

Studi di diritto penale costituzionale ed europeo

Diretta da R. Bartoli, S. Manacorda, V. Manes
M. Pelissero, C. Piergallini, L. Riscato
A. Vallini, F. Viganò

Sezione I
Monografie

Enrico Amati

Dinamiche evolutive del diritto al silenzio

Riflessi sul diritto punitivo e sugli obblighi
di collaborazione con le autorità ispettive e di vigilanza



Giappichelli

INTRODUZIONE

Il diritto al silenzio esprime un aspetto caratteristico delle moderne democrazie liberali, poiché rappresenta una garanzia che concerne la dialettica individuo-autorità. Definito come un diritto “più fondamentale” di altri, la riconduzione dello *ius tacendi* a parametri costituzionali e “paracostituzionali” è stata affidata in modo quasi esclusivo alla giurisprudenza. Proprio l’evoluzione del diritto vivente nazionale e sovranazionale, nonché l’espresso riconoscimento del diritto al silenzio e del diritto di non autoincriminarsi nella direttiva 2016/343/UE sulla presunzione d’innocenza, consentono di individuare talune dinamiche espansive del diritto fondamentale in questione che, soprattutto grazie ad un proficuo dialogo tra le Corti, sembra assumere valenza di diritto “non sacrificabile” rispetto a opzioni di politica criminale che tendono a privilegiare esigenze meramente efficientistiche dirette a sanzionare condotte di mancata collaborazione con le autorità ispettive e di vigilanza.

A lungo confinato entro gli angusti confini della dimensione tipicamente processuale, le recenti dinamiche evolutive del diritto al silenzio dimostrano come sia proprio nella fase preprocessuale che appare più elevato il rischio di una violazione indiretta o surrettizia della libertà dalle autoincriminazioni.

Occorre pertanto chiedersi quali siano le ricadute di tali dinamiche espansive sul diritto punitivo, anche alla luce del “formidabile” strumento di estensione – oltre che di armonizzazione – delle garanzie rappresentato dalla duttile nozione autonoma di “materia penale”. Proprio il diritto fondamentale al silenzio, infatti, in quanto principio chiave nel contesto costituzionale del diritto di difesa, costituisce un imprescindibile parametro per decidere della legittimità costituzionale degli obblighi di autoincriminazione imposti dal legislatore.

Dopo aver individuato i mobili confini del diritto fondamentale, anche alla luce dei criteri flessibili elaborati dalla Corte di Strasburgo ai fini dell'applicazione della salvaguardia del *fair trial*, l'analisi si soffermerà su talune fattispecie impositive di obblighi collaborativi variamente sanzionati la cui conformità a Costituzione appare dubbia. Si tratta, in particolare, di quelle fattispecie che, attuando un'autentica inversione dell'onere della prova, sembrano porsi in diretto contrasto con la dimensione tipicamente procedimentale della garanzia, cosicché il loro contrasto con la Costituzione non rappresenta altro che il riflesso sostanziale del diritto fondamentale.

In particolare, oltre i confini del *market abuse* – settore nel quale il diritto al silenzio si è di recente consolidato quale diritto fondamentale – è soprattutto il diritto punitivo tributario ad offrire un terreno particolarmente fertile all'attuazione dello *ius tacendi*, considerate le sanzioni previste nel caso di inottemperanza dei numerosi obblighi collaborativi gravanti sul contribuente.

In relazione a tali fattispecie occorre pertanto vagliare la praticabilità dell'applicazione diretta del diritto al silenzio, come pure di soluzioni interpretative in grado di dare una lettura conforme a costituzione delle fattispecie punitive. Nel caso in cui ciò non fosse possibile, infine, non rimane che vagliare la possibilità di prospettare possibili questioni di legittimità costituzionale.

Infine, la fattispecie di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza di cui all'art. 2638 c.c. offre un utile "banco di prova" per verificare l'operatività del diritto al silenzio altresì in relazione a quelle fattispecie finalizzate (anche) alla tutela di interessi diversi e ulteriori rispetto a quelli riconducibili ad esigenze meramente accertative. Siffatta indagine non può prescindere da una preliminare, sebbene sintetica, analisi dell'architettura della vigilanza nel sistema bancario, dell'intermediazione finanziaria e mobiliare, che consenta di individuare l'articolazione dei poteri regolamentari, informativi e ispettivi delle autorità pubbliche di vigilanza.

Tale profilo d'indagine è certamente quello maggiormente problematico, poiché si tratta di verificare se le dinamiche evolutive del diritto al silenzio possano offrire "nuova linfa" alle tesi che prospettano la valenza sostanziale del *nemo tenetur se detege-*

re, con la conseguente possibilità di ritenere non punibili dichiarazioni autoindizianti sebbene imposte da norme che non hanno necessariamente una finalità esclusivamente “processuale/procedimentale”. Sotto questo aspetto, occorre considerare come ciò che individua la prova non è tanto un collegamento strumentale e attuale, una contiguità immediata ai luoghi del processo, quanto una connotazione teleologica originaria alla funzione di accertamento che può anche essere solo virtuale.

Pertanto, se il fondamentale diritto al silenzio è rintracciabile nell’insieme delle norme che garantiscono il diritto di difesa nonché il diritto ad un giusto processo (con il corollario della presunzione d’innocenza), ciò che rileva parrebbe essere il fatto che la comunicazione richiesta al soggetto obbligato costituisca una prova utilizzabile contro di lui, ancorché non ancora immediatamente associata ad una effettiva situazione procedimentale/processuale.

Da ultimo, anche alla luce del monito al legislatore contenuto nella sentenza n. 84 del 2021 della Corte costituzionale, si tenterà di delineare un possibile statuto garantista degli obblighi collaborativi che sia in grado di conciliare l’innegabile rilevanza dello scambio di informazioni all’interno dei sistemi di vigilanza bancaria e finanziaria con il necessario rispetto delle garanzie fondamentali del diritto punitivo, sia processuale che sostanziale.

CAPITOLO I

IL DIRITTO AL SILENZIO NELLA GIURISPRUDENZA DELLE CORTI EUROPEE

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. Il contesto convenzionale. – 3. Il diritto al silenzio nell'ambito della "Piccola Europa".

1. *Premesse.*

Lo *ius tacendi* costituisce un fondamentale diritto di libertà con il quale si intende garantire il diritto di difesa dell'indagato o dell'imputato. Secondo una «*necessità profondamente umana*»¹, quando vi è il rischio di una condanna penale, sorge la legittima facoltà di rimanere in silenzio di fronte al pubblico accusatore al fine di evitare pratiche volte a coartare l'autodeterminazione del soggetto che, oltre a violare il principio della presunzione d'in-

¹M. GRADI, *Il diritto al silenzio nel procedimento amministrativo e nel relativo giudizio di opposizione*, in *Giur. cost.*, 2021, pp. 1061 s. e 1063; ID., *L'obbligo di verità delle parti*, Torino, 2018, p. 627; nella letteratura processual-penalistica, si vedano, tra gli altri: P. FERRUA, *La difesa dell'imputato*, Torino, 1988; ID., voce *Difesa (diritto di)*, in *Dig. disc. pen.*, III, Torino, 1989, p. 471 s.; G. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979; ID., *Nemo tenetur se detegere: il pilastro dell'autodifesa nel pensiero di Vittorio Grevi*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1258 s.; V. GREVI, *Diritto al silenzio dell'imputato sul fatto proprio e sul fatto altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 1131; O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Milano, 2004; P. MOSCARINI, *Il silenzio dell'imputato sul fatto proprio secondo la Corte di Strasburgo e nell'esperienza italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 626 s.; G. STANZIONE, *Autoincrinazione e diritto al silenzio*, Padova, 2017.

nocenza, compromettono lo svolgimento del “giusto processo” incrementando anche il rischio di errori giudiziari.

In particolare, il più generale principio *nemo tenetur se detegere* comporta il diritto di non auto-incriminarsi (*privelege aganist self incrimination*), di non essere interrogato (*right not to be questioned*) e, infine, il diritto di non rispondere alle domande eventualmente rivolte (*right to silence*)².

La Costituzione italiana non prevede espressamente il diritto al silenzio, sebbene esso sia comunque ricavabile dall’inviolabilità del diritto di difesa in ogni stato e grado del procedimento (art. 24, co. 2)³, dal rispetto dell’imputato al rispetto della sua libertà morale (desumibile dagli artt. 2 e 13 Cost.), dalla presunzione di non colpevolezza (art. 27, co. 2, Cost.), nonché dalla nozione di giusto processo (art. 111 Cost.)⁴.

