

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

2/2021

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresca-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Maserà, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Ennio Amodio, Gastone Andreatza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Uberti, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri (coordinatore), Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Alessandra Galluccio, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida. Il testo completo del codice etico è consultabile su <https://sistemapenale.it/it/codice-etico>

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili).

Il testo completo della licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen. (o SP)*, 1/2021, p. 5 ss.

DIRITTO AL SILENZIO E ILLECITO AMMINISTRATIVO PUNITIVO: LA RISPOSTA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

Nota a [CGUE, sent. 2 febbraio 2021, C-481/19, Consob](#)

di Matteo Aranci

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il viaggio del diritto al silenzio: dalla Cassazione alla Consulta e dalla Consulta a Lussemburgo. – 3. Il diritto al silenzio nelle fonti nazionali e sovranazionali. – 4. Le conclusioni dell’avvocato generale. – 5. La pronuncia della Corte di giustizia. – 6. Alcune considerazioni conclusive.

1. Premessa.

Con la sentenza del 2 febbraio 2021¹, la Corte di giustizia si è pronunciata sui quesiti pregiudiziali che le erano stati rivolti dalla Corte costituzionale nel maggio 2019² e riguardanti un tema di particolare delicatezza, ovvero la compatibilità delle sanzioni amministrative pecuniarie – irrogate nei confronti di chi ometta di collaborare con le autorità amministrative indipendenti nel corso di un procedimento per l’accertamento

¹ Corte giust., sent. 2 febbraio 2021, causa C-481/19, *Consob*, ECLI:EU:C:2021:84. Per una prima lettura, v. E. BASILE, [La Corte di giustizia riconosce il diritto al silenzio nell’ambito dei procedimenti amministrativi “punitivi”](#), in questa *Rivista*, 3 febbraio 2021; G. MILIZIA, *“Il silenzio è d’oro, avvalitene” anche nei processi per insider trading innanzi alla Consob*, in *Diritto e giustizia*, 3 febbraio 2021.

² Si tratta di Corte cost., ord. 10 maggio 2019, n. 117, ECLI:IT:COST:2019:117. Essa rappresenta la quarta ordinanza di rinvio pregiudiziale da parte della Consulta in un giudizio in via incidentale, ma costituisce la prima circostanza in cui una questione pregiudiziale non sia solo interpretativa, bensì anche di validità. Per i profili che qui interessano, per i primi commenti all’ordinanza, cfr. C. BONZANO, *Nemo tenetur se detegere e procedimento amministrativo: per la Consulta, la sanzione “punitiva” impone il due process of law*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, p. 1448; G. CANESCHI, *Nemo tenetur se detegere anche nei procedimenti amministrativi sanzionatori? La parola alla Corte di giustizia*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 579; S. CONFALONIERI, [Il nemo tenetur se detegere nel labirinto delle fonti. Riflessioni a margine di Corte cost., ord. n. 117 del 2019](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2020, p. 108; G. FARES, [Diritto al silenzio, soluzioni interpretative e controlimiti: la Corte costituzionale chiama in causa la Corte di giustizia](#), in *dirittifondamentali.it*, 1/2020, p. 57; G. LASAGNI, [Prendendo sul serio il diritto al silenzio. Commento a Corte cost. ord. n. 117 del 10 maggio 2019](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2020, p. 135; I. OTTAVIANO, *Rapporto tra sanzioni amministrative “punitiva” e diritto al silenzio: questioni correlate alla doppia pregiudiziale*, in AA.VV., *Temi e questioni di diritto dell’Unione europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, 2020, p. 121. Per quanto riguarda, invece, i profili più strettamente inerenti al tema del rapporto tra le Corti e la questione della doppia pregiudizialità, v. *ex multis* N. LUPO, [Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema ‘a rete’ di tutela dei diritti in Europa](#), in *Federalismi*, 17 luglio 2019; G. SCACCIA, [Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e sindacato accentrato di legittimità costituzionale. In margine all’ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2019](#), in *Osservatorio costituzionale AIC*, 5 novembre 2019, p. 166.

di taluni illeciti in materia di abusi di mercato – con il principio *nemo tenetur se detegere*. Numerosi sono i profili di interesse che erano sottesi a questa pronuncia e alla complessa vicenda giurisprudenziale: la tensione tra esigenze di effettività del diritto dell’Unione europea e tutela dei diritti fondamentali, la progressiva estensione dello statuto garantistico penale alle sanzioni amministrative punitive, la questione della doppia pregiudizialità e, in generale, del dialogo tra le Corti. Tanti spunti di riflessione che, non a caso, sono stati offerti, oggi come nel recente passato, dalla disciplina punitiva in tema di abusi di mercato³: un settore che esemplifica al meglio l’influenza che il diritto dell’Unione europea può esercitare sulle scelte sanzionatorie nazionali⁴, che ha dato vigore alla riflessione sull’applicazione principio del *ne bis in idem*⁵ in caso di doppio binario sanzionatorio e che, almeno a livello interno, ha stimolato la progressiva estensione di alcune garanzie costituzionali anche a illeciti formalmente non penali⁶.

2. Il viaggio del diritto al silenzio: dalla Cassazione alla Consulta e dalla Consulta a Lussemburgo.

La vicenda⁷ da cui ha tratto origine il rinvio pregiudiziale – e prima ancora ha dato luogo alla questione di legittimità costituzionale⁸ – concerneva il ricorso di un

³ Le disposizioni rilevanti *in subiecta materia* sono collocate nel d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (TUF).

⁴ L. FOFANI, [Politica criminale europea e sistema finanziario: l'esempio degli abusi di mercato](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2014, p. 66 osserva che gli interventi del legislatore europeo nella materia degli abusi di mercato fa sì che questa possa «essere a buon diritto assunta al rango di vero e proprio paradigma del processo di europeizzazione della disciplina penale del sistema finanziario».

⁵ V., per tutti, F. MUCCIARELLI, [Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2018, p. 174; F. VIGANÒ, [Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani](#), in *Dir. pen. cont.*, 1/2016, p. 186; S. VITALE, *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo*, Torino, 2018, p. 203.

⁶ Si possono in proposito richiamare le recenti pronunce della Corte costituzionale sent. 5 dicembre 2018, n. 223, ECLI:IT:COST:2018:223, sul divieto di applicazione retroattiva; sent. 21 marzo 2019, n. 63, ECLI:IT:COST:2019:63, sul principio di retroattività *in mitius*; sent. 10 maggio 2019, n. 112, ECLI:IT:COST:2019:112, sul principio di proporzionalità della sanzione amministrativa punitiva (la questione di costituzionalità proprio da questa vicenda, come si dirà, ha avuto origine). Su questi profili, v. S. CONFALONIERI, *Il nemo tenetur se detegere nel labirinto delle fonti*, cit., p. 117 ss. Quanto all’opera di estensione delle garanzia, si può menzionare, seppure in settore diverso da quello del market abuse ma con medesimi argomenti a fondamento, una recente ordinanza con cui il Tribunale di Milano (Trib. Milano, ufficio GIP, ord. 4 febbraio 2020, giud. Crepaldi, in *Penale – Diritto e procedura*) ha sollevato incidente di costituzionalità rispetto all’art. 30, co. 4, legge 87/1953, nella misura in cui tale disposizione non si applica alle sanzioni amministrative sostanzialmente penali: questione ritenuta infondata nel 2017 (Corte cost., sent. 24 febbraio 2017, n. 43, ECLI:IT:COST:2017:43), ma oggi riproposta dal giudice milanese proprio alla luce dei «mutamenti della stessa giurisprudenza costituzionale» successivi.

⁷ Cass. Civ., ord. 24 gennaio 2018, n. 3831/18, in *DeJure*. La pronuncia è nota anche come “ordinanza Bolognesi”, dal nome del soggetto sottoposto al procedimento Consob e successivamente ricorrente avverso il provvedimento amministrativo sanzionatorio. Sull’ordinanza, per un approfondimento relativo alla questione del diritto al silenzio, v. 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.*, 4/2018, p. 156.

⁸ La questione di legittimità è stata formulata anche con riferimento all’art. 187-*sexies* TUF; sul punto, però, la Corte costituzionale si è pronunciata – dichiarando l’illegittimità costituzionale di tale disposizione, tanto

soggetto avverso una decisione della Consob, con cui l'autorità aveva irrogato severe sanzioni amministrative pecuniarie per alcuni fatti puniti dagli artt. 187-bis ss. TUF⁹. In particolare, nei confronti del socio e consigliere di amministrazione di una società quotata, la Consob aveva irrogato sia una sanzione pecuniaria in relazione all'illecito di *insider trading* (art. 187-bis, co. 1, lett a), con riguardo all'acquisto di azioni effettuate sulla base del possesso di informazioni privilegiate relative all'imminente lancio di un'OPA per *delisting* sulla società, da costui promossa, nonché un'ulteriore sanzione pecuniaria in relazione all'art. 187-*quinqüesdecies* TUF¹⁰ a causa del comportamento dilatorio tenuto dal ricorrente, il quale aveva in primo luogo ritardato la propria audizione dinanzi a Consob e, quindi, una volta presentatosi, aveva rifiutato di rispondere ai quesiti posti¹¹. Erano state, inoltre, disposte sia la sanzione accessoria di cui all'art. 187-*quater* TUF (ovvero la perdita temporanea dei requisiti di onorabilità), sia la confisca per equivalente in forza dell'art. 187-*sexies* TUF. L'interessato, attinto dalle sanzioni, ha proposto opposizione, rigettata dalla Corte d'Appello di Roma e, avverso tale pronuncia, ricorso per Cassazione.

Con le proprie doglianze, il ricorrente ha *inter alia* sollecitato la Suprema Corte a promuovere l'incidente di costituzionalità rispetto all'art. 187-*quinqüesdecies* TUF, in quanto l'obbligo di presentarsi all'autorità amministrativa e di rendere dichiarazioni – vincolo sottoposto a sanzione pecuniaria dai connotati severi – sarebbe incompatibile con le garanzie offerte dalla Costituzione e dalla CEDU; parimenti, censure di illegittimità erano state sollevate in merito alla disposizione (l'art. 187-*sexies* TUF) in materia di confisca, che consentiva di sottoporre a misura ablativa non soltanto il profitto dell'operazione illecita, ma l'intero prodotto della stessa.

La Corte di Cassazione ha ritenuto rilevanti e non manifestamente infondate entrambe le questioni – tanto quella concernente la sanzione per l'omessa collaborazione, quanto quella riguardante la confisca – e si è, di conseguenza, rivolta al giudice delle leggi, attraverso un'ordinanza ricca di argomentazioni.

Per quanto concerne la questione che si pone alla base della sentenza della Corte di giustizia in esame, il collegio – agevolmente dimostrata, nel caso di specie, la rilevanza dell'art. 187-*quinqüesdecies* TUF, in quanto l'illecito ivi descritto punisce “chiunque” e

nella versione preesistente, quanto in quella vigente – con sent. 112/2019 cit. La censura, in quel caso, concerneva l'oggetto della confisca.

⁹ Si tratta del corpo di disposizioni che, all'interno del TUF (d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58), prevede le sanzioni amministrative per i c.d. abusi di mercato.

¹⁰ L'art. 187-*quinqüesdecies* TUF, nella versione applicabile *ratione temporis*, prevedeva una sanzione amministrativa pecuniaria tra diecimila e duecentomila euro per chiunque non ottemperasse alle richieste della Consob o ne ritardasse l'attività.

¹¹ L'addebito formulato da Consob, riportato nell'ordinanza 3831/18, aveva il seguente tenore: «In ragione del fatto che la S.V. 1) nel corso delle indagini si sia presentata presso gli uffici della CONSOB per essere sottoposta ad audizione il 3/12/2010, circa cinque mesi dopo la convocazione, avvenuta con lettera del 1/7/2010, posticipando più volte il momento in cui sarebbe stata disponibile e fornendo, al riguardo, generiche motivazioni concernenti presunti impegni dei quali non ha fornito evidenza; 2) nel corso della stessa audizione non abbia inteso rilasciare dichiarazioni. La S.V. ha mancato di ottemperare nei termini alle richieste della CONSOB e provocato ritardo all'esercizio delle sue funzioni». La sanzione pecuniaria per tale illecito era stata quantificata in cinquantamila euro.

non esclude in alcun modo i soggetti personalmente sottoposti al procedimento – ha ritenuto che la norma censurata potesse presentare motivi di frizione con più di un parametro costituzionale, in particolare gli artt. 24, 111, 11 e 117 Cost.

