerando della Dir. 2016/343/UE sul 'rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali' («31. Gli Stati membri dovrebbero prendere in considerazione la possibilità di garantire che, quando gli indagati o imputati ricevono informazioni sui loro diritti a norma dell'articolo 3 della direttiva 2012/13/UE, siano informati anche in merito al diritto di non autoincriminarsi, come applicabile a norma del diritto nazionale conformemente alla presente direttiva. 32. Gli Stati membri dovrebbero prendere in considerazione la possibilità di garantire che, quando gli indagati o imputati ricevono la comunicazione dei diritti a norma dell'articolo 4 della direttiva 2012/13/UE, tale comunicazione contenga anche informazioni in merito al diritto di non autoincriminarsi, come applicabile a norma del diritto nazionale conformemente alla presente direttiva»). Cfr., anche, il § 2.4. del 'Libro verde sulla presunzione di non colpevolezza' del 26 aprile 2006 (Com/2006/0174), ove si chiarisce che «[l]a presunzione di non colpevolezza comprende il diritto di evitare l'autoincriminazione, diritto fondato sul diritto al

amministrative di vigilanza. Una siffatta *disclosure* delle facoltà e dei diritti spettanti a ogni singolo soggetto coinvolto da attività amministrative a elevato rischio auto-accusatorio dovrebbe inevitabilmente precedere l'esercizio delle singole funzioni in materia sanzionatoria⁴⁵: il diritto al silenzio, invero, non ammette tutela differita, posto che una mancata protezione *ab initio* equivale – di per

silenzio e a non essere obbligato a fornire prove di colpevolezza. Si tratta, in altri termini, di applicare l'antica massima nemo tenetur prodere seipsum (nessuno può essere obbligato ad accusare se stesso). L'imputato può rifiutarsi di rispondere alle domande e produrre elementi probatori. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto che, pur se non espressamente menzionato nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il diritto di non autoincriminarsi è generalmente riconosciuto ed è parte integrante del concetto di "giusto processo". Esso protegge l'imputato contro un'indebita coazione delle autorità, riducendo il rischio di errori giudiziari e consacrando il principio della parità delle armi. L'accusa deve provare il suo teorema accusatorio senza ricorrere a prove ottenute mediante l'uso della forza o la coazione psicologica. La sicurezza e l'ordine pubblico non possono giustificare la soppressione di tali diritti che sono reciprocamente connessi, per cui ogni coazione intesa ad ottenere una prova incriminatrice costituisce violazione del diritto al silenzio. Ad esempio, lo Stato viola il diritto al silenzio dell'imputato se cerca di costringerlo a fornire dichiarazioni bancarie agli ispettori delle dogane. La costrizione a cooperare con le autorità durante le indagini preliminari può violare il diritto di non autoincriminarsi e compromettere l'imparzialità di ogni successiva udienza».

⁴⁵ In questo senso, molto chiaramente, V. GREVI, *Nemo tenetur se detegere*, cit., 91, secondo cui «[...] gli ordinamenti maggiormente progrediti in rapporto alla salvaguardia dei diritti dell'individuo sottoposto a processo tendono ormai a riconoscere come per una concreta attuazione del "nemo tenetur se detegere" non basti che venga esclusa la punibilità della reticenza o della menzogna dell'imputato, e nemmeno che venga proclamato ex lege il suo diritto di non rilasciare dichiarazioni autoincriminatrici, essendo invece necessario che l'imputato medesimo venga informato di quel diritto prima dell'interrogatorio, così da garantirgli piena consapevolezza delle proprie "possibilità" difensive». Con riguardo alla giurisprudenza convenzionale, è importante il richiamo alla sentenza della Corte Edu, 24 ottobre 2013, 'Navone e altri c. Monaco', nella parte in cui (§ 71) si riconnette al principio del 'nemo tenetur se detegere' il diritto a ricevere una specifica informativa prima dell'avvio di un interrogatorio («[s] 'agissant plus particulièrement du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination et du droit de garder le silence lors d'un interrogatoire de police, la Cour rappelle qu'il s'agit de normes internationales généralement reconnues et qui sont au cœur de la notion de procès équitable. Ils ont notamment pour finalité de protéger l'accusé contre une coercition abusive de la part des autorités et, ainsi, d'éviter les erreurs judiciaires et d'atteindre les buts de l'article 6 de la Convention»).

sé – a una negazione o, comunque, a una grave violazione del diritto medesimo⁴⁶.

E neppure la previsione di forme di inutilizzabilità *ex post* sul piano probatorio delle dichiarazioni rese in difetto di informativa potrebbe assumere una valenza correttiva rispetto a eventuali lacune. Il principio del ‘*nemo tenetur se detegere*’ non dovrebbe insomma tollerare dequotazioni o misure di natura compensativa⁴⁷, dal momento che ogni dichiarazione *contra se*, quand’anche non direttamente utilizzabile a fondamento dell’‘incolpazione’, offrirebbe comunque all’autorità procedente dati informativi – quantomeno sotto forma di ‘spunti investigativi’ – per l’esercizio di autonomi e ulteriori poteri di indagine: dal che, conseguirebbe una forma (seppure indiretta) di concorso del potenziale trasgressore all’onere della prova gravante sull’accusa⁴⁸.

A questa impostazione si potrebbe obiettare che le esigenze di tutela del buon andamento dell’azione amministrativa, dell’interesse pubblico all’efficiente e trasparente funzionamento dei mercati, e le ragioni di

⁴⁶ Cfr., in tal senso, Corte cost. n. 84/2021 (§ 3.6 del *Considerato in diritto*), ove si è precisato che la garanzia del diritto al silenzio debba «[...] potersi necessariamente spiegare anche in una fase antecedente alla instaurazione del procedimento sanzionatorio, e in particolare durante l’attività di vigilanza svolta dall’autorità, al fine di scoprire eventuali illeciti e di individuarne i responsabili».

⁴⁷ Sia consentito il rinvio a M. ALLENA, *Le sanzioni amministrative tra garanzie costituzionali e convenzionali europee*, cit., 377, ove si evidenzia – in termini generali – che «[...] non tutte le garanzie sono compensabili in un momento successivo (si pensi, per es., al diritto dell’individuo a essere informato nel più breve tempo possibile e in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, di una accusa penale a suo carico, sancito dall’art. 6, § 3, lett. a)».

⁴⁸ In dottrina, cfr. G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea*, 2° ed., Milano, 2009, 59 («[s]arebbe contraddittorio pretendere un contributo alla ricerca della verità da parte di chi va presunto estraneo al fatto per cui si procede»); e F. ZACCHÈ, *Gli effetti della giurisprudenza europea in tema di privilegio contro le autoincriminazioni e diritto al silenzio*, cit., 182 («[p]erché un processo sia equo, dunque, la Corte europea esige che gli organi statali, nel procedere alla raccolta delle informazioni dal prevenuto, rispettino la sua decisione di non collaborare alla ricostruzione giudiziale dell’illecito penale»). Nella giurisprudenza convenzionale cfr., per tutte, Corte Edu, 21 dicembre 2000, ‘*Quinn c. Irlanda*’, ove si chiarisce (§ 40) che «[t]he right not to incriminate oneself, in particular, presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused. In this sense the right in question is closely linked to the presumption of innocence contained in Article 6 § 2 of the Convention».

tutela del risparmio *ex art. 47 Cost.*, richiedano – nell’ottica di un bilanciamento tra diritti di rango costituzionale – una protezione limitata o, comunque, differita del diritto al silenzio, onde non pregiudicare l’efficacia delle attività ispettive e di vigilanza (vale a dire, nel caso di specie, l’*enforcement* della regolazione diretta a prevenire condotte di *market abuse*)⁴⁹.