Del resto, lo *ius tacendi* non è espressamente contemplato neppure dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), né nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea (CDFUE), sebbene esso sia desunto in via giurisprudenziale dalla nozione di giusto processo riconducibile, in particolare, all’art. 6 CEDU: tale diritto, invero, svolge un ruolo di primo piano nell’ottica dell’equità complessiva del procedimento in quanto «*presuppone la possibilità per l’accusato di non collaborare allo svolgimento delle indagini*» ed implica «*che il*

² M. GRADI, *L’obbligo*, cit., p. 626; P. FERRUA, voce *Difesa (diritto di)*, cit., p. 471, secondo cui come non si può costringere l’imputato a svolgere una difesa che ritenga inopportuna, così non gli si può imporre di contribuire con il proprio sapere all’accertamento del fatto e, forse, alla pronuncia di condanna.

³ P. FERRUA, *La difesa*, cit., p. 471; V. GREVI, *Diritto al silenzio*, cit., p. 1136 s.; P. CORSO, *Diritto al silenzio: garanzia da difendere o ingombro processuale da eliminare?*, in *Ind. pen.*, 1999, p. 1080; M. CHIAVARIO, *Contraddittorio e «ius tacendi»: troppo coraggio o troppa prudenza nell’attuazione di una riforma costituzionale a rime (non sempre) obbligate?*, in *Leg. pen.*, 2002, p. 145 s.; G. UBERTIS, *Sistema del diritto processuale penale*, I, Torino, 2004, p. 138; P. MOSCARINI, *Il silenzio dell’imputato sul fatto proprio secondo la Corte di Strasburgo e nell’esperienza italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, pp. 611 s. e 618.

⁴ O. MAZZA, *L’interrogatorio*, cit., p. 63, secondo il quale un processo non può dirsi tale qualora prevede la coercibilità delle scelte difensive; E. AMODIO, *Giusto processo, diritto di difesa e obblighi di verità dell’imputato sul fatto proprio*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 3587 s.; G. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza*, cit., p. 193; V. GREVI, *Nemo tenetur*, cit., p. 46.

caso dell'accusa si fonda su elementi probatori ottenuti senza ricorrere a mezzi di coercizione o di oppressione»⁵.

Un'espressa previsione della garanzia in questione è invece contenuta nel Patto internazionale sui diritti civili e politici (PIDCP), approvato dall'Assemblea generale dell'ONU il 16 dicembre 1966, il cui art. 14, n. 3, lett. g) assicura ad ogni individuo accusato di un reato il diritto «a non essere costretto a deporre contro se stesso od a confessarsi colpevole», rendendo così «esplicito un profilo che altrimenti si sarebbe costretti [...] a desumere dalla statuizione generale sulla "correttezza" del processo»⁶. Un'analogia formula è, inoltre, utilizzata dall'art. 55, co. 1, lett. a) dello Statuto della Corte Penale Internazionale, il quale sancisce il diritto di ogni persona sottoposta alla giurisdizione della Corte a non «testimoniare contro di se, né a dichiararsi colpevole»⁷.

Non v'è dubbio che il diritto al silenzio rappresenta un diritto fondamentale: anzi, è un diritto "più fondamentale" di altri «la cui riconduzione a parametri costituzionali o para costituzionali è affidata in modo quasi esclusivo alla giurisprudenza»⁸. Del resto la garanzia in questione concerne quello che dovrebbe essere un aspetto caratteristico delle moderne democrazie in materia penale, ovvero il (tendenziale) ripudio della delazione come fonte di conoscenza in funzione del rispetto portato alla dignità e alla libertà morale dell'accusato.

Sul presupposto che sia inaccettabile imporre dall'indagato/imputato di divenire accusatore di sé stesso è considerata intollerabile ogni forma di coartazione della sua libertà morale, anche a costo di sacrificare l'accertamento del fatto di reato e di escludere l'uso di dichiarazioni che potrebbero rivelarsi proficue sul piano

⁵ V. MANES-M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti, casi*, Torino, 2020, p. 251.

⁶ M. CHIAVARIO, *Le garanzie fondamentali del processo nel patto internazionale sui diritti civili e politici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, p. 489 s.; T. PADOVANI, *Menzogna e diritto penale*, Pisa, 2014, p. 142, secondo il quale gli aspetti più innovativi della disciplina processuale, sul piano del diritto al silenzio, si riducono alle convenzioni internazionali.

⁷ V. FANCHIOTTI, *Il processo davanti alla Corte penale internazionale: principi e garanzie*, in *Quest. giust.*, 2007, p. 93.

⁸ G. LASAGNI, *Prendendo sul serio il diritto al silenzio: commento a Corte cost., ord. 10 maggio 2019, n. 117*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 2020, 2, p. 137.

probatorio⁹. In particolare, risale «*alla avversione illuministica nei confronti dei istituti dell' Ancien régime – che nel processo inquisitorio e nella tortura esprimeva i principali simboli di quell'assetto istituzionale – l'idea che fosse contra reum ottenere dall'imputato le conoscenze necessarie per condannarlo, poiché pretendere che l'imputato divenga accusatore di se stesso offende la dignità dell'essere umano*»¹⁰.

A partire dalla storica consacrazione nel Quinto emendamento della Costituzione statunitense nel 1791, lo *ius tacendi* si è affermato in tutti gli ordinamenti giuridici europei ed esprime un aspetto caratteristico delle moderne democrazie liberali in materia penale, poiché rappresenta una garanzia che concerne la dialettica individuo-autorità¹¹.

Nei contesti ordinamentali democratico-liberali, dunque, non interessa (o non dovrebbe interessare) la scoperta della verità a seguito di un processo «*dal quale la civiltà riesce umiliata*»¹². Cosicché deve essere ripudiata la delazione «*come fonte di conoscenza in funzione del rispetto portato alla dignità e alla libertà morale di quanti si trovino nella condizione di inquisiti*»¹³.

Più in generale, si è osservato come il principio *nemo tenetur se detegere* (di cui il diritto al silenzio è un'espressione) segni il «*passaggio dall'idea di colpevolezza nei confronti dello Stato*» a

⁹ G. FARES, *Diritto al silenzio, soluzioni interpretative e controlimiti: la Corte costituzionale chiama in causa la Corte di giustizia*, in *dirittifondamentali.it*, 2020, 1, p. 59.

¹⁰ G. FARES, *Diritto*, cit., p. 59, anche in relazione a V. GREVI, «*Nemo tenetur se detegere*». *Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972.

¹¹ Il *nemo tenetur se detegere* è la prima massima del garantismo processuale accusatorio, enunciata da Hobbes e recepita fin dal secolo XVII nel diritto inglese (L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2002, p. 623).

¹² F. CORDERO, *Diatribes sul processo accusatorio*, in ID., *Ideologie del processo penale*, Milano, 1996, p. 220; Allo stesso modo, M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 2004, 25: «*fine del processo [...] non è quello di raggiungere la verità a tutti i costi, ma la verità secondo una ineccepibile forma morale: il metodo attraverso cui si indaga deve costituire un valore in sé*»; v. anche G. GIOSTRA, *Valori ideali e prospettive metodologiche del contraddittorio in sede penale*, in *Pol. dir.*, 1986, p. 21.

¹³ G. FARES, *Diritto*, cit., p. 59.

quello di «*colpevolezza come giudizio oggettivo*»: l'idea secondo la quale «*la prova del fatto e del rapporto tra questo e l'autore debba essere integralmente a carico dell'accusa come suo compito istituzionale – non eludibile attraverso meccanismi coercitivi di collaborazione del reo (in primis, quello di tipo inquisitorio della confessione obbligatoria) – scolpisce una delle facce più “visibili” della laicità. Vale a dire: il divieto assoluto di penalizzazione dell'atteggiamento interiore e di fatti sintomatici inoffensivi; la necessità che siano apparati pubblici di coercizione ad accollarsi l'impegno della ricerca della prova, e non il reo, sotto la minaccia della sanzione, a dovere confessare la propria “mancanza di fedeltà” all'ordinamento giuridico*»¹⁴. Un principio «*forte e libertario*», dunque, poiché «*in una prospettiva laica il cittadino non si deve discolorare di nulla*»: è l'accusa a dover provare sul piano oggettivo l'ascrivibilità al reo dell'illecito, descritto nei suoi connotati di materialità, offensività e colpevolezza¹⁵.

È del resto noto che le problematiche della prova interessano da vicino il diritto penale sostanziale. Si pone allora il problema della compatibilità con tale diritto di quelle fattispecie sanzionatorie che impongono obblighi dichiarativi dal potenziale contenuto auto-accusatorio: in tali ipotesi, invero, è lo stesso diritto penale sostanziale a fungere da strumento operante nella fase pre-processuale in grado di influenzare il fisiologico assetto probatorio del procedimento.