Rispetto alle ultime due disposizioni, il richiamo all’art. 117 Cost., a propria volta, trova triplice declinazione, rispetto all’art. 6 CEDU, all’art. 14 Patto internazionale sui diritti civili e politici e all’art. 47 CdfUE; con riguardo alla Carta, si aggiunge necessariamente l’art. 11 Cost., il quale costituisce il «sicuro fondamento»¹² dei rapporti tra ordinamento nazionale e Unione europea.

Proprio rispetto alla potenziale incompatibilità della norma nazionale censurata con la Carta, la Suprema Corte prospetta che, nel caso di specie, ricorresse una delle ipotesi di c.d. doppia pregiudizialità¹³ e, di conseguenza, ha scelto di attenersi al *modus procedendi* ricavabile «dalla precisazione offerta dalla Corte costituzionale»¹⁴ nell’*obiter dictum* della sentenza n. 269/2017¹⁵ e, quindi, di promuovere prioritariamente l’incidente di costituzionalità¹⁶.

La Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulle due questioni sollevate con l’unico provvedimento sin qui richiamato, ha separato i due giudizi e con sentenza¹⁷ ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 187-*sexies* TUF (sia nella previgente, sia

¹² Corte cost., sent. 24 giugno 2010, n. 227, ECLI:IT:COST:2010:227.

¹³ Sulla c.d. doppia pregiudizialità la letteratura è assai ampia: cfr., per tutti, C. AMALFITANO, [Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l’obiter dictum della sentenza n. 269/2017](#), in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2019; EAD., [Il rapporto tra rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e rimessione alla Consulta e tra disapplicazione e rimessione alla luce della giurisprudenza “comunitaria” e costituzionale](#), in *Rivista AIC*, 18 febbraio 2020; S. CATALANO, [Doppia pregiudizialità: una svolta ‘opportuna’ della Corte costituzionale](#), in *Federalismi*, 22 maggio 2019; A. COSENTINO, [Doppia pregiudizialità, ordine delle questioni, disordine delle idee](#), in *Questione giustizia*, 6 febbraio 2020; F. DONATI, [La questione prioritaria di costituzionalità: presupposti e limiti](#), in *Federalismi*, 27 gennaio 2021; G. REPETTO, “Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità”, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2017, p. 2958; L.S. Rossi, [Il “triangolo giurisdizionale” e la difficile applicazione della sentenza 269/17 della Corte costituzionale italiana](#), in *Federalismi*, 1° agosto 2018; F. SPITALERI, [Doppia pregiudizialità e concorso di rimedi per la tutela dei diritti fondamentali](#), in *Dir. Un. eur.*, 2019, p. 729.

¹⁴ Cass., ord. 3831/18 cit., p. 23.

¹⁵ Corte cost., sent. 14 dicembre 2017, n. 269, ECLI:IT:COST:2017:269.

¹⁶ Non mancano, nell’ordinanza, alcune sfumature critiche rispetto all’impianto suggerito dalla Corte costituzionale, in particolare evocando la Cassazione un contrasto con quanto aveva già indicato la Corte di giustizia (Corte giust., sent. 20 dicembre 2017, causa C-322/16, *Global Starnet*, ECLI:EU:C:2017:985) e così sollecitando, dal giudice delle leggi, un chiarimento in materia (Cass., ord. 3831/18 cit., p. 26), stimolando anche l’impiego del rinvio pregiudiziale alla Corte lussemburghese.

¹⁷ Corte cost., sent. 10 maggio 2019, n. 112, ECLI:IT:COST:2019:112. La confisca amministrativa è stata ritenuta, per il grado di afflittività, sostanzialmente penale e così assoggettata al principio di proporzionalità, il quale esige – tanto alla luce di parametri costituzionali quanto europei – che la risposta sanzionatoria non ecceda il disvalore del fatto e non comporti un sacrificio eccessivo per gli interessati. La Consulta ha ritenuto la norma illegittima in quanto estendeva in modo irragionevole la confisca all’intero “prodotto” del reato e non limitandosi al solo profitto. Per un commento, v. E. AMATI, [Confisca “amministrativa” negli abusi di mercato limitata al solo profitto e persistenti criticità della confisca penale](#), in *Giur. comm.*, 6/2019, p. 1293; V. MONGILLO, [Confisca proteiforme e nuove frontiere della ragionevolezza costituzionale. Il banco di prova degli abusi di mercato](#), in *Giur. cost.*, 6/2019, p. 3343.

nell'attuale versione), mentre con una separata ordinanza ha deciso di interrogare, in via pregiudiziale, la Corte di giustizia.

La Consulta, richiamate alcune proprie pronunce che già *medio tempore* avevano temperato le indicazioni della sentenza 269/2017¹⁸ e avendone condiviso il contenuto, scandisce l'interrogativo che si poneva al fondo dell'ordinanza della Cassazione: ovvero se sia costituzionalmente legittimo sottoporre alla sanzione di cui all'art. 187-*quinquiesdecies* TUF chi si sia rifiutato di rispondere a domande dalle quali sarebbe potuta emergere la propria responsabilità per gli illeciti amministrativi in tema di *market abuse*. Il giudice delle leggi ricorda, sin da uno dei primi snodi argomentativi, che il diritto di tacere merita tutela in quanto tale, ma esclude che lo *ius tacendi* vieti la previsione di un obbligo, in capo all'accusato, di presentarsi puntualmente alle audizioni richieste *ex lege* dall'autorità amministrativa¹⁹.

Come già aveva sottolineato la Corte di Cassazione, si osserva che il tenore letterale dell'art. 187-*quinquiesdecies* TUF non consentirebbe di escludere, dai propri margini applicativi, le ipotesi in cui la violazione dell'obbligo collaborativo sia ascritta al soggetto nei cui confronti Consob stia procedendo come potenziale autore dell'illecito. Nella legislazione applicabile ai fatti – così come in quella attuale, pur modificata dal d.lgs. 3 agosto 2017, n. 129 – non è stabilita alcuna facoltà di non rispondere per i soggetti che, pur sottoposti agli accertamenti, siano chiamati per un'audizione dinanzi ai funzionari.

La Consulta ritiene quindi che, in assenza di una specifica disciplina che preservi l'interessato da obblighi di *self-incrimination*, occorra domandarsi se, anche nei procedimenti sanzionatori di natura punitiva, sia necessario tutelare il diritto al silenzio nei confronti del presunto autore degli illeciti.

A tale quesito, la Corte costituzionale fornisce una risposta positiva: essa, infatti, ritiene – in continuità con la progressiva estensione delle garanzie, nazionali e convenzionali, alle sanzioni sostanzialmente punitive²⁰ – che il *nemo tenetur se detegere* debba trovare spazio anche nei procedimenti volti all'irrogazione di tali misure.

La natura intrinsecamente penale – e non meramente amministrativa – degli illeciti previsti dalla legislazione italiana in tema di *market abuse* è stata affermata sia dalla

¹⁸ Corte cost., sent. 21 febbraio 2019, n. 20, ECLI:IT:COST:2019:20; sent. 63/2019, cit.

¹⁹ Del resto, basti richiamare nell'ordinamento italiano, la previsione dettata dall'art. 376 c.p.p., a tenore del quale qualora si tratti di procedere all'interrogatorio o al confronto, il PM dispone, previa autorizzazione del giudice, l'accompagnamento coattivo dell'indagato. In questo senso è quindi evidente che l'ordinamento non legittima la condotta dilatoria dei soggetti sottoposti a indagini, né ammette che costoro si sottraggano *tout court* agli adempimenti imposti *ex lege*.

²⁰ Corte cost., sent. 5 dicembre 2018, n. 223, ECLI:IT:COST:2018:223; sent. 63/2019, cit.; sent. 112/2019, cit. Ancor di recente, la Consulta ha puntualizzato (Corte cost., sent. 18 gennaio 2021, n. 5, ECLI:IT:COST:2021:5) «che, secondo l'ormai costante giurisprudenza di questa Corte, le garanzie discendenti dall'art. 25, secondo comma, Cost. si applicano anche agli illeciti e alle sanzioni amministrative di carattere sostanzialmente punitivo». Sulle forme di ampliamento delle garanzie costituzionali e convenzionali verso gli illeciti sostanzialmente penali, v. diffusamente L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018.

Corte Edu²¹, sia dalla Corte di giustizia²² e, di conseguenza, l'estensione della garanzia indicata a queste misure sembrerebbe pienamente giustificata. La Corte costituzionale richiama, a suffragio del proprio convincimento, alcune sentenze del giudice di Strasburgo in cui si è affermato che il *privilege against self-incrimination* esigesse applicazione anche nei casi di infrazioni di carattere amministrativo²³.

Tuttavia, se da queste considerazioni si sarebbe potuta trarre, come ragionevole conseguenza, la dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma censurata – almeno nella parte in cui risultava applicabile anche ai “sospetti” autori degli illeciti –, la Consulta osserva che una simile declaratoria rischierebbe di porre l'ordinamento nazionale nella condizione di non ottemperare a specifici vincoli dettati dal diritto derivato europeo, con la potenziale esposizione a una procedura di infrazione *ex art. 258 TFUE*. Infatti, l'art. 187-*quinquiesdecies* TUF è stato introdotto in sede di trasposizione della direttiva 2003/6/CE²⁴ e, attualmente, il medesimo obbligo di sanzione dei comportamenti non collaborativi con l'autorità è imposto dal regolamento (UE) n. 596/2014²⁵, atto che ha abrogato la precedente direttiva e stabilito un regime amministrativo comune a tutti gli Stati membri quanto ai fenomeni abusivi sui mercati. Il combinato disposto degli artt. 12, par. 2, lett. b) e 14, par. 4, direttiva 2003/6/CE e le previsioni di cui agli artt. 23, par. 2, lett. b) e 30, par. 1, lett. b), regolamento (UE) n. 596/2014 richiedono all'ordinamento nazionale di sanzionare l'omessa collaborazione alle indagini da parte di chiunque – senza distinzioni soggettive – sia stato sottoposto a richieste di informazioni. Perciò, come nota la Consulta, il diritto derivato dell'Unione europea parrebbe imporre il «dovere di sanzionare il silenzio serbato in sede di audizione»²⁶ da parte dei presunti autori degli illeciti.

Tuttavia, quest'obbligo risulta, ad avviso della Corte costituzionale, in potenziale frizione con due previsioni della Carta dei diritti fondamentali, ovvero gli artt. 47 e 48 CdfUE, al cui rispetto le istituzioni – nell'esercizio delle rispettive competenze – sono tenute. La Consulta, dopo aver menzionato la giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di diritto al silenzio²⁷ – maturata in relazione alle sole ammende irrogate alle imprese nel diritto *antitrust* –, ritiene tuttavia che l'approdo cui il giudice lussemburghese è giunto non sia *sic et simpliciter* esportabile alle sanzioni individuali di

²¹ Corte Edu, sent. 4 marzo 2014, ric. nn. 18640, 18647, 18663, 18668 e 18698/2010, *Grande Stevens e a. c. Italia*, CE:ECHR:2014:0304JUD001864010. Nel caso specifico, l'illecito amministrativo rilevante era quello sanzionato dall'art. 187-*ter* TUF, e non dall'art. 187-*bis* TUF, come nell'ipotesi di odierno interesse; tuttavia, l'omogeneità dell'apparato sanzionatorio e la comune *ratio* sottesa ad entrambe le previsioni legittimano a ritenere pacificamente estensibile all'art. 187-*bis* TUF gli esiti cui la Corte Edu è giunta.

²² Corte giust., sent. 20 marzo 2018, cause riunite C-596/16 e 597/16, *Di Puma*, ECLI:EU:C:2018:192.

²³ Da ultimo, Corte Edu, sent. 5 aprile 2012, ric. 11663/04, *Chambaz c. Svizzera*, pt. 50-58, CE:EHCR:2012:0405JUD001166304.

²⁴ Direttiva 2003/6/CE, in *GUUE*, 12 aprile 2003, L 96, p. 16, trasposta in Italia con legge 18 aprile 2005, n. 62.