Cionondimeno, anche se le asimmetrie informative sono alquanto marcate nelle attività relative ai mercati finanziari, non si può disconoscere che il diritto di difesa, con tutti i relativi corollari, esige nel giudizio di bilanciamento costituzionale – in quanto diritto fondamentale dell’individuo – una protezione rafforzata rispetto a diritti o interessi di livello non eguale. Il che dovrebbe impedire di legittimare forme di significativa compressione o, comunque, limitazioni del diritto al silenzio giustificate da esigenze di funzionalità dell’attività amministrativa.

Il punto centrale della riflessione giuridica sul tema diviene, dunque, il seguente: se gli illeciti in materia di abusi di mercato sono qualificati come sostanzialmente punitivi, e quindi afferenti alla materia penale nell’ottica CEDU, allora deve essere necessariamente rispettato, in conformità ai canoni di pienezza e di effettività, il nucleo delle garanzie difensive fondamentali, tra le quali è senza dubbio ricompreso il principio del ‘*nemo tenetur se detegere*’⁵⁰. Diversamente opinando, occorrerebbe accettare – seppure implicitamente – che i processi di depenalizzazione possano tradursi in una ‘truffa delle etichette’, comportando una (non consentita) sottrazione *de facto* delle garanzie di

⁴⁹ In ciò potrebbe ravvisarsi uno degli obiettivi sottesi alla ‘scelta di fondo’ compiuta dal legislatore italiano in occasione dell’introduzione della l. n. 689/1981, come è efficacemente ricordato da F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, cit., 1791: «[...] a fronte della minore afflittività e dell’assenza di stigma caratteristico delle sanzioni amministrative, giustificato dal minor disvalore degli illeciti, l’ordinamento mira qui ad ottenere una risposta sanzionatoria efficiente e spedita, non rallentata e ostacolata dalle garanzie che circondano il processo penale; e ciò con l’obiettivo di massimizzare l’efficacia general-preventiva della sanzione».

⁵⁰ In proposito, O. MAZZA, *L’interrogatorio e l’esame dell’imputato nel suo procedimento*, in G. UBERTIS - G.P. VOENA (diretto da), *Trattato di procedura penale*, VII.1, Milano, 2004, 388, definisce la facoltà di non auto-incriminarsi come «[...] garanzia insopprimibile in qualunque rapporto con i pubblici poteri».

cui agli artt. 6 e 7 CEDU, sul piano convenzionale, e 24 Cost., sul piano domestico.

È tuttavia noto come la discrezionalità dei legislatori nazionali nel rimediare alla patologica ipertrofia dei sistemi (formalmente) penali, introducendo allo scopo procedimenti sanzionatori di carattere amministrativo, sia irrilevante dal punto di vista dei diritti sanciti dalla CEDU, così come interpretati dalla relativa Corte⁵¹: anche in questi casi, infatti, la Convenzione assume pur sempre il ruolo di ‘standard minimo’ di tutela comune⁵².

⁵¹ Sull’elaborazione autonoma delle nozioni di ‘accusa’ e ‘materia penale’ a fini CEDU cfr., per tutti, G. UBERTIS, *L’autonomia linguistica della Corte di Strasburgo*, in *Arch. Pen.*, 2012, I, 21 ss.

⁵² Cfr. Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49, nella parte in cui si chiarisce – con riguardo ai criteri di valutazione della natura penale di una sanzione – che «[...] la Corte EDU, fin dalle sentenze 8 giugno 1976, *Engel contro Paesi Bassi*, e 21 febbraio 1984, *Öztürk contro Germania*, ha elaborato peculiari indici per qualificare una sanzione come una “pena” ai sensi dell’art. 7 della CEDU, proprio per scongiurare che i vasti processi di decriminalizzazione, avviati dagli Stati aderenti fin dagli anni 60 del secolo scorso, potessero avere l’effetto di sottrarre gli illeciti, così depenalizzati, alle garanzie sostanziali assicurate dagli artt. 6 e 7 della CEDU (sentenza 21 febbraio 1984, *Öztürk contro Germania*). Non è stata perciò posta in discussione la discrezionalità dei legislatori nazionali di arginare l’ipertrofia del diritto penale attraverso il ricorso a strumenti sanzionatori reputati più adeguati, e per la natura della sanzione comminata, e per i profili procedurali semplificati connessi alla prima sede amministrativa di inflizione della sanzione. Piuttosto, si è inteso evitare che per tale via andasse disperso il fascio delle tutele che aveva storicamente accompagnato lo sviluppo del diritto penale, e alla cui difesa la CEDU è preposta». Nella giurisprudenza convenzionale cfr., quantomeno, Corte Edu, 19 novembre 2015, ‘*Mikhaylova c. Russia*’, nella parte in cui (§ 53) si afferma che «[t]he Convention is not opposed to the moves towards ‘decriminalization’ which are taking place - in extremely varied forms - in the member States of the Council of Europe. Nevertheless, if the Contracting States were able at their discretion, by classifying an offence as ‘regulatory’ instead of criminal, to exclude the operation of the fundamental clauses of Articles 6 and 7 of the Convention, this might lead to results incompatible with the object and purpose of the Convention»; e Id., 21 febbraio 1984, ‘*Öztürk c. Germania*’, ove si chiarisce (§ 49) che «[t]he Convention is not opposed to States, in the performance of their task as guardians of the public interest, both creating or maintaining a distinction between different categories of offences for the purposes of their domestic law and drawing the dividing line, but it does not follow that the classification thus made by the States is decisive for the purposes of the Convention». Del resto, come è stato osservato (S. BUZZELLI, *Art. 6. Diritto a un equo processo*, in G. UBERTIS - F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2016, 133) «[...] l’autonomia ha una sua ragion d’essere: la lingua

E in ogni caso, a voler ritenere che le garanzie difensive siano fonte di inefficienza per un'efficace risposta sanzionatoria, si dovrebbe – *a fortiori* – giudicare del tutto inadeguato il sistema penale come metodo di accertamento delle responsabilità da reato⁵³. Ragion per cui, a queste obiezioni è possibile conclusivamente replicare nel senso che l'efficacia dell'azione delle autorità amministrative di vigilanza dovrebbe semmai essere garantita dall'ampio spettro di poteri istruttori (perquisizioni, sequestri, intercettazioni, *etc.*) di cui le stesse oggi dispongono⁵⁴, senza che ciò impedisca di assicurare – allo stesso tempo – una tutela rigorosa e anticipata del diritto al silenzio.

4. Una possibile 'vis expansiva' del diritto al silenzio alle persone giuridiche?

della giurisprudenza europea nasce, infatti, dalla necessità di superare frammentarismi di ogni tipo, attuando un progetto ridefinitorio a partire da termini essenziali come 'accusa' e 'materia penale'».

⁵³ M. ALLENA, *Le sanzioni amministrative tra garanzie costituzionali e convenzionali-europee*, cit., 381: «[...] l'idea che ci sia bisogno della collaborazione dell'incolpato perché la funzione sanzionatoria sia efficace è largamente discutibile: se non altro perché, a così ragionare, dovrebbe allora ritenersi inefficace il sistema penale tout court».

⁵⁴ Si pensi agli amplissimi poteri ispettivi di cui gode la Consob *ex art.* 187-*octies* T.U.F. e al rafforzamento dei poteri di indagine e sanzionatori dell'Agcm attuato dal d.lgs. 8 novembre 2021, n. 185 (emanato in attuazione della Direttiva UE 2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018, la quale ha dettato norme generali volte ad accrescere le garanzie di indipendenza, le risorse e i poteri di indagine e sanzionatori delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri). In particolare, attraverso talune modifiche apportate all'art. 14 della l. 10 ottobre 1990, n. 287, si prevede oggi che i funzionari incaricati di procedere alle ispezioni possano accedere a tutti i locali, terreni e mezzi di trasporto delle imprese, controllare i libri contabili e qualsiasi altro documento, fare o acquisire copie o estratti, chiedere a qualsiasi rappresentante o membro del personale spiegazioni su tali fatti o documenti e verbalizzarne le risposte, apporre sigilli a tutti i locali, libri e documenti per la durata dell'accertamento e nella misura necessaria allo stesso. La disposizione cit. prevede, altresì, che l'Agcm possa effettuare ispezioni anche fuori dei locali delle imprese o associazioni di imprese, incluse le abitazioni degli amministratori, dirigenti e altri membri del personale (in tal caso, i funzionari non possono apporre sigilli né chiedere informazioni e verbalizzare le risposte; inoltre, in forza del co. 2-*sexies*, l'accertamento ispettivo può essere eseguito solo se autorizzato con decreto motivato emesso dal procuratore della Repubblica del luogo ove deve svolgersi l'accesso).