2. *Il contesto convenzionale.*

Prima di addentrarci nel sistema interno, è utile soffermarsi sulla dimensione sovranazionale del diritto al silenzio al fine di metterne a fuoco, in una dimensione “multilivello”, il contenuto e il perimetro applicativo.

¹⁴S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in E. DOLCINI-C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, 2006, pp. 139 s. e 147.

¹⁵*Ibidem*, p. 147 e nt. 21; ampiamente, sul punto, D. TASSINARI, *Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*, Bologna, 2012.

A differenza di quanto avvenuto nel contesto nazionale, invero, la Corte Edu si è pronunciata in più occasioni sul diritto al silenzio con riguardo ai procedimenti amministrativi recanti una *coloration pénale* secondo i criteri *Engel*.

Nell'ambito della c.d. "Grande Europa" la Corte Edu ha più volte ribadito¹⁶ – a partire dal *caso Funke*¹⁷ – che lo *ius tacendi* si pone al "cuore" della nozione di equità processuale di cui all'art. 6, co. 1, CEDU¹⁸, in quanto protegge il prevenuto da eventuali coercizioni abusive dell'autorità e, al contempo, consente di evitare possibili errori giudiziari¹⁹.

Tradizionalmente, nell'ambito del più generale principio *nemo tenetur se detegere*, il diritto al silenzio consente all'accusato di astenersi dal rispondere alle domande poste dall'autorità procedente come pure di non consentire l'instaurazione dell'atto processuale (come, ad esempio, previsto dall'art. 208 c.p.p.); mentre il diritto di non autoincriminarsi dispensa l'interrogato dal rilasciare dichiarazioni confessorie o che comunque influenzano sostanzialmente la sua posizione o orientano le indagini su addebiti già sollevati sia dal rendere dichiarazioni da cui possano emergere responsabilità per fatti non ancora oggetto di un procedimento penale²⁰.

Alla luce della giurisprudenza della Corte Edu può affermarsi che il principio *nemo tenetur se detegere* si risolve «nel diritto a non essere costretto a fornire elementi contra se ed è perciò intimamente correlato alla presunzione d'innocenza di cui all'art. 6, comma 2 Cedu»²¹; tale diritto, inoltre, opera senza eccezioni motivate dal tipo o dalla gravità del reato e non è comprimibile in nome dell'interesse pubblico alla repressione dei reati²².

¹⁶ Si veda G. UBERTIS-F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2022, p. 237 s.

¹⁷ Corte Edu, 25 febbraio 1993, *Funke c. Francia*.

¹⁸ Corte Edu, Grande Camera, 11 giugno 2006, *Jalloh c. Germania*, par. 100. Corte Edu, 8 aprile 2004, *Web c. Austria*, par. 39.

¹⁹ Corte Edu, Grande Camera, 8 febbraio 1996, *J. Murray c. Regno Unito*, par. 45, nella quale si precisa altresì che il diritto al silenzio costituisce «norma internazionale generalmente riconosciuta che si trova al centro della nozione di "equo processo"».

²⁰ G. UBERTIS-F. VIGANÒ, *Corte di Strasburgo*, cit., p. 237.

²¹ *Ibidem*, p. 238.

²² *Ibidem*, p. 237, in relazione, tra le altre, a Corte Edu, Grande Camera, 11 luglio 2006, *Jalloh c. Germania*.

Tuttavia, con specifico riguardo al diritto al silenzio la Corte Europea ha manifestato un atteggiamento «*duttile*», applicando anche in questo ambito «*la logica del bilanciamento e della compensazione con altre garanzie*»²³.

Invero, sebbene la Corte Edu ponga l'accento sull'importanza del principio, essa però non ritiene che qualsiasi forma di coercizione costituisca di per sé violazione del diritto a non autoincriminarsi. Per quanto non sia in linea di principio possibile che la condanna si fondi esclusivamente o in maniera determinante sul diritto al silenzio, infatti, ad avviso della Corte Edu tale diritto sarebbe bilanciabile e compensabile con altre garanzie²⁴: «*la scelta dello ius tacendi può, quindi, a determinate condizioni, comportare in sede sovranazionale anche implicazioni sfavorevoli per l'accusato, che si rifiuti di deporre in situazioni che "chiaramente richiedono una spiegazione": wich clearly call for an explanation*»²⁵.

²³ G. CANESCHI, *La Corte di giustizia sul diritto al silenzio: un primo passo verso il "giusto procedimento" amministrativo punitivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, p. 582.

²⁴ V. MANES-M. CAIANIELLO, *Introduzione*, cit., p. 252, secondo i quali anche per questo diritto difensivo vale la logica del bilanciamento e delle compensazioni, dovuta all'approccio «*olistico e omnicomprendivo riservato alle singole componenti del processo equo*».

²⁵ F. FEBBO, *La tutela dei diritti umani alla luce del diritto europeo. I profili di natura processuale: il diritto al c.d. equo processo ex art. 6 paragrafi 2 e 3 C.E.D.U. e le sue declinazioni – Le garanzie difensive*, in *www.dirittodifesa.eu*, 2021, p. 9 s.

Occorre tuttavia rimarcare come «*l'uso contra reum del diritto al silenzio, anche solo per corroborare il caso del pubblico ministero, ai fini di giustificare una sentenza di condanna, non possa mai dirsi legittimo, se si prendono sul serio il diritto a tacere e la presunzione di innocenza. Da un lato, quest'ultima presuppone che l'incertezza gravi sempre sull'accusa (e mai sulla difesa); dall'altro, il primo preclude che si possa pretendere dall'imputato comportamenti collaborativi (e condannarlo perché ha taciuto altro non è se non rafforzarlo a parlare). In quest'ottica, l'affermazione ricorrente da parte della giurisprudenza Cedu per cui ci possono essere "situazioni che chiaramente richiedono spiegazioni" è fallace. Delle due, infatti, l'una: o il caso dell'accusa è sufficientemente robusto da superare il ragionevole dubbio (e in tal caso il silenzio dell'imputato non rileva); oppure le prove a carico da essa prodotte non sono tali da fugare ogni dubbio. In questa seconda evenienza, l'uso del silenzio per colmare l'incertezza lasciata dalle prove presentate contro l'imputato – oltre che un errore logico – costituisce anche una violazione dello ius tacendi: infatti, così facendo finisce per forzare l'accusato a parlare, solo perché il pubblico ministero ha prodotto una prova, di per sé insufficiente (ancorché magari rilevante) ai fini della condanna» (V. MANES-M. CAIANIELLO, *Introduzione*, cit., p. 253).*

È quanto precisato nel caso *John Murray c. Regno Unito*. Nella vicenda di specie, John Murray, arrestato assieme ad altre persone nel 1990 in Irlanda del Nord in applicazione di norme temporanee di prevenzione antiterrorismo, era stato sottoposto a molteplici interrogatori nei quali si avvale del diritto al silenzio, pur essendo stato avvertito che un tribunale avrebbe potuto desumere dal suo contegno elementi a suo carico. Anche nel processo il ricorrente continuò ad avvalersi del diritto al silenzio, tuttavia la Corte Edu ha ritenuto che tale contegno processuale non era stato decisivo per la decisione. In ordine, invece, alla lamentata violazione del principio del *fai trial* nella fase degli interrogatori, la Corte ha ritenuto che Murray era stato comunque avvertito delle possibili conseguenze connesse al rifiuto di fornire alcuna spiegazione senza alcuna motivazione.

Solo nel caso di coercizione “impropria”, pertanto, cioè di costrizione in grado di «*distruggere l'essenza stessa*» del diritto contro l'autoincriminazione²⁶, può essere riscontrata la violazione del parametro convenzionale.

Nel caso *Ibrahim c. Regno Unito*, inoltre, la Corte si è spinta a soppesare la natura e il grado di coercizione al fine di valutare il rispetto della *fairness* processuale²⁷. La vicenda di specie concerneva le indagini svolte nell'immediatezza degli attentati terroristici di Londra del 2005, condotte in forza della restrittiva normativa interna antiterrorismo, nell'ambito della quale la polizia aveva arrestato e interrogato alcuni sospettati (che saranno poi condannati all'esito del giudizio per reati in materia di terrorismo), i quali – senza alcuna assistenza difensiva – avevano reso dichiarazioni a contenuto autoincriminante. La Corte Edu, tuttavia, nell'ottica di una visione complessiva del processo, ha ritenuto che l'equità non fosse stata violata in maniera irreparabile in quanto durante le indagini le autorità procedenti avevano illustrato agli indagati le circostanze eccezionali che legittimavano l'applicazione della legge antiterrorismo: nel giudizio gli imputati avevano potuto contestare le modalità di interrogatorio impiegate dagli organi inquirenti e il tribunale aveva esaminato le circostanze eccezionali giustificanti l'applicazione delle norme antiterrorismo. Solamente in relazione

²⁶ Corte Edu, *J. Murray c. Regno Unito*, cit., par. 49.