²⁵ Regolamento (UE) n. 596/2014, in *GUUE*, 12 giugno 2014, L 173, p. 1. Ancorché il regolamento sia (art. 288 TFUE) direttamente applicabile, in talune ipotesi l'atto normativo europeo può prevedere un meccanismo – non dissimile da una direttiva – con cui esige dal legislatore nazionale l'inserimento di specifiche norme nel proprio ordinamento: è questo il caso dell'art. 30, regolamento (UE) n. 596/2014.

²⁶ Corte cost., ord. 117/2019, cit., pt. 8.2.

²⁷ Su cui v. *infra*, par. 2.

carattere punitivo. La Consulta sembra persuasa che la Corte di giustizia possa – e in questo viene sollecitata – condividere l’approccio più garantista manifestato dalla Corte Edu, in forza della clausola di omogeneità di cui all’art. 52, par. 3, CdfUE, e così assicurare piena tutela al diritto al silenzio.

Perciò, la Corte costituzionale, prima di pronunciarsi, ha ritenuto preferibile «sollecitare un chiarimento» da parte del giudice lussemburghese, considerando la propria richiesta come espressiva di quello spirito di leale collaborazione teso a garantire la «definizione di livelli comuni di tutela dei diritti fondamentali»²⁸ di cui già si trovava traccia nel sopra menzionato *obiter dictum* della sentenza n. 269/2017.

Due sono i quesiti pregiudiziali: il primo ha carattere interpretativo, il secondo, invece, di validità. Dapprincipio, la Corte costituzionale domanda se le disposizioni rilevanti della direttiva 2003/6/CE e del regolamento (UE) n. 596/2014, applicabili ciascuno *ratione temporis*, siano interpretabili nel senso che si possa escludere dal novero dei soggetti sanzionabili per omessa cooperazione coloro i quali, in virtù delle proprie risposte, potrebbero rivelare informazioni *contra se*. In questo senso, ad avviso della Consulta, potrebbe deporre la clausola – contenuta in entrambi gli atti succedutisi – per cui le sanzioni discusse dovrebbero essere disposte in conformità con l’ordinamento nazionale: locuzione da cui la Corte costituzionale deriverebbe la possibilità di tutelare i più elevati standard garantistici nazionali. Se questa fosse la risposta, la declaratoria di illegittimità costituzionale sarebbe possibile senza derivarne alcuna conseguenza quanto all’omesso rispetto dei vincoli europei.

In secondo luogo – e in caso di una risposta di segno contrario – si dubita che eventuali obblighi di sanzione nei confronti dei soggetti sottoposti a procedimento dinanzi all’autorità amministrativa per illeciti sostanzialmente penali possano essere compatibili con lo *ius tacendi*, che si ritiene tutelato dagli artt. 47 e 48 CdfUE, nonché ricavabile come principio generale inferibile dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.

3. Il diritto al silenzio nelle fonti nazionali e sovranazionali.

Il diritto al silenzio, attorno al quale gravitavano le questioni poste dalla Consulta e su cui la Corte lussemburghese si è pronunciata, costituisce un canone «ormai definitivamente acquisito dalla civiltà giuridica occidentale»²⁹, che – a partire dalla storica consacrazione nel V emendamento della Costituzione statunitense nel 1791 – si è affermato anche in tutti gli ordinamenti giuridici europei, di cui riflette una scelta assiologica irrinunciabile³⁰.

²⁸ Corte cost., ord. 117/2019, cit., pt. 10

²⁹ P. MOSCARINI, *Silenzio dell'imputato (diritto al)*, in *Enc. Dir., Annali*, III, Milano, 2010, p. 1080.

³⁰ G. GIOSTRA, *Valori ideali e prospettive metodologiche del contraddittorio in sede penale*, in *Pol. dir.*, 1986, p. 21; V. GREVI, *Nemo tenetur se detegere. Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972, p. 9.

Pur a fronte di un condiviso e radicato riconoscimento dello *ius tacendi*, soltanto nel Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 si rinviene un'espressa consacrazione di questo diritto: l'art. 14, par. 3, lett. g) del citato Patto prevede infatti che a ciascun individuo accusato di un reato è assicurata la garanzia di non essere costretto a deporre *contra se* o a confessarsi colpevole.

A livello continentale, un'esplícita affermazione del principio difetta tanto nella CEDU, quanto nella CdfUE e, del resto, anche alcune Carte costituzionali – come accade per quella italiana – presentano un *deficit* sotto questo profilo: mancanza che, tuttavia, non si traduce affatto in una rinuncia alla tutela del *nemo tenetur se detegere*, in virtù dell'opera esegetica della giurisprudenza, sia a livello nazionale, sia nel contesto convenzionale. Alle pronunce della Corte costituzionale, così come alle sentenze della Corte Edu, occorre porre attenzione per ricostruire fondamenti e contenuti dello *ius tacendi* nella dimensione interna e continentale. Per quanto concerne la giurisprudenza del giudice del Kirchberg, si era sviluppata – prima della pronuncia in esame – nel solo contesto delle sanzioni per le imprese autrici di illeciti anticoncorrenziali, le cui peculiarità impongono qualche *caveat* derivante dal settore considerato e dalla qualità soggettiva dei destinatari delle misure in esame.

Perciò, posto che i tre “livelli” – quello nazionale, quello convenzionale, quello “comunitario” – sono coinvolti e si intersecano in questa vicenda – secondo l'ormai nota metafora del sistema reticolare³¹ – occorre brevemente soffermarsi sui contorni che, in ciascuno di questi contesti, il diritto al silenzio assume.

Nell'ordinamento italiano, il *nemo tenetur se detegere* è ascritto al rango di essenziale corollario dell'inviolabilità del diritto di difesa, di cui all'art. 24 Cost.: sul punto, vi è unanime consenso sia nella giurisprudenza della Consulta³², sia nella dottrina che si è occupata del tema³³.

Sebbene nella giurisprudenza costituzionale – maturata in prevalenza con riferimento alle disposizioni del codice di rito penale sulla capacità dell'imputato di assumere l'ufficio di testimone – non manchi la continua menzione dello *ius tacendi*, si è osservato che talvolta la Corte costituzionale non ha chiarito in modo specifico l'esatta estensione del diritto, in particolare quanto alla possibile applicazione in una dimensione ulteriore – quella c.d. reale o materiale – rispetto ai soli atti dichiarativi³⁴. Del resto, con riferimento alla (mai del tutto ben delineata) portata del diritto al silenzio, la Corte di Cassazione ha affermato che – pur costituendo un essenziale presidio a tutela dell'imputato, al quale non può essere domandato alcun apporto conoscitivo o probatorio – non deve intendersi come una garanzia assoluta, poiché il contegno silente

³¹ S. CONFALONIERI, *Il nemo tenetur se detegere nel labirinto delle fonti*, cit., p. 131. La metafora della rete è stata efficacemente proposta da V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, Roma, 2012, p. 20.

³² Corte cost., sent. 20 novembre 2002, n. 485, ECLI:IT:COST:2002:485; ord. 26 giugno 2002, n. 291, ECLI:IT:COST:2002:291; ord. 12 novembre 2002, n. 451, ECLI:IT:COST:2002:451; ord. 28 giugno 2004, n. 202, ECLI:IT:COST:2004:202.

³³ Per tutti, V. GREVI, *Nemo tenetur se detegere*, cit., p. 46; P. MOSCARINI, *Silenzio dell'imputato*, cit., p. 1083; V. PATANÉ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Torino, 2006, p. 81.

³⁴ G. LASAGNI, *Prendendo sul serio il diritto al silenzio*, cit., p. 147.

o reticente può essere considerato nella valutazione degli elementi a carico, alla stregua di un riscontro ulteriore rispetto a quanto già in altro modo ricostruito³⁵.

E, proprio quanto alla latitudine del *nemo tenetur se detegere*, si pone l'essenziale questione relativa alla possibilità di dilatare l'ambito di copertura della garanzia costituzionale in esame ai procedimenti amministrativi che, pur formalmente estranei alla materia penale, sono destinati a sfociare nell'irrogazione di sanzioni in sostanza punitive. Quesito al quale la Corte costituzionale ritiene (al pari della Cassazione nell'ordinanza con cui è stata promossa la questione di legittimità) di offrire una risposta positiva, anche sulla scorta della giurisprudenza della Corte Edu; a questo proposito, però, in passato lo stesso giudice delle leggi aveva escluso l'incostituzionalità di una disposizione che, in materia tributaria, prevedeva una sanzione pecuniaria a carico di chi, sottoposto ad accertamenti da parte degli enti impositori, non avesse ottemperato agli inviti a comparire da parte degli stessi³⁶.

L'attrazione del diritto al silenzio nell'alveo dell'art. 24 Cost. offre lo spunto per una considerazione di centrale rilievo nella vicenda in esame, ovvero il fatto che tale disposizione della Costituzione è stata costantemente ritenuta dal giudice delle leggi come appartenente a quel novero di principi fondamentali e diritti irrinunciabili per l'ordinamento nazionale: proprio l'art. 24 Cost. ha assunto, in due notissime pronunce³⁷, le vesti del controlimito³⁸, a presidio di un elemento assiologico ritenuto imprescindibile. Sebbene poi il dialogo tra le Corti abbia, almeno nella vicenda qui in esame, sortito esiti pienamente positivi, è evidente che lo stesso richiamo a quelle sentenze abbia costituito, già *ictu oculi*, il segnale di una netta presa di posizione da parte della Consulta quanto all'irrinunciabilità del diritto al silenzio nell'ordinamento nazionale.

Nel panorama costituzionale italiano non mancano tuttavia ulteriori disposizioni della Carta fondamentale di cui il diritto al silenzio possa ritenersi corollario. In primo luogo, la presunzione di non colpevolezza – consacrata dall'art. 27, co. 2, Cost. – delinea un modo di strutturare l'attività di raccolta degli elementi a carico dell'accusato che si

³⁵ Cass. Pen., sent. 12 febbraio 2020, n. 16036/20, in *DeJure*. Il Supremo Collegio afferma che il giudice non solo non può ricavare dal silenzio dell'imputato prova della di lui colpevolezza, ma neppure può negare benefici quali la sospensione condizionale o la non menzione della condanna nel casellario penale per il solo fatto che sia stato esercitato lo *ius tacendi* (Cass. Pen., 17 gennaio 2020, n. 17232/20; 14 settembre 2017, n. 57703/17, entrambe in *DeJure*).

³⁶ Corte cost., ord. 26 febbraio 2002, n. 33, ECLI:IT:COST:2002:33, richiamata da G. LASAGNI, *Prendendo sul serio il diritto al silenzio*, cit., p. 147.

³⁷ Corte cost., sent. 2 febbraio 1982, n. 18, ECLI:IT:COST:1982:18 e 22 ottobre 2014, n. 238, ECLI:IT:COST:2014:238. Peraltro, anche nella sentenza Corte cost., sent. 21 aprile 1989, n. 232, ECLI:IT:COST:1989:232 (nota come sentenza *Fragd*) la Consulta aveva evocato la frizione tra il diritto di difesa (art. 24 Cost.) e la giurisprudenza della Corte di giustizia che aveva stabilito, nel caso di specie, l'invalidità di taluni atti sottoposti al proprio giudizio, ma, in virtù della possibilità di modulare gli effetti delle proprie pronunce, aveva escluso che l'invalidità operasse già nella fattispecie concreta.

³⁸ Sui controlimiti, specie all'esito del celebre *affaire Taricco*, la letteratura giuridica è assai ampia, basti qui richiamare, per tutti, C. AMALFITANO (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione Europea e controlimiti alla prova della "Saga Taricco"*, Milano, 2018. Si ricordi che il termine è stato coniato da autorevole dottrina già a fine anni Sessanta (BARILE P., *Ancora su diritto comunitario e diritto interno*, in *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea costituente*, vol. VI, Firenze, 1969, p. 48) ed è ormai impiegato anche dalla Corte costituzionale (per tutte, v. Corte cost., sent. 238/2014, cit., pt. 3.2).

impertinza sull'attribuzione dell'*onus probandi* all'autorità pubblica e sull'assenza di qualsivoglia obbligo di cooperazione in capo al soggetto interessato³⁹. Ancora, l'art. 111 Cost., nella sua formulazione attuale, ricorda che canone essenziale della giurisdizione è il giusto processo, il quale impone, *inter alia*, che l'accusato e l'accusatore operino in un contesto di parità, senza che il primo possa essere indotto – se non addirittura costretto – a rivelare al secondo elementi dai quali possa desumersi una propria responsabilità⁴⁰.