4.1. (Segue): *La giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di diritto al silenzio e illeciti concorrenziali*

Secondo la sentenza n. 84/2021 della Corte costituzionale, la garanzia del diritto al silenzio nei procedimenti sanzionatori aventi carattere ‘penale’ resta confinata all’ipotesi in cui una persona fisica «[...] si sia rifiutata di fornire alla Banca d’Italia o alla CONSOB risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative di carattere punitivo, ovvero per un reato»⁵⁵. Viceversa, la medesima garanzia non si estende alle persone giuridiche.

Questa conclusione, che riflette lo stato della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di diritto al silenzio e illeciti concorrenziali (ove a essere coinvolte sono, appunto, persone giuridiche), suscita francamente alcune perplessità.

In effetti, i giudici del Lussemburgo, a partire dal caso ‘Orkem’ del 1989, pur avendo statuito che «[...] la Commissione non può [...] imporre all’impresa l’obbligo di fornire risposte attraverso le quali questa sarebbe indotta ad ammettere l’esistenza della trasgressione, che deve essere invece provata dalla Commissione»⁵⁶, hanno precisato che il diritto a non testimoniare contro se stessi non preclude alla Commissione di «[...] obbligare un’impresa a fornirle tutte le informazioni necessarie per quanto attiene ai fatti di cui quest’ultima sia a conoscenza ed a comunicarle, se del caso, i relativi documenti di cui sia in possesso»⁵⁷. E questo – si noti – pur potendo tali fatti e

⁵⁵ Cfr. il dispositivo della sentenza cit.

⁵⁶ C.G.U.E., 18 ottobre 1989, causa C-374/87, ‘Orkem v. Commissione’, § 35. L’orientamento è stato successivamente ripreso, tra le altre, da C.G.U.E., 29 giugno 2006, causa C-301/04 P, ‘Commissione v. SGL Carbon AG’, § 42; Id., 25 gennaio 2007, causa C-407/04 P, ‘Commissione v. Dalmine’, § 34; Id., 24 settembre 2009, cause riunite C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P e C-137/07 P, ‘Commissione v. Erste Group Bank AG’, § 271.

⁵⁷ Id., § 34. È significativo rilevare che la Corte di Giustizia, in questa sentenza, abbia precisato come dal tenore letterale dell’art. 6 CEDU e dalla giurisprudenza della Corte Edu non fosse ricavabile il diritto a non testimoniare contro se stessi. Tuttavia, in mancanza di un diritto al silenzio espressamente sancito dall’allora regolamento n. 17 del 1962, talune limitazioni al potere di indagine della Commissione erano ricavabili, ad avviso della Corte, dal diritto comunitario e, in specie, dalla necessità di garantire il rispetto del fondamentale diritto di difesa.

documenti successivamente «[...] *servire ad accertare che l'impresa stessa o un'altra impresa hanno tenuto un comportamento anticoncorrenziale*»⁵⁸. Ciò perché «[...] *nulla impedisce al destinatario di dimostrare, in un momento successivo nell'ambito del procedimento amministrativo o nel corso di un procedimento dinanzi al giudice comunitario, nell'esercizio dei suoi diritti di difesa, che i fatti esposti nelle risposte [...] hanno un significato diverso da quello considerato dalla Commissione*»⁵⁹.

Detto altrimenti, nel diritto della concorrenza le imprese hanno un 'dovere di collaborazione attiva' che comprende, oltre all'obbligo di mettere a disposizione i documenti richiesti⁶⁰, quello di fornire

⁵⁸ Id., § 34.

⁵⁹ Tribunale di primo grado (prima sezione ampliata), 20 febbraio 2001, in causa T-112/98, 'Commissione v. Mannesmannröhren-Werke AG', § 78. Cfr., inoltre, C.G.U.E., 29 giugno 2006, in causa C-301/04 P, 'Commissione v. SGL Carbon AG', § 49, con riferimento all'obbligo di produrre documenti che avrebbero potuto essere utilizzati dalla Commissione al fine di dimostrare l'esistenza di un'infrazione: «[p]eraltro, come correttamente rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 67 delle conclusioni, se è pur vero che deve essere rispettato, evidentemente, il diritto della difesa, l'impresa interessata potrebbe ancora far valere, sia durante il procedimento amministrativo sia nel processo dinanzi ai giudici comunitari, che i documenti possiedono un senso diverso rispetto a quello loro attribuito dalla Commissione».

⁶⁰ Sul tema dei documenti cfr., emblematicamente, le conclusioni dell'Avvocato generale L.A. Geelhoed presentate il 19 gennaio 2006, in causa C-301/04P, 'Commissione delle Comunità europee c. SGL Carbon', § 67: «[i]nfine, occorre rilevare che l'interazione tra i diritti fondamentali delle persone giuridiche e le misure a garanzia della concorrenza continua a costituire un esercizio di ponderazione: sono in gioco la protezione dei diritti fondamentali, da un lato, e l'effettiva applicazione del diritto comunitario della concorrenza, dall'altro. Come ha dichiarato la Corte nella sentenza *Eco Swiss*, l'art. 81 CE costituisce una disposizione fondamentale indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità e, in particolare, per il funzionamento del mercato interno. L'art. 81 CE è parte di una politica dell'ordine pubblico. Qualora la Commissione non potesse più chiedere la produzione di documenti, la sua azione di applicazione del diritto della concorrenza nell'ordinamento giuridico comunitario verrebbe a dipendere in larga misura dalla cooperazione volontaria o dall'uso di altri mezzi di coercizione, come ad esempio le verifiche senza preavviso. È ovvio che deve rimanere possibile l'applicazione effettiva, mediante strumenti ragionevoli, dei principi fondamentali dell'ordinamento comunitario ed è altrettanto ovvio che devono anche essere rispettati i diritti della difesa. A mio parere, vale la seconda osservazione. Allo stato attuale della giurisprudenza, il convenuto potrebbe ancora far valere, sia durante il

informazioni-dichiarazioni inerenti a circostanze di fatto eventualmente suscettibili di essere utilizzate dalla Commissione europea a fondamento di una successiva ‘accusa’ nei loro confronti.

Chiaro è, del resto, il ventitreesimo considerando del Regolamento CE n. 1/2003⁶¹, a tenore del quale le imprese, a seguito del formale avvio di un’istruttoria, sono tenute a fornire informazioni (non potendo opporre il ‘diritto al silenzio’) e a esibire documenti, pena la sottoposizione a sanzioni: «[n]el 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».

Insomma, in materia concorrenziale il diritto al silenzio copre, di fatto, le sole risposte e le dichiarazioni che si configurino come confessione espressa di un illecito. Viceversa, a fronte di domande su questioni di ‘mero fatto’, le imprese non potrebbero opporre la garanzia del ‘*nemo tenetur*’.

Così, ad esempio, la Corte di Giustizia ha ritenuto lecite, oltre alla richiesta di produrre documenti (quali ordini del giorno, processi verbali, note interne, *etc.*) relativi a determinate riunioni intercorse tra i presunti partecipanti a un’intesa, anche le domande relative alle medesime riunioni, quando fossero volte «[...] *solo ad ottenere informazioni su fatti concernenti lo svolgimento di dette riunioni e l’identità dei relativi partecipanti*», o ancora le domande relative alle «[...] *iniziative volte alla fissazione e al mantenimento*» di determinati livelli di prezzo soddisfacenti per tutti i partecipanti⁶².

