

Corte di Cassazione, Sez. V pen., sentenza 17 marzo 2023,
n. 11459

Pres. R. Catena – Rel. R. Sessa

Le dichiarazioni rese al curatore fallimentare, in quanto acquisite al di fuori del procedimento penale, non sono soggette alle norme del codice di procedura penale. Si esclude, quindi, l'operatività del diritto al silenzio in funzione delle dichiarazioni rilasciate al curatore della liquidazione giudiziale, utilizzabili come materiale probatorio preconstituito nel successivo procedimento penale per il reato di bancarotta (1).

(1) Diritto al silenzio e procedure di liquidazione giudiziale, tra riconoscimenti europei e resistenze operative.

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Il ruolo del curatore fallimentare; evoluzioni e ricadute giurisprudenziali. — 2.1. Il contenuto ibrido della relazione del curatore fallimentare ex art. 130, comma 4, CCII. — 3. Presidi di tutela dello *ius tacendi* tra fonti costituzionali e sovranazionali. — 4. Il diritto al silenzio nella pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea e nel giudizio della Corte costituzionale. — 5. Le interpretazioni del giudice di legittimità, tra “idoli” della procedura e vecchi criteri interpretativi.

1. Premessa.

La sentenza in commento respinge l'operatività del diritto al silenzio nell'ambito delle procedure di liquidazione giudiziale, sostenendo che le dichiarazioni rese al curatore fallimentare siano utilizzabili nel successivo procedimento penale di bancarotta, non potendo opporsi il principio difensivo del *nemo tenetur se*

detegere.

Nel merito, si afferma che la disciplina prevista dal codice di rito sul diritto a non autoincriminarsi operi limitatamente al procedimento penale e alle procedure amministrative di stampo punitivo; e pertanto si ritiene che anche le relative garanzie probatorie non siano estensibili a qualsiasi procedimento extrapenale. Ed infatti, le dichiarazioni rese in quest'ultimo, ad avviso della Corte, non saranno «utilizzabil(i) ai fini punitivi ove ottenut(e) mediante costrizione (e ciò a prescindere dalla ricorrenza dei presupposti per la operatività dello statuto penale delle garanzie)» (1).

La pronuncia scinde, quindi, il profilo delle ripercussioni processual-penalistiche che possono derivare a chi rilasci dichiarazioni in altra sede procedimentale, da quello relativo alle modalità con le quali esse sono ottenute. Soltanto l'eventuale uso di una coercizione concretizza una lesione dell'essenza del diritto al silenzio; per contro, il solo fatto che le dichiarazioni possano avere un risvolto penale non è idoneo a far scattare la tutela dello *ius tacendi*.

Deve trattarsi, tra l'altro, non di una qualsiasi coartazione volta a rompere il silenzio serbato, bensì di una modalità che sia tale da minare realmente la scelta locutoria, poiché «solo una modalità imperiosa che ne pretenda l'ottenimento dietro, ad esempio, la minaccia di una sanzione in caso di reticenza, è suscettibile di intaccare l'essenza del diritto al silenzio [...]» (2).

Conclusione, questa, che viene raggiunta pur nella consapevolezza delle prese di posizione intervenute con sentenza sia della Corte di giustizia dell'Unione europea, sia del giudice delle leggi (3), tendenti a fortificare la logica operativa del diritto a non collaborare, attraverso una lettura che ne permetta l'estensione ap-

(1) Punto 2.1.3.c) della sentenza in commento.

(2) Punto 2.1.3.b) della sentenza in commento.

(3) Si fa riferimento alle già note, Corte giust. UE, Sed. Plen., 2 febbraio 2021, *D.B. c. Consob*, c-481/19, in <https://curia.europa.eu/juris/document/>; Corte cost., sent. 30 aprile 2021, n. 84, in <https://www.cortecostituzionale.it/>.

plicativa anche in procedimenti extrapenali che inevitabilmente si ripercuotono su quello penale; la sentenza commentata non si mostra sensibile a questa nuova presa di coscienza, amputando in tal modo il perimetro del principio di diritto espresso.

Il giudice nomofilattico, infatti, ritiene che tali problematiche esulino dall'ambito di operatività della procedura di liquidazione giudiziale, che considera del tutto estranea tanto alle dinamiche penalistiche quanto a quelle amministrative. Facendo leva sulle diverse funzioni e finalità proprie dei procedimenti penali, amministrativi e fallimentari, la pronuncia individua nel controllo sulla gestione del patrimonio dell'imprenditore-fallito e sulla soddisfazione delle ragioni creditorie la *ratio* dell'investigazione finalizzata alla liquidazione giudiziale, che non riguarda invece indagini volte all'accertamento di illeciti — amministrativi o penali — il cui espletamento impone il confronto obbligato con la disposizione di cui all'art. 220 disp. att. c.p.p.; norma, questa, a cui si nega operatività nell'ambito fallimentare.

In tale contesto la sentenza delinea il ruolo del curatore, che non svolge attività d'ispezione amministrativa né di tipo inquirente propria della polizia giudiziaria ma, piuttosto, tramite la relazione di cui all'art. 33 l. fall. (ora art. 130, Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza ⁽⁴⁾) è preposto ad accertare la consistenza del patrimonio dell'imprenditore-fallito ed a provvedere

(4) La riforma in ambito d'impresa e fallimento di cui al d.lgs. del 12 gennaio 2019, n. 14 è entrata in vigore il 15 luglio 2022, a seguito di modifica attuata con d.l. n. 36 del 30 aprile 2022, (salvo gli artt. 27, comma 1, 350, 356, 357, 359, 363, 364, 366, 375, 377, 378, 379, 385, 386, 387 e 388 d.lgs. n. 14/2019 che sono entrati in vigore il 16 marzo 2019). Con tale novella legislativa il legislatore modifica il titolo della procedura, sostituendo il termine "fallimento" con "liquidazione giudiziale" sotto un profilo non solo lessicale, dal momento che vuole riscattare la mancata riuscita dell'attività imprenditoriale dal consolidato stigma che l'accompagna assoggettando «un evento che può interessare un'attività intrinsecamente connotata dal rischio economico» a considerazioni che si limitano esclusivamente ad un giudizio d'incapacità imprenditoriale o di attività eseguita in frode alla legge. Così apporta una nuova definizione della procedura fallimentare che «muove dal presupposto che il fallimento ha perso negli anni la sua connotazione di strumento volto essenzialmente ad espellere dal mercato l'imprenditore insolvente, gravato anche dal marchio della colpevole incapacità di corretta gestione degli affari», come si legge nell'art. 121 del Titolo V, Capo I, Sez. I della *Relazione illustrativa* al decreto legislativo.

alla sua ricostruzione.

