

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

2/2022

DIRETTORE RESPONSABILE Gian Luigi Gatta
VICE DIRETTORI Guglielmo Leo, Luca Luparia

ISSN 2704-8098

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Cerasa-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, Chiara Amalfitano, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Francesca Biondi, 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 Ubertis, 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.

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). La 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*), 1/2022, p. 5 ss.

**IL NEMO TENETUR SE DETEGERE
NELLE AUDIZIONI CONSOB E BANCA D'ITALIA:
UNO STATUTO ANCORA DA COSTRUIRE**

di Ilaria Sforza

Prendendo spunto dalla vicenda D.B. c. Consob, culminata con la sentenza n. 84 del 2021 della Corte costituzionale, il contributo esamina il nemo tenetur se detegere nel contesto delle audizioni disposte dalla Consob e dalla Banca d'Italia nell'esercizio delle loro funzioni di vigilanza. Vengono individuati alcuni profili che dovrebbero essere risolti prima che il legislatore, specificamente incaricato in tal senso dai giudici costituzionali, predisponga lo statuto del nemo tenetur nel quadro degli accertamenti svolti dalle autorità di vigilanza. Tra questi, l'accezione in cui la garanzia viene in considerazione, non necessariamente coincidente con il diritto al silenzio invocato dalla Corte costituzionale; l'ambito di applicazione della tutela, più ampio di quello degli abusi di mercato ai quali potrebbe apparire circoscritto; le difficoltà di conciliare un tipico presidio dell'autodifesa penale con le peculiarità di contesti procedurali amministrativi inseriti in sistemi di controllo del mercato bancario e finanziario che si basano sullo scambio di informazioni.

SOMMARIO: 1. Il caso *D. B. c. Consob* e il mandato al legislatore. – 2. L'ambito di applicazione della garanzia: oltre gli abusi di mercato. – 3. Le diverse accezioni del *nemo tenetur se detegere*. – 4. Verso un contenimento del silenzio?

1. Il caso *D. B. c. Consob* e il mandato del legislatore.

Il *nemo tenetur se detegere*, che è il pilastro dell'autodifesa penale¹ nel moderno «garantismo processuale accusatorio»², è di recente venuto in considerazione in un contesto diverso da quello del procedimento penale in cui si è soliti vederlo operare³.

¹ G. ILLUMINATI, *Nemo tenetur se detegere: il pilastro dell'autodifesa nel pensiero di Vittorio Grevi*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1258 ss.

² L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Editori Laterza, 1989, p. 623.

³ La questione dell'applicabilità del *nemo tenetur* nei procedimenti amministrativi non è nuova, benché in passato fosse sempre stata risolta in senso negativo dalla Corte costituzionale, ora per l'assenza di un rapporto diretto tra le dichiarazioni da rilasciare e l'incriminazione (Corte cost., ord. n. 186 del 1996; sent. 236 del 1984; sent. n. 32 del 1965), ora perché il diritto di difesa non sarebbe stato invocabile prima della "soggettivizzazione" degli indizi di reato in capo ad una persona determinata (Corte cost., sent. n. 149 del 1969; sent. n. 179 del 1971; sent. n. 10 del 1963). Anche la giurisprudenza amministrativa aveva negato il riconoscimento del diritto al silenzio. Cfr. T.a.r. Lazio, Sez. I, sent. 26 novembre 2011, n. 7566, pronunciatasi

Con ordinanza del 16 febbraio 2018 della Corte di cassazione⁴, la Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 187-*quinquiesdecies* d.lgs. n. 58 del 1998 (d'ora in avanti "T.U.F."), oggi rubricato «Tutela dell'attività di vigilanza della Banca d'Italia e della Consob», «nella parte in cui [esso] sanziona la condotta consistente nel non ottemperare tempestivamente alle richieste della Consob o nel ritardare l'esercizio delle sue funzioni anche nei confronti di colui al quale la medesima Consob, nell'esercizio delle sue funzioni di vigilanza, contesti un abuso di informazioni privilegiate»⁵.

La questione di costituzionalità si inserisce in una vicenda che trae origine da un procedimento sanzionatorio condotto dalla Consob avente ad oggetto l'illecito amministrativo di *insider trading* di cui all'art. 187-*bis* T.U.F. Il relativo provvedimento applicava nei confronti di un membro del Consiglio di Amministrazione ed azionista di una s.p.a. sanzioni amministrative pecuniarie di ammontare complessivo di 300.000 euro per il menzionato illecito, nonché sanzioni pecuniarie di 50.000 euro per l'illecito amministrativo di cui all'art. 187-*quinquiesdecies* T.U.F. – all'epoca dei fatti relativo all'attività di vigilanza della sola Consob e non anche della Banca d'Italia – per aver rinviato ripetutamente l'audizione alla quale era stato convocato, in qualità di persona informata sui fatti, dalla Consob, *ex art.* 187-*octies* T.U.F., nell'esercizio delle sue funzioni di vigilanza e, una volta presentatosi dinanzi all'autorità, essersi rifiutato di rispondere alle domande rivoltegli⁶. Per le medesime condotte integranti l'illecito amministrativo di cui all'art. 187-*bis* T.U.F., era stato altresì avviato nei confronti della medesima persona un separato procedimento penale per il delitto di *insider trading* previsto dall'art. 184 T.U.F.⁷.

nel giudizio d'impugnazione avverso una sanzione inflitta dalla Consob con delibera n. 17568/2010 proprio per la violazione dell'art. 187-*quinquiesdecies* T.U.F. di cui si è occupata la Corte costituzionale nella vicenda in esame.

⁴ Cass. civ., sez. II, ord. 16 febbraio 2018, n. 54, su cui cfr. 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 ss.

⁵ Questi i parametri costituzionali invocati dalla Corte di cassazione: sul piano costituzionale esclusivamente interno, gli artt. 24 (diritto di difesa) e 111 (parità delle parti); sul piano internazionale, l'art. 117, comma 1, Cost. in relazione all'art. 6 CEDU (equo processo) e l'art. 14, § 3, lettera g), PIDCP (diritto a non essere costretto a deporre contro se stesso o a confessarsi colpevole); sul piano eurounitario, gli artt. 11 e 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 47, § 2, CDFUE (diritto di ogni persona a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge).

⁶ La delibera applicava altresì la sanzione accessoria della perdita temporanea dei requisiti di onorabilità per la durata di diciotto mesi, ai sensi dell'art. 187-*quater*, comma 1, T.U.F., e disponeva la confisca di denaro o beni, ai sensi dell'art. 187-*sexies* T.U.F., fino a concorrenza dell'importo di 149.760 euro, pari all'intero valore delle azioni acquistate.

⁷ Il procedimento penale si era concluso con applicazione della pena concordata, condizionalmente sospesa, di undici mesi di reclusione e 300.000 euro di multa, applicata dal Giudice per le indagini preliminari del Tribunale ordinario di Milano il 18 dicembre 2013.

Con ordinanza n. 117 del 2019⁸, la Corte costituzionale ha dapprima ricostruito il diritto al silenzio quale garanzia caratterizzata da una tutela multilivello⁹ attraverso l'analisi delle fonti e della giurisprudenza interne, convenzionali ed eurounitarie.

In particolare, la Corte ha evidenziato che è affermazione costante nella propria giurisprudenza quella secondo cui il diritto al silenzio, benché non riconosciuto espressamente dalla Costituzione, è un «corollario essenziale dell'inviolabilità del diritto di difesa» di cui all'art. 24, comma 2, Cost.¹⁰. Quanto alla specifica questione del silenzio nei procedimenti amministrativi, premettendo di non essere mai stato chiamato a trattarla prima di allora, il giudice delle leggi ha ricordato di aver più volte affermato la natura punitiva delle sanzioni in materia di abuso di informazioni privilegiate¹¹, coerentemente con la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione, alla luce del loro ammontare assai elevato e dell'applicabilità di sanzioni di carattere interdittivo unitamente alla confisca.

Sul piano convenzionale, è invece stato rilevato che il diritto al silenzio è collocato al cuore della nozione di equo processo di cui al § 1 dell'art. 6 CEDU, pur non essendovi espressamente menzionato¹². La garanzia, finalizzata a proteggere l'accusato da indebite pressioni dell'autorità procedente finalizzate a provocarne la confessione¹³, viene inoltre collegata alla presunzione di innocenza di cui al § 2 della medesima disposizione¹⁴. A differenza di quanto avvenuto nel contesto nazionale, la Corte edu si è pronunciata in più occasioni sul diritto al silenzio con specifico riguardo ai procedimenti amministrativi in materia tributaria recanti una *coloration pénale* secondo i criteri Engel – essenziale possa ritenersi sussistente quella “accusa penale” che costituisce il presupposto per l'applicazione delle garanzie ex art. 6 CEDU – e ha riscontrato una violazione della disposizione convenzionale sull'equo processo¹⁵.

⁸ Per alcuni commenti dell'ordinanza incentrati sull'aspetto processuale della vicenda e della garanzia in discussione, C. BONZANO, *Nemo tenetur se detegere e procedimento amministrativo: per la Consulta, la sanzione “punitiva” impone il due process of law*, in *Processo penale e giustizia*, 2019, 1448 ss.; G. CANESCHI, *Nemo tenetur se detegere anche nei procedimenti amministrativi sanzionatori? La parola alla Corte di giustizia*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 579 ss.; 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.*, 2020, n. 2, p. 135 ss.; 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.*, 2020, n. 1, p. 108 ss.; G. FARES, [Diritto al silenzio, soluzioni interpretative e controlimiti: la Corte costituzionale chiama in causa la Corte di giustizia](#), in [dirittifondamentali.it](#), 2020.

⁹ In argomento, A. CARDONE, *Diritti fondamentali (tutela multilivello dei)*, in *Enc. dir., Annali*, IV, Giuffrè, 2011, p. 335 ss.; Id., *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Giuffrè, 2012; M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Il Mulino, 2007; A. RUGGERI, *La tutela «multilivello» dei diritti fondamentali, tra esperienza di normazione e teorie costituzionali*, in *Pol. Dir.*, 2007, p. 317 ss.; D. MESSINEO, *La garanzia del “contenuto essenziale” dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, Giappichelli, 2012, p. 28 ss.

¹⁰ Corte cost., ord. n. 202 del 2004, n. 485 e n. 291 del 2002.

¹¹ Corte cost., sent. n. 63 del 2019, n. 223 del 2018 e n. 68 del 2017.

¹² *Ex multis*, Corte edu, sent. 5 aprile 2012, *Chambaz c. Svizzera*, § 52.

¹³ Corte edu, sent. 8 febbraio 1996, *John Murray c. Regno Unito*, § 45.

¹⁴ Corte edu, sent. 21 dicembre 2000, *Heaney e McGuinness c. Irlanda*, § 40; sent. 17 dicembre 1996, *Saunders c. Regno Unito*, § 68.

¹⁵ La Corte edu ha ritenuto violato l'art. 6 CEDU nell'ambito di indagini amministrative relative ad illeciti

Molto distante dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo è quella della Corte di giustizia dell'Unione europea, peraltro circoscritta agli illeciti concorrenziali commessi dalle imprese. La Corte di Lussemburgo ha più volte riconosciuto la sussistenza di obblighi di attiva collaborazione gravanti sulle imprese, compreso il dovere di rispondere ai quesiti di mero fatto formulati dalla Commissione europea¹⁶. L'unico limite a tale dovere è rappresentato dal divieto per la Commissione di obbligare l'impresa a fornire risposte mediante le quali sarebbe indotta ad ammettere di aver commesso la trasgressione, il cui onere della prova grava soltanto sulla Commissione¹⁷.