Viceversa, e sempre a titolo di esempio, la stessa Corte ha ritenuto contrarie al principio del ‘*nemo tenetur*’ le domande volte a ottenere precisazioni su «[...] *ogni azione o misura concertata che possa essere stata [...] decisa al fine di sostenere le iniziative in materia di prezzi*»⁶³,

procedimento amministrativo che nel processo dinanzi ai giudici comunitari, che i documenti hanno una portata diversa rispetto a quella loro attribuita dalla Commissione».

⁶¹ Regolamento CE n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l’applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 e 82 del Trattato.

⁶² C.G.U.E. ‘*Orkem v. Commissione*’ cit., §§ 37-38.

⁶³ Id., § 38.

o la richiesta, con riguardo a riunioni tra i presunti partecipanti a un'intesa per le quali le imprese interpellate non fossero state in grado di produrre i relativi documenti, di «[...] *descrivere l'oggetto, le decisioni adottate, il tipo di documenti ricevuti prima e dopo la riunione*»⁶⁴, nonché «[...] *i risultati o le conclusioni di tali riunioni*»⁶⁵: in questi casi, infatti, si è ritenuto che la Commissione semplicemente sospettasse che l'oggetto degli incontri fosse quello di ottenere accordi sui prezzi di vendita e, quindi, che richieste siffatte fossero tali da obbligare un'impresa ad ammettere la sua partecipazione a un'intesa anticoncorrenziale.

Peraltro, secondo i giudici comunitari, ove le imprese spontaneamente fornissero tale tipologia di informazioni – pur non essendo, come si è visto, a ciò tenute – non potrebbero in seguito lamentare una violazione del diritto al silenzio.

In definitiva, le imprese destinatarie dei penetranti poteri ispettivi della Commissione europea non sono certo tenute ad 'auto-incriminarsi', ma neppure godono di un vero e proprio 'diritto al silenzio' (sia pure nei limiti enucleati dalla Corte costituzionale italiana con riguardo ai procedimenti sanzionatori di competenza della Consob e della Banca d'Italia⁶⁶), il quale presupporrebbe l'assenza *tout court* di obblighi di collaborazione di natura 'dichiarativa' in capo al soggetto accusato o indagato⁶⁷. Al contrario, ad alcune domande – in particolare,

⁶⁴ Tribunale di primo grado (prima sezione ampliata), 20 febbraio 2001, causa T-112/98, '*Mannesmannröhren-Werke AG c. Commissione*', § 6.

⁶⁵ Tribunale di primo grado (quinta sezione), 8 aprile 2010, causa T-446/05, '*Amann & Söhne and Cousin Filterie v Commission*', § 329. Cfr., anche, il § 332 ove si è ritenuto che le imprese destinatarie di una richiesta di informazioni *ex art. 11* del Regolamento n. 17/1962 non fossero tenute a fornire «[...] *indicazioni sulle riunioni con i concorrenti, la data, il luogo e l'elenco dei partecipanti*».

⁶⁶ Come si è evidenziato, infatti, nella ricostruzione della Corte costituzionale il diritto al silenzio si sostanzia nell'assenza di 'soli' obblighi di collaborazione 'dichiarativi', non nella assenza di obblighi di collaborazione *tout court* (per es. rimane l'obbligo di presentarsi alle audizioni e quello di produrre i documenti richiesti).

⁶⁷ Per la chiara enucleazione della distinzione, all'interno del principio del '*nemo tenetur se detegere*', tra diritto a non auto-incriminarsi e diritto al silenzio cfr. E. AMODIO, *Diritto al silenzio o dovere di collaborazione? A proposito dell'interrogatorio dell'imputato in un libro recente*, in *Riv. proc. pen.*, 1974, III, 412 ss.

quelle riguardanti ‘questioni di fatto’ – tali imprese sono sempre tenute a rispondere, pena l’applicazione di sanzioni.

La suddetta impostazione mira, evidentemente, a salvaguardare l’effettività del diritto della concorrenza, la quale sarebbe – in tesi – minata dal riconoscimento di un diritto al silenzio ‘assoluto’, il quale «[...] andrebbe [...] oltre quanto necessario per preservare i diritti della difesa delle imprese e costituirebbe un ostacolo ingiustificato allo svolgimento, da parte della Commissione, del compito di vigilanza sul rispetto delle regole di concorrenza nel mercato comune»⁶⁸.

Tuttavia, la distinzione tra risposte su questioni di mero fatto e, invece, dichiarazioni autoincriminanti è, in concreto, tutt’altro che agevole da tracciare: di conseguenza, le imprese coinvolte in un procedimento sanzionatorio per violazione del diritto della concorrenza

⁶⁸ C.G.U.E., 29 giugno 2006, causa C-301/04P, ‘Commissione v. SGL Carbon AG’, § 402. Cfr., altresì, i §§ 403-404 della medesima sentenza ove si afferma che «[p]er preservare l’effetto utile dell’art. 11 del regolamento n. 17, la Commissione può quindi obbligare le imprese a fornirle tutte le informazioni necessarie per quanto attiene ai fatti di cui queste ultime siano a conoscenza ed a comunicarle, se del caso, i relativi documenti di cui siano in possesso, anche se essi possono servire ad accertare l’esistenza di un comportamento anticoncorrenziale (v. sentenza Mannesmannröhren-Werke/Commissione, citata al precedente punto 402, punto 65, e la giurisprudenza ivi citata). Tale potere di richiesta d’informazioni della Commissione, confermato dalle sentenze Orkem/Commissione e Mannesmannröhren-Werke/Commissione, citate rispettivamente ai precedenti punti 401 e 402, non contrasta né con l’art. 6, nn. 1 e 2, della CEDU [...] (sentenza Mannesmannröhren-Werke/Commissione, citata, punto 75), né con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo». Più di recente, cfr. la sentenza della Corte di Giustizia (Tribunale), 9 aprile 2019, causa T-371/17, ‘Qualcomm and Qualcomm Europe v. Commission’, § 181: «[t]hus, an undertaking in receipt of a decision requesting information pursuant to Article 18(3) of Regulation No 1/2003 cannot be recognised as having an absolute right of silence. To acknowledge the existence of such a right would be to go beyond what is necessary in order to preserve the rights of defence of undertakings, and would constitute an unjustified hindrance to the Commission’s performance of its duty to ensure that the rules on competition within the internal market are observed. A right of silence can be acknowledged only to the extent that the undertaking concerned would be compelled to provide answers which might involve an admission on its part of the existence of an infringement which it is incumbent upon the Commission to prove (see, by analogy, judgment of 28 April 2010, Amann & Söhne and Cousin Filterie v Commission, T-446/05, EU:T:2010:165, paragraph 326 and the case-law cited)».

finiscono per avere difficoltà a prevedere *ex ante* quando sia possibile opporre la garanzia in discorso.

Come si è accennato, la stessa Corte costituzionale italiana, nella sua ordinanza di rimessione n. 117 del 2019, ha messo in luce le incongruenze della giurisprudenza euro-unitaria relativa ai procedimenti *antitrust* della Commissione europea, la quale «[...] riconosce, in linea di principio, la necessità di tutelare i diritti della difesa dei soggetti che potrebbero essere incolpati di un illecito, ma al tempo stesso afferma la sussistenza di un “obbligo di attiva collaborazione” incombente su tali soggetti»⁶⁹. La Consulta ha, altresì, evidenziato che tale giurisprudenza si è formata in un’epoca anteriore all’adozione della Carta di Nizza e all’attribuzione alla stessa del medesimo valore dei Trattati, oltretutto, come subito si vedrà, all’esplicito riconoscimento, da parte della Corte di Strasburgo, del diritto al silenzio come elemento essenziale dell’equo processo di cui all’art. 6 CEDU.