²⁷ Si veda F. FEBBO, *La tutela*, cit., p. 9 s.

alla posizione di un ricorrente la Corte ha stigmatizzato la violazione di numerose garanzie difensive da parte dell'autorità procedente durante tutto l'arco della detenzione (ben oltre, quindi, i primi momenti successivi all'arresto). Nello specifico, all'accusato non era stato consentito di essere assistito da un difensore durante gli interrogatori di polizia, lo stesso non era mai stato avvertito del diritto al silenzio e, soprattutto, le dichiarazioni erano state utilizzate ai fini della condanna.

Nella sentenza i giudici di Strasburgo hanno peraltro ribadito che la coercizione si considera impropria nelle seguenti fattispecie²⁸: *i*) obbligo a rendere dichiarazioni sotto la minaccia di sanzioni²⁹; *ii*) esercizio di pressioni fisiche o psicologiche, spesso da intendersi in correlazione al divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti di cui all'art. 3 CEDU³⁰; *iii*) impiego da parte dell'autorità procedente di sotterfugi o inganni per carpire dall'accusato informazioni altrimenti non rivelate³¹.

Con specifico riguardo all'uso di elementi di prova ottenuti attraverso inganni o trattamenti contrari all'art. 3 CEDU, la Corte di Strasburgo ha altresì precisato che all'impiego processuale di confessioni estorte – attraverso torture o trattamenti inumani o degradanti – consegue in modo automatico l'iniquità del procedimento, senza che occorra verificarne l'eventuale peso probatorio unico o determinante³².

I limiti indicati si applicano a tutte le richieste di informazioni

²⁸ Per una ricostruzione delle tre ipotesi: V. MANES-M. CAIANIELLO, *Introduzione*, cit., p. 251 s.

²⁹ Corte Edu, 17 dicembre 1996, *Saunders c. Regno Unito*; Id., 14 ottobre 2010, *Heaney e McGuinness c. Irlanda*.

³⁰ Corte Edu, 11 luglio 2006, *Jalloh c. Germania*; nel caso di specie l'indagato era stato costretto dalla polizia ad assumere un emetico cosicché, forzato a rimettere, si sarebbe potuto verificare se avesse ingurgitato ovuli contenenti sostanza stupefacente. Si veda anche il caso *Gäfgen c. Germania*, 1° giugno 2010, ove la polizia aveva estorto la confessione dell'indagato mediante minacce che lo avevano posto in uno stato di angoscia qualificato come trattamento inumano.

³¹ Corte Edu, 5 novembre 2002, *Allan c. Regno Unito*.

³² G. UBERTIS-F. VIGANÒ, *Corte di Strasburgo*, cit., p. 239. La Corte Edu ha altresì evidenziato, tuttavia, che il diritto al silenzio «non si estende all'utilizzo, in un procedimento penale, del materiale probatorio che può essere ottenuto dall'imputato ricorrendo a poteri coercitivi ma che esiste indipendentemente dalla sua volontà» (Corte Edu, 17 dicembre 1996, *Saunders c. Regno Unito*).

da parte delle autorità procedenti, e quindi costituisce violazione del diritto al silenzio anche la richiesta di produzione documentale avanzata contro l'accusato³³. Tuttavia, in maniera non del tutto coerente, la Corte ha talora concluso che il privilegio non si estende al materiale, ottenibile dall'accusato, che esiste indipendentemente dalla volontà di quest'ultimo, come ad esempio i campioni di sangue e di urine ai fini del test del DNA, e anche documenti «*acquisiti in virtù di un mandato*»³⁴.

Gli ordini di produzione documentale rivolti all'accusato, però, hanno continuato ad essere censurati dalla Corte, non solo alla luce degli argomenti già utilizzati nel caso *Funke*, quanto piuttosto, ad esempio in *J.B. c. Svizzera*, per l'imposizione di sanzioni a fronte del rifiuto di ottemperare alle domande dell'autorità³⁵.

Il diritto al silenzio, salvaguardato nell'ambito del processo penale, risulterebbe infatti depotenziato in quei casi in cui l'accusato sia "costretto" a rendere, sebbene al di fuori del procedimento penale, le dichiarazioni autoindizianti in forza di una collaborazione forzata con l'autorità³⁶.

Rinviando a quanto si dirà nel prosieguo in relazione al caso *Consob*, occorre peraltro fin d'ora evidenziare come secondo la costante giurisprudenza della Corte di Strasburgo i diritti dell'equo processo, incluso il diritto al silenzio, devono trovare applicazione non solo nella materia penale in senso stretto, ma anche nell'ambito del c.d. diritto punitivo.

Nel citato caso *J.B. c. Svizzera*, in particolare, la Corte di Strasburgo, considerata la natura sostanzialmente penale della sanzione prevista per l'evasione fiscale della quale il ricorrente era so-

³³ Corte Edu, *Funke c. Francia*, cit.

³⁴ Corte Edu, 17 dicembre 1996, *Saunders c. Regno Unito*, cit.

³⁵ Corte Edu, 3 maggio 2001, *J.B. c. Svizzera*; nella vicenda di specie è stata riscontrata la violazione dell'art. 6 CEDU in un caso in cui un soggetto, nei cui confronti era pendente un'indagine amministrativa relativa ad illeciti tributari, aveva reiteratamente omesso di rispondere alle richieste di chiarimenti dell'Autorità precedente, ed era stato punito per questa sua condotta. Nella sentenza *Saunders c. Regno Unito*, invece, la Corte ha ritenuto in contrasto con il *right to silence* l'utilizzazione in sede penale di informazioni che l'interessato aveva dovuto obbligatoriamente fornire agli ispettori nel corso di un'inchiesta relativa a possibili frodi commerciali.

³⁶ G. UBERTIS-F. VIGANÒ, *Corte di Strasburgo*, cit., p. 240 s.

spettato, ha stabilito che sanzionare il suo rifiuto di produrre documenti che avrebbero concorso a incriminarlo costituiva violazione del diritto al silenzio³⁷.

Decisiva è stata la considerazione della natura “punitiva”, secondo i criteri *Engel*, delle sanzioni applicabili dall’ autorità amministrativa alle violazioni tributarie oggetto dell’indagine. Secondo l’ apprezzamento della Corte, tale natura sostanzialmente afflittiva delle sanzioni in questione chiamava infatti in causa l’intero spettro delle garanzie assicurate dalla CEDU per la materia penale, compresa quella del “diritto al silenzio” da parte di chi sia incolpato di avere commesso un illecito. È peraltro evidente come l’ applicabilità della nozione autonoma di “materia penale” adottata dalla Corte Edu abbia potenziali effetti “dirompenti” sul diritto tributario.

La decisione *Chambaz c. Svizzera* del 2012³⁸ aggiunge, inoltre, un ulteriore importante tassello nell’evoluzione giurisprudenziale seguita dalla Corte in tema di inchieste amministrative e sanzioni tributarie.

La vicenda origina da procedure di reclamo avanti alla Commissione di imposta federale e cantonale avverso la decisione dell’ amministrazione finanziaria che gli contestava l’ omessa dichiarazione di parte dei redditi in ragione di una non irrilevante sproporzione tra i redditi dichiarati e il patrimonio³⁹.

³⁷ Il diritto al silenzio, salvaguardato nel processo penale, potrebbe invero risultare depotenziato nei casi in cui l’ accusato sia “costretto” a rendere dichiarazioni autoindizianti sebbene fuori del procedimento penale. Il riferimento è, appunto, alle inchieste amministrative nelle quali sovente, per ottenere informazioni utili all’indagine, «s’ impone all’ interessato di rispondere, secondo verità, alle domande poste dall’ autorità pubblica; per converso, il rifiuto di parlare viene punito, talvolta anche penalmente, con una sanzione simile a quella che verrebbe applicata qualora venisse accertato l’ illecito oggetto dell’ inchiesta» (F. ZACCHE’, *La prova documentale*, in G. UBERTIS-G.P. VOENA (a cura di), *Trattato di procedura penale*, XIX, Milano, 2012, p. 114).