Il principio di diritto enunciato ammette, dunque, che le dichiarazioni rese al curatore della liquidazione giudiziale in assenza delle garanzie sullo *ius tacendi* siano utilizzabili nel conseguente procedimento penale di bancarotta, dal momento che il complesso di valori che compongono il diritto al silenzio è esclusivo appannaggio del procedimento penale e del procedimento amministrativo quando siano irrogabili sanzioni assimilabili a quelle penali per afflittività.

Non è controvertibile che si tratti di un tema di fondamentale importanza nel nostro ordinamento, nonché presidio di diritti che orbitano nella sfera del giusto processo ⁽⁵⁾. E nonostante con esso si voglia cristallizzare un modello di garanzia imprescindibile nello schema di accertamento processual-penalistico ⁽⁶⁾, il suo

(5) Si vuole fare riferimento al principio di eguaglianza *ex art.* 3 Cost., al diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost., all'art. 27 Cost. sulla presunzione di non colpevolezza ed ai principi di legalità, ragionevole durata del processo e contraddittorio nella formazione della prova contenuti nella nozione di giusto processo cui fa riferimento l'art. 111 Cost. Sul tema si voglia confrontare, tra tanti, A. CERRI, *Spunti in tema di eguaglianza e di giusto processo a proposito di una (non condivisa) sentenza della Corte costituzionale sul regime delle notifiche in ipotesi del litisconsorzio nelle fasi di gravame*, in *Giur. cost.*, I, 1988, 725-729. Per una articolata rassegna della dottrina e della giurisprudenza costituzionale, M. CECCHETTI, voce *Giusto processo (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, vol. V, Milano, 2001, 595 ss.; E. AMODIO, *Giusto processo, procès équitable e fair trial: la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa*, in E. AMODIO, *Processo penale, diritto europeo e common law, dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano, 2003, 141; P. FERRUA, *Il 'giusto processo' in Costituzione. Rischio contraddizione sul neo-contraddittorio*, in *Dir. e giust.*, 2000, 1, 5. Per l'individuazione di un modello internazionale del giusto processo, L.P. COMOGLIO, *I modelli di garanzia costituzionale del processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 689.

(6) Per un approfondimento della materia cfr., C. CONTI, *L'imputato nel procedimento connesso. Diritto al silenzio e obbligo di verità*, Padova, 2003, 225 ss.; V. PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Torino, 2006, 3, 13 e 77-78 ss.; G. ILLUMINATI, *Nemo tenetur se detegere: il pilastro dell'autodifesa nel pensiero di Vittorio Grevi*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1258; L. MARAFIOTI, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, Torino, 2000, 6 ss. Si veda anche, in giurisprudenza, C. cost., ord. 20 novembre 2002, n. 485/2002, in <https://giurcost.org/>, punto 7 del *Considerato che*, che, in ordine agli artt. 197, 197 bis e 210 c.p.p., ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale nella parte in cui riconoscono il diritto al silenzio dell'imputato c.d. connesso che abbia reso dichiarazioni *erga alios* nel corso delle indagini preliminari. La Corte ha ritenuto non sorgesse un contrasto con gli artt. 3 e 111 Cost. dato che è «frutto delle scelte discrezio-

avanzamento applicativo ha trovato, ed è chiaro che trova tutt'ora, ostacoli di forma e resistenze interpretative.

2. Il ruolo del curatore fallimentare; evoluzioni e ricadute giurisprudenziali.

La presa di posizione giurisprudenziale non sembra cogliere che le decisioni della Corte di giustizia e della Corte costituzionale impongono un nuovo criterio esegetico per la risoluzione del problema dell'operatività del diritto al silenzio nelle procedure extrapenali. Prima di entrare nel dettaglio di tale tema, occorre evidenziare come lo *ius tacendi*, in ambito fallimentare, sia stato caratterizzato da alterne fortune.

Confrontandosi, infatti, con le risposte giurisprudenziali ricevute sino ad oggi, si è riscontrato, in un primo momento, un atteggiamento favorevole a sanzionare con l'inutilizzabilità le dichiarazioni rese dal fallito al curatore.

Il giudice costituzionale affermava infatti che: «la questione sul se contrasti con gli artt. 3 e 24, comma secondo, Cost. l'art. 49 R.D. 16 marzo 1942 n. 267 nella parte in cui non prevede che il curatore fallimentare, nel procedere all'interrogatorio del fallito, debba osservare le garanzie previste per l'imputato dal codice di procedura penale, sebbene l'interrogatorio miri ad acquisire dati che possono rilevare anche al fine dell'accertamento di eventuali responsabilità penali, è da giudicare infondata perché basata su di una identità di posizione tra l'imputato e il fallito (e l'amministratore di società fallita, cui l'art. 146 R.D. 267/1942 estende l'art. 49) che non sussiste perché l'interrogatorio del fallito opera fuori dell'istruzione penale, per la quale il comma quarto dell'art. 304, novellato con la riforma del 1969, non manca di avvertire che nel corso dell'istruzione formale le dichiarazioni rese in assenza del difensore prima dell'assunzione, da parte dell'interrogato, della

nali, non irragionevolmente esercitate, con cui il legislatore ha individuato, in ossequio al principio *nemo tenetur se detegere*, situazioni nelle quali il diritto al silenzio (...) va garantito malgrado dal suo esercizio possa conseguire l'impossibilità di formazione della prova testimoniale».

qualità di imputato non possono essere utilizzate. Se tali dichiarazioni non possono essere utilizzate, a fortiori non debbono essere utilizzate le dichiarazioni rese dal fallito (sia esso imputato oppure) al curatore» (7).

A tale presa di posizione faceva seguito la Corte di cassazione, la quale affermava che, nel vigore del precedente codice di rito, «il curatore fallimentare deve considerarsi pubblico ufficiale per quanto attiene all'esercizio delle sue funzioni, come quella di riferire al giudice delegato sulle cause e circostanze del fallimento. Tale relazione, pertanto, assume i caratteri di un vero e proprio rapporto di denuncia che, per quanto riguarda le operazioni compiute e le dichiarazioni ricevute dal curatore ha il valore probatorio di un processo verbale ai sensi dell'art. 155 cod. proc. pen.» (8).

Tuttavia, tale orientamento non ha trovato seguito, essendosi la giurisprudenza successiva orientata e consolidata in senso contrario.

Ed infatti l'attuale indirizzo nomofilattico è costante nel qualificare l'attività ricognitiva del curatore fallimentare come extrapenale, considerando utilizzabili nel processo penale gli atti da cui emerga una responsabilità a carico della persona esaminata proprio in forza delle dichiarazioni da questa rese al curatore. Conseguenza è che la relazione formata ai sensi dell'art. 130 CCII acquista la natura di documento, e come tale risulta utilizzabile come prova in ambito penale ai sensi dell'art. 234 c.p.p. (9).