Terminato questo quadro ricostruttivo, la Corte costituzionale ha riformulato la questione, circoscrivendola alle sole condotte di collaborazione dichiarative ed escludendo che il *nemo tenetur* potesse giustificare il rifiuto di presentarsi all'audizione o l'indebito ritardo nel presentarsi. La Corte ha pertanto precisato che occorre stabilire se il diritto al silenzio trovasse applicazione «oltre che nei procedimenti penali, anche nelle audizioni personali disposte dalla Consob [e dalla Banca d'Italia] nell'ambito della propria attività di vigilanza, che può preludere all'instaurazione di procedimenti sanzionatori di natura "punitiva" nei confronti di chi sia individuato come autore di un illecito»¹⁸.

Il giudice delle leggi ha dato risposta affermativa al quesito, ma solo dopo aver interloquuto con la Corte di giustizia dell'Unione europea, adita in via pregiudiziale ex art. 267 TFUE con la citata ordinanza n. 117 del 2019 al fine di risolvere un'antinomia rinvenuta nel diritto eurounitario¹⁹.

tributari durante le quali era stata applicata una sanzione pecuniaria ai soggetti sottoposti ai procedimenti per essersi rifiutati di collaborare con le autorità al fine di non fornire alle stesse elementi avrebbero potuto essere impiegati per irrogare sanzioni sostanzialmente penali all'esito dei procedimenti amministrativi (Corte edu, sent. 3 maggio 2001, *J. B. c. Svizzera*, § 63-71), per instaurare un procedimento penale per reati tributari (Corte edu, *J. B. c. Svizzera*, § 63-71; *Chambaz c. Svizzera*, cit., § 50-58) o per alimentare procedimenti penali già in corso nei loro confronti (Corte edu, sen. 4 ottobre 2005, *Shannon c. Regno Unito*, § 38-41).

¹⁶ CGUE, sent. 18 ottobre 1989, in causa C-374/87, *Orkem*, § 27; sent. 29 giugno 2006, in causa C-301/04 P, *SGL Carbon AG*, § 40, 44-49; Trib., sent. 20 febbraio 2001, in causa I-112/98, *Mannesmannröhren-Werke AG*, § 77-78. Simili obblighi sarebbero conciliabili con il diritto di difesa e con un diritto ad un processo equo, poiché sarebbe possibile per le imprese dimostrare che i fatti indicati nelle risposte hanno un significato diverso da quello attribuitogli dalla Commissione (Trib., sent. 20 febbraio 2001, in causa I-112/98, *Mannesmannröhren-Werke AG*, § 77-78; sent. 29 giugno 2006, in causa C-301/04 P, *SGL Carbon AG*, § 44-49).

¹⁷ CGUE, sent. 18 ottobre 1989, in causa C-374/87, *Orkem*, § 35; nello stesso senso, sent. 24 settembre 2009, nelle cause riunite C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P e C-137/07 P, *Erste Group Bank AG*, § 271; sent. 25 gennaio 2007, in causa C-407/04 P, *Dalmine*, § 34; sent. 29 giugno 2006, in causa C-301/04 P, *SGL Carbon AG*, § 42.

¹⁸ Corte cost., ord. n. 117 del 2019, punto 7 del Considerato in diritto.

¹⁹ Per alcuni commenti all'ord. n. 117 del 2019 riferiti alla doppia pregiudizialità, S. RUGGERI, [Ancora un passo avanti della Consulta lungo la via del "dialogo" con le Corti europee e i giudici nazionali \(a margine di Corte cost. n. 117 del 2019\)](#), in *Consulta online*, Studi 2019/II, 242 ss.; A. ANZON DEMMIG, [Applicazioni virtuose della nuova "dottrina" sulla "doppia pregiudizialità" in tema di diritti fondamentali \(in margine alle decisioni nn. 112 e 117/2019\)](#), in *Osservatorio costituzionale*, 2019, 179 s.; S. CATALANO, [Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità. Osservazioni a margine dell'opportuna scelta compiuta con l'ordinanza n. 117 del 2019 della Corte costituzionale](#), in *Osservatorio costituzionale*, 2019, 4 ss.; G. SCACCIA, *Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sindacato accentrato di legittimità costituzionale. Nota a ord. C. Cost. 10 maggio 2019 n. 117*, in *Giur. cost.*, 2019, p. 1428 ss.; ID., *Corte costituzionale e doppia pregiudizialità: dalla*

I giudici costituzionali hanno preferito lasciare ai giudici europei la soluzione della questione interpretativa e di validità, pur di fatto suggerendogliela, così coltivando la via del dialogo, nella ragionevole speranza che la prevedibile composizione del contrasto normativo nel senso della prevalenza del diritto al silenzio acquisisse una dimensione europea anziché restare relegata nei confini nazionali. Questa scelta è stata resa possibile dalla Corte di cassazione, la quale, invece di adire direttamente la Corte di giustizia, si è rivolta alla Corte costituzionale, seguendo l'approccio alla c.d. "doppia pregiudizialità", costituzionale ed europea, inaugurato dal giudice delle leggi con la sentenza n. 269 del 2017 e affinato nelle pronunce n. 20 e 63 del 2019²⁰.

L'antinomia vedeva contrapporsi, da un lato, le disposizioni del diritto secondario dell'Unione²¹ che sembrano imporre obblighi di criminalizzazione della mancata cooperazione con le autorità di vigilanza, e in attuazione delle quali il legislatore italiano ha sanzionato mediante l'art. 187-*quinquiesdecies* la mancata cooperazione con la Consob e la Banca d'Italia; dall'altro, gli artt. 47 e 48 CDFUE, i quali, letti tenendo conto dei corrispondenti § 1 e 2 dell'art. 6 CEDU, come interpretato della Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo quanto prescritto dall'art. 52, § 3 CDFUE, paiono invece garantire il diritto al silenzio.

Pronunciatasi il 2 febbraio 2021, la Corte di Lussemburgo ha ritenuto che gli articoli della direttiva e del regolamento interessati, «letti alla luce degli articoli 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, devono essere interpretati nel senso che *consentono* agli Stati membri di *non sanzionare* una persona fisica, la quale, nell'ambito di un'indagine svolta nei suoi confronti dall'autorità competente a titolo di

Carta dei diritti all'accentramento del controllo sul diritto dell'Unione self-executing?, in C. CARUSO – F. MEDICO – A. MORRONE (a cura di), *Granital Revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale* Bononia University Press, p. 203 ss.

²⁰ G. SCACCIA, *Corte costituzionale e doppia pregiudizialità*, cit., p. 203 ss.

Sul tema della doppia pregiudizialità, si v. C. cost., sent. n. 267 del 2017, in *Giur. cost.*, 2017, pp. 2925 ss., con note di G. SCACCIA, *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, e di G. REPETTO, *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità*; A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing*, in *Diritti comparati*, 2017, n. 3, p. 234 ss.; A. GUAZZAROTTI, *Un "atto interruttivo dell'usucapione" delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sent. n. 269 del 2017*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, n. 1, p. 194 ss.; G. MARRA – M. VIOLA, [Doppia pregiudizialità, diritti fondamentali e potere di disapplicazione del giudice comune](#), in *Dir. pen. cont.*, 2019, n. 3, p. 164 ss.; D. TEGA, *La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso di rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, in *Quaderni cost.*, 2018, n. 1, p. 197 ss.; A. CARDONE, [Dalla doppia pregiudizialità al parametro di costituzionalità: il nuovo ruolo della giustizia costituzionale accentrata nel contesto dell'integrazione europea](#), in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2020.

Su Corte cost., n. 63 del 2019, cfr. S. CATALANO, [Doppia pregiudizialità una svolta 'opportuna' della Corte costituzionale](#), in *federalismi.it*; G. SCACCIA, *Corte costituzionale e doppia pregiudizialità*, cit. G. VITALE, [I recenti approdi della Consulta sui rapporti tra Carte e Corti. Brevi considerazioni sulle sentenze nn. 20 e 63 del 2019 della Corte costituzionale](#), in *federalismi.it*, 2019.

²¹ L'articolo 14, § 3, della direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2003, relativa all'abuso di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato (abusi di mercato), e l'articolo 30, § 1, lettera b), del regolamento (UE) n. 596/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativo agli abusi di mercato (regolamento sugli abusi di mercato) e che abroga la direttiva 2003/6 e le direttive 2003/124/CE, 2003/125/CE e 2004/72/CE della Commissione.

detta direttiva o di detto regolamento, si rifiuti di fornire a tale autorità risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative aventi carattere penale oppure la sua responsabilità penale»²².

Con sentenza n. 84 del 2021, la Corte costituzionale ha così posto fine all'articolata vicenda, dichiarando incostituzionale l'art. 187-*quinquiesdecies* T.U.F. «nella parte in cui si applica anche alla persona fisica che si sia rifiutata di fornire alla Banca d'Italia o alla Consob risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative di carattere punitivo, ovvero per un reato», in riferimento agli artt. 24, 117, primo comma, Cost. in relazione agli artt. 6 CEDU e 14, § 3, lett. g), PIDCP, nonché agli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. in relazione all'art. 47 CDFUE, restando assorbita la questione formulata in riferimento all'art. 111 Cost.

Se è stata sancita la possibilità di invocare il *nemo tenetur* davanti alle autorità di vigilanza, è invece rimasto indefinito lo statuto della garanzia nel contesto delle audizioni Consob e Banca d'Italia. Non si tratta di un aspetto di rilievo secondario, bensì del cuore del problema: un conto è affermare che la garanzia del *nemo tenetur* trova applicazione anche ai fini dei procedimenti amministrativi sanzionatori, operazione a prima vista ampiamente condivisibile; un altro stabilire come essa può operare in quei contesti, ai quali non è connaturata, compatibilmente con le loro peculiarità.

La Corte costituzionale si è però resa conto dell'esigenza di dare una forma più compiuta alle affermazioni contenute nella propria pronuncia e, in chiusura della sentenza, ha rivolto un invito al legislatore perché provveda a disciplinare la materia, secondo lo schema interlocutorio adottato ormai da molti anni²³. La Consulta ha così demandato al Parlamento il compito di effettuare «la più precisa declinazione delle ulteriori modalità di tutela di tale diritto» al silenzio «[...] rispetto alle attività istituzionali della Banca d'Italia e della Consob, in modo da meglio calibrare tale tutela rispetto alle specificità dei procedimenti che di volta in volta vengono in considerazione, nel rispetto dei principi» costituzionali, convenzionali ed eurounitari. Il giudice delle

²² CGUE, Grande Camera, 2 febbraio 2021, *D. B. c. Consob*.