Inoltre, l'intensa tutela apprestata dalla Costituzione alla libertà personale – intesa come prerogativa individuale di determinarsi senza subire coazioni esterne – si pone come ulteriore perno fondativo del diritto al silenzio, da intendersi, in quest'ulteriore accezione, come necessaria estrinsecazione dell'art. 13 Cost.⁴¹.

Il richiamo agli ulteriori canoni costituzionali sin qui evocati sembra evidenziare la centralità dello *ius tacendi* in qualsiasi tipologia di procedimento – sia esso amministrativo o giudiziario – cui sia sottesa la realizzazione di un interesse pubblicistico: del resto, è autorevole insegnamento quello secondo cui il principio personalistico impone di considerare che «non l'uomo è in funzione dello Stato, ma quest'ultimo in funzione dell'uomo, nel senso che suo fine è di assicurare lo svolgimento della persona umana»⁴². Ciò induce a ritenere che un accusato non può essere mai «considerato quale depositario di una verità da carpire a ogni costo [bensì] è un organo di prova solo eventuale, che interviene nell'accertamento per libera scelta e nel proprio interesse difensivo»⁴³.

Quanto al contesto convenzionale, il *nemo tenetur se detegere* ha trovato ampio risalto nella giurisprudenza della Corte Edu, alla quale si deve la consacrazione del diritto al silenzio in assenza di un'esplicita configurazione nella CEDU. Secondo il giudice di Strasburgo, il privilegio contro l'autoincriminazione trova fondamento non soltanto nella presunzione d'innocenza, ma – in modo più significativo – nel principio del giusto processo, di cui all'art. 6 CEDU⁴⁴. Anzi, il diritto al silenzio costituisce, della *fairness* processuale, uno degli elementi cruciali, come la Corte Edu ha avuto modo di precisare in diverse occasioni in cui è stata chiamata a pronunciarsi sullo *ius tacendi*⁴⁵.

Sebbene la Corte Edu abbia continuamente posto l'accento sull'importanza del *nemo tenetur se detegere*, si può riscontrare, a dispetto del «solenne proclama riscontrabile in numerose decisioni»⁴⁶, qualche elemento di incoerenza⁴⁷ nella giurisprudenza in

³⁹ G. FARES, *Diritto al silenzio, soluzioni interpretative*, cit., p. 63 e ulteriore dottrina ivi citata.

⁴⁰ O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Milano, 2004, p. 63; P. MOSCARINI, *Silenzio dell'imputato*, cit., p. 1083.

⁴¹ P. MOSCARINI, *Silenzio dell'imputato*, cit., p. 1082.

⁴² C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1969, p. 146.

⁴³ G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, p. 193.

⁴⁴ Da ultimo, v. Corte Edu, sent. 13 settembre 2016, 50541/08, 50571/08, 50573/08 e 40351/09, *Ibrahim e a c. Regno Unito*, CE:ECHR:2016:0913JUD005054108, pt. 252.

⁴⁵ Corte Edu, sent. 25 febbraio 1993, ric. n. 10588/83, *Funke c. Francia*, CE:ECHR:1993:0225JUD001082884, pt. 44; sent. 8 febbraio 1996, ric. 18731/91, *Murray c. Regno Unito*, CE:ECHR:1996:0208JUD001873191, pt. 45; sent. 29 giugno 2007, ric. n. 15809/02, *O'Halloran e Francis c. Regno Unito*, CE:ECHR:2007:0629JUD001580902, pt. 45; sent. 5 aprile 2012, ric. n. 11663/04, *Chambaz c. Svizzera*, pt. 52.

⁴⁶ V. MANES, M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, Torino, 2020, p. 251.

⁴⁷ G. LASAGNI, *Prendendo sul serio il diritto al silenzio*, cit., p. 141, ritiene la giurisprudenza «non troppo

materia, in particolare legata al fatto che il privilegio contro l'autoincriminazione non costituirebbe una garanzia di carattere assoluto, ma – ad alcune condizioni – sarebbero legittime alcune forme di sollecitazione, da parte dell'autorità pubblica, nei confronti del soggetto accusato affinché questi possa rivelare elementi a proprio svantaggio.

A questo proposito, si suole richiamare la distinzione, introdotta nella sentenza *Murray c. Regno Unito*⁴⁸ e poi progressivamente consolidata, tra ipotesi di coercizione propria e impropria: soltanto le forme coattive riconducibili alla seconda categoria costituirebbero una violazione dell'art. 6 CEDU. In particolare, secondo la più recente giurisprudenza della Corte Edu⁴⁹, si verificherebbe una *improper compulsion* in tre fattispecie, ovvero (i) l'obbligo di rendere dichiarazioni sotto l'obbligo di sanzioni, (ii) l'esercizio di pressioni fisiche o psichiche, spesso intese in correlazione ai trattamenti vietati dall'art. 3 CEDU e (iii) l'impiego di strumenti decettivi o ingannatori per carpire dall'accusato informazioni altrimenti non rivelate.

Anche nella giurisprudenza relativa alla produzione di elementi di prova reali⁵⁰, la Corte Edu – in modo ritenuto, pur in questo caso, non del tutto lineare e coerente⁵¹ – ha affermato che non è preclusa la possibilità, per gli ordinamenti nazionali, di prevedere mezzi di prova o di ricerca della prova che si connotino per l'impiego della coercizione nei confronti dell'accusato: tra questi, si ricordano i prelievi di materiale biologico, come per i test del DNA o per gli accertamenti circa l'assunzione di sostanze psicotrope⁵².

Il diritto al silenzio, nei termini sanciti dalla giurisprudenza – seppur intrinsecamente legata al caso concreto e, fors'anche per questo, non del tutto coerente – della Corte Edu, si estende a tutti quei procedimenti cui si applica l'art. 6 CEDU. Secondo la nota concezione sostanzialistica della nozione di illecito penale, inaugurata dalla celebre sentenza *Engel c. Paesi Bassi*⁵³, il *nemo tenetur se detegere* deve quindi ampliare il proprio spettro applicativo oltre il perimetro del processo penale, per ricomprendervi tutte quelle procedure che possono concludersi con l'irrogazione di una sanzione *in*

coerente”.

⁴⁸ Corte Edu, sent. *Murray c. Regno Unito*, cit., pt. 48 ss.

⁴⁹ Corte Edu, sent. *Ibrahim c. Regno Unito*, cit., pt. 267 ss. Per una complessiva ricostruzione delle tre ipotesi e ulteriori riferimenti a precedenti pronunce della Corte, v. V. MANES, M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, p. 252.

⁵⁰ Riguardano questo specifico aspetto alcune pronunce tra cui Corte Edu, sent. *Funke c. Francia*, cit., pt. 44 o Corte Edu, sent. 17 dicembre 1996, ric. 19187/91, *Saunders c. Regno Unito*, CE:ECHR:1996:1217JUD001918791. In quest'ultima sentenza, la Corte ha rilevato che il *nemo tenetur se detegere* non sia estensibile alle ipotesi in cui la prova da raccogliere esista indipendentemente dalla volontà di quest'ultimo, come nel caso di campioni di sangue o urina, che possano essere acquisiti in forza di un regolare mandato. Diversamente, nella successiva pronuncia Corte Edu, sent. *Chambaz c. Svizzera*, cit., i giudici di Strasburgo hanno esteso la garanzia in esame all'esibizione di documenti in caso di procedimenti di carattere amministrativo-tributario.

⁵¹ V. MANES, M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, cit., p. 252.

⁵² G. LASAGNI, *Prendendo sul serio il diritto al silenzio*, cit., p. 146; V. ZACCHÉ, *Nemo tenetur se detegere vs. obblighi da circolazione stradale di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1615.

⁵³ Corte Edu, sent. 8 giugno 1976, ric. 5100/71, *Engel c. Paesi Bassi*, CE:ECHR:1976:0608JUD000510071. Per un approfondimento relativo alla rivoluzione che i criteri Engel hanno prodotto, v. V. MANES, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 988.

substantia penale. In questo senso, si rinvencono già sentenze della Corte Edu in cui lo *ius tacendi*, rispetto alla prova tanto dichiarativa, quanto materiale, è stato riconosciuto come garanzia operante anche in procedimenti amministrativi o tributari: così è accaduto per gli accertamenti condotti dall'amministrazione delle dogane⁵⁴, dalle autorità fiscali⁵⁵, dalle commissioni parlamentari d'inchiesta⁵⁶.

Per quanto concerne il diritto dell'Unione europea, l'indagine dei contenuti e della latitudine applicativa del *nemo tenetur se detegere* impone di considerare da un lato il diritto positivo – in particolare, gli artt. 47, par. 2 e 48 CdfUE nonché la direttiva (UE) 2016/343⁵⁷ sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione d'innocenza –, dall'altro la giurisprudenza della Corte di giustizia maturata, come già accennato, con riferimento agli illeciti anticompetitivi sanzionati dalla Commissione.

Quanto al primo aspetto, si può osservare che nella Carta dei diritti fondamentali – al pari di quanto detto per la CEDU – difetta un'esplicita affermazione della garanzia in esame; tuttavia, gli artt. 47, par. 2 e 48 CdfUE consacrano il diritto al *fair trial* (art. 47 CdfUE), così come la presunzione d'innocenza (art. 48, par. 1) e il diritto di difesa (par. 2), nel cui alveo si innesta, solitamente, il presidio offerto dallo *ius tacendi*.

E che il privilegio contro l'autoincriminazione possa rientrare nel più generale contesto degli artt. 47 e 48 CdfUE – prima ancora dell'avallo che ha fornito la Corte di giustizia nella sentenza in esame – lo conferma la lettura delle Spiegazioni relative a tali disposizioni, da cui si evince come i diritti ivi garantiti vadano intesi come aventi, alla luce dell'art. 52, par. 3, CdfUE, significato e portata identici a quelli delineati all'art. 6 CEDU: la clausola di omogeneità suggerisce dunque che gli artt. 47 e 48 CdfUE comprendano anche la tutela del diritto al silenzio.

Un ulteriore spunto in questa direzione si ricava dalla già richiamata direttiva del 2016, la quale costituisce, secondo la tabella di marcia adottata dal Consiglio nel 2009⁵⁸, uno degli strumenti attraverso cui viene data concreta attuazione agli artt. 47 e 48 CdfUE e che contiene un'espressa affermazione dello *ius tacendi*. Attraverso questo atto di diritto derivato, il legislatore europeo ha inteso promuovere un rafforzamento di alcune garanzie proprie del procedimento penale, entro cui si collocano – nel più generale perimetro della presunzione di innocenza – il diritto al silenzio e a non autoincriminarsi (art. 7, direttiva (UE) 2016/343).

La direttiva, tuttavia, non manca di qualche «passaggio meno limpido»⁵⁹, frutto della delicatezza della materia e, come sovente accade quando gli atti di diritto derivato incidono sul procedimento o sul diritto penale, dell'esigenza di evitare dell'esigenza di

⁵⁴ Corte Edu, sent. *Funke c. Francia*, cit.

⁵⁵ Corte Edu, sent. *Chambaz c. Svizzera*, cit.,

⁵⁶ Corte Edu, sent. 19 marzo 2015, ric. nn. 7494/11, 7493/11, 7989/11, *Corbet e a. c. Francia*, CE:ECHR:2015:0319JUD000749411.

⁵⁷ In *GUUE*, 11 marzo 2016, L 65, p. 1. Per un'analisi, v. S. LAMBERIGTS, *The Directive on the Presumption of Innocence*, in *EU Crim*, 1/2016, p. 36; M.L. VILLAMARIN LÓPEZ, *The presumption of innocence in Directive 2016/343/EU of 9 March 2016*, in *ERA Forum*, 3/2017, p. 335.

⁵⁸ Pubblicata in *GUUE*, 4 dicembre 2009, C 295, p. 1.

⁵⁹ V. MANES, M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, cit., p. 254.

provvedere a forme di armonizzazione non invasive rispetto alla legislazione degli Stati membri⁶⁰.

Nel testo dell'art. 7, declinato in sei paragrafi, all'affermazione del diritto al silenzio e di non autoincriminarsi rispetto al capo d'accusa formulato (parr. 1 e 2) segue la previsione (par. 3) per cui a ciò non osta che le autorità giudiziarie possano raccogliere elementi di prova esistenti «indipendentemente dalla volontà» dell'interessato, in ossequio a specifiche disposizioni normative. Si fa riferimento a quegli strumenti che, nei codici di rito, consentono di acquisire risultanze probatorie, specie di carattere reale, anche senza la disponibilità dell'accusato: la legittimità di questi strumenti, pur oggetto di discussione in dottrina, è stata ritenuta legittima anche dalla Corte Edu.