In particolare, la Consulta si è espressa sul punto sostenendo che «la relazione non ha origine nel processo penale e non è finalizzata ad esso, diretta, come risulta, al giudice delegato e non al pubblico ministero; cosicché, anche se può contenere indicazioni utili ai fini delle determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale, non costituisce di per sé una notizia di reato e, dun-

(7) In tal senso v. Corte cost., 14 marzo 1984, n. 69, in <https://www.cortecostituzionale.it/>, punto 5.

(8) Così, Cass. pen., Sez. V, sent. 1 febbraio 1988, n. 1348, in *Cass. Pen.*, 1989.

(9) Cfr. le decisioni citate in nota 19.

que, non può essere disciplinata come tale»⁽¹⁰⁾. Ed in forza dello stesso ragionamento si è detta contraria ad applicare la disciplina dell'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese nel corso del procedimento di cui all'art. 62 c.p.p. alle dichiarazioni rilasciate al curatore, sul rilievo che «è sicuramente da escludere (cfr. la più volte ricordata sentenza n. 69 del 1984) che le dichiarazioni destinate al curatore possano considerarsi rese nel corso del procedimento penale, non potendo certo sostenersi che la procedura fallimentare sia preordinata alla verifica di una *notitia criminis*»⁽¹¹⁾. Qui il Giudice delle leggi omette, tuttavia, di considerare che la pronuncia costituzionale n. 69 del 1984 cui fa riferimento, nel riconoscere che le dichiarazioni rilasciate al curatore trovano un'iniziale sede al di fuori dell'istruzione penale, individua nella rilevanza strumentale di tali dichiarazioni, che potenzialmente confluiranno invece nella sede d'istruzione penale, la necessità che operi il limite dell'inutilizzabilità, così come avviene per l'indagato sottoposto ad interrogatorio senza la dovuta assistenza del difensore.

D'altronde, quello dell'utilizzabilità nel processo penale delle dichiarazioni rese al curatore è un approccio esegetico largamente condiviso anche dal giudice di legittimità, che in più occasioni ha osservato che tali dichiarazioni non sono soggette alla disciplina di cui all'art. 63, comma 2, c.p.p. dal momento che il curatore, per quanto ricopra il ruolo di pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni, non rientra nella categoria della polizia giudiziaria o dell'autorità giudiziaria, e la sua attività non è riconducibile

⁽¹⁰⁾ In questa direzione, Corte cost., sent. del 27 aprile 1995, n. 136, in <https://giurcost.org/>, punto 7.

⁽¹¹⁾ Cfr. Corte cost., sent. n. 136/1995, cit., che richiama a sostegno argomentativo un'altra decisione dello stesso organo giudicante, sent. n. 237 del 13 maggio 1993, sempre in <https://giurcost.org/>. Si veda anche, Cass., Sez. V pen., 9 marzo 2016, n. 30895, in *Ced Cass. pen.*, 2016, quando statuiva che «il divieto di testimonianza previsto dall'art. 62 cod. proc. pen. opera solo in relazione alle dichiarazioni rese nel corso del procedimento all'autorità giudiziaria, alla polizia giudiziaria e al difensore nell'ambito dell'attività investigativa e, pertanto, restano escluse da tale divieto le dichiarazioni, anche se a contenuto confessorio, rese dall'imputato o dall'indagato ad un soggetto non rivestente alcuna di tali qualifiche»; negli stessi termini, v. Cass., Sez. V pen., sent. 17 maggio 2019, n. 38475, in *Ced Cass. pen.*, 2019, Rv. 2777093.

alle previsioni di cui all'art. 220 disp. att. c.p.p. ⁽¹²⁾. Tale norma, regolando attività ispettive e di vigilanza ⁽¹³⁾, permette che le medesime vengano compiute con l'osservanza delle garanzie previste dal codice di rito, in considerazione del compimento di atti definiti a finalità mista ⁽¹⁴⁾, ossia non qualificabili a priori.

2.1. Il contenuto ibrido della relazione del curatore fallimentare ex art. 130, comma 4, CCII.

Le conclusioni proposte dalla giurisprudenza avrebbero potuto prestare una maggior attenzione alla dimensione finalistica del diritto al silenzio, senza optare per momenti applicativi attraverso i quali tale diritto viene privato del suo contenuto.

Si consenta a questo punto di osservare più da vicino la disciplina in esame, essendo dovere dell'interprete misurarsi con l'evoluzione normativa e valutarne gli effetti.

Ed invero già da un primo sguardo alla norma di cui all'art. 130, comma 4, CCII, si nota come le informazioni raccolte nella relazione del curatore siano evidentemente limitrofe rispetto al procedimento penale, in quanto la relazione e gli allegati verbali di audizione sono destinati a condizionare l'esercizio dell'azione

⁽¹²⁾ La giurisprudenza afferma in maniera consolidata la non applicabilità dell'art. 220 disp. att. c.p.p. all'attività del curatore fallimentare, v. da ultimo, Cass., Sez. V pen., sent. n. 17828/23, in <https://www.italgiure.giustizia.it/>; Cass., Sez. V pen., sent. n. 24781/2017, Rv. 270599-01, in <https://www.italgiure.giustizia.it/>; Cass., Sez. V pen., sent. n. 12338/2017, Rv. 272664-01, in <https://www.italgiure.giustizia.it/>; Cass., Sez. V pen., sent. 11 luglio 2016, n. 41429, in *Ilfallimentarista.it*, 2016; Cass., Sez. V pen., sent. 23 giugno 2015, n. 44575, in *Dir. e Giust.*, 2015; Cass., sez. V pen., sent. 20 giugno 2013, n. 35347, in *Guida dir.*, 2013; Cass., Sez. V pen., sent. 18 gennaio 2013, n. 13285, Rv. 255063, in <https://www.italgiure.giustizia.it/>; Cass., Sez. V pen., sent. n. 39001/2004, Rv. 22933, in <https://www.italgiure.giustizia.it/>.

⁽¹³⁾ Cfr. Cass., S.U. pen., sent. n. 45477 del 2001, in *Cass. Pen.*, 2002, §1304, dove vengono distinti gli atti ispettivi, comprensivi di inchieste, verifiche e qualsiasi «operazione riconducibile ad un rapporto istituzionalizzato di sovraordinazione gerarchica tra organo ispettore e titolare della posizione di soggezione», e atti di vigilanza che si sostanziano nell'«esercizio di pubblici poteri di sorveglianza sul rispetto di leggi e regolamenti da parte di soggetti che vi sono, a qualsiasi titolo, obbligati».