A ciò si aggiunga che, sino ad anni recenti, la tutela della concorrenza è stata oggettivamente percepita come un ‘super-valore’ funzionale alla costruzione e al consolidamento del mercato europeo, in quanto tale destinata a prevalere su pressoché tutti gli altri valori con essa (anche solo potenzialmente) confliggenti (e tale è, certamente, il riconoscimento delle garanzie procedurali proprie della materia penale).

Sicché, il progressivo riconoscimento, a opera della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, del diritto al silenzio quale elemento imprescindibile dei diritti dell’accusato in qualsiasi procedimento di natura sostanzialmente ‘penale’, unito al ridimensionamento (o quantomeno al temperamento) del ‘super-valore’ della concorrenza per effetto del consolidarsi del mercato unico e della crescente attenzione oggi prestata a interessi ulteriori e diversi (si pensi, per limitarsi all’esempio più noto, al rilievo assunto dalla tutela dell’ambiente⁷⁰), avrebbero in effetti potuto indurre i giudici del Lussemburgo a rivedere

⁶⁹ Cfr. Corte cost., ord. n. 117/2019 cit., § 9.1.

⁷⁰ Emblematica è, a questo riguardo, l’evoluzione che ha interessato la disciplina in materia di contratti pubblici dove sono emersi, nel corso degli anni, interessi ultronei rispetto a quello pro-concorrenziale: su questi profili cfr., per tutti, F. CINTIOLI, *Per qualche gara in più. Il labirinto degli appalti pubblici e la ripresa economica*, Roma, 2020.

la posizione sopra descritta. Ciò, a maggior ragione, alla luce dell'emergenza legata alla pandemia da Covid-19 e della grave crisi economica che ne è seguita, le quali hanno determinato un ulteriore allentamento delle regole europee in tema di concorrenza⁷¹.

Invece, la Corte di Giustizia non ha 'raccolto la palla' lanciata dalla Consulta, ma si è limitata a ribadire la differenza tra sanzioni comminate a persone fisiche e sanzioni inflitte a imprese, statuendo che il riconoscimento del diritto al silenzio di una 'persona fisica' «[...] non trova smentita nella giurisprudenza della Corte relativa alle norme dell'Unione in materia di concorrenza, da cui risulta, in sostanza, che, nell'ambito di un procedimento inteso all'accertamento di una violazione di tali norme, l'impresa interessata può essere costretta a fornire tutte le informazioni necessarie relative ai fatti di cui essa può avere conoscenza e a fornire, ove occorra, i documenti pertinenti che siano in suo possesso, anche quando questi possano servire per dimostrare, segnatamente nei suoi confronti, l'esistenza di un comportamento anticoncorrenziale»⁷². Ciò in quanto, riguardando tale giurisprudenza «[...] procedimenti suscettibili di portare all'inflizione di sanzioni ad imprese e associazioni di imprese», essa non potrebbe, in tesi, «[...] applicarsi per analogia quando si tratta di stabilire la portata del diritto al silenzio di persone fisiche»⁷³.

Nel prosieguo, ci si soffermerà sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo che, da tempo, ha ricostruito in maniera particolarmente estesa la garanzia del diritto al silenzio delle persone fisiche, addirittura estendendola all'ostensione dei documenti.

Si mostrerà, poi, come i tempi siano forse maturi per un'estensione della garanzia del diritto al silenzio alle persone giuridiche, almeno nei limiti in cui tale diritto è stato, da ultimo, ricostruito dalla Corte costituzionale italiana⁷⁴.

⁷¹ Si pensi, per fare solo un esempio, alle deroghe introdotte negli ultimi anni in materia di aiuti di stato e di 'golden power'.

⁷² C.G.U.E., causa C-481-19 cit., § 46.

⁷³ Id., § 48.

⁷⁴ A questo riguardo, è significativo che, ancora nell'anno 2001, i giudici del Lussemburgo evidenziassero come «[...] in tema di diritto della concorrenza, gli ordinamenti giuridici degli Stati membri non riconoscono in via generale un diritto di non testimoniare contro sé stessi» (cfr., ancora, Tribunale di primo grado, causa T-112/98, 'Mannesmannröhren-Werke AG c. Commissione', § 84).

4.2. (*Segue*): *La giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di diritto al silenzio: l'estensione della garanzia a tutte le dichiarazioni dell'accusato e alle produzioni documentali*

La sentenza della Corte di Strasburgo '*Funke v. France*', che per prima ha riconosciuto espressamente il diritto al silenzio delle persone fisiche come derivante dall'art. 6 CEDU⁷⁵, è di quattro anni successiva alla sentenza '*Orkem*' della Corte di Giustizia (che costituisce il *leading case* in tema di '*nemo tenetur*' e illeciti concorrenziali).

In specie, in un caso ove i funzionari doganali francesi, dopo aver rinvenuto alcuni documenti a casa del Sig. Funke, avevano intimato allo stesso di produrne altri, la Corte EDU ha rilevato che «[...] *the customs secured Mr Funke's conviction in order to obtain certain documents which they believed must exist, although they were not certain of the fact. Being unable or unwilling to procure them by some other means, they attempted to compel the applicant himself to provide the evidence of offences he had allegedly committed*», e – per l'effetto – ha ritenuto che una siffatta richiesta violasse il diritto al silenzio e il diritto di ogni persona «*charged with a criminal offence*» a non auto-incriminarsi⁷⁶.

Tre anni dopo, nel caso '*Saunders v. The United Kingdom*', riguardante un procedimento penale avviato nei confronti dell'amministratore delegato della Guinness PLC per illeciti commessi nell'ambito di operazioni di acquisizione societaria la Corte Edu ha precisato la propria posizione chiarendo che il diritto a non auto-incriminarsi riguarda principalmente «*la volontà degli imputati di rimanere in silenzio*»: pertanto, esso non si estende alle informazioni il cui ottenimento è 'indipendente' da tale volontà siccome ricavabili, ad

⁷⁵ Occorre precisare, invero, che la CEDU non sancisce in via letterale ed espressa il diritto al silenzio. Cionondimeno, tale garanzia è stata riconosciuta sul piano interpretativo dalla giurisprudenza della Corte Edu, a partire dall'art. 6 CEDU in tema di equo processo. Sia consentito il rinvio, anche per la principale bibliografia relativa all'art. 6 CEDU, a M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012.

⁷⁶ Cfr. Corte Edu, 25 febbraio 1993, '*Funke v. France*', § 44, ove si prosegue affermando che «[t]he special features of customs law cannot justify such an infringement of the right of anyone "charged with a criminal offence", within the autonomous meaning of this expression in Article 6(1) to remain silent and not to incriminate himself».

esempio, da documenti acquisiti d'ufficio ovvero da campioni (di sangue, di urina, o necessari a effettuare il test del DNA)⁷⁷, ferma restando la necessità che l'acquisizione di tali documenti o campioni non si risolva in trattamenti disumani o degradanti contrari all'art. 3 CEDU.

Stando a questa giurisprudenza, non vi sarebbe dunque un obbligo di collaborazione tramite la produzione di documenti potenzialmente incriminanti, potendo questi ultimi essere acquisiti dall'autorità procedente soltanto in via autonoma (vale a dire, a prescindere da un ordine di ostensione): il diritto al silenzio è stato così correlato alla presunzione di innocenza di cui all'art. 6, § 2, CEDU⁷⁸, la quale comporta che sia sempre l'accusa a dover provare gli elementi posti a fondamento della sua ricostruzione.