²³ Sulla categoria delle c.d. "sentenze monito" della Corte costituzionale, cfr. M.C. GRISOLIA, *Alcune osservazioni sulle «sentenze comandamento» ovvero sul «potere monitorio» della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1982, p. 826 ss.; F. MODUGNO, *Ancora sui controversi rapporti tra Corte costituzionale e potere legislativo*, in *Giur. cost.*, 1988, p. 16 ss.; ID., *La Corte e il Parlamento. La più recente giurisprudenza della Corte costituzionale nei confronti del legislatore*, in *Parlamento*, 1988, p. 21 ss.; G. DI GENIO, *Moniti al legislatore ed «esigenze di normazione» nelle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 2004, p. 1346 ss.; M.R. MORELLI, *Sentenza monito, inerzia del legislatore e successiva declaratoria di «incostituzionalità sopravvenuta»: nuove tipologie di decisioni costituzionali di accoglimento, al di là del dogma dell'efficacia retroattiva*, in *Giust. civ.*, 1989, P. 510 ss.; R. PINARDI, *La sentenza n. 256 del 1992 e l'efficacia monitoria delle decisioni di «rigetto con accertamento di incostituzionalità»*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 1988 ss.; ID., *L'inammissibilità di una questione fondata tra moniti al legislatore e mancata tutela del principio di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2013, p. 377 ss.; PEGORARO, *Gli indirizzi della Corte costituzionale nel decennio 1975-1984 (con particolare riguardo alle sentenze «monitorie»)*, in *Dir. e soc.*, 1985, p. 285 ss.

Su una vicenda costituzionale nota e recente in materia di fine vita, nonché connotata da molte peculiarità, cfr. Corte cost., sent. n. 242 del 2019, su cui, *ex multis*, C. CUPELLI, [Il Parlamento decide di non decidere e la corte costituzionale risponde a se stessa. La sentenza n. 242 del 2019 e il caso Cappato](#), in questa *Rivista*, fascicolo 12/2019, p. 33 ss.

leggi ha inoltre precisato che «tali modalità non devono risultare necessariamente coincidenti con quelle che vigono nell’ambito del procedimento e del processo penale».

Nei paragrafi che seguono, si intende mettere a fuoco alcuni profili che la pronuncia lascia – forse volutamente – irrisolti, ma che necessitano di essere affrontati prima di predisporre lo statuto del *nemo tenetur* nel quadro degli accertamenti svolti dalle autorità di vigilanza.

2. L’ambito di applicazione della garanzia: oltre gli abusi di mercato.

Perché si possa iniziare ad immaginare come modellare la garanzia, occorre comprendere in quali contesti potrebbe trovare applicazione il *nemo tenetur* nelle audizioni Consob e Banca d’Italia.

Preliminarmente, occorre chiarire che la garanzia in discussione può essere invocata dalla persona fisica nel corso delle audizioni disposte *prima* dell’inizio di procedimenti amministrativi sanzionatori a proprio carico o a carico di altri condotti dalla Consob e dalla Banca d’Italia²⁴. Tali procedimenti devono svolgersi nel rispetto della l. 24 novembre 1981, n. 689 per gli aspetti della procedura sanzionatoria non disciplinati o non derogati dalle regole previste dal “Regolamento generale sui procedimenti sanzionatori della Consob”²⁵, dall’art. 187-*septies* T.U.F. per gli abusi di mercato di cui al Titolo I-bis del T.U.F. e dall’art. 195 T.U.F., nonché dall’art. 145 T.U.B. e dalle “Disposizioni di vigilanza in materia di sanzioni e procedura sanzionatoria amministrativa”²⁶.

Nelle considerazioni del giudice delle leggi, infatti, il *nemo tenetur* si colloca nel corso delle audizioni, disposte dalle autorità nell’esercizio delle loro funzioni di vigilanza, finalizzate a raccogliere informazioni sulla base delle quali determinarsi in ordine all’apertura di un procedimento sanzionatorio mediante la contestazione di un illecito²⁷. Insomma, la questione concerne il diritto al silenzio di colui che non sia ancora sottoposto a procedimento sanzionatorio, in quanto non ancora formalmente individuato come possibile autore dell’illecito amministrativo.

²⁴ Inequivocabile quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sent n, 84/2021, al punto 3.6, § 4 del Considerato in diritto: «Tale garanzia deve potersi necessariamente esplicare anche in una fase antecedente alla instaurazione del procedimento sanzionatorio, e in particolare durante l’attività di vigilanza svolta dall’autorità, al fine di scoprire eventuali illeciti e di individuarne i responsabili.»

²⁵ Il Regolamento, adottato ai sensi dell’articolo 24 della legge 28 dicembre 2005, n. 262 e successive modificazioni, è stato adottato dalla Consob con delibera n. 18750 del 19 dicembre 2013 e successivamente modificato con delibere n. 18774 del 29 gennaio 2014, n. 19158 del 29 maggio 2015 e n. 19521 del 24 febbraio 2016.

²⁶ Adottato con provvedimento del 18 dicembre 2012 e successive modifiche.

²⁷ Secondo l’art. 4, comma 1, del Regolamento Consob, «L’avvio del procedimento sanzionatorio è disposto a mezzo di lettera di contestazione degli addebiti»; per il § 1.2 delle “Disposizioni di vigilanza” di Banca d’Italia, «Il procedimento sanzionatorio ha inizio con la contestazione formale da parte della Banca d’Italia, nei confronti dei soggetti ritenuti responsabili, delle violazioni riscontrate».

La naturale conseguenza del riconoscimento della garanzia nella fase pre-procedimentale è l'operatività della stessa anche nelle audizioni che si tengono *durante* il procedimento amministrativo sanzionatorio che eventualmente segue all'esplicazione dell'attività di vigilanza delle autorità. Lo rivelano i riferimenti quasi indifferenziati ai due momenti, antecedenti e concomitanti al procedimento sanzionatorio, fatti dalla Corte costituzionale²⁸. Lo impongono ragioni logiche, non avendo senso una tutela della garanzia durante le audizioni che si svolgono in un momento anteriore ai procedimenti sanzionatori senza riconoscere la stessa nel contesto procedimentale, parimenti insidioso. Anche se l'audizione nel corso dei procedimenti avviene su base volontaria²⁹, infatti, si potrebbe incorrere nel rischio di riferire elementi che possono costituire il fondamento di una responsabilità amministrativa o penale.

Emerge dunque una tutela del *nemo tenetur* per così dire "in prospettiva", perché fortemente anticipata. Essa è infatti volta a presidiare, sin dal momento dell'audizione che precede l'instaurazione di un procedimento vero e proprio, il diritto di chi poi venga effettivamente assoggettato a procedimento amministrativo sanzionatorio o penale a non contribuire all'accertamento della propria responsabilità.

Si deve poi individuare l'attività di vigilanza delle due autorità amministrative indipendenti³⁰ specificamente tutelata dall'art. 187-*quinquiesdecies* dichiarato incostituzionale *in parte qua*. La disposizione, introdotta nel Testo Unico dall'art. 9,

²⁸ Nell'ordinanza n. 117 del 2019, dopo aver enucleato la questione in termini puntuali nel punto 7 del Considerato in diritto, nel successivo punto 7.1, § 2 la Corte si chiede se il diritto al silenzio «sia applicabile anche nell'ambito di procedimenti amministrativi funzionali all'irrogazione di sanzioni di natura "punitiva"»; ancora, al § 6 del medesimo punto afferma che «parrebbe plausibile il riconoscimento, in favore di chi sia *incolpato* di un tale illecito, dei medesimi diritti di difesa che la Costituzione italiana riconosce alla persona sospettata di aver commesso un reato»; nell'ultimo paragrafo, punto 7.2 del Considerato in diritto, si parla di «diritto di chiunque sia *sottoposto a un procedimento amministrativo*, che potrebbe sfociare nella irrogazione di sanzioni di carattere "punitivo" nei propri confronti» (corsivo aggiunto).

²⁹ Nel Regolamento Consob, secondo l'art. 4, comma 3, lett. f), «La lettera di contestazione degli addebiti contiene: [...] l'indicazione della facoltà per i soggetti destinatari delle contestazioni di presentare eventuali deduzioni e documenti, nonché di chiedere l'audizione personale nel termine di trenta giorni»; nell'art. 5 si prevede poi che «I destinatari della lettera di contestazione degli addebiti esercitano il proprio diritto di difesa nella fase istruttoria, anche con l'assistenza di terzi, mediante la presentazione di deduzioni scritte e documenti, l'accesso agli atti nonché l'audizione personale in merito agli addebiti contestati» (comma 1) con richiesta all'Ufficio Sanzioni Amministrative entro il termine di legge di trenta giorni dalla data di perfezionamento per il destinatario della notifica della lettera di contestazione degli addebiti (comma 4). Tra le Disposizioni di vigilanza Banca d'Italia, il § 1.2 prevede che «La lettera di contestazione [...] contiene [...] l'indicazione della facoltà per la società o l'ente e per le persone fisiche destinatarie delle contestazioni di chiedere nella fase istruttoria un'audizione personale, anche con l'assistenza di un avvocato o di altro consulente, nel termine di 30 giorni», con «l'avvertenza che, in caso di mancata partecipazione all'istruttoria attraverso la presentazione delle controdeduzioni e/o la partecipazione all'audizione personale, non sarà consentito presentare ulteriori osservazioni scritte al Direttorio in merito alla proposta del Servizio RIV» sulle sanzioni da applicare.

³⁰ Pacifica l'appartenenza della Consob al novero delle autorità amministrative indipendenti. Non unanime, invece, ma autorevolmente e largamente sostenuta, la natura di autorità amministrativa indipendente della ben più antica Banca d'Italia. Per tutti, M. CLARICH, *Le autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Il Mulino, 2005, p. 116 ss., secondo il quale «la Banca d'Italia può essere considerata come l'autorità indipendente di più lunga tradizione – o come "la madre di tutte le autorità indipendenti"».

comma 2, lett. b) l. 18 aprile 2005, n. 62, è posta in apertura del Titolo II della Parte V del T.U.F., dedicato alle sanzioni amministrative. Essa si affianca alla tutela penale della medesima attività di vigilanza assicurata dall'art. 170-*bis* T.U.F., rubricato «Ostacolo alle funzioni di vigilanza della Banca d'Italia e della Consob», e dall'art. 2638 c.c., che configura il reato proprio di «Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza», i cui rapporti sono tutt'altro che agevoli da delineare³¹.

In generale, le autorità di controllo vigilano sull'osservanza delle disposizioni di legge e di regolamento rilevanti, svolgendo un'attività che, in base ai diversi poteri a disposizione delle autorità, si articola in regolamentare (artt. 6, 62-*quater*, 82 e 124-*novies* T.U.F.; artt. 53 e 67 T.U.B.), informativa (artt. 6-*bis*, 62-*quater* e 62-*octies*. T.U.F.; artt. 51 e 66 T.U.B.), ispettiva (artt. 6-*ter* e 62-*novies* T.U.F.; artt. 54 e 68 T.U.B.), e sanzionatoria (*infra*)³². Mentre la prima si esprime nel potere attribuito alle autorità di dettare disposizioni di carattere generale attuative dei principi stabiliti dai testi legislativi, la vigilanza informativa o cartolare si esercita attraverso il potere di richiedere ai soggetti vigilati l'invio di informazioni alle autorità. La terza tipologia di vigilanza si correla, invece, al potere di eseguire indagini volte ad assumere le informazioni e a visionare i documenti che i soggetti non hanno volontariamente fornito, risultando così complementare rispetto alla vigilanza informativa. È evidente che, tra le tre forme di vigilanza, quella informativa costituisce il terreno privilegiato per l'applicazione dell'art. 187-*quinquiesdecies* T.U.F., il quale presuppone una condotta, variamente declinata, di omessa collaborazione con l'autorità di controllo.