³⁸ Corte Edu, 5 aprile 2012, *Chambaz c. Svizzera*; in dottrina, P. PIANTAVIGNA, *Il diritto del contribuente a non collaborare all’ attività accertativa*, in *Riv. dir. fin. e sc. delle fin.*, 2013, II, p. 90 s., il quale osserva come la pronuncia getti un’ ombra di illegittimità su tutte quelle disposizioni interne che, direttamente o indirettamente, sanzionano gli atteggiamenti non collaborativi del soggetto passivo d’ imposta; C. BORGIA, *Il rispetto dei diritti dell’ accusato nella giurisprudenza della Corte EDU e la estensione alla materia tributaria: il caso Chambaz*, 2016, in *diritti-cedu.unipg.it*.

³⁹ Cfr. C. BORGIA, *Il rispetto*, cit., p. 1 s.

Durante le procedure di reclamo il Sig. Chambaz si era rifiutato di aderire alla richiesta, avanzata dalle Commissioni, di produrre documentazione relativa al suo patrimonio e ai rapporti con le banche che lo custodivano.

Le Commissioni di imposta avevano, quindi, rigettato il reclamo del contribuente condannandolo al pagamento di una sanzione per non aver prodotto i documenti richiesti; durante l'*iter* del procedimento, inoltre, l'autorità federale aveva avviato nei confronti del Sig. Chambaz un'indagine penale contestandogli il reato di evasione fiscale, procedendo altresì al sequestro dei documenti relativi al suo patrimonio finanziario.

Ebbene, il giudice di Strasburgo ha ritenuto che un procedimento amministrativo, come quello di fronte all'autorità fiscale, debba in ogni caso rispettare i principi generali posti a tutela dell'accusato, qualora tale procedimento sia legato alla possibilità per la persona interessata ad essere esposta ad un'indagine penale. Secondo la Corte, invero, il principio *nemo tenetur se detegere* costituisce una norma di diritto internazionale generalmente riconosciuta, che si pone alla base della nozione di equo processo e che è garantito in materia tributaria quando dalle indagini fiscali possono scaturire conseguenze di tipo penale⁴⁰.

⁴⁰ A. FABERI, *Sui confini delle garanzie autodifensive dell'accusato (accertamenti fiscali, richiesta di documenti, rischio di autoincriminazione)*, in *Arch. pen. web*, 2013, p. 1 s.; E. DELLA VALLE, *Il giusto processo tributario: la giurisprudenza CEDU*, in *Rass. trib.*, 2013, p. 443; si vedano anche P. PIANTAVIGNA, *Il diritto del contribuente*, cit., p. 73 s.; F. AMATUCCI, *Il sistema delle sanzioni amministrative tributarie secondo il diritto UE e il diritto internazionale*, in A. GIOVANNINI-A. DI MARTINO-E. MARZADURI (diretto da), *Trattato di diritto sanzionatorio tributario*, II, Milano, 2016, p. 1367 s. Particolarmente importante è, altresì, l'orientamento della Corte Edu nel caso *Jussila*, nel quale si è esaminata una vicenda riguardante l'irrogazione di sanzioni amministrative (nel caso di specie, sovrattassa) per errori nella dichiarazione da parte dell'ufficio amministrazione finanziaria finlandese che aveva dato origine ad un contenzioso in cui il ricorrente non poteva utilizzare la prova testimoniale per decorrenza dei termini. L'aspetto rilevante consiste nel fatto che la Corte ha dovuto esaminare la questione relativa alla eventuale assimilazione della sanzione tributaria a quella penale, giungendo alla conclusione che tra le due tipologie sanzionatorie sussistono elementi comuni: entrambe sono generali ed astratte e dotate di finalità punitiva e deterrente nei confronti dei contribuenti trasgressori; inoltre, secondo la Corte, la tenuità della risposta sanzionatoria non vale a sottrarre l'infrazione dall'ambito di applicazione dell'art. 6 CEDU (Corte Edu, Grande Camera, 2 novembre 2006, n. 73053/01, *Jussila c. Finlandia*; F. AMATUCCI, *Il sistema*, cit., p. 1372).

L'art. 6 CEDU deve, pertanto, trovare applicazione in materia tributaria relativamente al diritto al silenzio e a non autoincriminarsi «*in linea di tendenziale continuità con la tendenza della Corte EDU di estendere la portata dell'articolo alla materia tributaria, come già accaduto in relazione alle garanzie procedurali del contribuente sottoposto ad indagini fiscali*»⁴¹

È evidente il tentativo della Corte di ampliare l'ambito del diritto al silenzio, esteso anche ai procedimenti amministrativi "puri", nei casi in cui sussista un "legame sufficiente" con quello penale tale da consentire una illegittima traslazione di dati probatori dalla sede amministrativa a quella penale.

Il tema centrale del *decisum* si fonda, invero, sull'effettiva dimostrazione del legame tra il procedimento in cui sono state inflitte le sanzioni contestate e il successivo procedimento per evasione fiscale. Secondo la Corte, il fatto che i due procedimenti viaggino su "binari paralleli" non è sufficiente ad evidenziare l'irilevanza delle informazioni acquisite durante il procedimento di fronte al fisco, poiché «*nel caso di specie vi era stata in effetti una "circolazione probatoria" tra i soggetti preposti all'accertamento tributario e gli incaricati dell'indagine penale; con la conseguenza di configurare una situazione idonea a far considerare i due procedimenti non indipendenti. Date queste premesse la corte ha ricordato che, al fine di garantire il carattere concreto ed effettivo dei diritti tutelati dalla Convenzione, la valutazione circa l'equità del processo debba essere conclusa attraverso un esame della complessiva procedura interna, nella quale ricade dunque anche il procedimento amministrativo in funzione prodromica, ove vengano alla luce prove a sostegno della formulazione dell'accusa, nell'ipotesi in cui siano stati compromessi i diritti fondamentali dell'indagato o dell'imputato*»⁴².

La decisione *Chambaz c. Svizzera* conduce, peraltro, alla rilevante conclusione che il diritto di non autoincriminarsi sussiste anche "al di fuori" del processo penale. Viene così ad ampliarsi lo schermo previsto dall'art. 220 disp. att. c.p.p., giacché il c.d. *privilege against self-incrimination* deve essere riconosciuto ancor pri-

⁴¹ C. BORGIA, *Il rispetto*, cit.; v. anche S.F. COCIANI, *Sanzioni tributarie e garanzie processuali*, in L. CASSETTI (a cura di), *Archivio di diritti-cedu.unipg.it* (2010-2015), 2015, p. 687.

⁴² A. FABERI, *Sui confini*, cit., p. 2.

ma che sorga il – non sempre facilmente riconoscibile – momento formale in cui viene a formarsi la sanzione dell'inutilizzabilità. Come si vedrà, tale interpretazione è stata di recente accolta anche dalla Corte costituzionale nella decisione n. 84 del 2021 sulla quale ci si soffermerà nel prosieguo.

Vi è poi un altro dato rilevante che emerge dal caso *Chambaz*. Stabilire che il rifiuto di consegnare dei documenti non sia assimilabile al rifiuto del prelievo di una goccia di sangue o a un campione di DNA dal corpo della persona sospettata di un reato, apre una problematica notevole sul confine del diritto a non autoincriminarsi. Si pensi «al rifiuto di eseguire un ordine degli agenti della dogana nel caso *Funke*, al rifiuto di esibire il documento d'identità all'autorità di pubblica sicurezza opposto dal clandestino che si trovi in territorio italiano, o infine al rifiuto di esibire documenti contabili obbligatori in sede di verifica tributaria»⁴³.

Sul versante del diritto penale sostanziale occorrerà, inoltre, vagliare la conformità con i principi elaborati dalla giurisprudenza in materia di *nemo tenetur se detegere* di quelle fattispecie impositive di obblighi dichiarativi serventi il procedimento accertativo (v. Cap. IV).

Se è vero, infatti, che al *nemo tenetur se detegere* non può essere attribuita una patente di applicabilità generale per tutti quei comportamenti mossi dalla volontà di evitare l'apertura di un procedimento penale nei propri confronti, è stato tuttavia ritenuto contrario all'art. 6 CEDU «sanzionare il rifiuto di rispondere alle domande formulate dalle autorità amministrative durante un'indagine anteriore o parallela ad un processo penale, nel caso in cui le dichiarazioni eventualmente rese possano essere utilizzate nel processo penale stesso»⁴⁴.

⁴³ *Ibidem*, p. 9. In relazione all'acquisizione di documenti consegnati dall'accusato nel corso dell'audizione in qualità di persona informata sui fatti, si veda Corte Edu, 10 giugno 2021, *Bajic c. Macedonia del Nord*; in tale decisione la Corte, per verificare se l'acquisizione dei documenti avesse effettivamente leso il principio *nemo tenetur se detegere*, ha esaminato la natura e il grado di coercizione esercitata nei confronti del ricorrente, l'esistenza di eventuali garanzie procedurali e l'uso che è stato fatto delle informazioni ottenute.