Su questo assunto, sempre nel caso 'Saunders' la Corte Edu ha coerentemente precisato che il diritto al silenzio non può riguardare soltanto il rifiuto di rendere dichiarazioni 'direttamente incriminanti', ma deve estendersi a tutte le informazioni ottenute 'tramite costrizione' e solo in apparenza neutre, comprese quelle riguardanti questioni di fatto o richieste di spiegazioni circa i documenti rinvenuti dall'autorità. Ciò in quanto tali informazioni potrebbero successivamente essere

⁷⁷ Cfr. Corte Edu, 17 dicembre 1996, 'Saunders v. The United Kingdom', § 69: «[t]he right not to incriminate oneself is primarily concerned, however, with respecting the will of an accused person to remain silent. As commonly understood in the legal systems of the Contracting Parties to the Convention and elsewhere, it does not extend to the use in criminal proceedings of material which may be obtained from the accused through the use of compulsory powers but which has an existence independent of the will of the suspect such as, inter alia, documents acquired pursuant to a warrant, breath, blood and urine samples and bodily tissue for the purpose of DNA testing».

⁷⁸ Id., § 68: «[t]he right not to incriminate oneself, in particular, presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused. In this sense the right is closely linked to the presumption of innocence contained in Article 6 para. 2 of the Convention». Cfr., anche, Corte Edu, 20 ottobre 1997, 'Serves v. France', ove il diritto al silenzio è stato – tra l'altro – giustificato sulla base delle esigenze di protezione nei confronti di possibili 'errori giudiziari': «[t]heir rationale lies, inter alia, in protecting the 'person charged' against improper compulsion by the authorities and thereby contributing to the avoidance of miscarriages of justice and to the fulfilment of the aims of Article 6».

utilizzate nel corso di un procedimento penale per contestare o mettere in dubbio altre dichiarazioni dell'imputato⁷⁹.

La medesima impostazione è stata successivamente ripresa nel caso '*J.B. v. Switzerland*', riguardante l'imposizione di una sanzione tributaria a un individuo che si era rifiutato di fornire informazioni circa i propri investimenti: *ivi*, la Corte di Strasburgo ha ritenuto che i documenti richiesti non rientrassero tra quelli «*la cui esistenza è indipendente dalla volontà dell'accusato*» (ritenendo, d'altro canto, che l'insistenza delle autorità fiscali dimostrasse che queste ultime non erano già in possesso di tali informazioni). Viceversa, il diritto a non auto-incriminarsi presuppone che le autorità cerchino di dimostrare la propria accusa «*[...] without resorting to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the "person charged"*»⁸⁰.

⁷⁹ Id., § 71: «*[i]n any event, bearing in mind the concept of fairness in Article 6, the right not to incriminate oneself cannot reasonably be confined to statements of admission of wrongdoing or to remarks which are directly incriminating. Testimony obtained under compulsion which appears on its face to be of a non-incriminating nature - such as exculpatory remarks or mere information on questions of fact - may later be deployed in criminal proceedings in support of the prosecution case, for example to contradict or cast doubt upon other statements of the accused or evidence given by him during the trial or to otherwise undermine his credibility. Where the credibility of an accused must be assessed by a jury the use of such testimony may be especially harmful. It follows that what is of the essence in this context is the use to which evidence obtained under compulsion is put in the course of the criminal trial*».

⁸⁰ Corte Edu, 3 marzo 2001, '*J.B. v. Switzerland*', §§ 64, 66 e 69: «*[a]lthough not specifically mentioned in Article 6 of the Convention, the right to remain silent and the privilege against self-incrimination are generally recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6 § 1. The right not to incriminate oneself in particular presupposes that the authorities seek to prove their case without resorting to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the "person charged"*. By providing the accused with protection against improper compulsion by the authorities these immunities contribute to avoiding miscarriages of justice and securing the aims of Article 6 [...]. Thus, it appears that the authorities were attempting to compel the applicant to submit documents which would have provided information as to his income with a view to the assessment of his taxes [...]. The Government has further submitted that the applicant had not been obliged to incriminate himself, since the authorities were in fact already aware of the information in question and he had admitted the amounts concerned. The Court remains unconvinced by this argument in view of the persistence with which the domestic tax authorities attempted to achieve their aim».

Questi orientamenti, varie volte ripetuti anche in seguito⁸¹, danno un'idea della protezione particolarmente ampia che la Corte di Strasburgo riconosce da tempo in materia di diritto al silenzio: tale giurisprudenza esclude sia che le autorità possano esigere dall'accusato la messa a disposizione di documenti che esse non abbiano autonomamente rinvenuto (ad esempio, effettuando ispezioni a sorpresa o verifiche senza preavviso); sia che l'accusato possa essere costretto a rispondere a domande – pure se all'apparenza non auto-incriminanti – concernenti elementi di fatto o spiegazioni di documenti acquisiti autonomamente dall'autorità.

Detto altrimenti, l'accezione del diritto al silenzio cui aderisce la Corte Edu è particolarmente ampia, giacché non riguarda soltanto (tutte) le omesse 'dichiarazioni' (comprese quelle vertenti su questioni meramente fattuali), ma – attraverso un'applicazione rigorosa del principio di presunzione di innocenza – include addirittura il diritto di non consegnare documenti richiesti dalle autorità e che queste ultime non abbiano potuto acquisire autonomamente⁸².

4.3. (Segue): *Diritto al silenzio e persone giuridiche: diritto a non auto-incriminarsi v. diritto 'a rimanere in silenzio'*

Come rilevato dalla Grande Camera della Corte di Giustizia nella sentenza C-481/19 e dalla stessa Corte costituzionale italiana in sede di rimessione alla prima, la questione dell'applicabilità della garanzia del

⁸¹ Cfr., *ex multis*, Corte Edu, 11 luglio 2006, 'Jalloh v. Germany', § 102 («[t]he Court has consistently held, however, that the right not to incriminate oneself is primarily concerned with respecting the will of an accused person to remain silent. As commonly understood in the legal systems of the Contracting Parties to the Convention and elsewhere, it does not extend to the use in criminal proceedings of material which may be obtained from the accused through the use of compulsory powers but which has an existence independent of the will of the suspect such as, inter alia, documents acquired pursuant to a warrant, breath, blood, urine, hair or voice samples and bodily tissue for the purpose of DNA testing (see Saunders, cited above, § 69; Choudhary v. the United Kingdom (dec.), no. 40084/98, 4 May 1999; J.B. v. Switzerland, cited above, § 68; and P.G. and J.H. v. the United Kingdom, cited above, § 80)»); e Id., 21 luglio 2009, 'Marttinen v. Finland', § 67-76.

⁸² Sulla distinzione tra portata 'dichiarativa' e 'documentale' del diritto al silenzio nonché sulle diverse accezioni del principio del 'nemo tenetur' cfr., da ultimo, I. SFORZA, *Il nemo tenetur se detegere nelle audizioni Consob e Banca d'Italia: uno statuto ancora da costruire*, in *Sistema penale*, 2022, II, 83 ss.

diritto al silenzio alle persone giuridiche non è sinora mai stata affrontata dalla Corte di Strasburgo⁸³.

Questa semplice osservazione ha indotto la Corte di Giustizia a non modificare il proprio granitico orientamento in tema di ‘*nemo tenetur*’ e illeciti concorrenziali, dato che questi ultimi riguardano – in genere – imprese.

La conclusione, come detto, suscita perplessità.

Infatti, a prescindere dal fatto che a essere coinvolta in un procedimento per violazione delle regole sulla concorrenza ben potrebbe essere un’impresa individuale (la quale, essenzialmente, coincide con una persona fisica), è noto che diverse garanzie procedurali ricavabili dall’art. 6 CEDU sono pacificamente applicabili (anche) alle persone giuridiche⁸⁴.

Anzi, è noto che gran parte della giurisprudenza della Corte Edu in tema di ‘equo processo’ ha riguardato proprio queste ultime. E ciò, lo si nota incidentalmente, è del tutto in linea con la possibilità – pacificamente riconosciuta alle persone giuridiche – di proporre ricorso alla Corte di Strasburgo⁸⁵.