L'individuazione dell'attività di vigilanza svolta dalla Consob interessata dall'articolo del T.U.F., che coincide con quella disciplinata nel medesimo Testo Unico³³, non è problematica. Al contrario, non è affatto chiaro se l'attività di controllo della Banca d'Italia cui si riferisce l'art. 187-*quinquiesdecies* sia anche quella disciplinata dal T.U.B. o solo quella coperta dal T.U.F.³⁴

³¹ Parla di «un coacervo mal congegnato di disposizioni» F. D'ALESSANDRO, *Regolatori del mercato, enforcement e sistema penale*, Giappichelli, 2014, p. 362. Sui rapporti tra le disposizioni, Si v. G. MULAZZANI, *Art. 187-quinquiesdecies*, in *Commentario breve al Testo Unico della Finanza*, (a cura di) V. CALANDRA BUONAURA, Wolters Kluwer, 2020, p.1330 ss.; A. NISCO, *Art.170-bis*, in *Commentario breve al Testo Unico della Finanza*, cit., p. 1200 ss; 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?*, nota a Cass. pen., sez. V, 29 maggio 2019, n. 29377, in *Cass. pen.*, 2020, p. 2744 ss.; M. GAMBARDELLA, *I delitti di false informazioni e di ostacolo alle funzioni delle autorità di vigilanza. Il delitto di impedito controllo*, in *Id.*, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Giappichelli, 2020, p. 157 ss.

³² P. SFAMENI – A. GIANNELLI, *Diritto degli intermediari e dei mercati finanziari*, Egea, 2018, p. 69 ss.

³³ Si tratta della vigilanza sugli intermediari (Parte II, art. 5 ss.), della vigilanza sui mercati o, meglio, sulle sedi di negoziazione (Parte III, art. 62 ss. e 90-*septies*) e della vigilanza sugli emittenti (Parte IV, art. 91).

³⁴ Sulla ripartizione delle competenze tra Banca d'Italia e Consob, cfr. F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, Giappichelli, 2021, p. 41 ss., 58 ss., 321 ss.; P. SFAMENI – A. GIANNELLI, *op. cit.*, p. 63 ss. Secondo il T.U.F., la Consob e Banca d'Italia condividono i poteri di vigilanza solo con riferimento agli intermediari ed ai mercati, mentre nessun potere è attribuito dal T.U.F. alla Banca d'Italia in materia di emittenti quotati, sui quali, quando siano rappresentati da banche, l'autorità ha competenza sulla base del T.U.B. e della disciplina europea, rientrando in tal caso nella vigilanza bancaria. Il riparto di competenze tra le due autorità nell'ambito delle comuni funzioni di vigilanza è basato sugli obiettivi che le stesse devono perseguire (art. 5 T.U.F.), così configurando un sistema ispirato al modello di «vigilanza per finalità» o di «*twin peaks*». Sui diversi modelli di vigilanza, cfr. P. SFAMENI – A. GIANNELLI, *op. cit.*, p. 40 ss.

Nel primo senso potrebbe deporre l'unitarietà della funzione di vigilanza della Banca d'Italia e l'assenza di una disposizione corrispondente all'interno del T.U.B. che tuteli detta funzione.

Nel secondo senso, probabilmente preferibile, deporrebbero invece la collocazione della disposizione in esame nel T.U.F. e la genesi della modifica che nel 2012 ha introdotto la Banca d'Italia nell'articolo in esame³⁵, così come il principio di tassatività vigente in materia di sanzioni amministrative ai sensi dell'art. 1, comma 2, l. 24 novembre 1981, n. 689.

Quanto invece ai tipi di illeciti in relazione ai quali poter invocare la garanzia, scorrendo le ordinanze e le sentenze citate, sembrerebbe che il *nemo tenetur* debba essere limitato all'ambito degli abusi di mercato di cui al Titolo I-bis del T.U.F., che prevede sanzioni amministrative (artt. 187-bis e 187-ter T.U.F.) e sanzioni di carattere formalmente penale (artt. 184 e 185 T.U.F.), per le quali sono rispettivamente competenti la Consob e la magistratura penale, a fronte di fattispecie di *insider trading* e manipolazione del mercato quasi ma non perfettamente coincidenti.

Diversi i fattori che inducono a concludere nel senso appena esposto.

In primo luogo, il caso da cui è scaturita la questione è relativo all'illecito di abuso di informazioni privilegiate. Si aggiunga che, nella sua formulazione originaria ad opera della Corte di cassazione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 187-quinquiesdecies T.U.F. era circoscritta ai procedimenti sanzionatori per il medesimo illecito di cui all'art. 187-bis T.U.F. Ancora, l'impianto argomentativo dell'ordinanza di rimessione della questione alla Corte costituzionale e dell'ordinanza di quest'ultima di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia è fortemente incentrato sugli abusi di mercato.

Non è arduo comprendere le ragioni di una simile, almeno apparente, limitazione, posto che è proprio in relazione agli abusi di mercato che le dichiarazioni rese alle autorità di vigilanza in sede di audizione potrebbero condurre a due scenari entrambi sfavorevoli.

Sulla base di quanto in precedenza dichiarato, infatti, una persona potrebbe essere sottoposta a un procedimento amministrativo sanzionatorio in cui gli si contesta la commissione di un illecito amministrativo per il quale possono essere irrogate sanzioni qualificabili come "punitiva", alla stregua dei noti "criteri Engel", elaborati dalla Corte di Strasburgo nel 1976 al fine di stabilire se sussista oppure no l'«accusa penale» che costituisce il presupposto per l'applicazione delle garanzie di cui all'art. 6 CEDU³⁶. Tale qualificazione è ormai pacifica per quanto riguarda gli abusi di mercato, che proprio per questo motivo costituiscono gli illeciti amministrativi più intensamente

³⁵ La modifica sarebbe stata dettata dall'esigenza di adeguare la disposizione al nuovo sistema di competenze di Consob e Banca d'Italia di cui all'art. 4-ter del T.U.F. Si v., ad esempio, Servizio studi del Senato, *Disegno di legge A.S. n. 3533, "Conversione in legge del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, recante ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese"*, Vol. II - Sintesi e schede di lettura, edizione provvisoria, ottobre 2012 n. 397/II, pp. 275-276.

³⁶ Corte edu, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976, § 82, serie A n. 22. Questi criteri, alternativi e non cumulativi, consistono nella qualificazione giuridico-formale della misura nel diritto nazionale, nella natura dell'infrazione e degli interessi presidiati (*the very nature of the offence*), nonché nella natura e nel grado di severità della sanzione.

interessati dalle pronunce relative all'estensione delle garanzie penali sostanziali³⁷ e processuali³⁸.

In aggiunta o in alternativa, durante il colloquio con le autorità potrebbero emergere degli elementi sulla base dei quali il deponente potrebbe venire sottoposto a procedimenti penali per fatti non sanzionabili in sede amministrativa; oppure, salvo il limite del *ne bis in idem*, come interpretato dalla Corte edu³⁹, per condotte che rilevano sia come illeciti amministrativi che come illeciti penali, ossia in relazione alle quali sia previsto il c.d. "doppio binario sanzionatorio"⁴⁰.

³⁷ Quanto alle garanzie sostanziali, riguardano la materia degli abusi di mercato le sentenze della Corte cost. n. 223 del 2018 e n. 63 del 2019, richiamate anche nell'ord. n. 117 del 2019, che hanno esteso il principio dell'irretroattività delle modifiche legislative *in peius* alla confisca per equivalente di cui all'art. 187-sexies T.U.F. e il principio della retroattività della *lex mitior* alle sanzioni amministrative di cui agli artt. 187-bis e 187-ter, sulla scia della giurisprudenza convenzionale relativa a quei principi (cfr. Corte edu, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*; 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*). Sulla sent. n. 223 del 2018, cfr. G.L. GATTA, [Non sempre "depenalizzazione" equivale a "mitigazione": la Corte costituzionale sull'irretroattività delle sanzioni amministrative "punitiva" più sfavorevoli di quelle penali](#), in *Dir. pen. cont.*, 13 dicembre 2018. Sullo specifico aspetto qui evidenziato trattato nella sent. n. 63 del 2019, cfr. M. SCOLETTA, [Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitiva: la svolta, finalmente, della Corte costituzionale](#), in *Dir. pen. cont.*, 2 aprile 2019.

³⁸ Per quanto concerne le garanzie processuali, non si rinvergono pronunce della Corte costituzionale, mentre importanti precisazioni sono state svolte dalla Corte edu nel celebre caso di manipolazione del mercato definito con la sentenza *Grande Stevens e altri c. Italia*, sulla quale cfr. F. D'ALESSANDRO, [Tutela dei mercati finanziari e rispetto dei diritti umani fondamentali](#), in *Dir. pen. e proc.*, 2014, p. 614 ss.; F. VIGANÒ, [Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani. Riflessioni de lege lata e ferenda sull'impatto della sentenza Grande Stevens nell'ordinamento italiano](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2016, 1, p. 186 ss. Sulla scorta delle considerazioni relative alle carenti garanzie dei procedimenti Consob contenute nella pronuncia e nella "Opinione in parte concordante e in parte dissenziente dei giudici Karakaş e Pinto de Albuquerque" allegata alla decisione, il legislatore ha modificato i procedimenti Consob e Banca d'Italia, affermando, tra l'altro, che «il procedimento sanzionatorio è retto dai principi del contraddittorio, della conoscenza degli atti istruttori, della verbalizzazione nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie» (art. 187-septies T.U.F., comma 2; art. 1 Regolamento generale sui procedimenti sanzionatori della Consob; art. 145 T.U.B., comma 1-bis). Sull'evoluzione delle garanzie dei procedimenti Consob e Banca d'Italia, cfr., *amplius*, E. BINDI – A. PISANESCHI, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, 2017, p. 115 ss. Sulle garanzie dei procedimenti della sola Consob, cfr. C. FANUELE, *Le garanzie nell'accertamento degli illeciti concernenti il mercato finanziario*, in A. DEL VECCHIO – P. SEVERINO (a cura di), *Tutela degli investimenti tra integrazione dei mercati e concorrenza di ordinamenti*, Cacucci Editore, 2016, p. 535 ss. Sull'evoluzione giurisprudenziale nazionale e convenzionale relativa ai profili sostanziali e processuali delle sanzioni irrogate dalle autorità di vigilanza, si v. E. BINDI – P. LUCCARELLI – A. PISANESCHI, *Le sanzioni della Banca d'Italia e della Consob*, in *Giur. comm.*, 2021, p. 553 ss.

³⁹ Tra le principali pronunce in materia, si ricordano Corte edu, Grande Camera, sent. 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia* (su cui si v. la nota precedente) e Corte edu, Grande Camera, sent. 15 novembre 2016, *A. e B. contro Norvegia*, sulla quale si v. A.F. TRIPODI, *Cumuli punitivi ne bis in idem e proporzionalità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, p. 1047 ss.; F. VIGANÒ, [La Grande Camera di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio](#), in *Dir. pen. cont.*, 18 novembre 2016.