I parr. 4 e 5 disciplinano la rilevanza che l'autorità giudicante può attribuire all'esercizio del diritto al silenzio: se da un lato si può valorizzare a favore del reo il comportamento collaborativo, dall'altro lato si afferma che non si può impiegare la condotta silente ai fini di dimostrare la responsabilità dell'accusato.

Alcuni spunti si traggono dalla lettura della motivazione posta in esordio alla direttiva⁶¹. Seppur non vincolanti, le indicazioni ivi collocate costituiscono uno strumento utile per interpretare il testo dell'articolato, in cui invece si declinano gli obblighi gravanti sui destinatari dell'atto. In questo caso, i considerando suggeriscono che l'ambito applicativo, in senso oggettivo, delle garanzie vada ristretto ai soli procedimenti penali, con esclusione degli accertamenti amministrativi, ancorché suscettibili di definirsi con l'irrogazione di una sanzione: tra questi, si annoverano proprio le procedure relative ai «servizi finanziari» (considerando n. 11). Tuttavia, con un'apposita clausola di salvezza, si ricorda che la nozione di procedimento penale va intesa alla luce della giurisprudenza della Corte Edu e della Corte di giustizia: quest'ultima, del resto, sin dalla sentenza *Bonda*⁶² ha condiviso l'orientamento sostanzialistico quanto alla qualificazione di un illecito (e, di conseguenza, della procedura di accertamento) come penale.

Quanto ai destinatari del diritto in esame, i considerando nn. 12 e 13 affermano che, *ratione personae*, le garanzie dettate dalla direttiva si intendono applicabili alle sole persone fisiche, in quanto rispetto agli enti la declinazione di queste tutele avverrebbe in termini differenti.

I considerando nn. 24 e seguenti, riferiti nello specifico al diritto al silenzio e a non autoincriminarsi, ribadiscono nella sostanza quanto l'art. 7 indica in modo vincolante, con la precisazione che la violazione del *nemo tenetur se detegere* andrebbe ravvisata sulla base degli orientamenti della Corte Edu (considerando n. 27).

Per quel che concerne la giurisprudenza della Corte di giustizia, come ravvisato in dottrina e confermato dall'avvocato generale nelle proprie conclusioni nel caso in esame, le sole pronunce che si sono soffermate sullo *ius tacendi* attengono ai

⁶⁰ Sul punto, v. le interessanti riflessioni di H. NOWELL-SMITH, *Behind the Scenes in the Negotiation of EU Criminal Justice Legislation*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2012, p. 381

⁶¹ Sull'obbligo e sulla funzione della motivazione degli atti di diritto derivato dell'Unione europea, v. A. MAFFEO, [L'obbligo di motivazione degli atti delle istituzioni dell'Unione europea](#), in *Federalismi*, 31 gennaio 2018.

⁶² Corte giust., sent. 5 giugno 2012, causa C-489/10, *Bonda*, ECLI:EU:C:2012:319, pt. 37.

procedimenti sanzionatori condotti dalla Commissione per gli illeciti *antitrust*. Come noto, alla luce del regolamento (CE) n. 1/2003⁶³, l'istituzione guardiana dei trattati può avviare, nei confronti delle imprese, accertamenti volti a reprimere le violazioni dei divieti imposti dagli artt. 101 e 102 TFUE, in particolare attraverso l'irrogazione di ammende, delle quali la Corte di giustizia⁶⁴ – contrariamente alla Corte Edu⁶⁵ – ha negato la natura sostanzialmente penale, in virtù dell'espressa negazione di tale contrassegno da parte dello stesso art. 23, par. 5, regolamento (CE) n. 1/2003.

In questi procedimenti, ai sensi degli artt. 18 ss. regolamento (CE) n. 1/2003, la Commissione può richiedere informazioni alle imprese e procedere ad accertamenti anche nei locali dell'impresa: in entrambi i casi, i destinatari delle domande e delle verifiche sono obbligate a fornire la propria cooperazione (art. 20, par. 4, regolamento (CE) n. 1/2003) e, ai sensi del successivo art. 23, possono essere sanzionati nel caso in cui si sottraggano a tali adempimenti.

Invero, il delicato bilanciamento tra le previsioni che rendono obbligatoria la cooperazione – anche con rischi di autoincriminazione – e la tutela del diritto di difesa ha formato oggetto di non poche pronunce della Corte di giustizia, tra cui si suole ricordare, come vero e proprio *leading case*, la sentenza *Orkem*⁶⁶.

Il giudice del Kirchberg ha osservato che il rispetto dei diritti della difesa in qualsiasi procedimento che possa concludersi con l'irrogazione di sanzioni (ivi incluse ammende pecuniarie) costituisce un principio fondamentale del diritto dell'Unione europea, che va osservato anche se si tratta di un procedimento di natura amministrativa. Perciò, per quanto gli artt. 18 ss. regolamento (CE) n. 1/2003 (al pari delle disposizioni, di analogo tenore, contenute nel regolamento 17/62⁶⁷ previgente) legittimino la Commissione a richiedere informazioni e documenti anche all'impresa sottoposta al procedimento, tali obblighi non possono tramutarsi in sollecitazioni volte a far «ammettere l'esistenza della trasgressione, che deve invece essere provata dalla

⁶³ In *GUCE*, 4 gennaio 2003, L 1, p. 1.

⁶⁴ Corte giust., sent. 17 giugno 2010, causa C-413/08 P, *Lafarge*, ECLI:EU:C:2010:346, pt. 75; dello stesso avviso, anche la giurisprudenza amministrativa italiana (da ultimo, TAR Lazio, sent. 20 febbraio 2020, n. 2245, in *DeJure*, pt. 13.2 e *ivi* ulteriori richiami).

⁶⁵ Corte Edu, sent. 27 settembre 2011, ric. 43509/08, *Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia*, CE:ECHR:2011:0927JUD004350908, pt. 38. Concordano sulla natura "sostanzialmente penale" anche alcuni autori, sia in Italia, sia all'estero. Cfr. F. CINTIOLI, *Giusto processo, Cedu e sanzioni antitrust*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2015, p. 507; M. FURSE, *The Criminal Law of Competition in the UK and in the US*, Cheltenham, 2012, p. 220.

⁶⁶ Corte giust., sent. 18 ottobre 1989, causa C-374/87, *Orkem*, ECLI:EU:C:1989:387, pt. 35; tale pronuncia è stata poi pressoché sempre citata da ogni ulteriore sentenza che abbia trattato analoghe questioni. Si possono ricordare Trib., 20 febbraio 2001, causa T-112/98, *Mannesmannröhren*, ECLI:EU:T:2001:61, pt. 65; Corte giust., sent. 29 giugno 2006, causa C-301/04 P, *SGL Carbon AG*, ECLI:EU:C:2006:432, pt. 42; sent. 25 gennaio 2007, causa C-407/04 P, *Dalmine c. Commissione*, EU:C:2007:53, pt. 34; sent. 24 settembre 2009, cause riunite C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P e C-137/07 P, *Erste Group Bank AG e al. c. Commissione*, pt. 271. Sul punto, per un approfondimento, v. M. VEENBRINK, *The Privilege against Self-Incrimination in EU Competition Law: A Deafening Silence?*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2015, p. 119; W. WILS, *Self-Incrimination in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis*, in *World Competition: Law and Economic Review*, 2003, p. 567.

⁶⁷ In *GUCE*, 21 febbraio 1962, p. 204. Il regolamento *de quo* è stato sostituito dal più recente (CE) n. 1/2003.

Commissione»⁶⁸. Di conseguenza, i quesiti rivolti non devono provocare, a carico dell'impresa che ne sia destinataria, l'ostensione di elementi idonei a dimostrare la propria infrazione dei divieti imposti dai trattati; se, al contrario, non ne può derivare un simile detrimento (talvolta si definiscono i quesiti "di mero fatto"), allora l'ente non può sottrarsi alle iniziative della Commissione. Si tratta di un approccio che non è sfuggito a qualche censura, specie alla luce della giurisprudenza della Corte Edu di cui già si è fatto cenno⁶⁹.

In generale, ciò che si trae dall'analisi, pur sintetica, delle fonti – sia interne, sia sovranazionali – è la persistenza di un margine di incoerenza tra nette affermazioni di principio, relative alla natura irrinunciabile e fondamentale del diritto a non autoincriminarsi, e le declinazioni pratiche di questa garanzia, la cui compressione deriva talvolta da malcelate esigenze di effettività dei meccanismi di accertamento della responsabilità degli interessati.

4. Le conclusioni dell'avvocato generale.

Prima di considerare la pronuncia della Corte di giustizia, è opportuno dar conto delle conclusioni presentate dall'avvocato generale Pikamäe nell'ottobre 2020⁷⁰.

L'avvocato generale, considerate ricevibili le questioni pregiudiziali, rimodella i quesiti formulati dalla Consulta – pur non alterandone la struttura e l'oggetto – e ne offre una triplice scansione⁷¹: in primo luogo, occorre verificare se il diritto al silenzio debba essere esteso ai procedimenti amministrativi come quelli che si svolgono in Italia dinanzi a Consob e destinati alla potenziale irrogazione di sanzioni penali⁷². L'interrogativo si sposta, quindi, sulla possibilità di interpretare le disposizioni controverse – contenute tanto nella direttiva del 2003 quanto nel regolamento del 2014 – in termini coerenti con il diritto al silenzio⁷³. Da ultimo, l'avvocato generale ritiene doveroso soffermarsi sulla portata del diritto al silenzio, come desumibile dagli artt. 47 e 48 CdfUE⁷⁴.

Nella prima parte della propria analisi, l'avvocato generale – pur rilevando che né nella CdfUE, né nella CEDU vi è alcuna consacrazione espressa del diritto al silenzio – ritiene tuttavia che la garanzia del *nemo tenetur se detegere* debba trovare applicazione, come elemento strutturale del giusto processo, in tutti i procedimenti che abbiano a oggetto una «accusa penale», secondo i già citati criteri espressi nelle sentenze *Engel* e

⁶⁸ Corte giust., sent. *Orkem*, cit., pt. 35.

⁶⁹ W. WILS, *Self-Incrimination in EC Antitrust Enforcement*, cit., p. 577 e ulteriore dottrina citata.

⁷⁰ Conclusioni dell'avvocato generale Pikamäe, 27 ottobre 2020, causa C-481/19, *Consob*, ECLI:EU:C:2020:861.

⁷¹ Il quesito viene di fatto rimodulato in questi termini: «se, alla luce della formulazione dell'articolo 14, paragrafo 3, della direttiva 2003/6 e dell'articolo 30, paragrafo 1, lettera b), del regolamento n. 596/2014, tali disposizioni *possano* essere interpretate conformemente ai diritti fondamentali e, in particolare, al diritto al silenzio, quale si desumerebbe dagli articoli 47 e 48 della Carta, ovvero se una siffatta interpretazione sia invece *contra legem*» (pt. 46).

⁷² Conclusioni dell'avvocato generale, 27 ottobre 2020, cit., pt. 49-61.

⁷³ *Ivi*, pt. 62-84.

⁷⁴ *Ivi*, pt. 85-117.

Bonda. Qualora l'illecito da accertare rientri nella *matière pénale*, tutte le garanzie connesse al *fair trial* devono trovare completa, automatica applicazione e, quindi, anche il diritto al silenzio.