⁽¹⁴⁾ V. M. NOBILI, *Atti di polizia amministrativa utilizzabili nel processo penale e diritto di difesa: una pronuncia marcatamente innovativa*, in *Foro.it*, 1984, § I, 375 ss.; A. FURGIUELE, *Le investigazioni extrapenali di natura "mista"*, in *Pre-investigazioni. (Espe-dienti e mezzi)*, a cura di A. SCALFATI, Torino, 2020, 141-162.

penale ⁽¹⁵⁾.

Seppur poi la Corte costituzionale avesse avuto modo di escludere che la relazione *ex art. 33 l. fall.* previgente potesse integrare una *notitia criminis* ⁽¹⁶⁾, è ad ogni modo innegabile che l'attività del curatore risulti volta — a maggior ragione oggi ai sensi del novellato testo legislativo ⁽¹⁷⁾ — anche a rilevare elementi utili ai fini delle indagini preliminari ⁽¹⁸⁾.

Tuttavia, l'orientamento giurisprudenziale ancora prevalente esclude, come si è visto, l'inutilizzabilità in sede penale delle dichiarazioni rese dall'imprenditore in liquidazione giudiziale, *ex* "fallito". In particolare, si osserva che il curatore, non essendo un ufficiale di polizia giudiziaria, non è tenuto a rivolgere gli avvisi previsti dagli artt. 63 e 64 c.p.p.; conseguentemente non agisce

⁽¹⁵⁾ Il curatore, ai sensi del comma 4, art. 130 CCII, è tenuto a presentare al giudice delegato, entro sessanta giorni dal deposito del decreto di esecutività dello stato passivo, una relazione particolareggiata «in ordine al tempo e alle cause dell'insorgere della crisi e del manifestarsi dell'insolvenza del debitore, sulla diligenza spiegata dal debitore nell'esercizio dell'impresa, sulla responsabilità del debitore o di altri e su quanto può interessare anche ai fini delle indagini preliminari in sede penale». La relazione disciplinata secondo il previgente art. 33. L. fall. doveva riferire «sulle cause e sulle circostanze del fallimento, sulla diligenza spiegata dal fallito nell'esercizio dell'impresa, sulla responsabilità del fallito o di altri e su quanto può interessare anche ai fini delle indagini preliminari in sede penale».

⁽¹⁶⁾ Cfr. la già citata Corte cost., sent. n. 136/1995.

⁽¹⁷⁾ La riforma intervenuta con d.lgs. del 12 gennaio 2019, n. 14 prescrive una disciplina dove le funzioni del curatore sono maggiormente connesse con l'attività del giudice delegato e del pubblico ministero in termini di obblighi informativi, che permettono di fatto a questi ultimi di conoscere i risultati d'indagine del curatore in termini molto più brevi rispetto alla precedente normativa. Non a caso la disciplina di cui all'art. 130 CCII prevede ben tre incombenze gravanti sul curatore mediante i commi 1 (presentare al giudice delegato un'informativa entro trenta giorni dalla dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale), 4 (presentare al giudice delegato una relazione particolareggiata entro sessanta giorni dal deposito del decreto di esecutività dello stato passivo) e 7 (trasmettere le relazioni al pubblico ministero entro cinque giorni dal loro deposito); la vecchia norma di cui all'art. 33 l. fall. ne richiedeva due, ai commi 1 (presentare al giudice delegato una relazione particolareggiata entro sessanta giorni dalla dichiarazione di fallimento), e 4 (trasmettere copia della relazione al pubblico ministero, senza requisiti di termine). Cfr. anche le note 23 e 24 sulla nuova declinazione della normativa.

⁽¹⁸⁾ Si consideri d'altronde che il reato di bancarotta si qualifica come reato proprio, motivo per il quale l'imprenditore-fallito è destinatario primo ed obbligato dell'incriminazione di bancarotta che deriva dalle indagini espletate dal curatore fallimentare. Si denota così un percorso procedimentale preordinato nei confronti dell'imprenditore.

il connesso divieto di testimonianza *de auditu* di cui all'art. 62 c.p.p., trattandosi di dichiarazioni non emesse nel corso del procedimento. Ed infine, forzandosi esegeticamente la disciplina di acquisizione della prova documentale, si estende arbitrariamente tale possibilità anche ai contenuti dichiarativi (del fallito o di terzi non indagati) contenuti nella relazione, con conseguente utilizzabilità ai fini della prova del reato poi contestato ⁽¹⁹⁾.

Di qui si comprende la non trascurabile ripercussione che ricade sul principio di legalità della prova, in conseguenza della mancata comprensione che anche in segmenti extra-penalistici debba trovare tutela il diritto al silenzio ⁽²⁰⁾.

Tali approdi esegetici appaiono tuttavia destinati ad un profondo ripensamento a seguito della modifica legislativa che ha interessato il comma primo dell'art. 33 l. fall. (*ex art. 3 del d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169*), ai sensi del quale il curatore deve presentare una relazione «su quanto può interessare anche ai fini delle indagini preliminari in sede penale» ⁽²¹⁾; nonché anche in forza della successiva riforma di cui al d.lgs. n. 14/2019, che ha rinnovato l'intero articolo rafforzando la connessione investigativa tra curatore e pubblico ministero, nel senso di un ampliamento dei doveri informativi del primo verso il secondo.

Ed infatti, la nuova disciplina prescrive, attraverso i commi 2

⁽¹⁹⁾ In questo senso, v. Cass., Sez. V pen., sent. n. 46422 del 25/09/2013, Rv. 257584, in <https://www.italgiure.giustizia.it/>; Cass., Sez. V pen., sent. n. 13285/2013, cit. V. anche Corte cost., sent. n. 136/1995, cit., oltre alla sentenza in commento.

⁽²⁰⁾ Seguendo infatti questa presa di posizione, è consequenziale che la relazione faccia il suo ingresso nel procedimento penale come documento ai sensi dell'art. 234 c.p.p. Il materiale così raccolto in sede fallimentare assume il contenuto di prova precostituita, la cui ammissione ai sensi del 495 c.p.p. permette di inserirlo tra gli atti del fascicolo per il dibattimento già utilizzabili ai fini della decisione, senza la necessità che sia avallato dal preventivo esame testimoniale del curatore ai sensi dell'art. 511 c.p.p. Si elude in tal modo il principio del contraddittorio nella formazione della prova, permettendo l'acquisizione unilaterale delle dichiarazioni rese dall'imputato, mediante una *fictio iuris* che lede, di fatto, il nucleo di principi posti a tutela della dialettica probatoria.