⁴⁰ Sul divieto di *ne bis in idem*, senza alcuna pretesa di esaustività, si v. B. PIATTOLI GIRAD, *Livelli di tutela europei per la garanzia del ne bis in idem*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Ne bis in idem: un principio in evoluzione*, in *Giur. it.*, 2019, p. 1457 ss.; M.L. DI BITONTO, *Il ne bis in idem nei rapporti tra infrazioni finanziarie e reati*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 1335 ss.; P. FERRUA, *La sentenza costituzionale sul caso Eternit: il ne bis in idem tra diritto vigente e diritto vivente*, Nota a Corte cost. n. 200 del 2016, in *Cass. pen.*, 2017, p. 78 ss.; T. RAFARACI, voce *Ne bis in idem*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. III, Giuffrè, 2010, p. 857 ss.

Si consideri, ulteriormente, che le sanzioni di cui all'art. 187-*quinquiesdecies* T.U.F. dichiarato parzialmente incostituzionale sono state applicate esclusivamente in relazione ad abusi di mercato⁴¹, in occasione di comportamenti tenuti davanti a richieste di collaborazione avanzate dalla Consob nell'esercizio dei penetranti poteri di indagine attribuiti all'autorità dall'art. 187-*octies* T.U.F. La disposizione, prevista proprio per consentire alla Consob di accertare gli abusi di mercato, comprende il potere di richiedere notizie, dati, documenti o registrazioni, di procedere ad audizioni personali e di compiere ispezioni, perquisizioni o sequestri, in alcuni casi previa autorizzazione del pubblico ministero⁴².

Infine, per gli illeciti di cui al Titolo I-*bis* del T.U.F., l'art. 187-*decies* T.U.F. prevede rapporti di collaborazione tra la Consob e la magistratura.

Difformi gli scenari per gli altri illeciti Consob e per quelli Banca d'Italia.

La giurisprudenza di legittimità, infatti, ha sempre negato il carattere sostanzialmente penale delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dalla Consob in materie diverse da quella relativa agli abusi di mercato, escludendo, conseguentemente, che per esse operino le garanzie penali sostanziali e processuali⁴³. Lo stesso vale per tutti gli illeciti e i procedimenti di competenza di Banca d'Italia⁴⁴ – alla quale pure oggi si riferisce l'art. 187-*quinquiesdecies* – benché il d.lgs. n. 12 maggio 2015, n. 72, in attuazione della delega legislativa conferita con l. 7 ottobre 2014, n. 154 per il recepimento della CRD IV (*Capital Requirements Directive*, direttiva 2013/36/UE), abbia modificato in senso più afflittivo l'apparato sanzionatorio, innalzando sensibilmente i limiti edittali delle sanzioni ed introducendo per le persone fisiche sanzioni accessorie interdittive⁴⁵.

857 ss.; C. DEODATO, [Sanzioni formalmente amministrative e sostanzialmente penali: i problemi procedurali connessi all'applicazione delle sanzioni Consob in materia di market abuse \(e alcune soluzioni\)](#), in *federalismi.it*, 18 dicembre 2019.

⁴¹ Su 13 delibere con le quali la Consob ha applicato sanzioni per la violazione dell'art. 187-*quinquiesdecies* T.U.F. tra il 2007 e il 2015, in 8 casi tali sanzioni sono state irrogate congiuntamente a quelle per abusi di mercato (nelle delibere 16113/2007, 16212/2007, 17461/2010, 17598/2010, 18934/2014 e 19279/2015 relativamente all'illecito di manipolazione del mercato di cui all'art. 187-*ter*, nelle delibere 18024/2011 e 18199/2012, riguardante il signor D. B., relativamente all'illecito di *insider trading* di cui all'art. 187-*bis*) e nei restanti 5 comunque in connessione con l'accertamento dei medesimi abusi. Ad oggi non risulta invece che la Banca d'Italia abbia mai applicato una sanzione ex art. 187-*quinquiesdecies* T.U.F.

⁴² Si v. G. MULAZZANI, *Art. 187-quinquiesdecies*, in *Commentario breve al Testo Unico della Finanza*, cit., p. 1329. Per completezza, si noti che i medesimi poteri di cui all'art. 187-*octies* sono riconosciuti anche alla Banca d'Italia ai sensi dell'art. 4-*ter*, comma 7, T.U.F.

⁴³ Cass. civ., sez. II, 26 settembre 2019, n. 24081 e n. 24082; Cass. civ., sez. II, 6 agosto 2019, n. 21017; Cass. civ., sez. II, 5 aprile 2017 n. 8855; Cass. civ., sez. I, 2 marzo 2016, n. 4114; Cass., civ. sez. I, 30 giugno 2016, n. 13433.

⁴⁴ Cass. civ., sez. II, 3 gennaio 2019, n. 4, in *C.E.D. Cass.*, n. 652574; Cass. civ., sez. II, 28 settembre 2016, n. 19219;

Cass. civ., sez. II, 18 aprile 2018, n. 9517; Cass. civ., sez. II, 11 gennaio 2017, n. 463; Cass. civ., sez. II, 4 agosto 2016, n. 16313; Cass. civ., sez. II, 10 marzo 2016, n. 4725; Cass. civ., sez. II, 14 dicembre 2015, n. 25141; Cass. civ., sez. II, 3 dicembre 2013, n. 27038; Cass. civ., Sez. un., 30 settembre 2009, n. 20935 e 20939; Cass. civ., sez. II, 24 febbraio 2016, n. 3656.

⁴⁵ Più in particolare, il d.lgs. è intervenuto a modificare varie disposizioni del Titolo VIII del T.U.B. in tema di sanzioni amministrative irrogate dalla Banca d'Italia (nonché della parte V del T.U.F., per le sanzioni ivi

Inoltre, per gli illeciti il cui accertamento è riservato alla Banca d'Italia, non è previsto un doppio binario sanzionatorio, benché le informazioni fornite all'autorità di vigilanza bancaria possano costituire la base per l'accertamento di fatti penalmente rilevanti.

In relazione agli illeciti diversi da quelli di *insider trading* e manipolazione del mercato, dunque, non paiono porsi le medesime criticità che hanno condotto la Corte costituzionale a garantire il *nemo tenetur* anche nelle audizioni Consob per abuso di informazioni privilegiate.

Ciononostante, ad un esame più accorto, l'ambito di applicazione della garanzia travalica il contesto dei procedimenti per abusi di mercato.

Lo suggerisce il fatto che l'ordinanza n. 117 del 2019 della Corte costituzionale pare aver generalizzato la questione di legittimità costituzionale, affrancandola dai procedimenti per abuso di informazioni privilegiate. Ne è conferma il dispositivo della successiva declaratoria di illegittimità costituzionale di cui alla sentenza n. 84 del 2021, che pone come condizioni alternative, ai fini della configurabilità del *nemo tenetur*, il rischio di incorrere in responsabilità per illeciti amministrativi sostanzialmente penali e quello di essere reputati responsabili di veri e propri reati.

Sicuramente entrambi i rischi possono concretizzarsi con maggiore facilità e frequenza nelle audizioni svolte dalla Consob per abusi di mercato, data la riconosciuta natura sostanzialmente penale di questi ultimi e la minaccia di sanzioni tanto amministrative "punitive" quanto penali in senso stretto per fattispecie pressoché sovrapponibili nonché la possibilità che l'ente eventualmente coinvolto risponda ai sensi dell'art. 25-*sexies* d.lgs. n. 231 del 2001. Eppure, non è da escludere che le medesime esigenze si pongano nei contesti in cui si esplica la vigilanza della Banca d'Italia.

Non solo, come accennato, è stato approntato un rinnovato poderoso complesso di sanzioni, che in un futuro non troppo lontano potrebbero essere qualificate come "punitive", ma vi è altresì la possibilità che le dichiarazioni rese all'autorità di vigilanza offrano spunti per l'avvio di procedimenti penali in cui risultino contestate fattispecie di reato legate ad attività bancarie e finanziarie, come quelle previste agli artt. da 130 a 132-*bis*, 136, 137, 139, comma 2, 140 e 140-*bis* T.U.B. o il reato sopra menzionato di ostacolo alla vigilanza di cui all'art. 2638 c.c. o diversi reati economici.

In relazione all'ultimo profilo evidenziato, occorre tener presente che, pur in mancanza di una disposizione che sancisca la collaborazione tra magistratura e Banca d'Italia, vi è una certa generale permeabilità probatoria tra procedimenti amministrativi e procedimenti penali⁴⁶.

previste irrogate da Banca d'Italia e Consob). Oltre a quanto riportato, in luogo del previgente regime imperniato sull'applicazione di sanzioni amministrative solo alle persone fisiche degli esponenti e dipendenti di società o enti abilitati allo svolgimento delle attività disciplinate dal T.U.B., il legislatore delegato ha previsto sanzioni applicabili sia alle persone giuridiche (art. 144 T.U.B., nuovo testo) che alle suddette persone fisiche (art. 144-*ter* T.U.B.).

⁴⁶ Sul punto, si v. G. CANESCHI, *La Corte di giustizia sul diritto al silenzio: un primo passo verso il "giusto procedimento" amministrativo punitivo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2021, p. 593 ss. Con riferimento ai rapporti tra procedimento penale e procedimento tributario, di recente la Corte cost. con sent. n. 222 del 2019, ha richiamato, sembrando condividerla, «la giurisprudenza relativa all'utilizzabilità del materiale istruttorio

Risulta insufficiente ad ovviare a tale permeabilità la cerniera probatoria tra i due procedimenti rappresentata dall'art. 220 disp. att. c.p.p. La disposizione consente l'uso nel procedimento penale degli elementi raccolti, dopo che siano emersi inizi di reato, da autorità amministrative che agiscono in veste di polizia giudiziaria nell'espletamento di attività amministrative ispettive o di vigilanza previste da leggi o decreti, soltanto se le attività vengono svolte nel rispetto delle garanzie del codice di procedura penale⁴⁷. Tuttavia, a parere della Corte costituzionale, l'inutilizzabilità formale del materiale probatorio collezionato in sede amministrativa, e in particolare delle dichiarazioni rese all'autorità amministrativa, dopo l'emersione di indizi di reato, «senza le garanzie del diritto di difesa, tra cui segnatamente l'avvertimento circa la facoltà di non rispondere»⁴⁸, non ne esclude un impiego improprio, informale, indiretto, nel procedimento penale. Infatti, le «dichiarazioni – ottenute dall'autorità amministrativa mediante la minaccia di sanzione per il caso di mancata cooperazione – possono in concreto fornire all'autorità stessa (e poi al pubblico ministero) informazioni essenziali in vista dell'acquisizione di ulteriori elementi di prova della condotta illecita, destinati poi ad essere utilizzati nel successivo processo penale contro l'autore della condotta, e possono pertanto contribuire almeno indirettamente a determinare la sua futura responsabilità penale»⁴⁹.

A ben vedere, il problema non sembra annidarsi tanto nell'intrinseca insufficienza della sanzione dell'inutilizzabilità (patologica)⁵⁰ del materiale raccolto nel contesto amministrativo senza rispettare le garanzie del procedimento penale, quanto nella discutibile prassi giudiziaria, che consente l'impiego in sede penale dei verbali degli accertamenti amministrativi, compresi quelli contenenti le dichiarazioni rese dalle persone fisiche, come prova documentale *ex art. 234 c.p.p.*⁵¹. Parimenti, si ammette la

raccolto in ciascun procedimento, quale elemento di prova e fonte di convincimento da parte del giudice che istruisce l'altro procedimento».

