

## AUDIZIONI CONSOB E BANCA D'ITALIA E DIRITTO AL SILENZIO

### 1. Premessa sul caso Consob

Il *nemo tenetur se detegere*, che è il pilastro dell'autodifesa penale nel moderno garantismo processuale accusatorio, è di recente venuto in considerazione in un contesto diverso da quello del procedimento penale in cui si è soliti vederlo operare. Con ordinanza del 16 febbraio 2018 della Corte di cassazione, 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, contesta un abuso di informazioni privilegiate. La questione di costituzionalità si inserisce in una vicenda che trae origine da un procedimento sanzionatorio condotto dalla Consob avente a 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 e 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. 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 rivoltegli. 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.

Con ordinanza n. 117 del 2019, la Corte costituzionale ha dapprima ricostruito il diritto al silenzio quale garanzia caratterizzata da una tutela multilivello 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. 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 privilegiate, 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 menzionato. La garanzia, finalizzata a proteggere l'accusato da indebite pressioni dell'autorità procedente finalizzate a provocarne la confessione, viene inoltre collegata alla presunzione di innocenza di cui al § 2 della medesima disposizione. 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 e ha riscontrato una violazione della disposizione convenzionale sull'equo processo.

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 europea. 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 Commissione. 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. 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 eurounitario.

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 2019. L'antinomia vedeva contrapporsi, da un lato, le disposizioni del diritto secondario dell'Unione 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 dalla 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 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. 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 anni. 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 leggi ha inoltre precisato che tali modalità non devono risultare necessariamente coincidenti con quelle che vigono nell'ambito del procedimento e del processo penale.

## 2. Oltre gli abusi di mercato

Perché si possa iniziare a 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'Italia. 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, 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. 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 illecito. 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.

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 segua 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 costituzionale. 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 volontaria, 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 indipendenti specificamente tutelata dall'art. 187-quinquiesdecies dichiarato incostituzionale in parte qua. La disposizione, introdotta nel Testo Unico dall'art. 9, 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 delineare.

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. 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 Unico, 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.

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 esame, 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 a 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 punitive, 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 CEDU. Tale qualificazione è ormai pacifica per quanto riguarda gli abusi di mercato, che proprio per questo motivo costituiscono gli illeciti amministrativi più intensamente interessati dalle pronunce relative all'estensione delle garanzie penali sostanziali e processuali.

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 edu, 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. 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 mercato, 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 ministero.

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 processuali. Lo stesso vale per tutti gli illeciti e i procedimenti di competenza di Banca d'Italia 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 e introducendo per le persone fisiche sanzioni accessorie interdittive. 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, a 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'impresa eventualmente coinvolta 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 penali. Risulta insufficiente a 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 penale. 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, non ne esclude un impiego improprio, informale, indiretto, nel procedimento penale. Infatti, le dichiarazioni 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 a essere utilizzati nel successivo processo penale contro l'autore della condotta, e possono pertanto contribuire almeno indirettamente a determinare la sua futura responsabilità penale. A ben vedere, il problema non sembra annidarsi tanto nell'intrinseca insufficienza della sanzione dell'inutilizzabilità 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. Parimenti, si ammette la testimonianza indiretta sulle dichiarazioni rese davanti alle autorità amministrative, non reputata vietata ai sensi dell'art. 62 c.p.p., 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 imputato. Inoltre, la disposizione non risolve il problema dell'utilizzabilità degli atti, inclusi quelli recanti dichiarazioni, compiuti prima che emergano indizi di reato. 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., volto a 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 indagini. 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.

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. 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 a 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 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 finanziari. 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 europea, 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 finanziario.

2 marzo 2022

A cura di Avv. Bruna Capparelli