⁽²¹⁾ Il vecchio testo, antecedente al d.lgs. n. 169/2007, prevedeva un riferimento meno specifico all'attività penale d'indagine, prescrivendo che «Il curatore, entro sessanta giorni dalla dichiarazione di fallimento, deve presentare al giudice delegato una relazione particolareggiata [...] e su quanto può interessare anche ai fini dell'istruttoria penale».

e 7 dell'art. 130 CCII, un dovere informativo da parte del curatore della liquidazione giudiziale alla pubblica accusa ben più stringente rispetto a quanto previsto con l'art. 33 l. fall. In particolare, s'impone all'organo del fallimento d'informare senza indugio il pubblico ministero nel caso di mancato deposito di documentazione da parte del debitore o degli amministratori ⁽²²⁾, e di trasmettere nel termine di cinque giorni, oltre che al giudice delegato, anche all'organo di pubblica accusa, le tre relazioni che riguardano l'«informativa sugli accertamenti compiuti e sugli elementi informativi acquisiti relativi alle cause di insolvenza e alla responsabilità del debitore ovvero degli amministratori e degli organi di controllo della società»; la relazione particolareggiata di cui al comma 4; e quella di cui al comma 5 riguardante l'ente-debitore ⁽²³⁾.

La novità legislativa non manca, ad ogni modo, di dimostrare di aver inteso avvalorare il legame con l'attività di indagine; il riferimento puntuale a quest'ultima rimane, difatti, intatto nel testo del comma 4, art. 130 CCII, così come già disciplinava il comma 1 dell'art. 33 l. fall. laddove richiedeva che la relazione particolareggiata riportasse quanto d'interesse ai fini delle indagini penali. Il legislatore ha dunque mantenuto tale linea informativa tra curatore e pubblico ministero ⁽²⁴⁾.

⁽²²⁾ Così statuisce il comma 2, art. 130 CCII: «Se il debitore o gli amministratori non ottemperano agli obblighi di deposito di cui all'articolo 49, comma 3, lettera c), e se il debitore non ottempera agli obblighi di cui all'articolo 198, comma 2, il curatore informa senza indugio il pubblico ministero.

In tal caso o quando le scritture contabili sono incomplete o comunque risultano inattendibili, il curatore, con riguardo alle operazioni compiute dal debitore nei cinque anni anteriori alla presentazione della domanda cui sia seguita l'apertura della liquidazione giudiziale, oltre alle ricerche effettuate ai sensi dell'articolo 49, comma 3, lettera f), può chiedere al giudice delegato di essere autorizzato ad accedere a banche dati, ulteriori rispetto a quelle di cui all'articolo 49 e specificamente indicate nell'istanza di autorizzazione».

⁽²³⁾ L'ultimo periodo dell'art. 33, comma 4, l. fall. come sostituito *ex art.* 29 del d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, disponeva che «copia della relazione, nel suo testo integrale, è trasmessa al pubblico ministero». La norma ora in vigore al comma 7, art. 130 CCII, testualmente stabilisce che «le relazioni di cui ai commi 1, 4 e 5 sono trasmesse in copia integrale entro cinque giorni dal deposito al pubblico ministero».

⁽²⁴⁾ All'art. 130, comma 4, ultimo periodo, CCII, si legge negli stessi termini «su quanto può interessare anche ai fini delle indagini preliminari in sede penale».

Scelta, questa, che conferma la rilevanza come atto d'indagine penale della relazione del curatore; del resto, l'obbligo di trasmissione della stessa trova il suo fondamento nell'esigenza di rendere il pubblico ministero edotto di fatti che possano eventualmente costituire notizia di reato o idonei a rendere ancor più fondata una notizia di reato già acquisita, rappresentando così il vero e proprio avvio dell'attività investigativa.

Ne dovrebbe perciò derivare il superamento delle prese di posizione giurisprudenziali in forza delle quali la relazione del curatore avrebbe natura meramente documentale *ex art. 234 c.p.p.*, essendo formata al di fuori del perimetro del procedimento penale ed essendo destinata esclusivamente al giudice delegato.

Le modifiche normative in questione confermano come la relazione del curatore sia finalizzata anche a supportare atti d'indagine penale, e non più esclusivamente a gestire il patrimonio del fallito; si delinea, piuttosto, un atto dal contenuto ibrido che può assimilarsi, almeno sotto il profilo dell'identità di *ratio*, all'atto di indagine ⁽²⁵⁾.

E, quindi, in relazione allo stesso non si trovano ragioni per cui non debbano applicarsi quelle regole di garanzia e quegli avvisi che il codice prescrive per gli atti del procedimento penale. Regole ed avvisi sono previsti nel plesso normativo di cui agli artt. 62, 63 e 64 c.p.p., che costituisce il nucleo minimo ed indefettibile delle garanzie processuali previste per il dichiarante e lo scudo avverso forme di conoscenza processuale illegittime, anche perché acquisite attraverso il *passe-partout* della prova documentale in modo unilaterale ed in violazione del metodo del contraddittorio per la formazione della prova ⁽²⁶⁾.

⁽²⁵⁾ Oltretutto si vuole evidenziare che con il termine di cinque giorni previsto dall'art. 130, comma 7 CCII per la trasmissione al pubblico ministero delle relazioni svolte, si delinea un dovere informativo non tanto distante da quello dovuto dalla polizia giudiziaria sempre nei confronti del pubblico ministero ai sensi dell'art. 347 c.p.p., seppur con modulazioni applicative diverse.

⁽²⁶⁾ Come rilevato dalla Suprema Corte nella sua massima composizione, con la riforma in discorso, «imputato e testimone non figurano dunque più come soggetti concettualmente alternativi sul piano processuale, essendosi coniate — in un ordito davvero complesso — figure 'intermedie', fino a pervenire alla 'confusione' soggettiva, nei casi in cui l'imputato,

Ed è lo stesso insegnamento della Corte di cassazione che, in tema di verifiche della Guardia di Finanza, ha ripetutamente affermato che «il processo verbale di constatazione... in quanto atto amministrativo extraprocessuale, costituisce prova documentale; tuttavia, qualora emergano indizi di reato, occorre procedere secondo le modalità previste dall'art. 220 disp. att. c.p.p., giacché altrimenti la parte del documento redatta successivamente a detta emersione non può assumere efficacia probatoria e, quindi, non è utilizzabile» (27).

L'utilizzabilità di tale documento risulta pertanto preclusa laddove dalla verifica fiscale emergano elementi di reato a carico del contribuente, in applicazione del disposto di cui all'art. 220 disp. att. c.p.p.