⁴⁷ In argomento, R. ORLANDI, *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale*, Giuffrè, 1992, p. 152 ss.; G. FUMU, *sub art. 220*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, (coordinato da) M. CHIAVARIO, *La normativa complementare*, vol. II, *Norme di coordinamento e transitorie*, Utet, 1992, p. 100 ss.; G. ICHINO, *L'attività di polizia giudiziaria*, in *Indagini preliminari ed instaurazione del processo*, coordinato da M.G. AIMONETTO – V. BONINI, Utet, 1999, p. 185 ss.; R.E. KOSTORIS, *sub art. 220 norme coord.*, in UBERTIS (a cura di) *Appendice: norme di coordinamento e transitorie*, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, (diretto da) A. AMODIO – O. DOMINIONI, Giuffrè, 1990, p. 75 ss..

⁴⁸ Corte cost., ord. n. 117 del 2019, punto 7.1, ultimo paragrafo del Considerato in diritto.

⁴⁹ Corte cost., sent. n. 84 del 2021, punto 2.2., § 2 del Considerato in diritto.

⁵⁰ Sull'invalidità rappresentata dall'inutilizzabilità, si v. N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Cedam, 1992, p. 148 ss.; M. NOBILI, *sub art. 191*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., vol. II, Utet, 1990, p. 409; F. M. GRIFANTINI, *Inutilizzabilità*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, 1993, p. 245 ss.; G. DE GREGORIO, *L'inutilizzabilità*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale*, (diretta da) M. CHIAVARIO – E. MARZADURI, *Le Prove*, t. I, *Le regole generali sulla prova*, coordinato da E. MARZADURI, Utet, 1999, p. 197 ss.

⁵¹ Cass. pen., sez. III, 5 marzo 2015, n. 27118, in *C.E.D. Cass.*, n. 264021, secondo cui i rilievi fotografici riproducenti quanto i funzionari dello Stato o di altri enti pubblici hanno rilevato nel corso di verifiche ispettive o amministrative devono ritenersi prove documentali *ex art. 234 cod. proc. pen.*, acquisibili al fascicolo per il dibattimento, e non invece accertamenti tecnici irripetibili da compiere nel rispetto delle garanzie difensive. Per i diversi orientamenti dottrinali in tema di utilizzo nel processo penale dei verbali degli accertamenti amministrativi, S. CARNEVALE, *sub art. 234*, in *Commentario breve al Codice di procedura penale*, G. ILLUMINATI – L. GIULIANI, 2020, p. 983 ss.

testimonianza indiretta sulle dichiarazioni rese davanti alle autorità amministrative, non reputata vietata ai sensi dell'art. 62 c.p.p.⁵², il quale coprirebbe esclusivamente quanto dichiarato durante il procedimento penale, e non in un momento anteriore o al di fuori di esso, da chi abbia la qualifica di persona sottoposta alle indagini o di imputato⁵³.

Inoltre, la disposizione non risolve il problema dell'utilizzabilità degli atti, inclusi quelli recanti dichiarazioni, compiuti prima che emergano indizi di reato⁵⁴. Si tratta di una questione cruciale ai fini del tema qui trattato, che alcuni hanno proposto di risolvere applicando alle dichiarazioni rese davanti all'autorità amministrativa, in forza del rinvio fatto dall'art. 220 disp. att. c.p.p. alle norme processuali penali di garanzia, l'art. 63 c.p.p.⁵⁵, volto ad impedire che una persona non imputata o non sottoposta alle indagini possa fornire informazioni autoincriminanti all'autorità giudiziaria o alla polizia giudiziaria senza godere dei diritti che gli spetterebbero se avesse assunto la veste formale di imputato o di persona sottoposta alle indagini⁵⁶. Ammesso che una simile estensione fosse possibile o che venisse presa come modello dal legislatore, si porrebbe lo stesso problema evidenziato quanto all'art. 220 disp. att. c.p.p., perché è vero che le dichiarazioni autoindizianti eventualmente rese non sarebbero utilizzabili, ma potrebbero pur sempre fornire degli spunti investigativi alle autorità amministrative o penali.

Si aggiunga che la norma di attuazione copre solo gli «indizi di reato», e non anche gli indizi di illeciti amministrativi sostanzialmente penali, che spesso sussistono fin dalla convocazione in audizione di un soggetto prima dell'apertura di un procedimento sanzionatorio. Questi ultimi rimarrebbero pertanto sforniti di tutela, salvo interpretare in senso convenzionalmente conforme la formula «indizi di reato».

⁵² Sulla disposizione, cfr. E. APRILE, sub *Art. 62*, in *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, (a cura di) G. LATTANZI – E. LUPO, vol. I, Giuffrè, 2020, p. 487 ss.

⁵³ Cass. pen, sez II, 18 febbraio 2000, n. 2755, in *C.E.D. Cass.*, n. 208748; Cass. pen., sez. II, 27 novembre 1998, n. 2108, in *C.E.D. Cass.*, n. 212788.

⁵⁴ R. ORLANDI, *op. cit.*, p. 152 sulla mancata soluzione del problema in generale; p. 174 ss. su una possibile soluzione relativa ai documenti contenenti dichiarazioni dell'imputato. Sostiene che gli accertamenti amministrativi svolti dalla Consob, prima dell'emersione di indizi di reato, siano inutilizzabili nel dibattimento penale, ma utilizzabili nelle indagini preliminari e nell'udienza preliminare M.T.M. RUBERA, *Le indagini della Consob e la loro valenza nel procedimento penale*, in A. DEL VECCHIO – P. SEVERINO, cit., p. 525 ss.

⁵⁵ Sul quale si v. R.E. KOSTORIS, sub *art. 63*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., vol. I, 1989, pp. 320 ss.; E. APRILE, sub *art. 63*, in *Codice di procedura penale. Rassegna*, cit., p. 494 ss.;

⁵⁶ R. ORLANDI, *op. cit.*, p. 177 ss. La soluzione non sarebbe idonea a scongiurare ogni conseguenza sfavorevole per il dichiarante secondo O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, in *Trattato di procedura penale*, (diretto da) G. UBERTIS – G.P. VOENA, Giuffrè, 2004, p. 387 ss. Corte cost, sent. n. 136 del 1995 ha comunque escluso una simile eventualità occupandosi delle dichiarazioni rese dal fallito al curatore. Corte cost. sent. n. 69 del 1984 sembrerebbe invece a favore dell'applicazione dell'art. 63, poiché, nel ritenere infondata la questione di legittimità dell'art. 49 r.d. n. 267 del 1942, in materia di dichiarazioni rese dal fallito al curatore nel corso della procedura fallimentare, ha sostenuto l'applicazione a tali dichiarazioni dell'art. 304, comma 4, c.p.p. del 1930, recante un divieto analogo a quello di cui all'attuale art. 63 c.p.p. Per la tesi secondo cui gli accertamenti amministrativi svolti dalla Consob, prima dell'emersione di indizi di reato, sono inutilizzabili nel dibattimento penale, ma utilizzabili nelle indagini preliminari e nell'udienza preliminare, cfr. M.T.M. RUBERA, *Le indagini della Consob e la loro valenza nel procedimento penale*, in A. DEL VECCHIO – P. SEVERINO, cit., p. 525 ss.

Anche se le criticità finora esposte riguardano indifferentemente le audizioni della Consob e della Banca d'Italia, non si può fare a meno di osservare che, nella vicenda in esame, non si rinviene alcuna di queste considerazioni formulate con specifico riferimento alla seconda delle due autorità. La Banca d'Italia viene nominata solo ogni tanto, di sfuggita, nel riferirsi all'attuale versione dell'art. 187-*quinquiesdecies* T.U.F. che la accosta alla Consob, versione peraltro già in vigore quando è stata sollevata la questione di costituzionalità, benché non applicabile *ratione temporis* al caso *a quo*. Non sembra allora azzardato affermare che le audizioni della Banca d'Italia paiono essere finite nell'orbita della garanzia del *nemo tenetur* in maniera quasi casuale, soltanto perché disposizione dichiarata incostituzionale vigente al momento della pronuncia menziona anche questa autorità, ma senza che vi sia stata una riflessione sull'opportunità del suo coinvolgimento e sulle specificità della sua vigilanza.

3. Le diverse accezioni del *nemo tenetur se detegere*.

Così individuato l'ambito di applicazione del *nemo tenetur se detegere* nella pronuncia della Corte costituzionale, occorre tentare di precisare la portata e il significato di tale garanzia, al fine di chiarire in quale specifica accezione la Corte costituzionale ha parlato di "diritto al silenzio" di colui che debba essere sentito in audizione dalla Consob o dalla Banca d'Italia nell'esercizio della loro attività di vigilanza.

Inteso in senso proprio, il diritto al silenzio, quale garanzia fondamentale per la persona sottoposta alle indagini o imputata, è soltanto una delle possibili declinazioni del *nemo tenetur se detegere*. Secondo una felice tripartizione, nel principio enunciato nel brocardo si può distinguere, seguendo una progressione che vede ampliarsi la garanzia, il diritto a non autoincriminarsi o privilegio contro l'autoincriminazione (*privilege against self-incrimination*), il diritto al silenzio (*right to remain silent*) e il diritto a non essere interrogato (*right not to be questioned*)⁵⁷. Anche se elaborata in un'ottica comparatistica ed evolutiva prendendo come riferimento i sistemi di *common law*⁵⁸, la classificazione si presta ad essere trasposta nel nostro procedimento penale, in cui mostra la sua attualità grazie ai riscontri normativi individuabili.

Mentre il privilegio contro l'autoincriminazione costituisce una prerogativa del testimone, ancor prima che dell'imputato, configurandosi quale eccezione all'obbligo di

⁵⁷ E. AMODIO, *Diritto al silenzio o dovere di collaborazione? A proposito dell'interrogatorio dell'imputato in un libro recente*, in *Riv. proc. pen.*, 1974, p. 412. Riprende la classificazione V. PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Giappichelli, 2006, p. 2 ss.

⁵⁸ In letteratura si ritiene che, che nel procedimento penale di *common law*, la transizione dal più assoluto *right not to be questioned* alla regola della deposizione testimoniale volontaria dell'imputato (il quale è *competent, but non compellable witness*), sia stata determinata dalla necessità di introdurre le conoscenze relative a fatti favorevoli all'accusato, altrimenti precluse, ma con permanenza del *privilege against self-incrimination* nella fase di polizia. Si v. E. AMODIO, *Diritto al silenzio*, cit., p. 413 ss. Sul silenzio nel sistema americano, si v. G. GALLUCCIO MEZIO, *Diritto e procedura penale degli enti negli U.S.A.*, Wolters Kluwer, 2018, p. 109 ss.; nel sistema inglese, V. PATANÈ, *op. cit.*, p. 273 ss.

deporre e di rispondere secondo verità (art. 198, comma 2, c.p.p.), il diritto a non essere interrogato è prerogativa esclusiva dell'imputato che si trovi nel dibattimento, stante la volontarietà dell'esame delle parti (art. 209 c.p.p.), salvo comunque il privilegio contro l'autoincriminazione quando si acconsenta all'esame (l'art. 210 c.p.p. rinvia all'art. 198, comma 2, c.p.p.)⁵⁹. Diversamente, non è possibile sottrarsi all'interrogatorio quando disposto su iniziativa del pubblico ministero o del giudice durante le indagini, a fini investigativi o cautelari, o durante l'udienza preliminare, ma la persona sottoposta alle indagini o accusata «ha la facoltà di non rispondere ad alcuna domanda», vale a dire di restare in silenzio (art. 64, comma 3, lett. b c.p.p.)⁶⁰.