⁴⁴ G. CANESCHI, *La Corte di giustizia*, cit., p. 578, in relazione a Corte Edu, 17 dicembre 1996, *Saunders c. Regno Unito*; Corte Edu, 4 ottobre 2005, *Shannon c. Regno Unito*. Più in generale, la Corte Edu, nonostante non esiga il medesimo *standard*

Sul piano processuale sembra, peraltro, porsi in contrasto con il dettato convenzionale quella giurisprudenza consolidata secondo cui sono veicolabili nel processo penale le dichiarazioni rese, prima dell'emergere di indizi di reato o parallelamente al procedimento penale, in contesti extrapenali caratterizzati da un obbligo di rispondere secondo verità.

La casistica, come noto, è ampia: si pensi alle dichiarazioni autoindizianti rese dal fallito al curatore fallimentare nell'ambito di una procedura concorsuale⁴⁵; ai verbali di una commissione disciplinare; alle dichiarazioni rilasciate dal datore di lavoro in un'inchiesta amministrativa o dal contribuente nell'ambito di un accertamento tributario o, in generale, da persone non ancora indagate o che a seguito di siffatte deposizioni divengono tali⁴⁶. Come è stato evidenziato, *«il rispetto della normativa pattizia dovrebbe indurre quantomeno a impedire che gli elementi autoindizianti resi dall'indagato all'autorità amministrativa possano trovare ingresso nel processo penale [...] Andrebbero quindi reputate inammissibili tanto l'acquisizione, quale documento, del verbale redatto dall'autorità amministrativa quanto la testimonianza indiretta di quest'ultima. Né sembrerebbe rilevare la distinzione fra dichiarazioni rilasciate a seguito d'espresa domanda e dichiarazioni rese spontaneamente nel corso dell'inchiesta amministrativa dalla persona successivamente indagata: anche in questa seconda eve-*

di garanzie previsto per i procedimenti penali, ha precisato che è illegittimo sanzionare il rifiuto dell'accusato di rispondere alle domande formulate da organi amministrativi nel caso di un'inchiesta anteriore o contemporanea al processo penale e ad essa parallela, qualora le dichiarazioni ivi rese siano impiegate come elemento di prova nel processo penale (Corte Edu, 17 dicembre 1996, *Saunders c. Regno Unito*) o comunque siano potenzialmente utilizzabili (Corte Edu, 4 ottobre 2005, *Shannon c. Regno Unito*), quanto prevedere un obbligo di consegna di documenti utilizzabili per verificare la commissione di reati (Corte Edu, 25 febbraio 1993, *Funke c. Francia*).

⁴⁵ Nel caso *Kansal* è stato reputato iniquo l'uso nel processo penale della relazione del curatore fallimentare contenente le dichiarazioni autoincriminanti del fallito (Corte Edu, 27 aprile 2004, *Kansal c. Regno Unito*); tuttavia, secondo la Corte costituzionale (n. 136 del 1995), è legittimo l'impiego delle dichiarazioni autoincriminanti rese, in virtù di un obbligo legale, dal fallito e acquisite nel processo penale attraverso la testimonianza del curatore o la sua relazione.

⁴⁶ Si tratta della casistica riportata in G. UBERTIS-F. VIGANÒ, *Corte di Strasburgo*, cit., p. 242.

nienza, con il loro uso si avallerebbe una rinuncia al silenzio inconsapevole. Infatti, l'interessato, nel momento in cui rende le dichiarazioni, non è avvertito della portata futura delle sue dichiarazioni e del lorto possibile impiego in un – non ancora prevedibile – processo penale»⁴⁷.

Un'importante apertura al riconoscimento del *nemo tenetur se detegere* in sede amministrativa è tuttavia segnata, come si vedrà, dalla pronuncia della Corte costituzionale n. 84 del 2021 relativa al c.d. *caso Consob* (v. Cap. II, par. 3.1).

Riassumendo, con specifico riguardo alle indagini amministrative relative ad illeciti tributari – che rappresentano la casistica di maggior rilievo – la Corte Edu ha ritenuto violato l'art. 6 CEDU nei casi in cui era stata applicata la sanzione pecuniaria ai soggetti sottoposti ai procedimenti per essersi rifiutati di collaborare con le autorità al fine di non fornire alle stesse elementi che avrebbero potuto essere impiegati per irrogare sanzioni sostanzialmente penali all'esito dei procedimenti amministrativi (*J.B. c. Svizzera*), per instaurare un procedimento penale per reati tributari (*J.B. c. Svizzera; Chambaz c. Svizzera*) o per alimentare procedimenti penali già in corso nei loro confronti (*Shannon c. Regno Unito*).

In conclusione, può dirsi che il diritto al silenzio, secondo la giurisprudenza della Corte Edu, è da interpretare come: forma di tutela contro l'uso di strumenti coercitivi da parte delle autorità finalizzati all'acquisizione di mezzi di prova; diritto di tacere, nonostante siano minacciate sanzioni per siffatto rifiuto, non solo rispetto alla confessione di illeciti ma anche qualora siano richieste informazioni su questioni di fatto che possano essere successivamente utilizzate a sostegno dell'accusa⁴⁸.

⁴⁷ G. UBERTIS-F. VIGANÒ, *Corte di Strasburgo*. cit., p. 242, anche con riferimento a F. ZACCHÉ, *Gli effetti della giurisprudenza europea in tema di privilegio contro l'autoincriminatione e diritto al silenzio*, in A. BALSAMO-R.E. KOSTORIS, *Giurisprudenza europea e processo penale*, Torino, 2008, p. 189 s.

⁴⁸ Cfr. A. MARCHESELLI-R. DOMINICI, *Giustizia tributaria e diritti fondamentali. Giusto tributo, giusto procedimento e giusto processo*, Torino, 2016, p. 112 s.; C. RICCI, *Diritto al silenzio e giusto processo tributario*, in *Il Processo*, 2021, p. 327 s.

3. *Il diritto al silenzio nell'ambito della "Piccola Europa".*

L'analisi dei contenuti e della latitudine applicativa del diritto al silenzio nell'ambito del diritto dell'Unione europea impone di considerare, da un lato, il dato positivo rappresentato dagli artt. 47, par. 2 e 48 CDFUE nonché dalla direttiva 2016/343/UE sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione d'innocenza, dall'altro la giurisprudenza della Corte UE maturata – in particolare – con riguardo al diritto alla concorrenza⁴⁹.

In ordine al primo aspetto, si deve anzitutto rilevare – come già accennato – che anche nella Carta dei diritti fondamentali, a pari di quanto detto per la CEDU – non vi è un esplicito riferimento allo *ius tacendi*. Tuttavia, gli artt. 47 e 48 consacrano, rispettivamente, il diritto al *fair trial*, la presunzione d'innocenza e il diritto di difesa dal quale è ricavabile il diritto al silenzio. Come si legge nelle Spiegazioni relative a tali articoli, peraltro, i diritti ivi garantiti vanno intesi (conformemente all'art. 52, par. 3, CDFUE), come aventi significato e portata identici a quelli delineati dalla CEDU. La clausola di omogeneità, pertanto, suggerisce che gli artt. 47 e 48 CDFUE comprende anche il diritto al silenzio. Occorre peraltro rilevare come, diversamente dall'approccio seguito in ambito CEDU, la giurisprudenza della Corte di giustizia tenda a far rientrare sotto l'egida della presunzione d'innocenza di cui all'art. 48, par. 1, CDFUE (secondo cui «[o]gni imputato è considerato innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente provata») non solo le regole di trattamento e di ripartizione dell'onere della prova, ma anche il diritto silenzio⁵⁰.

Tale impostazione è stata peraltro consacrata dalla direttiva 2016/343/UE la quale costituisce, nel solco della Tabella di Marcia del "Programma di Stoccolma" su «Un'Europa aperta e sicura al servizio dei cittadini»⁵¹, uno degli strumenti attraverso cui viene

⁴⁹ M. ARANCI, *Diritto al silenzio e illecito amministrativo punitivo: la risposta della Corte di giustizia*, in *Sist. pen.*, 2021, 2, p. 84.

⁵⁰ V. MANES-M. CAIANIELLO, *Introduzione*, cit., p. 253; S. ALLEGREZZA, *Commento all'art. 48*, in R. MASTROIANNI-O. POLLICINO-S. ALLEGREZZA-F. PAPPALARDO-O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, p. 946 s.

⁵¹ In *GUUE*, 4 maggio 2010, C-115/1; v. anche R.E. KOSTORIS, *La tutela dei di-*

data concreta attuazione agli artt. 47 e 48 CDFUE e che contiene un'espressa affermazione del diritto al silenzio.