A tale conclusione sono pervenute le Sezioni Unite della Cassazione, secondo cui: «gli atti di inchiesta amministrativa, svolta senza le garanzie difensive, non sono utilizzabili nei procedimenti penali [nel caso, la Corte ha annullato senza rinvio, perché il fatto non sussiste, la condanna fondata sulla testimonianza di ispettore del lavoro, che aveva riferito che l'imputato aveva ammesso la sua responsabilità, senza le garanzie di difesa]» (28).

previamente avvisato a norma dell'art. 64 c.p.p., comma 3, lett. c), è chiamato ad assumere la figura ed il ruolo del testimone su fatti che concernono la responsabilità di altri», cfr. Cass., S.U. pen., sent. del 29.7.2015, n. 33583, in https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/upload/1438243565Cass_SU_2015_33583.pdf. Si supera tra l'altro anche quell'argomentazione per la quale il diritto al silenzio costituirebbe strumento di ostruzione al diritto alla prova, attraverso il quale verrebbero ampliati i criteri di inutilizzabilità probatoria con risvolti irresponsabili rispetto al principio di tassatività; ragionamento per il quale il diritto alla prova «non deve essere compresso creando ipotesi di inutilizzabilità che non trovano sicuro ancoraggio nella norma processuale e non può ignorarsi che nella relazione del curatore possono confluire anche accertamenti analoghi agli atti irripetibili della polizia giudiziaria o del pubblico ministero che se la relazione non potesse essere acquisita non avrebbero modo di essere utilizzati a fini probatori», così C. cost., sent. n. 136/1995, in <https://giurcost.org/>.

(27) Cfr. *ex pluribus*, Cass., Sez. III pen., sent. del 9 febbraio 2011, n. 28053, in <https://www.italgiure.giustizia.it/>.

(28) Cfr. Cass., S.U. pen., sent. del 28 novembre 2001, n. 45477, Rv. 220291, in *CED Cass. Pen*, la quale specifica che l'espressione «quando... emergano indizi di reato» contenuta nell'art. 220 disp. att. c.p.p., deve intendersi nel senso che presupposto dell'operatività della norma sia la sussistenza della mera possibilità di attribuire comunque rilevanza penale al fatto che emerge dall'inchiesta amministrativa e nel momento in cui emerge, a prescindere dalla circostanza che esso possa essere riferito ad una persona

Dunque, l'identità di *ratio* tra l'attività svolta dal curatore fallimentare ed i correlativi obblighi di trasmissione — *ope legis* — all'organo di accusa, impongono un'interpretazione rispettosa delle garanzie difensive analoga a quella seguita in tema di accertamenti della Guardia di finanza; del resto, come si è visto, l'art. 220 disp. att. c.p.p. fissa un nucleo minimo di presidi difensivi destinati ad operare allorché nel corso di attività ispettive o di vigilanza si profilino indizi di reato.

3. Presidi di tutela dello *ius tacendi* tra fonti costituzionali e sovranazionali.

Constato un panorama interpretativo poco rassicurante in termini di garanzie riconosciute in situazioni di fatto indagabili, ma non formalmente indagate, che precedono la *notitia criminis*, occorre prestare attenzione ai messaggi provenienti dal versante costituzionale e da quello sovranazionale, col proposito di giungere ad una applicazione più osservante⁽²⁹⁾ del diritto a rimanere in silenzio.

L'innegabile rilevanza assunta dal principio *nemo tenetur se ipsum accusare* quale valore imprescindibile dell'ordinamento risulta, tuttavia, non compiutamente avvalorata da un esplicito riconoscimento in Costituzione⁽³⁰⁾; vanta, all'opposto, un'origine di stampo etico-sociale condivisa al punto da colmare un'esigenza di positivizzazione e da essere ancorata a plurimi principi fondamentali.

Attraverso la consapevolezza di dover tutelare dignità umana e libertà di autodeterminazione — maturata per merito degli illu-

determinata. Si veda, in continuità di vedute, da ultimo, Cass., Sez. III pen., sent. del 11.06.2024, n. 36477, in https://dejure.it/#/ricerca/giurisprudenza_documento?idData-bank=3&idDocMaster=10998917&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&isCorrelazioni-Search=true, chiamata a pronunciarsi in ordine all'utilizzabilità delle dichiarazioni dei ricorrenti trasfuse nel processo verbale di contestazione, in quanto rese dopo l'emersione di indizi a loro carico e in difetto delle norme poste a presidio della piena esplicazione dei diritti della difesa, a partire dagli artt. 62 e 63 c.p.p.

⁽²⁹⁾ Sulle implicazioni del dovere di osservanza delle norme giuridiche, cfr. F. CORDERO, *Gli osservanti. Fenomenologia delle norme*, Torino, 2008, 3.

⁽³⁰⁾ È stata, ad esempio, ritenuta implicita nel concetto di giusto processo l'incoercibilità delle scelte difensive; in questi termini v. O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Milano, 2004, 63.

ministri, che per primi denunciarono il carattere *contra naturam* delle dichiarazioni autoincriminanti e l'immoralità degli strumenti d'interrogatorio ⁽³¹⁾ — è risultata evidente la necessità di un sicuro criterio cui appellarsi in chiave difensiva quando assoggettati ad una posizione potenzialmente vulnerabile.

Di qui il radicamento del diritto al silenzio nella tutela del diritto di difesa di cui all'art. 24, secondo comma, Cost. ⁽³²⁾.

Vedendo in tale norma il fondamento costituzionale della facoltà di non fornire elementi in proprio danno ⁽³³⁾, il diritto al silenzio è stato parimenti accolto dalla giurisprudenza costituzionale quale «corollario essenziale dell'inviolabilità del diritto di difesa» ⁽³⁴⁾. Difesa che deve conoscere un'esplicazione tanto in senso attivo quanto in senso passivo, affinché il processo penale non consista, piuttosto, in una sopraffazione. Ed in questi termini l'imputato, quale partecipante processuale, può esercitare un'autodifesa che si esprime anche nel rimanere in silenzio.

Occorre tuttavia precisare — ed è proprio il termine *autodifesa* che dovrebbe indurre ad un simile ragionamento — che per essere realmente una difesa autodeterminata e personalmente contemplata, la scelta del silenzio deve, necessariamente, essere un'opzione conosciuta o conoscibile dal cittadino; non è sufficiente il ricono-

⁽³¹⁾ Icasticamente, CESARE BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, capitoli XI e XII, 1764, quando coglie nel giuramento imposto all'imputato «una contraddizione fra le leggi e i sentimenti naturali all'uomo», commentando sul punto «quasi che l'uomo potesse giurar daddovero di contribuire alla propria distruzione».

⁽³²⁾ Per una ricostruzione dello sviluppo legislativo in questi termini si rimanda alla *Relazione del Guardasigilli sul progetto del codice di proc. pen.*, 1905, Capitolo LXXIII, in *Atti parlam. 1904-1905. Camera dei deputati n. 266. Progetto del codice di procedura penale per il Regno d'Italia*, parte I, Roma, 1905, 334 ss.; A. STOPPATO, *Relazione della Commissione della Camera dei deputati sul progetto del codice di proc. pen.*, 1912, par. 77, in *Commento al codice di proc. pen.*, vol. III, Torino, 1915, 274; e per tutti si rimanda a V. GREVI, *Nemo tenetur se detegere*, in *Studi di diritto processuale penale*, raccolta da G. CONSO, Milano, 1972, in particolare 30 ss.