Ciò premesso, le conclusioni si soffermano sul secondo profilo, ovvero la possibilità che le disposizioni controverse – ovvero quelle da cui, ad avviso della Consulta, deriverebbe l'obbligo per il legislatore di sanzionare le condotte non collaborative dell'accusato – siano interpretate in modo compatibile con lo *ius tacendi*. Secondo l'avvocato generale, gli artt. 14, par. 3, direttiva 2003/6/CE e 30, par. 1, lett. b), regolamento (UE) n. 596/2014 impongono agli Stati membri di sanzionare chiunque non collabori all'attività di accertamento da parte dell'autorità amministrativa, non essendovi alcuna esplicita sottrazione, dall'ambito di applicazione *ratione personae*, per i soggetti accusati. Tuttavia, come si evidenzia in un successivo passaggio, spetta ai legislatori nazionali definire la tipologia e l'intensità delle misure punitive per la violazione dell'obbligo di cooperazione e, così, trovare il punto di equilibrio tra i vincoli imposti dalle fonti sovranazionali e i diritti fondamentali, tra cui quello – desumibile dagli stessi artt. 47 e 48 CdfUE – al silenzio. Ad avviso dell'avvocato generale, si potrebbe giungere per via interpretativa all'esclusione dell'irrogazione delle sanzioni verso gli accusati, qualora ciò derivi dall'esigenza di tutela di garanzie individuali: si deve infatti «interpretare l'obbligo di sanzionare l'omessa collaborazione con l'autorità di vigilanza conformemente al diritto al silenzio, quale si desume dagli articoli 47 e 48 della Carta, che deve essere riconosciuto ogniqualvolta un procedimento può sfociare nell'irrogazione di sanzioni di natura penale»⁷⁵.

Tuttavia, l'avvocato prosegue rivolgendo un significativo *caveat*: lo *standard* di tutela dei diritti fondamentali da impiegare ai fini dell'accennata ponderazione non è quello scandito dall'ordinamento nazionale⁷⁶, bensì quello definito dall'Unione europea, poiché – come già indicato chiaramente nella sentenza *Melloni*⁷⁷ – il principio del primato, nonché quello dell'effettività del diritto sovranazionale, finirebbero per essere irrimediabilmente compressi. Perciò, le autorità nazionali sarebbero certo autorizzate, in virtù di quanto stabilito dalla stessa Corte di giustizia nell'accennata giurisprudenza, a elevare i propri livelli di tutela interni, ma senza che ciò possa ostacolare l'applicazione uniforme ed efficace del diritto dell'Unione europea.

Dopo aver chiarito che le disposizioni controverse possono essere interpretate in modo compatibile con il diritto al silenzio – seppur con un'inversione logica che potrebbe essere, almeno sotto il profilo argomentativo, poco lineare –, l'avvocato generale esamina la portata dello *ius tacendi* ai sensi degli artt. 47 e 48 CdfUE. Sin dalle primissime battute⁷⁸, le conclusioni sembrano orientate a ritenere non estensibili alle

⁷⁵ *Ivi*, pt. 79.

⁷⁶ Come, invece, sembrerebbe evocare la Corte costituzionale al pt. 10.1. dell'ordinanza di rinvio, ad avviso della quale sia l'art. 14, direttiva 203/6/CE, sia l'art. 30, par. 1, regolamento (UE) n. 596/2014 conterrebbero «incisi che parrebbero far salva in ogni caso la necessità di rispettare gli standard di tutela dei diritti fondamentali riconosciuti dagli ordinamenti degli Stati membri, nell'ipotesi in cui essi fossero più elevati».

⁷⁷ Corte giust., sent. 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*, ECLI:EU:C:2013:107.

⁷⁸ Conclusioni dell'avvocato generale, 27 ottobre 2020, cit., pt. 86 e 88-96.

persone fisiche gli approdi cui la Corte di giustizia era giunta nelle proprie pronunce relative ai procedimenti *antitrust*: al contrario, in forza della clausola di omogeneità di cui all'art. 52, par. 3, CdfUE, lo sguardo viene rivolto alla giurisprudenza della Corte Edu. Il giudice di Strasburgo, al contrario di quello lussemburghese, si è sempre e solo occupato di scrutinare l'applicazione dello *ius tacendi* nei confronti delle persone fisiche e, per questa ragione, l'avvocato generale considera questo il proprio termine di riferimento per delineare il contenuto del diritto al silenzio nel sistema della tutela delle garanzie dell'Unione europea. In particolare, le conclusioni condividono l'approccio – evocato anche dalla dottrina italiana e manifestato dalla Commissione nelle proprie osservazioni nella causa in esame – secondo cui il diritto al silenzio deve intendersi connesso al rispetto della persona e alla tutela della libertà individuale, come presidio a fronte di qualsiasi coercizione da parte dell'autorità pubblica: questa considerazione giustifica quindi la più intensa tutela del *nemo tenetur se detegere* quando si riferisca alle persone fisiche.

Tuttavia, ad avviso dell'avvocato generale, il diritto al silenzio non ha una portata assoluta, ma vi sono circostanze nelle quali la richiesta di informazioni all'accusato può dirsi legittima e non abusiva: in particolare, lo *ius tacendi* esclude che possano essere posti quesiti su fatti o circostanze dalle quali possa derivare l'ammissione di colpevolezza. Al contrario, il diritto di tacere non sarebbe inficiato nella misura in cui l'autorità pubblica si limitasse a domandare elementi fattuali, inidonei a incidere sulla decisione o sulla misura della sanzione.

L'avvocato generale esclude infine che la garanzia in esame possa essere applicata in modo temperato, come suggerito dalla Commissione sulla base di una pronuncia della Corte Edu⁷⁹ e di alcune sentenze del Tribunale dell'Unione europea⁸⁰. Il fatto stesso che il diritto al silenzio costituisca una componente nevralgica della *fairness* processuale ne postula l'irrinunciabilità nei casi in cui l'accusa formulata abbia natura penale.

In estrema sintesi, l'avvocato generale propone alla Corte di giustizia di rispondere ai quesiti pregiudiziali posti dalla Consulta nel senso che il diritto al silenzio si estende ai procedimenti volti ad accertare illeciti amministrativi sostanzialmente penali, e che le disposizioni sovranazionali considerate possono essere interpretate in termini compatibili con il diritto al silenzio, poiché non viene imposto di sanzionare i soggetti che, a causa delle loro risposte ai quesiti dell'autorità, potrebbero autoincriminarsi. La portata dello *ius tacendi* andrebbe in ogni caso mutuata dalla giurisprudenza della Corte Edu e, nello specifico, dal *dictum* di una delle più recenti pronunce del giudice di Strasburgo, ovvero *Corbet c. Francia*.

⁷⁹ Corte Edu, sent. 23 novembre 2006, ric. n. 73053/01, *Jussila c. Finlandia*, pt. 43.

⁸⁰ Trib., sent. 13 luglio 2011, causa T-138/07, *Schindler Holding e a. / Commissione*, EU:T:2011:362, pt. 52.

5. La pronuncia della Corte di giustizia.

Con la sentenza del 2 febbraio 2021, la Corte di giustizia, nella sua più autorevole composizione (la Grande Sezione) ha fornito la propria risposta ai quesiti pregiudiziali.

Vi ha provveduto con una pronuncia che si apprezza per la sintetica esposizione – escluse le indicazioni di rito sul diritto applicabile e sulla vicenda, l'intero *iter* argomentativo occupa soli trenta punti – e per la chiarezza con cui viene affrontato lo snodo cruciale su cui le questioni si appuntavano, ovvero la portata applicativa del diritto al silenzio per le persone fisiche.

In linea con l'opinione espressa dall'avvocato generale, le domande poste dalla Corte costituzionale sono state ritenute pienamente ricevibili, in quanto anche il segmento del quesito relativo al regolamento (UE) n. 596/2014 (considerato inapplicabile *ratione temporis* alla fattispecie) sarebbe rilevante in virtù delle potenziali ricadute derivanti dalla dichiarazione di illegittimità dell'art. 187-*quinquiesdecies* TUF, tutt'oggi disposizione attraverso la quale l'Italia dà attuazione ai vincoli sovranazionali e che sarebbe passibile, da parte della Consulta, di una declaratoria di illegittimità, i cui effetti sarebbero prodotti anche rispetto all'attuazione degli obblighi imposti dall'attuale regolamento⁸¹.

Per quanto concerne l'esame del merito, la Corte di giustizia – diversamente dall'avvocato generale – non procede ad alcuna rimodulazione dei quesiti e segue, nell'esame degli stessi, l'ordine con cui il giudice del rinvio li aveva posti, pur operandone un esame congiunto, derivante dall'insuperabile connessione tra le due questioni.

Il primo snodo argomentativo è dedicato dalla Corte lussemburghese all'identificazione delle disposizioni nelle quali, nell'ordinamento dell'Unione europea, si possa ritenere cristallizzato il diritto al silenzio, ovvero gli artt. 47, par. 2 (il diritto al giusto processo) e 48 CdfUE (la presunzione d'innocenza). Queste due previsioni della Carta – come si apprende dalla lettura delle Spiegazioni ad esse relative – assumono, in forza della clausola di omogeneità dettata dall'art. 52, par. 3, CdfUE, un significato corrispondente all'art. 6, parr. 1-3, CEDU, disposizioni nel cui alveo la Corte Edu ha collocato, in via interpretativa, come ricordato, il riconoscimento e la tutela dello *ius tacendi*. Pur ribadita la (nota) l'estraneità della CEDU all'ordinamento "comunitario", è a quest'ultima che la Corte di giustizia guarda quando è chiamata a pronunciarsi in tema di diritti fondamentali: una correlazione che opera sia nel caso in cui si ricostruisca una garanzia individuale come principio generale dell'ordinamento dell'Unione europea, sia qualora occorra dare consistenza interpretativa a una disposizione della Carta⁸².

Vi è, però, un'importante precisazione: quello identificato dalla CEDU (e dalla giurisprudenza di Strasburgo) è il livello minimo di tutela dei diritti fondamentali,

⁸¹ Corte giust., sent. *Consob*, cit., pt. 28-33.

⁸² Sulla rilevanza e il valore della CEDU nell'ordinamento giuridico dell'Unione dopo Lisbona, anche alla luce della clausola di omogeneità di cui nel testo, v., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, C. AMALFITANO, *General Principles of EU law and the protection of fundamental rights*, Cheltenham, 2018, spec. il capitolo secondo.

potendo la Corte di giustizia elevare lo *standard* di protezione rispetto a quanto già previsto in sede convenzionale.

Premesse queste considerazioni di ordine generale, il successivo passaggio è rappresentato dall'affermazione del diritto al silenzio, di cui la Corte di giustizia condivide la collocazione «al centro della nozione di equo processo»⁸³ e che s'impenna su un fondamento assiologico imprescindibile, ovvero tutelare la libera determinazione dell'accusato. Da questo presupposto, deriva il ripudio di qualsiasi forma di coercizione e, così, si scongiura il rischio che le risultanze istruttorie nei procedimenti siano inquinate dall'esercizio di indebite coazioni verso l'imputato stesso. In quest'ottica, quindi, il diritto al silenzio risulta violato qualora un soggetto sottoposto a indagini o a processo sia minacciato dalla possibile irrogazione di sanzioni nel caso in cui si rifiuti di deporre, con il rischio che – ove voglia sottrarsi a questa misura – sia così costretto a offrire un contributo dichiarativo. E, come bene precisa la Corte di giustizia, la portata dello *ius tacendi* non può limitarsi alla confessione di illeciti o dall'ammissione di elementi dai quali possa inferirsi un diretto coinvolgimento o responsabilità dell'accusato nei fatti da accertare, ma deve estendersi a tutte le questioni di mero fatto, le cui risposte potrebbero essere impiegate dall'accusa per pronunciare la condanna dell'imputato o giustificare la sanzione. Si sottolinea poi, in linea con quanto già la Consulta aveva affermato, che il diritto in esame non consente all'accusato di sottrarsi *tout court* alle attività dell'autorità inquirente: egli deve quindi sottoporsi alle audizioni richieste – ferma la garanzia del silenzio nei termini di cui s'è detto – e non può tenere comportamenti dilatori al fine di sottrarsi agli adempimenti necessari. In questi casi, l'impiego di forme coattive o sanzionatorie deve dunque ritenersi ammissibile.

Dopo aver riconosciuto i fondamenti e la portata del diritto al silenzio, la Corte di giustizia esamina la possibilità di estendere la garanzia *de qua* oltre i suoi tradizionali confini, ovvero il procedimento penale. In questo senso, dopo aver richiamato i criteri sostanzialistici impiegati per qualificare la natura di un illecito, il giudice lussemburghese conclude nel senso che, pur fatta salva ogni valutazione da parte del giudice nazionale, alle violazioni (e relative sanzioni) di cui Consob si occupa si deve riconoscere natura penale, in ragione tanto della finalità repressiva, quanto dell'elevato grado di severità delle misure irrogabili verso gli interessati.