Per quel che in questa sede maggiormente interessa, non v’è dubbio che le imprese (comprese quelle ‘accusate’ di violazioni del diritto della

⁸³ Nella sentenza 27 novembre 1996, ‘*Peterson Sarpborg AS v. Norway*’, la Commissione europea per i diritti dell’uomo (sezione seconda) ha sollevato, senza però esaminarla, la questione «[...] *whether or to what extent [companies under investigation] can incriminate themselves through statements made by their employees*».

⁸⁴ Cfr. M. EMBERLAND, *The Human Rights of Companies: Exploring the Structure of ECHR Protection*, Oxford, 2006, 101 ss. Un percorso simile a quello della Corte di Strasburgo è stato, del resto, seguito dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, la quale ha progressivamente esteso le garanzie del quinto emendamento, così come le garanzie in tema di equo processo di cui al quattordicesimo emendamento, alle persone giuridiche. Addirittura, con due sentenze molto controverse, la Corte Suprema ha riconosciuto in capo a queste ultime il diritto di libertà religiosa (‘*Burwell v. Hobby Lobby Stores Inc.*’, 573 U.S. 682/2014) e il diritto di disporre donazioni politiche (‘*Citizens United v. Federal Election Commission*’, 558 U.S. 310/2010).

⁸⁵ Cfr. l’art. 34 della Convenzione ai sensi del quale «[l]a Corte può essere investita di un ricorso da parte di una persona fisica, un’organizzazione non governativa o un gruppo di privati che sostengono d’essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli. Le Alte Parti contraenti si impegnano a non ostacolare con alcuna misura l’esercizio effettivo di tale diritto».

concorrenza) godano del fondamentale diritto alla presunzione di innocenza riconosciuto dall'art. 6, § 2, CEDU: come si è visto, (anche) da tale diritto la Corte di Strasburgo ha ricavato in via interpretativa la regola sulla distribuzione dell'onere della prova in capo all'accusa e, per tale via, è pervenuta al riconoscimento di un'amplissima protezione del diritto al silenzio⁸⁶.

D'altro canto, il diritto alla presunzione di innocenza costituisce altresì un cardine dell'ordinamento euro-unitario, essendo espressamente riconosciuto dall'art. 48 della Carta di Nizza⁸⁷.

Sicché, salvo a voler sostenere che i diritti umani tutelati dalla CEDU – e, in molti casi, riprodotti anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – siano unicamente i diritti delle persone fisiche (il che, però, è contrario a ogni evidenza), non vi sono ragioni che impediscano, sul piano strettamente giuridico, un'estensione della garanzia del '*nemo tenetur*' anche alle persone giuridiche vere destinatarie della sanzione, le quali non possono che operare per il tramite dei loro rappresentanti⁸⁸.

A questo riguardo, è significativo che già al momento dell'esame, da parte del Parlamento europeo, della proposta che sarebbe poi divenuta il Regolamento n. 17 del 6 febbraio 1962 (ossia, il primo Regolamento di applicazione degli artt. 81 e 82, § 4, del Trattato), era stata presentata una relazione (c.d. relazione 'Deringer') nella quale si precisava che «[...] *in ogni caso, ogni persona tenuta a fornire informazioni deve avere il diritto di rifiutarsi di testimoniare*»⁸⁹. Sulla base di tale relazione, la Commissione del mercato interno aveva presentato una proposta di risoluzione volta a emendare la proposta di Regolamento nella quale, con riguardo alle richieste di informazioni, si prevedeva che «[...] *le persone tenute a fornire informazioni possono rifiutarsi di*

⁸⁶ Cfr. Corte Edu, '*Saunders v. United Kingdom*', cit., § 68.

⁸⁷ L'art. 48 C.D.F.U.E. prevede, infatti, che «[o]gni imputato è considerato innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente provata. Il rispetto dei diritti della difesa è garantito a ogni imputato».

⁸⁸ Per una opinione di segno contrario cfr. M. VEENBRINK, *The Privilege against Self-Incrimination in EU Competition Law: A Deafening Silence?*, in *Legal Issues of Economic Integration* 42, 2015, II, 119 ss., nonché 139 ss.

⁸⁹ Cfr. la Relazione dell'on. Deringer, presentata a nome della Commissione per il mercato interno, sulla consultazione richiesta dall'Assemblea parlamentare europea da parte del Consiglio della Comunità europea su un primo regolamento di applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato.

rispondere alle domande qualora la risposta rischi di esporle, o di esporre una delle persone che ai sensi del diritto penale nazionale hanno diritto a rifiutarsi di testimoniare, o ancora le imprese o le associazioni di imprese che essi rappresentano, a sanzioni penali».

Anche se tale emendamento non è stato ripreso dal Consiglio nel testo definitivo del Regolamento, la vicenda dimostra come l'idea di un'estensione del diritto al silenzio (inteso come assenza di obblighi di collaborazione attiva) anche alle persone giuridiche (per il tramite dei loro rappresentanti legali) sia presente nel dibattito europeo da diversi decenni.

Peraltro, una simile impostazione non pare trovare ostacoli nel diritto interno. Dal punto di vista del diritto societario, è noto che, a seguito della riforma attuata nell'anno 2003, viene riconosciuto un rapporto 'di tipo societario', caratterizzato dalla immedesimazione organica, tra amministratori e società⁹⁰: da ciò dovrebbe dunque conseguire che le persone fisiche (che siano rappresentanti legali della società) godano non solo del diritto di non incriminare la persona giuridica alla quale sono legate da un rapporto organico, ma altresì del diritto a 'rimanere in silenzio' (ossia, a non collaborare attivamente fornendo risposte su questioni fattuali), anche qualora le loro risposte non siano immediatamente e palesemente auto-incriminanti per la società.

Inoltre, una indicazione in questo senso deriva pure dalla disciplina in materia di responsabilità amministrativa degli enti di cui al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: nella *'Relazione ministeriale al D.Lgs. n. 231/2001'* si legge, infatti, che «[n]ello schema nulla si dice sulla possibilità di sottoporre ad interrogatorio l'ente attraverso il proprio rappresentante legale, tuttavia deve ritenersi che tale evenienza sia del tutto plausibile, dal momento che è stata operata una piena parificazione dell'ente all'imputato. Il rappresentante legale sarà sottoposto ad interrogatorio "per conto dell'ente" con tutte le facoltà e i diritti riconosciuti all'imputato, compresa la facoltà di non rispondere: la parificazione del rappresentante alla figura dell'imputato ha come conseguenza quella della applicabilità delle regole previste dall'art. 63 c.p.p. È ovvio che quanto più la persona

⁹⁰ Cfr., per tutte, Cass., sez. un., 20 gennaio 2017, n. 1545.

giuridica sarà avvicinata alla figura dell'imputato, tanto maggiori saranno le garanzie di cui potrà godere»⁹¹.

Ad ogni modo, il riconoscimento del diritto al silenzio alle persone giuridiche potrebbe trovare un fondamento costituzionale nell'art. 24 Cost., che riconosce a «tutti» l'inviolabilità del diritto di difesa (ed è pacifico che nel nostro ordinamento il diritto di difesa *ex art. 24 Cost.* riguardi anche le persone giuridiche), ma anche nell'art. 27, co. II, Cost., ove si prevede che l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva (ponendo, per tale via, in capo all'accusa l'onere della prova).

Altro tema è, semmai, 'quale' diritto al silenzio debba essere riconosciuto alle persone giuridiche per il tramite dei loro rappresentanti legali, ossia quale estensione debba avere una simile garanzia⁹².

A questo riguardo, vale la pena ricordare che, secondo quanto indicato nelle 'Spiegazioni' relative alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁹³, l'art. 48 corrisponde all'art. 6, §§ 2 e 3, della CEDU e, «conformemente all'art. 52, par. 3» della Carta, «[...] ha significato e portata identici al diritto garantito dalla CEDU»⁹⁴.

⁹¹ Cfr. il § 18 della Relazione cit.