⁽³³⁾ Cfr. L. PALADIN, *Autoincriminazioni e diritto di difesa*, in *Giur. Cost.*, 1965, 312.

⁽³⁴⁾ Corte cost., ord. del 10 maggio 2019, n. 117, in <https://giurcost.org/>, punto 7.1; anche, precedentemente, Corte cost., ord. n. 291 del 2002, e Corte cost., ord. n. 485 del 2002, entrambe in <https://giurcost.org/>.

scimento di un diritto se non lo si rende concretamente accessibile ed esercitabile, rimanendo altrimenti un contenitore vuoto.

Non a caso l'ordinamento disciplina con l'art. 64, comma 3, c.p.p. il dovere informativo sul diritto a rimanere in silenzio attraverso degli avvertimenti che sono, dunque, costitutivi del diritto stesso ⁽³⁵⁾.

Come anticipato, il principio in esame costituisce un cardine dell'ordinamento, rinvenendo la sua *ratio* anche nella presunzione di non colpevolezza *ex* art. 27, comma 2, Cost., nonché nel principio del contraddittorio nella formazione della prova di cui all'art. 111, comma 4, Cost.

La presunzione d'innocenza ⁽³⁶⁾ richiede infatti che l'onere probatorio gravi sull'autorità procedente e non si possa pretendere dall'imputato un contributo conoscitivo alle indagini o una collaborazione che potenzialmente consenta la costruzione della propria accusa; l'imputato vanta un diritto a non contribuire al raggiungimento di tale obiettivo ⁽³⁷⁾, ed un analogo *status* deve estendersi alla persona indagata in forza dell'art. 111 Cost. che ha trovato, sotto questo profilo, esplicito riconoscimento nel codice di rito ai sensi dell'art. 61 c.p.p.

Altro riferimento fondamentale del diritto al silenzio si ravvisa, non casualmente, nell'art. 111 della Carta dei valori, che riconosce un procedimento equo nella misura in cui l'imputato

⁽³⁵⁾ Tale attenzione dell'ordinamento emerge anche da ulteriori previsioni che tutelano il diritto di difesa dell'imputato e, indirettamente o direttamente, la consequenziale scelta del silenzio: l'art. 62 c.p.p. come regola di esclusione probatoria *de relato*; l'art. 63 c.p.p. tutela in forma anticipata il diritto al silenzio, rimediando al caso di un'inconsapevole collaborazione confessoria; l'art. 198, comma 2, c.p.p. disciplina il *privilege against self-incrimination*; l'art. 199 c.p.p. prevede che attraverso il segreto familiare, i congiunti dell'imputato siano informati della facoltà di astenersi dal deporre nei suoi confronti. Proseguendo si menzionano soltanto gli artt. 197, 197 *bis*, 210 comma 6, 274, 350 c.p.p., l'art. 220 disp. att., oltre all'art. 384, comma 2, c.p. che esclude la punibilità per chi abbia commesso una delle fattispecie tassativamente previste di falso, senza essere stata rispettata la sua incompatibilità a testimoniare o la sua facoltà di astenersi.

⁽³⁶⁾ Si rinvia a G. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, 5 ss.; P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2009, 32 ss.

⁽³⁷⁾ V. già V. GREVI, *Nemo tenetur se detegere*, cit., 74 ss.

abbia la capacità di orientare consapevolmente la propria condotta e, dunque, la possibilità d'intervenire con libertà nella dialettica processuale ⁽³⁸⁾.

Indagando, poi, nella produzione normativa transfrontaliera, il diritto al silenzio ha trovato plurimi riconoscimenti.

La Corte di Strasburgo identifica nell'art. 6 CEDU, che disciplina "diritto alla libertà e alla sicurezza", la fonte del *right to silence* e del diritto di difesa da eventuali coartazioni ⁽³⁹⁾, ricordando così l'originaria funzione del diritto al silenzio quale limite allo strapotere giudiziario ⁽⁴⁰⁾. Rientra infatti in tale ricostruzione

⁽³⁸⁾ Brevemente, si ricorda che la ragione storica della riforma del 1999 sulla norma costituzionale trova fondamento nella disparità di potere riservata al pubblico ministero, in "posizione di vantaggio", ed alla difesa dell'imputato; sul punto, Corte cost., sent. n. 98 del 1994, in <https://giurcost.org/>. In particolare era il contraddittorio a venir leso quando, nella formazione delle prove processuali, si consentiva di acquisire come prove anche le dichiarazioni precedentemente rese da chi poi, nel corso del processo, decideva di avvalersi della facoltà di non rispondere alle domande poste dalla difesa dell'imputato; in merito si veda Corte cost., sent. n. 361 del 1998, in <https://giurcost.org/>. La riforma dell'art. 111 Cost. è stata quindi disposta con l. cost. n. 2 del 23 novembre 1999 (Inserimento dei principi del giusto processo nell'articolo 111 della Costituzione), attuata con l. n. 35 del 25 febbraio 2000 ("Conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 7 gennaio 2000 n. 2, recante disposizioni urgenti per l'attuazione dell'art. 2 della legge costituzionale 23 novembre 1999 n. 2, in materia di giusto processo"). In dottrina, si veda per un confronto, P. PEDERZOLI, *Corte costituzionale e parlamento: il confronto sul giusto processo*, in *Giusto processo?*, a cura di D. GUARNIERI e F. ZANOTTI, Padova, 2006, 115 ss.; F. CORDERO, *Procedura penale*, VIII ed., Milano, 2006, 1312.

⁽³⁹⁾ Si segnalano alcune delle sentenze più significative della Corte EDU, tra cui sent. del 13 settembre 2016, *Ibrahim e altri c. Regno Unito*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng/>; Corte EDU, sent. del 19 marzo 2015, *Corbet e altri c. Francia*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng/>; Corte EDU, sent. del 3 maggio 2001, *J.B. c. Svizzera*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng/>; Corte EDU, sent. del 21 dicembre 2000, *Quinn c. Irlanda*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng/>; Corte EDU, sent. del 2 maggio 2000, *Condron c. Regno Unito*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng/>; Corte EDU, sent. del 20 ottobre 1997, *Serves c. Francia*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng/>; Corte EDU, Grande Camera, sent. del 17 dicembre 1996, *Saunders c. Regno Unito*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng/>; Corte EDU, Grande Camera, sent. 8 febbraio 1996, *John Murray c. Regno Unito*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng/>; Corte EDU, sent. del 25 febbraio 1993, *Funke c. Francia*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng/>.

V. anche P. MOSCARINI, *Il silenzio dell'imputato sul fatto proprio secondo la Corte di Strasburgo e nell'esperienza italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 611 ss.