Prima di analizzare le disposizioni della direttiva, tuttavia, si ritiene utile volgere lo sguardo alla giurisprudenza della Corte di giustizia Ue in tema di diritto al silenzio, sebbene le sole pronunce che si sono soffermate su tale aspetto – ad eccezione della decisione *Consob* che verrà analizzata nel prosieguo – attengano agli illeciti *antitrust*.

Come noto, ai sensi del regolamento (CE) n. 1/2003 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 e 82 del Trattato, la Commissione può richiedere informazioni alle imprese e procedere ad accertamenti anche nei locali dell'impresa. In questi casi i destinatari delle domande e delle verifiche sono obbligati a fornire la propria cooperazione e possono essere sanzionati nel caso in cui si sottraggano a tali adempimenti.

Il tema delle garanzie procedurali che devono presidiare l'applicazione delle sanzioni amministrative, con particolare riguardo a quelle irrogate dalle autorità indipendenti, costituisce «*espressione paradigmatica di quel processo di "frammentazione" della potestà punitiva che sollecita a ridisegnare l'area di operatività delle tutele penalistiche*»⁵².

È infatti noto come l'Unione europea abbia mostrato grande riluttanza a riconoscere la natura penale alla parte punitiva del diritto *antitrust*⁵³, sebbene applicando coerentemente i criteri *Engel* tale settore sembrerebbe riconducibile al concetto di "materia penale", come peraltro riconosciuto nella sentenza *Menarini Diagnostics c. Italia*⁵⁴. In tale decisione, in particolare, la Corte Edu ha, da un lato, precisato che benché le violazioni in materia concorrenziale costituiscano illeciti amministrativi ai sensi del diritto italiano, la loro qualificazione in termini penali discenda dalla natura pubblicistica degli interessi tutelati, dalla finalità repressiva e

ritti fondamentali, in ID. (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Milano, 2017, p. 96.

⁵²F. MAZZACUVA, *Corte Edu, Sez. I, 10 dicembre 2020, Edizioni Del Roma società cooperativa a.r.l. e Edizioni Del Roma s.r.l. c. Italia*, in *Sist. pen.*, 29 aprile 2021.

⁵³Corte giust. UE, 17 giugno 2020, causa C-413, *Lafarge*. Nella giurisprudenza italiana, da ultimo, TAR Lazio, 20 febbraio 2020, n. 2245, in *Dejure*.

⁵⁴Corte Edu, 27 settembre 2011, *Menarini Diagnostic c. Italia*.

general-preventiva della sanzione inflitta, nonché dalla severità della stessa. Tuttavia, nel caso di specie, i giudici di Strasburgo hanno rigettato il ricorso non rilevando alcuna violazione dell'art. 6, co. 1, CEDU.

Da qui una serie di decisioni in cui i principi del giusto processo hanno conosciuto una applicazione «*parziale, limitata, incoerente*»⁵⁵, ove sono state ammesse limitazioni alle garanzie processual-penalistiche tradizionali anche con riguardo al diritto al silenzio e a non collaborare con l'autorità. Non a caso la dottrina ha evocato il concetto di *criministrative law* e di *right to a fairly trial* per stigmatizzare il mancato pieno recepimento delle tutele processuali alla materia penale allargata attraverso i criteri *Engel*⁵⁶.

Si delinea così una sorta zona grigia, rappresentata dal diritto “parapenale”, che evoca l'idea di un diritto a una procedura che sia soltanto “accettabilmente equa”, nel quale le prerogative dell'art. 6 CEDU troverebbero riconoscimento sebbene con una serie di eccezioni⁵⁷.

Anche in ordine al delicato bilanciamento tra le previsioni che rendono obbligatoria la cooperazione con la Commissione europea in materia *antitrust*, con il rischio di autoincriminazioni, e la tutela del diritto di difesa si è peraltro soffermata la giurisprudenza della Corte di giustizia UE.

Nel *leading case* rappresentato dalla sentenza *Orkem*⁵⁸, in particolare, la Corte di giustizia ha avuto modo di pronunciarsi in relazione al diritto al silenzio delle imprese sottoposte a un procedimento per accertare un comportamento anticoncorrenziale suscettibile di portare all'inflizione di sanzioni. A partire dalla sentenza *Orkem*, la Corte di giustizia ha sempre sostenuto che l'impresa interessata può essere costretta a fornire tutte le informa-

⁵⁵ V. MANES-M. CAIANIELLO, *Introduzione*, cit., p. 176.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 253, con riferimento a A. BAILLEUX, *The fiftieth shade of gray – Competition law, criministrative law and fairly fair trial*, in A. WEYEMBERGH-F. GALLI (a cura di), *Do labels still matter? Blurring boundaries between criminal and administrative law. The influence of the EU*, Bruxelles, 2014, p. 137 s.

⁵⁷ V. MANES-M. CAIANIELLO, *Introduzione*, cit., p. 176; F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, op. ult. cit., Torino, 2017, p. 75 s.

⁵⁸ Corte giust. UE, 18 ottobre 1989, causa C-374/87, *Orkem*.

zioni necessarie relative ai fatti di cui essa può avere conoscenza e a fornire i documenti in suo possesso, anche quando questi possano servire per dimostrare l'esistenza di un comportamento anti-concorrenziale. Di contro, essa non può vedersi imporre l'obbligo di fornire risposte in virtù delle quali si troverebbe a dover ammettere l'esistenza della violazione contestata. Ne deriva che 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 può derivare un simile detrimento, allora l'impresa non può sottrarsi alle iniziative della Commissione⁵⁹.

In sostanza, muovendo da un approccio che in parte ricorda la distinzione tra coercizione propria e impropria della Corte Edu, la Corte di giustizia distingue tra mere «domande di informazioni» e «decisioni recanti richieste di informazioni, le quali espongono l'impresa ad una sanzione anche in caso di rifiuto di rispondere». Secondo tale impostazione, «il diritto al silenzio può essere evocato solo nel secondo caso e nella misura in cui la richiesta dell'autorità procedente pregiudichi i diritti della difesa dell'impresa, imponendole "l'obbligo di fornire risposte attraverso le quali questa sarebbe indotta ad ammettere l'esistenza della trasgressione, che deve invece essere provata dalla Commissione". Lo ius tacendi, inoltre, non può essere opposto a fronte di domande "di ordine strettamente materiale" che "non possono considerarsi come atte a costringere la ricorrente ad ammettere l'esistenza di un'infrazione"»⁶⁰. È tuttavia evidente come l'identificazione di tali richieste risulti alquanto vaga nella sua applicazione concreta.

Si deve, tuttavia, rilevare come tale giurisprudenza della Corte di giustizia UE – relativa alle persone giuridiche – sia in larga parte antecedente all'adozione della CDFUE e all'attribuzione alla stessa del medesimo valore giuridico dei trattati e non appaia in

⁵⁹ Il principio è stato peraltro incorporato nel Considerando 23 del regolamento (CE) 1/2003, secondo cui «Nel conformarsi a una decisione della Commissione le imprese non possono essere costrette ad ammettere di aver commesso un'infrazione, ma sono in ogni caso tenute a rispondere a quesiti concreti e a fornire documenti, anche se tali informazioni possono essere utilizzate per accertare contro di esse o contro un'altra impresa l'esistenza di un'infrazione».

⁶⁰ G. LASAGNI, *Prendendo sul serio il diritto al silenzio: commento a Corte cost., ord. 10 maggio 2019, n. 117*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 2020, 2, p. 145.

linea con la giurisprudenza della Corte Edu che, come si è visto, pare riconoscere un'estensione ben maggiore al diritto al silenzio dell'incolpato anche nell'ambito di procedimenti amministrativi funzionali all'irrogazione di sanzioni di natura punitiva⁶¹.

Anche dopo le posizioni più garantiste assunte dalla Corte Edu, però, i giudici di Lussemburgo hanno ribadito l'orientamento di chiusura. La sentenza *SGL Carbon*, infatti, riprende le motivazioni della sentenza *Orkem*, ribadendo, a carico dell'impresa coinvolta in un procedimento teso all'accertamento di illeciti concorrenziali, l'obbligo di collaborare, fornendo informazioni e documenti, anche se da questi possa derivare la sua responsabilità amministrativa e precisando che il diritto al silenzio può essere invocato soltanto nel diverso caso in cui la Commissione «intenda ottenere da parte di un'impresa assoggettata ad indagine risposte attraverso le quali questa sarebbe indotta ad ammettere l'esistenza della trasgressione, che deve invece essere provata dalla Commissione»⁶².