Ma v'è di più. Dopo aver chiarito che lo *ius tacendi* deve essere riconosciuto in procedimenti amministrativi a definizione “punitiva”, la sentenza precisa che, pur escludendosi in astratto il carattere penale dell'illecito *de quo*, il diritto al silenzio dev'essere garantito in tutti quei casi in cui gli elementi raccolti all'autorità procedente siano suscettibili di essere impiegati in sede penale. Perciò, qualora in un accertamento di stampo meramente amministrativo sia possibile esigere dall'interessato un proprio contributo collaborativo anche *contra se*, ma gli elementi siano suscettibili astrattamente di essere impiegati in un procedimento penale, si imporrebbe in ogni caso, già dinanzi alla prima autorità, il rispetto del diritto al silenzio⁸⁴.

⁸³ Corte giust., sent. *Consob*, cit., pt. 38.

⁸⁴ Corte giust., sent. *Consob*, cit., pt. 44.

La *summa* di queste premesse è condensata nel punto 45 della sentenza: sia l'Unione europea, sia gli Stati membri debbono rispettare il diritto al silenzio, come sancito dalla Carta, e dev'essere garantito all'accusato in ogni procedura che possa concludersi con l'irrogazione di una misura sostanzialmente punitiva o le cui risultanze possano essere impiegate in un procedimento penale.

Il successivo aspetto che la Corte di giustizia considera è il rapporto tra il *nemo tenetur se detegere* come sin qui ricostruito e la propria – già richiamata – giurisprudenza maturata nel contenzioso derivante dall'irrogazione, da parte della Commissione, di ammende alle imprese per violazione dei divieti *antitrust*. Con una fondamentale operazione di *distinguishing*, già suggerita dall'avvocato generale, la sentenza esclude che i principi espressi in quel filone giurisprudenziale possano essere applicati anche alle persone fisiche. Invero, l'*iter* argomentativo pecca – e, ad avviso di chi scrive, è forse l'unico neo della pronuncia – per sintesi, poiché la Corte di giustizia si limita ad affermare che quella giurisprudenza non è analogicamente applicabile alla vicenda in esame, senza tuttavia approfondire le ragioni fondative dell'eterogenea declinazione dello *ius tacendi* per le persone fisiche e per quelle giuridiche.

Ricostruiti in questi termini il diritto al silenzio per gli individui, la Corte di giustizia si sofferma ad esaminare l'esegesi da assegnare alle disposizioni controverse, oggetto dei quesiti pregiudiziali.

Essa muove da una considerazione di fondo – ben radicata nella giurisprudenza lussemburghese – per cui lo scrutinio delle norme di diritto derivato viene effettuato in modo da preservarne, attraverso un'attenta ricostruzione interpretativa, la validità⁸⁵. Operazione che, in questa fattispecie, consiste nella verifica della compatibilità delle due norme in esame con il diritto fondamentale al silenzio consacrato dalla Carta. In questo senso, la Corte di giustizia sottolinea due profili alla luce dei quali lo sforzo dell'interprete può condurre all'esito favorevole alla validità dei due atti. In primo luogo, nel preambolo tanto della direttiva 2003/6/CE quanto del regolamento (UE) n. 596/2014 si riconosce che tali testi normativi rispettano i diritti fondamentali. Inoltre, le disposizioni censurate richiedono che sia sanzionato chiunque ometta di collaborare con le autorità incaricate di accertare le condotte abusive sui mercati: se è vero che non è *per tabulas* prevista un'esclusione per i casi in cui il soggetto chiamato a cooperare sia l'accusato stesso, è altrettanto innegabile che nessun indice testuale impone che anche costoro siano sottoposti ad un obbligo di deposizione. Di queste norme è possibile, ad avviso della Corte di giustizia, fornire un'interpretazione coerente con la tutela del diritto al silenzio: la collaborazione con le autorità è imposta a chiunque, ivi incluso il soggetto sottoposto ad accertamenti, ma quest'ultimo è (e deve essere) sottratto a qualsiasi sanzione per la propria scelta di tacere quegli elementi conoscitivi che potrebbero comportare, anche solo astrattamente, un detrimento per la propria posizione.

⁸⁵ Si tratta di un orientamento assolutamente consolidato nella giurisprudenza della Corte: di recente, v. Corte giust., sent. 14 maggio 2019, cause riunite C-391/16, C-77/17, C-78/17, *M. e a.*, ECLI:EU:C:2019:403, pt. 77 e ulteriori sentenze ivi richiamate.

Nella misura in cui è possibile fornire un'interpretazione di questo tipo, ogni dubbio di validità risulta superato, a favore della piena compatibilità della direttiva 2003/6/CE e del regolamento (UE) n. 596/2014 con gli artt. 47 e 48 CdfUE.

L'impianto motivazionale della Corte di giustizia si chiude con un'ultima precisazione. Qualora gli Stati membri siano chiamati all'adempimento di obblighi loro imposti dal diritto derivato – ciò accade sia nel caso della trasposizione di una direttiva, sia nell'ipotesi di un regolamento che rinvii egualmente al legislatore nazionale l'adozione di misure attuative – essi debbono impiegare il potere discrezionale loro accordato in modo conforme ai diritti fondamentali. Sono perciò le autorità nazionali a dover garantire che gli accusati in un procedimento volto ad accertare un'accusa (sostanzialmente) penale siano destinatari di adeguata tutela quanto al diritto di tacere.

6. Alcune considerazioni conclusive.

La sentenza in esame offre numerosi spunti d'interesse in relazione a tutti quegli aspetti già accennati in apertura. Dopo i travagliati trascorsi legati alla vicenda *Taricco*, costituisce un sollievo per l'interprete poter, almeno per questa volta, affermare che siano sostanzialmente tutti risolti di segno positivo.

Il primo profilo meritevole di attenzione concerne la proficuità del dialogo tra le Corti come strumento utile a definire e consolidare un diritto fondamentale nello spazio giuridico europeo. La Consulta, come ricordato in premessa, aveva evocato, pur a fronte di un'ordinanza dai contenuti assolutamente netti, la centralità dello «spirito di leale cooperazione» quale elemento imprescindibile per la progressiva affermazione di un livello omogeneo di tutela delle garanzie che tanto le Costituzioni nazionali quanto le Carte sovranazionali intendono presidiare.

La Corte di giustizia non si è lasciata sfuggire l'*assist* e, anzi, pare aver pienamente condiviso e valorizzato l'impianto argomentativo della Consulta per affermare, con chiarezza, la natura irrinunciabile dello *ius tacendi* come diritto fondamentale degli individui sottoposti ad un procedimento potenzialmente destinato a concludersi con l'irrogazione di una sanzione *in substantia* penale.

La sentenza del giudice lussemburghese si può apprezzare perché non si è limitata all'affermazione di quanto, in sostanza, la Corte costituzionale aveva chiesto di sancire. Nel pur sintetico tessuto argomentativo della pronuncia esaminata ci sono infatti alcuni passaggi che segnalano ulteriori passi avanti nella tutela del *nemo tenetur se detegere*.

In primo luogo – a differenza di qualche tentennamento segnalato dalla Corte Edu nella propria giurisprudenza – il giudice del Kirchberg sancisce che il diritto al silenzio non si limita alle sole circostanze in cui i quesiti rivolti all'individuo sottoposto al procedimento siano tesi all'ammissione della propria responsabilità, ma si estende a ogni domanda – anche vertente su profili meramente fattuali – le cui risposte potrebbero essere utilizzate a sostegno dell'accusa. In questo modo, cade quell'artificioso *discrimen* tra i quesiti di “mero fatto” – per cui era ammissibile un obbligo cooperativo – e quelli rivolti al fine di provocare l'autoincriminazione: in sostanza, all'accusato è e deve essere

riconosciuto il pieno e più ampio diritto di tacere a fronte di qualsiasi questione che possa concernere la propria posizione. Di conseguenza, per chi decida di rimanere silente, nessuna sanzione può per ciò solo essere prevista, né dal diritto derivato di fonte sovranazionale, né dal legislatore nazionale.

Piena consonanza con la Corte costituzionale si riscontra anche rispetto alla non estensione dello *ius tacendi* a comportamenti dilatori o al rifiuto di presentarsi dinanzi all'autorità che provvede agli accertamenti o alle indagini⁸⁶: pertanto, è logico ritenere che tanto l'art. 187-*quinquiesdecies* TUF, quanto altre disposizioni previste dall'ordinamento nazionale allo scopo di sanzionare l'intralcio o l'ostacolo⁸⁷ delle funzioni degli organi pubblici competenti possono ritenersi, almeno sotto questo profilo, legittime. Il *nemo tenetur se detegere* opera soltanto nel momento in cui si dia inizio all'audizione, o comunque in qualsiasi fase del procedimento possa richiedersi all'accusato un proprio contributo informativo.

Altrettanto limpida è la considerazione circa l'ambito applicativo dello *ius tacendi* in base alla tipologia di procedimento. Seguendo la prospettazione della Corte costituzionale e i rilievi dell'avvocato generale, la sentenza in commento afferma che il rispetto del diritto al silenzio si impone senza alcun dubbio in presenza di un'accusa penale e, dunque, ove la sanzione abbia carattere *in substantia* penale, secondo i noti criteri *Engel*, ormai ben consolidati nella giurisprudenza lussemburghese. Circostanza che la Corte di giustizia ritiene verificarsi rispetto agli illeciti disciplinati dal TUF e oggetto degli accertamenti di *Consob*, sulla cui natura già si era soffermata⁸⁸.

E, ancora una volta, la sentenza promuove uno sviluppo ulteriore. Siccome, in ultima istanza, la qualificazione del tipo di illecito compete all'autorità nazionale e dipende da criteri valutativi non formalistici, si potrebbe profilare, almeno in astratto, l'ipotesi di una diversa valutazione: se, infatti, si affermasse lo statuto meramente amministrativo di una sanzione (e del relativo procedimento applicativo), si potrebbe evitare l'applicazione della garanzia in esame. A questo proposito, la Corte di giustizia ha cura di precisare che lo *ius tacendi* si impone come garanzia anche in queste procedure, qualora gli elementi ivi raccolti possano poi trasmigrare in un successivo procedimento penale ed essere usati al fine di dimostrare la commissione di un reato. La sentenza in esame sviluppa uno snodo argomentativo della Consulta⁸⁹, in cui si faceva cenno al rischio che la stretta interconnessione tra procedimento penale e amministrativo in

⁸⁶ Corte cost., ord. 117/2019, cit., pt. 4; Corte giust., sent. *Consob*, cit., pt. 41.

⁸⁷ Il riferimento, in materia di diritto penale "economico", è senz'altro rivolto agli artt. 170-bis TUF e all'art. 2638 c.c., precetti sanzionatori volti a punire, peraltro con sanzione anche formalmente penale, l'ostacolo o l'impedimento delle funzioni dell'autorità di vigilanza. Per una valutazione critica quanto alla legittimità di questo tipo di reati rispetto alla teoria del bene giuridico e al principio di offensività, v. da ultimo D. FEDERICI, *L'art. 2638 c.c. dalla protezione di beni alla tutela di funzioni: prodotto del diritto penale moderno o erede dei délits obstacle?*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 2735; in giurisprudenza, per una recente applicazione dell'art. 2638 c.c. e alcune riflessioni relative anche al rapporto con l'art. 187-*quinquiesdecies* TUF, v. Cass. Pen., sent. 29 maggio 2019, n. 29377/19, in *DeJure*.

⁸⁸ Corte giust., sentenze 20 marzo 2018, causa C-537/16, *Garlsson*, ECLI:EU:C:2018:193; causa C-596/16, *Di Puma*, ECLI:EU:C:2018:192.

⁸⁹ Corte cost., ord. 117/2019, cit., pt. 7.1.

materia di *market abuse* potesse comportare, in caso di omessa tutela del silenzio dinanzi alla Consob, un detrimento per l'accusato dinanzi alla giurisdizione ordinaria. Invero, la Corte di giustizia sgombra il campo da qualsiasi equivoco: se dall'accertamento amministrativo si può ricavare qualsiasi elemento utile in un successivo procedimento penale, anche nel primo si deve osservare in pienezza il *nemo tenetur se detegere*. Questa precisazione, contenuta nella sentenza in esame, potrebbe fungere da strumento interpretativo ai fini di un'esegesi dell'art. 220, disp. att. c.p.p.⁹⁰ – norma relativa alle garanzie da applicare nei procedimenti amministrativi in cui si possano raccogliere fonti di prova impiegabili in sede processuale – più ampia di quella fornita tradizionalmente dalla Corte di Cassazione: la giurisprudenza del Supremo Collegio, facendo leva sul tenore linguistico della disposizione, ne ha sovente circoscritto l'impiego, pur a fronte di procedimenti amministrativi in cui possono essere raccolte anche dichiarazioni autoaccusatorie, poi considerate impiegabili in sede penale⁹¹.