⁹² Cfr. P. OLIVER, *Companies and Their Fundamental Rights: A Comparative Perspective*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2015, 661 ss.

⁹³ Tali spiegazioni, pubblicate nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea del 14 dicembre 2007 (2007/C 303/C), reperibile sul sito web 'Eurlex' (<http://eurlex.europa.eu>), sono state elaborate sotto l'autorità del *presidium* della Convenzione che ha redatto la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; nella premessa delle spiegazioni si precisa che le stesse, pur non avendo valore di legge, «[...] rappresentano un prezioso strumento di interpretazione destinato a chiarire le disposizioni della Carta».

⁹⁴ Le Spiegazioni relative all'art. 52, § 3, C.D.F.U.E. precisano che «[i]l paragrafo 3 intende assicurare la necessaria coerenza tra la Carta e la CEDU affermando la regola secondo cui, qualora i diritti della presente Carta corrispondano ai diritti garantiti anche dalla CEDU, il loro significato e la loro portata, comprese le limitazioni ammesse, sono identici a quelli della CEDU. Ne consegue in particolare che il legislatore, nel fissare le suddette limitazioni, deve rispettare gli standard stabiliti dal regime particolareggiato delle limitazioni previsto nella CEDU, che è quindi applicabile anche ai diritti contemplati in questo paragrafo, senza che ciò pregiudichi l'autonomia del diritto dell'Unione e della Corte di giustizia dell'Unione europea».

Ciò sembrerebbe implicare che il diritto al silenzio nell'ordinamento euro-unitario debba addirittura conformarsi ai più elevati *standard* di tutela riconosciuti dalla giurisprudenza di Strasburgo (la quale esclude, ad esempio, che vi sia sempre un obbligo di produzione documentale), onde non risultare in contrasto con l'art. 52, § 3, della Carta dei diritti fondamentali⁹⁵.

In realtà, pare difficile sostenere che nei confronti delle persone giuridiche debbano valere esattamente tutte le garanzie che valgono per le persone fisiche; e, d'altro canto, la giurisprudenza di Strasburgo relativa all'ostensione di documenti ha sinora riguardato, come si è detto, solo persone fisiche⁹⁶.

Viceversa, la soluzione individuata dalla Corte costituzionale italiana, che limita la garanzia del diritto al silenzio ai soli obblighi di collaborazione 'dichiarativi'⁹⁷ ed esclude viceversa che tale garanzia copra anche il rifiuto di produrre documenti o di comparire in audizione, appare ragionevolmente estendibile alle persone giuridiche, in quanto coerente con il rapporto di immedesimazione organica che lega i rappresentanti della società alla società medesima. Detto altrimenti, così come i comportamenti dell'impresa si imputano a quest'ultima (tanto è vero che essa è responsabile di quanto compiuto dai suoi rappresentanti legali), allo stesso modo l'impresa dovrebbe vedersi riconosciute le garanzie dell'equo processo, almeno nella loro configurazione fondamentale.

Insomma, sembra a chi scrive che davvero la Corte di Giustizia, nella sentenza C-481/19, abbia perso un'occasione importante per rivedere la propria impostazione tradizionale circa la non applicabilità *tout court* alle persone giuridiche (per il tramite dei loro rappresentanti) del diritto al silenzio inteso come 'diritto di restare in silenzio', riconoscendo in

⁹⁵ Ai sensi dell'art. 52, § 3, C.D.F.U.E., infatti, «[l]addove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa».

⁹⁶ Altra questione è, semmai, la 'tenuta' di tale ricostruzione ove applicata alle persone fisiche, vista la più garantistica giurisprudenza della Corte di Strasburgo sopra richiamata.

⁹⁷ Cioè, riconosce che l'imputato possa autenticamente restare in silenzio, ossia non rispondere alle domande che gli vengano poste.

capo alle stesse quantomeno l'assenza di obblighi di collaborazione 'dichiarativi'.

In questo contesto, non stupisce che anche il legislatore italiano, nell'approvare la recente legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021 (l. 5 agosto 2022, n. 118), e nel prevedere il potere dell'Agcm di richiedere «*in ogni momento*» (e, dunque, anche prima del formale avvio di un'istruttoria) «[...] *a imprese e a enti che ne siano in possesso di fornire informazioni e di esibire documenti utili*», abbia utilizzato una formula che pare incentrata sul mero diritto a 'non auto-incolparsi' e che richiama quella del Considerando n. 23 del Regolamento CE n. 1/2003, nonché quella utilizzata dalla stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia («[t]ali richieste di informazioni indicano le basi giuridiche su cui sono fondate le richieste, sono proporzionate e non obbligano i destinatari ad ammettere un'infrazione degli articoli 101 o 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea ovvero degli articoli 2 o 3 della presente legge»⁹⁸).

5. Conclusioni

L'espresso riconoscimento del diritto al silenzio (inteso come 'diritto a rimanere in silenzio') delle persone fisiche soggette a un procedimento amministrativo sanzionatorio costituisce certamente un passo importante nella direzione del 'garantismo accusatorio': ciò, a maggior ragione, alla luce dei poteri di indagine sempre più penetranti riconosciuti alle autorità amministrative indipendenti, principali protagoniste, già dagli ultimi decenni del secolo scorso, del c.d. *enforcement* pubblicistico nella regolazione economica.

Tuttavia, in un contesto – quale è quello attuale – in cui la responsabilità tende a essere trasferita dalla persona fisica alla persona giuridica per considerazioni di politica del diritto e alla luce della evidente maggiore incisività della sanzione che viene così inflitta all'impresa (vera detentrica del patrimonio e, comunque, soggetto a cui il più delle volte vanno imputate – nella sostanza – le condotte da sanzionare), appare coerente che la garanzia del '*nemo tenetur*' – almeno nel suo contenuto fondamentale di assenza di obblighi dichiarativi di qualsiasi genere, onde rispettare la volontà dell'accusato

⁹⁸ Cfr. l'art. 35 della l. n. 118/2022 cit.

di ‘rimanere in silenzio’ – debba essere estesa anche alla persona giuridica per il tramite dei suoi organi (persone fisiche).

Detto altrimenti, nel momento in cui le persone giuridiche sono dirette destinatarie di sanzioni aventi un carattere intrinsecamente penale, non si può poi sostenere che nei loro riguardi non si applichino, almeno nel loro nucleo fondamentale, le tutele enucleate dalla giurisprudenza di Strasburgo e dalla Corte costituzionale italiana con riguardo ai procedimenti sanzionatori⁹⁹.

In effetti, il diritto della concorrenza europeo e italiano, laddove impone obblighi di collaborazione alla persona fisica sull’assunto che quest’ultima non sia il soggetto che subisce la sanzione (e, dunque, non sia il soggetto formalmente ‘imputato’), colpisce la società attraverso quello che appare un abile ‘gioco di prestigio’.

Si ripropone insomma, ancora una volta, la ben nota ‘truffa delle etichette’ (vale a dire, il fenomeno per il quale, tramite etichette formali – in questo caso, l’artificiale distinzione tra persona fisica, tenuta a fornire informazioni e documenti, e persona giuridica, vera destinataria della sanzione – si eludono le garanzie penalistiche affermate dalla CEDU): e pensare che, proprio per contrastare tale fenomeno, la Corte di Strasburgo ha elaborato, fin dagli anni Settanta del Novecento, i noti criteri ‘*Engel*’ in tema di illeciti ‘penali’.

Ma la storia, è noto, si ripete¹⁰⁰.

⁹⁹ Per una ricostruzione dello statuto costituzionale delle sanzioni amministrative aventi un carattere intrinsecamente punitivo-afflittivo cfr. F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, cit., 1775 ss.; nonché D. SIMEOLI, *Le sanzioni amministrative ‘punitive’ tra diritto costituzionale ed europeo*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2022, I, 47 ss. e 54 ss.

¹⁰⁰ Cfr. G. VICO, *La scienza nuova*, Milano, 1977, *passim*.