Il diritto al silenzio vero e proprio è una garanzia tipica dell'imputato e della persona sottoposta alle indagini, e, benché lo comprenda, va oltre il privilegio contro l'autoincriminazione, esprimendosi nell'assenza di obblighi di collaborazione dichiarativi in capo al soggetto accusato o indagato.

Ciò significa, in primo luogo, che la persona *non deve* collaborare con l'autorità procedente, non solo nel senso che *non è obbligata* a cooperare all'accertamento penale, avendo, in virtù del diritto di difesa, il diritto «di tacere e di mentire»⁶¹, ma altresì nel senso che *non può essere obbligata* a collaborare con l'autorità, risultando vietata ogni forma di coartazione della volontà della persona, in nome della tutela della libertà morale dell'individuo⁶² e della sua dignità⁶³. Al contempo, negare la sussistenza di obblighi di dichiarazione in capo all'imputato o all'indagato significa che all'eventuale scelta difensiva di non cooperare con l'autorità non possono seguire conseguenze sfavorevoli per lo stesso, poiché la minaccia di simili conseguenze potrebbe limitare la sua intangibile libertà morale. Il contegno dell'accusato non può dunque essere

⁵⁹ Tuttavia, il diritto al silenzio dell'imputato nel dibattimento è minato da almeno due previsioni.

In primo luogo, l'art. 209, comma 2 prevede la verbalizzazione del rifiuto di rispondere alle domande, così alimentando interpretazioni divergenti sulla pienezza del diritto al silenzio e favorendo l'uso del silenzio a fini probatori. Nel senso di un pieno diritto al silenzio, cfr. R. ORLANDI, sub *Art. 209*, in *Commento al nuovo codice*, cit., vol. II, 1990, p. 503.

Inoltre, l'art. 513 consente il recupero mediante lettura, su richiesta di parte, delle dichiarazioni rese nella fase preliminare dall'imputato il cui esame dibattimentale, dopo essere stato previamente ammesso, non abbia luogo a causa dell'assenza o del rifiuto di sottoporvisi dell'imputato. Per l'opinione critica, da condividere, della disposizione, cfr. G. UBERTIS, *Giudizio di primo grado (disciplina del) nel diritto processuale penale*, in *Dir. Disc. Pen.*, V, Utet, 1991, p. 536. Per ulteriori riflessioni al riguardo v. M.L. DI BITONTO, *Esame dibattimentale e garanzie difensive dell'imputato*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 4348 ss.

⁶⁰ La disposizione è riferita alla persona sottoposta alle indagini e dunque non è estensibile all'imputato in virtù dell'art. 61 c.p.p., ma viene espressamente richiamata in molte altre norme sull'interrogatorio (artt. 289, comma 2, 294, comma 4 350, 388, 421, comma 2, 422, comma 4 c.p.p.). In argomento v., più specificamente, M.L. DI BITONTO, *Esame dibattimentale*, cit., p. 4357 ss.

⁶¹ F. CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., Giuffrè, 1987, p. 226.

⁶² M.L. DI BITONTO, *Le dichiarazioni dell'imputato*, in *Giur. it.*, 2017, p. 2002; E. AMODIO, *Diritto al silenzio*, cit., p. 411; più in generale, ritiene che i diritti processuali dell'imputato debbano essere ancorati alla libertà morale G. VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale*, in AA.VV., *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, II, Giappichelli, p. 1960, p. 1674 ss.

⁶³ V. GREVI, «Nemo tenetur se detegere». *Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Giuffrè, 1972, p. 9, secondo cui pretendere che l'imputato divenga accusatore di se stesso offende la dignità umana.

considerato a fini probatori o a qualsiasi altro fine processuale⁶⁴, interpretando la scelta di rimanere in silenzio come un elemento che depone per la sua colpevolezza in ordine ai fatti contestati. Ciò vale anche quando vi sia un quadro indiziario o probatorio estremamente sfavorevole, al ricorrere del quale alcuni pretenderebbero che l'accusato tentasse di negare la propria responsabilità o, almeno, di dare una spiegazione alternativa dei fatti⁶⁵. Parimenti, a rigore, quanto eventualmente dichiarato dall'imputato dovrebbe venire valutato a fini probatori o ai diversi fini procedurali, e non ignorato⁶⁶, sebbene non sfugga la problematicità del valore delle dichiarazioni dell'accusato, ancor più se spontanee, tanto a contenuto confessorio quanto a propria discolpa, specialmente alla luce della facoltà dell'imputato di dichiarare il falso⁶⁷.

Oltre alle specifiche accezioni enucleate, più in generale, la garanzia del *nemo tenetur se detegere* potrebbe essere dilatata fino a ricomprendervi qualsiasi comportamento⁶⁸, così giustificando l'omessa collaborazione con l'autorità mediante il compimento dei gesti più vari, tra i quali potrebbe essere fatta rientrare persino la consegna di documenti o delle *password* di accesso ai propri dispositivi elettronici⁶⁹.

Non è agevole individuare l'espressione del *nemo tenetur* cui poter ricondurre tale amplissima declinazione, data l'ambiguità e la polivalenza del brocardo, nonché la variabilità del punto di partenza adottato nei diversi ordinamenti per scomporre la garanzia.

Ad esempio, nel contesto statunitense, in cui la Costituzione sancisce il privilegio contro l'autoincriminazione, è dal portato del V Emendamento che si fa discendere il

⁶⁴ Ad esempio, l'art. 274, comma 1, lett. a) c.p.p. esclude che le situazioni di concreto ed attuale pericolo che integrano un'esigenza cautelare possano essere individuate nel rifiuto della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato di rendere dichiarazioni o nella mancata ammissione degli addebiti.

⁶⁵ In argomento, L. CARBONI, *La valutazione probatoria del silenzio: critiche e prospettive*, commento a Cass. pen., sez. II, 21 dicembre 2017, n. 57152, in *Processo penale e giustizia*, 2018, p. 922 ss. Per la giurisprudenza di legittimità, cfr. Cass. pen., sez. III, 19 settembre 2019, n. 43254, in *C.E.D. Cass.*, n. 277259; Cass. pen., sez. VI, 19 giugno 2019, n. 28008, *C.E.D. Cass.*, n. 276381; Cass. pen., Cass., sez. II, 28 gennaio 2015, n. 6348, in *C.E.D. Cass.*, n. 262617; Cass., sez. II, 21 aprile 2010, n. 22651, in *C.E.D. Cass.*, n. 247426; Cass., sez. V, 14 febbraio 2006, n. 12182, in *C.E.D. Cass.*, n. 233903; Cass., sez. V, 21 dicembre 1988, n. 2335, in *C.E.D. Cass.*, n. 180527; Cass., sez. II, 1° marzo 2017, n. 16563, in *C.E.D. Cass.*, n. 269507; Cass., sez. I, 26 ottobre 2011, n. 2653, in *C.E.D. Cass.*, n. 251828; Cass., sez. IV, 9 febbraio 1996, n. 3241, in *C.E.D. Cass.*, n. 204546.; *contra* Cass., sez. III, 19 gennaio 2010, n. 9239, in *C.E.D. Cass.*, n. 246233; Cass., sez. V, 22 dicembre 1998, n. 2337, in *C.E.D. Cass.*, n. 212618.

⁶⁶ M.L. DI BITONTO, *Le dichiarazioni dell'imputato*, cit., p. 2004.

⁶⁷ Il valore da attribuire alle dichiarazioni dell'indagato o dell'accusato dipende tutto dal libero, ma necessariamente scrupoloso, apprezzamento del giudice, su cui M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento*, Giuffrè, 1974. Sul valore delle dichiarazioni spontanee rese in dibattimento ex art. 494 c.p.p., cfr. E. AMODIO, [Un link azzardato: dichiarazioni spontanee ed esame dell'imputato](#), in questa *Rivista*, 26 gennaio 2021; volendo, I. SFORZA, sub Art. 494, in *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, cit., vol. IV, p. 671 ss.

⁶⁸ A. CAMON, *Il diritto di difesa*, in *La disciplina costituzionale*, in AA.VV. *Fondamenti di procedura penale*, III ed., Wolters Kluwer, 2021, p. 136, in cui si dà conto del fatto che il *nemo tenetur se detegere* è arbitrariamente circoscritto da una parte della dottrina alle sole dichiarazioni, potendosi invece estrarre dal principio un più ampio diritto di "resistenza".

⁶⁹ F.N. RICOTTA, *Obblighi di collaborazione con l'autorità giudiziaria nella decrittazione dei dispositivi informatici e privilegio contro l'auto-incriminazione*, in *Cass. pen.*, in corso di pubblicazione.

diritto al silenzio, nella sua dimensione dichiarativa e, a certe stringenti condizioni, anche in quella documentale⁷⁰.

Diversi invece i punti di riferimento nel nostro ordinamento, tra i quali spicca il diritto di difesa sancito dall'art. 24, comma 2, Cost., ma al quale si affiancano ulteriori principi costituzionali, peraltro tralasciati del tutto nell'ordinanza n. 117 del 2019, che parrebbe allora aver svolto una ricostruzione parziale del principio del *nemo tenetur*. È infatti opinione diffusa e condivisibile che il principio sia ancorato altresì alle seguenti disposizioni⁷¹: l'art. 27, comma 2, Cost. sulla presunzione di innocenza, da cui deriva che l'onere di provare la colpevolezza dell'imputato oltre ogni ragionevole dubbio grava tutto in capo al pubblico ministero, con dispensa dell'accusato dal dover dimostrare alcunché⁷²; l'art. 13 Cost., che tutela la libertà personale, fisica e morale, e punisce ogni forma di violenza; l'art. 2 Cost. e l'inviolabilità della dignità dell'uomo dallo stesso consacrata, che verrebbe intaccata se si pretendesse che l'imputato diventasse il proprio accusatore; l'art. 111 sul giusto processo, anche se alcuni hanno discutibilmente sostenuto che il principio del contraddittorio nella formazione della prova di cui al comma 4 imporrebbe una riduzione del silenzio⁷³.

Volendo comunque cercare di inquadrare l'ultima ampia accezione nelle categorie del *nemo tenetur* individuate, si potrebbe pensare al diritto al silenzio, in quanto costituente l'espressione più piena della massima. Una garanzia che travalica le frontiere del mero silenzio, verrebbe da dire, per sconfinare nell'area dei comportamenti materiali non dichiarativi.

Resta da capire a quale volto del *nemo tenetur* fanno riferimento le pronunce relative al caso *D.B. c. Consob*, che testualmente contemplan il "diritto al silenzio", ma che, attraverso la dichiarazione della parziale incostituzionalità dell'art. 187-*quinquiesdecies* T.U.F., permettono alle persone fisiche al cospetto della Consob e della Banca d'Italia di non fornire risposte sulla base delle quali potrebbero incorrere in una responsabilità amministrativa sostanzialmente penale o in una responsabilità penale in senso stretto.

Di certo è da escludere che si tratti del silenzio nella sua accezione più ampia da ultimo individuata, perché, già nell'ordinanza n. 119 del 2017, la Corte costituzionale ha espressamente circoscritto la garanzia al solo rifiuto di rispondere alle autorità in sede di audizione, escludendo che la stessa possa essere posta alla base del rifiuto di presentarsi alla convocata audizione o del ritardo nel recarvisi.