La convinta affermazione, da parte della Corte di giustizia, dell'estensione delle garanzie individuali maturate nel (e per il) procedimento penale agli accertamenti dinanzi alle autorità amministrative abilitate a irrogare sanzioni punitive potrebbe produrre risvolti fondamentali nell'ordinamento italiano, in cui la Corte costituzionale si sta rendendo protagonista di una espansione dei principi che definiscono il «volto costituzionale»⁹² dello *ius puniendi* verso gli illeciti sostanzialmente penali⁹³. La sentenza in esame, infatti, prospetta come automatica e ineludibile questa osmosi delle garanzie, non essendo neppure presa in considerazione – come invece aveva fatto l'avvocato generale – la possibilità di un diverso livello di declinazione dei principi correlati al giusto processo a seconda della tipologia di procedimento e di sanzione.

Questo profilo potrebbe assumere rilevanza non soltanto dinanzi alle autorità amministrative nazionali, ma – ovviamente – anche rispetto all'attività di organismi operanti nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea. Se, nel corso di queste verifiche, dovessero essere sentiti gli interessati – per i quali potrebbe poi aprirsi un procedimento penale a seguito della trasmissione degli atti alle autorità nazionali – questi ultimi devono essere pienamente tutelati, quanto alla loro facoltà di tacere, qualora sottoposti ad audizione⁹⁴.

⁹⁰ A tenore del quale «quando 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».

⁹¹ Per un recente esempio, v. Cass. Pen., sent. 18 settembre 2018, n. 51766/18, in *DeJure*, in cui si è ritenuto che l'art. 220 disp. att. c.p.p. non ostasse all'impiego, da parte del giudice penale, di dichiarazioni rese dall'imputato nel corso di una verifica ispettiva interna a Poste italiane s.p.a., finalizzata all'individuazione di irregolarità nei servizi di cassa.

⁹² Fortunata espressione con cui, a partire da Corte cost., sent. 14 aprile 1980, n. 50, ECLI:IT:COST:1980:50, si identificano le caratteristiche che l'illecito penale deve presentare per essere conforme al dettato costituzionale. La stessa locuzione si rinviene anche in recentissime pronunce, tra cui si può ricordare Corte cost., sent. 5 dicembre 2018, n. 222, ECLI:IT:COST:2018:222.

⁹³ Cfr. *supra*, nota n. 6.

⁹⁴ Si pensi al caso delle indagini di OLAF, ovvero l'Ufficio europeo per la lotta antifrode: pur svolgendo attività marcatamente amministrativa, le risultanze delle verifiche effettuate possono poi essere trasmesse all'autorità giudiziaria per l'esercizio dell'azione penale. Il regolamento (UE, Euratom) n. 883/2013, che

Residua qualche considerazione, quanto alla portata applicativa della garanzia in esame, rispetto alla possibile estensione alle persone giuridiche. La Corte di giustizia – come già accennato – si è limitata ad affermare che la giurisprudenza inaugurata dal caso *Orkem* fosse caratterizzata da tratti di eterogeneità rispetto alla fattispecie in esame tali da escluderne la rilevanza applicativa. Due sono gli elementi discretivi: (i) il soggetto sottoposto a procedimento, in quanto diritto *antitrust* europeo ha per destinatarie le sole imprese e (ii) la tipologia di sanzione, in quanto le ammende irrogate dalla Commissione sono qualificate come non penali dalla Corte di giustizia, alla luce dell’espressa definizione dettata dall’art. 23, par. 5, regolamento (CE) n. 1/2003. Per quanto la sentenza in esame abbia gioco facile nel superare, *incidenter tantum*, la questione relativa alle ragioni per cui la giurisprudenza *Orkem* non possa essere applicata (del resto, il quesito pregiudiziale concerneva un individuo coinvolto in un procedimento para-penale), è in ogni caso evidente che la legittimità di obblighi collaborativi quali quelli imposti alle imprese dal regolamento (CE) n. 1/2003 potrebbe ricavarsi dall’affermazione della Corte di giustizia per cui il *nemo tenetur se detegere* non si estende agli accertamenti di carattere meramente amministrativo e inidonei ad offrire elementi rilevanti in sede penale. Infatti, sono pochi gli Stati membri che prevedono sanzioni per gli individui materialmente autori degli illeciti anticoncorrenziali⁹⁵ e, quand’anche costoro potessero lamentare che le autorità giudiziarie nazionali fossero agevolate, nell’accertamento della responsabilità, dagli elementi raccolti nell’istruttoria della Commissione, si potrebbe in ogni caso sottolineare che i due procedimenti riguarderebbero soggetti diversi, ovvero una persona giuridica (l’impresa) e una fisica (il manager autore del cartello o dell’abuso di posizione)⁹⁶.

La Corte di giustizia potrebbe però essere sollecitata – attraverso un futuro quesito pregiudiziale – a chiarire se il *nemo tenetur se detegere* debba essere garantito alle imprese sottoposte a un procedimento (quale quello delineato in Italia dal d.lgs. 231/2001) che abbia un intrinseco connotato penale. Alla luce di quanto indicato nella sentenza in esame – per cui l’estensione del diritto al silenzio si fonda, in sostanza, sulla matrice penalistica dell’accusa – è prospettabile l’affermazione dell’ampliamento del perimetro applicativo del diritto al silenzio.

Un secondo ordine di considerazioni attiene all’evidente condivisione, da parte della Corte di giustizia, di quello spirito di leale collaborazione che era stato evocato dalla Consulta. Quel dialogo che, nella vicenda *Taricco*, era apparso forzato e artificioso, oggi si atteggia a strumento utile per definire *standard* comuni di tutela dei diritti

disciplina l’azione di OLAF, si limita a prevedere, in punto di garanzie (art. 9, par. 2), che ogni persona sentita ha il diritto di non autoaccusarsi, senza tuttavia specificare, in modo ulteriore, l’ampiezza di questa garanzia (ovvero, se abbia in ogni caso il dovere di riferire, ad esempio, sui quesiti di mero fatto). La sentenza in esame può quindi essere utile a chiarire che l’interessato ha il dovere di sottoporsi all’audizione ma deve poter rimanere silente a fronte di qualsiasi quesito.

⁹⁵ Per una ricognizione sulle scelte sul punto, v. A. STEPHAN, *Four Key Challenges to the Successful Criminalization of Cartel Laws*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, 2014, p. 333, spec. la cartina a p. 335.

⁹⁶ Criterio impiegato dalla Corte di giustizia per affermare che l’irrogazione, a fronte di un medesimo fatto, di due sanzioni, l’una all’ente, l’altra ai suoi legali rappresentanti non viola il divieto di *bis in idem*: Corte giust., sent. 5 aprile 2017, cause riunite C-217/15 e C-350/15, *Baldetti e Orsi*, ECLI:EU:C:2017:264.

fondamentali nello spazio europeo comune. E ciò si apprezza non soltanto nella misura in cui a Lussemburgo si accoglie la sollecitazione ad “alzare l’asticella” verso livelli di tutela più elevati, ma anche nel passaggio in cui sentenza in esame ricorda agli Stati membri che questi debbono far impiego del margine discrezionale loro riservato nell’adempimento ai vincoli europei in modo da assicurare piena tutela dei diritti fondamentali, quale obiettivo e fondamento comune dell’azione delle istituzioni sovranazionali e interne.

La Corte di giustizia sembra – almeno nel caso di specie – abbandonare quell’approccio (manifestato icasticamente dalle sentenze *Melloni* o *Taricco*) nelle quali emergeva la necessità di ponderare la tutela dei diritti con l’esigenza di primato e effettività del diritto dell’Unione europea, per accogliere una prospettiva che pone in primo piano le garanzie dell’individuo. In questo caso, il giudice del Kirchberg ha ritenuto recessive – nemmeno di fatto evocandole – le esigenze di assicurare piena efficacia al diritto sovranazionale, a favore della piena affermazione di un diritto che lo stesso ordinamento giuridico dell’Unione europea intende presidiare e il cui *standard* di tutela viene desunto tanto dalla giurisprudenza della Corte Edu quanto (forse in modo ancor più intenso) dalle tradizioni costituzionali comuni, di cui la Consulta si era fatta interprete.

La Corte di giustizia pare altresì volersi riappropriare di quel ruolo propulsivo quanto alla tutela dei diritti fondamentali che, specie in materia penale, aveva già felicemente assunto: basti pensare al principio della retroattività della *lex mitior*⁹⁷, che anche grazie alla giurisprudenza della Corte di giustizia si è affermato nell’ordinamento italiano⁹⁸, o al canone della proporzionalità della pena *ex art. 49 CdfUE*⁹⁹.

Un’ultima riflessione riguarda la verifica dell’efficacia di un sistema che si fondi, nei casi di c.d. doppia pregiudizialità, sulla paventata priorità dell’incidente di costituzionalità rispetto al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia¹⁰⁰. In casi come quello che ha originato la vicenda in esame, questo meccanismo ha il pregio di condurre a un risultato *erga omnes*, in quanto la dichiarazione di illegittimità costituzionale, *in parte qua*, dell’art. 187-*quinquiesdecies* TUF (ben messa in chiaro dalla Consulta come esito del proprio scrutinio) comporterà la rimozione dall’ordinamento della norma censurata e ciò eviterà in radice che possano essere irrogate sanzioni quali quelle che, nel caso in esame, furono applicate. Inoltre, è senz’altro possibile ritenere che la Corte costituzionale possa, in caso di doppia pregiudizialità, costituire il miglior interlocutore per la Corte di giustizia, essendo capace di illustrare in modo approfondito e autorevole i connotati del diritto fondamentale di volta in volta rilevante secondo l’ordinamento nazionale.

⁹⁷ Corte giust., sent. 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02, C-403/02, *Berlusconi*, ECLI:EU:C:2005:270.

⁹⁸ Corte cost., sent. 22 luglio 2011, n. 236, ECLI:IT:COST:2011:236, spec. pt. 11.

⁹⁹ Corte giust., sent. *Garlsson*, cit. e *Di Puma*, cit.

¹⁰⁰ Il temperamento progressivo dell’*obiter dictum* della sentenza 269/2017 è evidente anche nell’ordinanza di rinvio della Consulta, in cui si specifica che resta fermo il dovere dei giudici di merito «ricorrendone i presupposti, di non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al loro esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta» (Corte cost., ord. 117/2019, cit., pt. 2).

Si tratta, tuttavia, di un modello rispetto al quale la Corte di Cassazione – pur uniformandosi – aveva avanzato qualche dubbio e, proprio per questo, aveva richiesto alla Consulta di fornire gli opportuni chiarimenti al giudice comune, al quale si prospettino, come alternative, il rinvio pregiudiziale o l’incidente di costituzionalità.

Appare tuttavia evidente che, in casi come quello in esame, il medesimo risultato avrebbe potuto essere raggiunto in tempi più celeri, assicurando al meglio l’effettività del diritto attribuito al singolo: la Corte di Cassazione avrebbe infatti potuto rivolgersi al giudice del Kirchberg per ottenere l’interpretazione degli artt. 47 e 48 CdfUE e, così confortata, disapplicare la norma interna che fosse risultata incompatibile con il diritto al silenzio¹⁰¹. In questo modo, il ricorrente – la cui sanzione era stata irrogata da Consob e confermata dalla Corte d’appello di Roma – avrebbe ottenuto in tempi ben più rapidi l’annullamento del provvedimento contestato. Perciò, sebbene la vicenda sin qui esaminata abbia condotto a un virtuoso dialogo tra Corti – il cui pregevole risultato è l’affermazione di un elevato *standard* di protezione dei diritti fondamentali dell’individuo in caso di accusa penale –, è altrettanto innegabile che esso manifesta la necessità di trovare un assetto, nei rapporti tra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale, che possa assicurare una tutela (anche) più tempestiva nella fattispecie concreta.

¹⁰¹ C. AMALFITANO, *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale*, cit., p. 319.