Di assoluta rilevanza è, pertanto, la sentenza del 2 febbraio 2021 nel caso *DB c. Consob*, sulla quale ci si soffermerà nel prosieguo, poiché per la prima volta la Corte di giustizia riconosce il diritto silenzio anche al di fuori di un procedimento penale, uniformandosi alla Corte Edu.

⁶¹ A.R. CIARCIA, *Ancora sul diritto al silenzio (brevi note alla luce della recente sentenza della Corte di giustizia EU)*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2021, pp. 941 s. e 945.

⁶² Corte giust. UE, 29 giugno 2006, causa C-301/04; in senso analogo, Corte giust. UE, *Giust Postbank*, causa C-60/92; Corte giust. UE, 7 gennaio 2004, cause riunite C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, *Aalborg Portland e altri c. Commissione*. Nella sentenza *GLS Carbon*, in particolare, la Corte di giustizia UE, pur riconoscendo che la giurisprudenza della Corte Edu ha conosciuto nuovi sviluppi, precisa che da tale giurisprudenza «non discende che i poteri di indagine della Commissione siano stato limitati con riguardo alla produzione di documenti che si trovino in possesso di un'impresa oggetto di indagine. L'impresa interessata, pertanto, su richiesta della Commissione, deve fornirle i detti documenti attinenti all'oggetto dell'indagine, anche se possano essere adoperati dalla Commissione al fine di dimostrare l'esistenza di un'infrazione».

CAPITOLO II

DINAMICHE ESPANSIVE

SOMMARIO: 1. La prima dinamica espansiva: l'espreso riconoscimento del diritto al silenzio nella direttiva 2016/343/UE sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione d'innocenza. – 1.1. L'attuazione della Direttiva 2016/343/UE: il d.lgs. n. 188/2021. Gli effetti sulla riparazione per ingiusta detenzione. – 2. La seconda dinamica espansiva: rilevanza costituzionale del diritto al silenzio e fase esecutiva della pena. *Carceratus tenetur alios detegere?* Le aspettative tradite. – 3. La terza dinamica espansiva: la tutela multilivello del diritto al silenzio nel contesto del processo di assimilazione delle sanzioni amministrative “punitive” alle sanzioni penali. – 3.1. Il dialogo tra le Corti. Il caso *Consob*. – 3.1.1. La “doppia pregiudizialità” nell’ottica di fusione degli orizzonti interpretativi. – 3.1.2. Verso un dialogo armonico tra le Corti. – 3.2. Tutela dei diritti fondamentali della persona e dialogo tra Corte costituzionale e legislatore. – 4. Dinamiche evolutive del diritto al silenzio e garanzie del giusto processo nei procedimenti “punitivi” amministrativi. – 4.1. Diritto al silenzio e doppi binari sanzionatori. – 5. Giusto processo, cultura della sorveglianza e intelligenza artificiale.

1. *La prima dinamica espansiva: l'espreso riconoscimento del diritto al silenzio nella direttiva 2016/343/UE sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione d'innocenza.*

Il 9 marzo 2016 il Parlamento europeo e il Consiglio hanno adottato la direttiva 2016/343/UE sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di assistere al processo nei procedimenti penali. Come già accennato, la direttiva costituisce, secondo la tabella di marcia adottata dal Consiglio nel 2009, uno degli strumenti attraverso cui viene data concreta attuazione agli artt. 47 e 48 CDFUE e che contiene un'espresa affermazione dello *ius tacendi*¹.

¹La direttiva «costituisce la prima “concretizzazione” di una serie di misure previ-

Adottata ai sensi dell'art. 82, par. 2, lett. b), TFUE, che fornisce la base giuridica per l'adozione di norme minime comuni sui «diritti della persona nella procedura penale»², il provvedimento si inserisce nell'ambito del più ampio obiettivo di sviluppare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia che si fonda sul principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie. Come si legge nel Libro Verde sulla presunzione di non colpevolezza del 2006 della Commissione europea, invero, tale principio «*funziona efficacemente solo se esiste fiducia negli altri sistemi giudiziari e se ogni individuo nei cui confronti sia stata emessa una sentenza giudiziaria straniera ha la certezza che essa è stata adottata secondo giustizia. Secondo il punto 33 delle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere "il rafforzamento del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie [...] [faciliterebbe] la cooperazione [...], come pure la tutela giudiziaria dei diritti dei singoli". Uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia significa che i cittadini europei devono essere in grado di usufruire della garanzia di norme equivalenti in tutta l'UE. Un'azione penale più efficace ottenuta grazie al reciproco ri-*

*ste dalla Commissione europea nel novembre 2013 (COM(2013) 820 def.) al fine di rafforzare (dopo la road map tracciata nel 2009 e le direttive adottate sulla base della stessa) le garanzie delle persone indagate o imputate nei procedimenti penali nell'ambito del c.d. "spazio europeo di giustizia"» (cfr. D. FANCIULLO, *La direttiva (UE) 2016/343 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*, in *www.rivista.eurojus.it*, 18 aprile 2016). Tra i primi commenti alla direttiva, cfr. L. CAMALDO, *Presunzione di innocenza e diritto di partecipare al giudizio: due garanzie fondamentali del giusto processo in un'unica direttiva dell'Unione europea*, in *Dir. pen. cont.*, 23 marzo 2016; A. DE CARO, *La recente direttiva europea sulla presunzione di innocenza e sul diritto alla partecipazione al processo*, in *www.altalex.com*, 23 febbraio 2016; J. DELLA TORRE, *Il paradosso della direttiva sul rafforzamento della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo: un passo indietro rispetto alle garanzie convenzionali?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1835 s.; D. FANCIULLO, *Il principio della presunzione di innocenza e i suoi corollari alla luce della direttiva (UE) 2016/343: un'occasione mancata?*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2016, p. 557; E. VALENTINI, *La presunzione d'innocenza nella Direttiva n. 2016/343/UE: per aspera ad astra*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, 6, p. 193; O. MAZZA, *Una deludente proposta in tema di presunzione d'innocenza*, in *Arch. pen.*, 2014, 3, p. 6.*

² COM (2021) 144 final, *Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'attuazione della direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento e del Consiglio, del 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*, 31 marzo 2021; v. D. FANCIULLO, *La direttiva (UE) 2016/343*, cit.

conoscimento delle decisioni giudiziarie deve conciliarsi con il rispetto dei diritti»³.

Se, in un primo momento, l'opera di armonizzazione ha privilegiato gli strumenti normativi, volti a implementare l'efficienza della giustizia penale in un'ottica prevalentemente preventiva e repressiva, a partire dal 2009 l'ambito di intervento delle istituzioni europee è stato esteso in senso garantistico, andando ad interessare anche i diritti della difesa⁴.

In particolare, la "tabella di marcia" per il rafforzamento dei diritti di indagati o imputati in procedimenti penali, invitava le istituzioni ad adottare misure concernenti il diritto alla traduzione e all'interpretazione (misura A), il diritto a informazioni relative ai diritti e all'accusa (misura B), il diritto alla consulenza legale e all'assistenza legale (misura C), il diritto alla comunicazione con familiari, datori di lavoro e autorità consolari (misura D) e garanzie speciali per gli indagati o imputati vulnerabili (misura E)⁵.

Tale risoluzione è stata successivamente recepita nel Programma di Stoccolma, con il quale il Consiglio europeo invitava la Commissione ad «*esaminare ulteriori aspetti dei diritti procedurali minimi di indagati e imputati e a valutare se fosse necessario affrontare altre questioni, quali, ad esempio, la presunzione di innocenza, per promuovere una migliore cooperazione nel settore*»⁶.

In questo quadro si inserisce la direttiva in esame la quale, in virtù della clausola di non regressione, stabilisce all'art. 13 che nessuna disposizione in essa contenuta «*può essere interpretata in modo tale da limitare o derogare ai diritti e alle garanzie procedura-*

³ COM (2006) 174, reperibile in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex%3A52006DC0174>. Si veda anche *Comunicazione della Commissione "Verso uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia"*, COM(1998) 459, 14 luglio 1998. A. DI STASI, *Spazio europeo e diritti di giustizia. Il Capo VI della Carta dei diritti fondamentali nell'applicazione giurisprudenziale*, Padova, 2014.

⁴ L. CAMALDO, *Presunzione di innocenza*, cit.

⁵ *Ibidem*; Risoluzione del Consiglio, 30 novembre 2009, relativa a una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali, in *GUUE*, 4 dicembre 2009, C 295/1.

⁶ S. CRAS-A. ERBEZNIK, *The Directive on the Presumption of Innocence and Right to Be Present at Trial. Genesis and description of the new EU-Measure*, in *EU Crim*, 2016, 1, p. 25 s., reperibile in <https://eucrim.eu/articles/directive-presumption-innocence-and-right-be-present-trial/>.