Sembrerebbe doversi escludere anche la mancata collaborazione mediante omessa ostensione della documentazione richiesta. Eppure, è proprio questa dimensione del *nemo tenetur* che avrebbe il maggiore impatto garantista per le persone convocate in audizione e poi eventualmente sottoposte a procedimento sanzionatorio, considerato

⁷⁰ G. GALLUCCIO MEZIO, *op. cit.*, p. 111 ss.

⁷¹ M.L. Di BITONTO, *Le dichiarazioni dell'imputato*, cit., p. 2002.

⁷² G. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, Zanichelli, 1979, p. 191.

⁷³ In particolare, degli imputati in procedimenti connessi o collegati che abbiano in precedenza reso dichiarazioni sui fatti concernenti altri imputati. Per i termini del dibattito, si v. M.L. Di BITONTO, *Le dichiarazioni dell'imputato*, cit., p. 2003, fermamente contraria a una simile insinuazione.

che il documento costituisce la principale fonte di prova di eventuali illeciti, dato l'elevato tecnicismo delle attività vigilate e la natura delle violazioni previste nel T.U.F. e nel T.U.B. o dalle altre disposizioni rilevanti. Si noti però che, nella pratica applicativa dell'art. 187-*quinquiesdecies* T.U.F., solo in due casi su tredici sono stati sanzionati comportamenti di mancata collaborazione con le autorità di vigilanza consistenti nel rifiuto di consegnare la documentazione richiesta⁷⁴.

Tantomeno può parlarsi di un *right not to be questioned*, scartato dalla Corte costituzionale nell'escludere la legittimità del rifiuto a sottoporsi all'audizione, anche se, a ben guardare, sembra possibile scorgere tale diritto nel corso dei procedimenti sanzionatori. Come anticipato, infatti, tanto nei procedimenti Consob quanto in quelli Banca d'Italia, una volta avviate le procedure sanzionatorie mediante l'atto di contestazione dell'addebito, le audizioni avvengono solo su richiesta dei destinatari delle contestazioni, così assumendo una finalità spiccatamente difensiva, e non investigativa, come avviene invece nella fase pre-procedimentale⁷⁵.

Non sembra neppure che il diritto in esame sia un diritto al silenzio inteso nel senso tradizionale, quale possibilità di rifiutarsi di dialogare con l'autorità non rispondendo alle sue domande, indipendentemente dalla portata a sé favorevole o sfavorevole delle possibili risposte, per la sola ragione che a persona imputata o indagata non è tenuta a collaborare all'accertamento della propria responsabilità. Questo anche perché dalla lettura delle pronunce non pare che il giudice delle leggi abbia inteso ricomprendere nella riconosciuta garanzia la possibilità di mentire, propria del diritto al silenzio, che pure inciderebbe sull'irrogazione di sanzioni ex art. 187-*quinquiesdecies*, in diversi casi applicate a chi avesse fornito informazioni false in sede di audizione⁷⁶.

Quello enunciato dalla Corte costituzionale parrebbe allora un privilegio contro l'autoincriminazione, connotato peraltro da una dimensione eminentemente dichiarativa. Depone in tal senso anche il contesto peculiare in cui si colloca il *nemo tenetur*, caratterizzato dagli obblighi informativi che costellano il T.U.F. e il T.U.B., obblighi che rientrano nella vigilanza informativa e per la cui violazione sono previste sanzioni pecuniarie e accessorie interdittive anche molto incisive. In presenza di doveri di collaborazione e di verità, il silenzio non può che costituire un'eccezione, al pari di quanto avviene per il testimone, al quale il convocato in audizione parrebbe poter essere affiancato, poiché chiamato, ai sensi dell'art. 187-*octies*, comma 3, T.U.F., e 145 T.U.B., in qualità di soggetto «che possa essere informato sui fatti»⁷⁷.

⁷⁴ Delibere Consob n. 17568/2010 e n. 18981/2014.

⁷⁵ Depone a favore di tale affermazione anche la rubrica «diritto di difesa» dell'art. 5 del Regolamento Consob in cui è inserita la facoltà di chiedere di essere sentiti in audizione.

⁷⁶ Delibere Consob n. 16212/2007, n. 18024/2011 e n. 18934/2014.

⁷⁷ Non convincente l'omologazione del soggetto richiesto di fornire informazioni davanti alle autorità amministrative alla figura del testimone, sulla quale si fondava il mancato riconoscimento della titolarità del silenzio, invece che all'indagato, secondo A. VITALE, *La raccolta di dichiarazioni nell'accertamento delle violazioni finanziarie*, in A. DEL VECCHIO – P. SEVERINO, cit., p. 517.

4. Verso un contenimento del silenzio?

Il *nemo tenetur se detegere*, quale fondamentale corollario del diritto di difesa, può insomma essere invocato dalle persone fisiche nelle audizioni davanti alla Consob e alla Banca d'Italia, evitando così il rischio di autoincriminarsi in procedimenti amministrativi sanzionatori sostanzialmente penali o propriamente penali, dietro la minaccia della sanzione per la mancata collaborazione con le autorità di vigilanza prevista dall'art. 187-*quinquiesdecies* T.U.F. dichiarato parzialmente incostituzionale.

Come non salutare con favore un simile approdo, che importa uno dei cardini del "garantismo accusatorio" in un contesto temibile, disseminato di sanzioni amministrative e penali, come quello della vigilanza dei mercati finanziari e bancari in cui operano la Banca d'Italia e la Consob?

Eppure, considerato nel contesto della vigilanza amministrativa, il principio del *nemo tenetur* può apparire meno allettante di quanto non sembri ad un primo sguardo.

Se è difficile negare che fosse necessario riconoscere espressamente la garanzia, non è affatto agevole stabilire quale sia il sufficiente grado di tutela del *nemo tenetur*.

Quanto alla necessità dell'intervento della Corte costituzionale, essa deriva dalla già vista inadeguatezza del filtro rappresentato dall'art. 220 disp. att. c.p.p., nonché dal generico rinvio alla «osservanza delle disposizioni del codice» contenuto nella norma di attuazione. Questa formula lascia infatti residuare incertezze sulle garanzie da rispettare, mentre con la pronuncia di incostituzionalità n. 84 del 2021 si è almeno chiarito che non si può prescindere dalla tutela del *nemo tenetur*.

Quanto invece al profilo concernente l'ampiezza della protezione da accordare al dichiarante, sarà arduo trovare il giusto punto di equilibrio e predisporre dei meccanismi che tutelino il deponente in modo proporzionato.

Da una parte, il mero privilegio contro l'autoincriminazione con dimensione esclusivamente dichiarativa, che pare essere stato sancito dalla Corte costituzionale, potrebbe rivelarsi una tutela troppo blanda.

Dall'altra, riconoscere l'assenza di qualsiasi obbligo di collaborazione, recependo la forma più piena di protezione del *nemo tenetur*, che merita di essere accolta nel procedimento penale, potrebbe tutelare il soggetto convocato in audizione in misura eccessiva, compromettendo alla base l'intera architettura della vigilanza. Si deve infatti tenere a mente un dato fondamentale: i sistemi di vigilanza bancaria e finanziaria sono incentrati sulla trasparenza e sullo scambio di informazioni, che si traducono in una serie di obblighi informativi e di ostensione documentale.

È pur vero che le autorità sono dotate di poteri di indagine molto pervasivi, come quelli di vigilanza ispettiva o quelli riconosciuti alla Consob – ma non alla Banca d'Italia, se non nel limitato caso di cui all'art. 4-*ter*, comma 7, T.U.F. – dall'art. 187-*octies* T.U.F., che probabilmente permetterebbero di ovviare al sacrificio dell'accertamento imposto dal rispetto del diritto di difesa.

Tuttavia, non si può escludere che la pronuncia della Corte costituzionale sull'art. 187-*quinquiesdecies* T.U.F. porterà a mettere in discussione le sanzioni previste per gli

illeciti di omesse informazioni, che costituiscono un tassello imprescindibile dei sistemi di controllo dei mercati bancari e finanziari⁷⁸.

A fronte di un quadro di questo genere, occorrerebbe forse ridimensionare l'entusiasmo per un approdo tanto atteso, ma giunto in un momento in cui la vigilanza si è ormai sviluppata al punto da aver assunto una fisionomia integrata ed europea⁷⁹, con il fine precipuo di prevenire il cattivo funzionamento dei mercati bancari e finanziari e riservandosi di sanzionare gli autori di eventuali illeciti solo una volta fallito l'obiettivo della prevenzione.

Trovare delle soluzioni alle criticità sinora evidenziate spetterà al legislatore, che dovrà disegnare lo statuto del *nemo tenetur se detegere* nelle audizioni Consob e Banca d'Italia all'esito di un bilanciamento tra le esigenze della difesa e quelle di tutela del mercato bancario e finanziario⁸⁰.

⁷⁸ Già a seguito della sentenza *Grande Stevens c. Italia*, paventava che il riconoscimento del diritto al silenzio che sarebbe potuto derivare dall'estensione delle garanzie di cui all'art. 6 CEDU ai procedimenti amministrativi "punitivi potesse mettere a repentaglio la tenuta dell'art. 187-*quinquiesdecies* T.U.F., dell'art. 170-bis T.U.F. e dell'art. 2638 c.c. A. VITALE, *op. cit.*, p. 518.

⁷⁹ Per quanto riguarda la vigilanza bancaria, la Banca d'Italia è parte integrante del Sistema europeo di banche centrali (SEBC) e del Meccanismo di vigilanza unico (MVU) sugli enti creditizi dell'area europea, affidato alla BCE. In ambito finanziario, a partire dal 1° gennaio 2011 è operativo il Sistema europeo di vigilanza finanziaria (SEVIF), composto dal Comitato europeo per il rischio sistemico (CERS), da tre autorità europee di vigilanza con competenze distinte per settore di intermediazione (ABE, EIOPA ed ESMA), da un organismo di coordinamento per le materie che interessano più settori e dalle autorità di vigilanza nazionali (Consob e Banca d'Italia). Cfr. F. ANNUNZIATA, *op. cit.*, p. 33 ss.

⁸⁰ Le istanze della difesa, da una parte, e della tutela del mercato pubblico e del risparmio di cui all'art. 47 Cost., dall'altra, sono state invocate nel corso della vicenda *D. B. c. Consob*, rispettivamente, dal destinatario delle sanzioni (Corte cost. n. 84 del 2021, punto 11.2 del Ritenuto in fatto) e dall'Avvocatura dello Stato (Corte cost. n. 84 del 2021, punto 10.2, § 3-4 del Ritenuto in fatto). Tali esigenze contrastanti sono state evidenziate anche durante la Relazione della Consob sull'anno 2020, nella quale il Presidente dell'autorità ha espresso apprensione per l'intralcio che gli illustrati approdi giurisprudenziali possono rappresentare per l'attività di supervisione che la Consob e le altre autorità sono chiamate a svolgere e ha voluto specificare che «le sentenze non riducono però l'obbligo per gli operatori di rendere le informazioni al mercato» ([Incontro annuale con il mercato finanziario, Discorso del Presidente Prof. Paolo Savona](#), Roma, 14 giugno 2021, p. 13).