⁽⁴⁰⁾ Per un confronto anche storico sul punto si rimanda a C.J.A. MITTERMAIER, *Trattato della prova in materia penale*, ed. it. a cura di C. ATTANASIO, Napoli, 1850, 295 ss.; G. UBERTIS - F. VIGANÒ, *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2022, 237 ss.

interpretativa il diritto a non autoincriminarsi e a non collaborare con l'autorità, oltre che il dovere di quest'ultima di compiere le funzioni accertative senza appellarsi a forme di coercizione della volontà dell'indagato-imputato (41).

Vengono quindi in considerazione l'art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici (PIDCP) dove il diritto al silenzio trova esplicita regolamentazione (42), e gli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nei quali la giurisprudenza della Corte di giustizia UE ha radicato i principi della presunzione d'innocenza, dell'equo processo e, pertanto, del *right not to incriminate oneself* (43).

Infine, completa il quadro positivo europeo l'esplicito riconoscimento espresso dalla Corte di giustizia nel rinvenire che la *ratio* contenuta negli artt. 47-48 CDFUE è la stessa ricavabile dalla direttiva 2003/6/UE e dal regolamento n. 596/2014, nel senso che: «tanto l'articolo 14, paragrafo 3, della direttiva 2003/6 quanto l'articolo 30, paragrafo 1, lettera b), del regolamento n. 596/2014 si prestano ad una interpretazione conforme agli artico-

(41) Uno studio sull'evoluzione del diritto al silenzio in ambito europeo viene da E. AMATI, *Dinamiche evolutive del diritto al silenzio*, in *Studi di diritto penale costituzionale ed europeo*, Milano, 2022, 5 e 23.

(42) Di seguito il comma 2 dell'art. 14, PIDCP: «Ogni individuo accusato di un reato ha il diritto di essere presunto innocente sino a che la sua colpevolezza non sia stata provata legalmente», ed il comma 3, lett. g: «Ogni individuo accusato di un reato ha diritto, in posizione di piena eguaglianza, come minimo, alle seguenti garanzie: [...] g) a non essere costretto a deporre contro se stesso o a confessarsi colpevole».

(43) Dal momento che la Carta di Nizza ha assunto dal 2009 lo stesso valore giuridico dei Trattati dell'Unione europea, ed il suo contenuto costituisce quindi norma direttamente applicabile e vincolante ai sensi degli artt. 11 e 117 Cost., ne discende l'obbligatoria applicazione anche del diritto al silenzio così come interpretato alla luce della Corte di giustizia dell'Unione europea.

Per un inquadramento della tutela del diritto a non autoincriminarsi negli artt. 47 e 48 CDFUE si veda, Corte giust. UE, Sed. Plen., 6 ottobre 2020, *La Quadrature du Net e a. contro Premier ministre e a.*, in <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-511/18&language=it>; Corte giust. UE, Sed. Plen., 17 dicembre 2020, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België e a.*, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:62019CJ0336>; Corte Giust. UE, Sed. Plen., *D.B. c. Consob*, cit.; Corte giust. UE, Sed. Plen., 21 maggio 2019, *Commissione c. Ungheria*, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX:62017CA0235>.

li 47 e 48 della Carta, in virtù della quale essi non impongono che una persona fisica venga sanzionata per il suo rifiuto di fornire all'autorità competente risposte da cui potrebbe emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative aventi carattere penale oppure la sua responsabilità penale» (44).

Tale impostazione è stata poi consacrata tramite la direttiva 2016/343/UE, con la quale si riconosce espressamente il diritto al silenzio, concretizzandosi a livello di fonte derivata il principio ricavato dagli artt. 47 e 48 CDFUE (45); ciò anche in forza della clausola di non regressione di cui all'art. 13 della direttiva, per la quale «nessuna disposizione della presente direttiva può essere interpretata in modo tale da limitare o derogare ai diritti e alle garanzie procedurali garantiti dalla Carta, dalla CEDU, da altre pertinenti disposizioni di diritto internazionale o dal diritto di qualsiasi Stato membro che assicurino un livello di protezione più elevato».

4. Il diritto al silenzio nella pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea e nel giudizio della Corte costituzionale.

Emerge quindi un quadro di disciplina a fronte del quale l'interprete non può rimanere fermo sulle vecchie conclusioni esege-

(44) In questi termini, Corte giust. UE, Sed. Plen., *D.B. c. Consob*, cit., punto 55.

(45) Il considerando n. 27 della direttiva 2016/343/UE definisce che: «Il diritto al silenzio e il diritto di non autoincriminarsi implicano che le autorità competenti non dovrebbero costringere indagati o imputati a fornire informazioni qualora questi non desiderino farlo. Per determinare se il diritto al silenzio o il diritto di non autoincriminarsi sia stato violato, è opportuno tener conto dell'interpretazione del diritto a un equo processo ai sensi della CEDU data dalla Corte europea dei diritti dell'uomo». Cfr. sull'argomento D. FANCIULLO, *La direttiva (UE) 2016/343 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*, in *www.rivista.eurojus.it*, 2016; E. VALENTINI, *La presunzione d'innocenza nella Direttiva n. 2016/343/UE: per aspera ad astra*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, 193. In toni più critici v., J. DELLA TORRE, *Il paradosso della direttiva sul rafforzamento della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo: un passo indietro rispetto alle garanzie convenzionali?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1835 ss.; O. MAZZA, *Una deludente proposta in tema di presunzione d'innocenza*, in *Arch. pen.*, 2014, 6.

tiche.

E ciò tanto più alla luce di quella decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea ⁽⁴⁶⁾ che, in un dialogo sollecitato dalla Corte costituzionale ⁽⁴⁷⁾, è stata chiamata ad esprimersi sulla forza espansiva del diritto al silenzio nei procedimenti amministrativi, quando il rifiuto di rispondere all'autorità competente potesse determinare una sanzione amministrativa particolarmente gravosa. Ciò in particolare nell'evenienza in cui, rispondendo, possano emergere informazioni autoindizianti che secondo l'ordinamento interno possono refluire nel procedimento penale ⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁶⁾ Il riferimento è alla già citata, Corte giust. UE, Sed. Plen., *D.B. c. Consob*, la cui pronuncia trae origine dallo svolgimento parallelo, tipico del c.d. doppio binario sanzionatorio, di un procedimento amministrativo per abuso d'informazioni privilegiate e di un procedimento penale riguardante le medesime condotte. L'indagato, a fronte di richieste investigative da parte della Consob, si rifiutava di rilasciare dichiarazioni e ciò comportava l'irrogazione di una sanzione pecuniaria particolarmente afflittiva, contro cui l'interessato proponeva ricorso per il contrasto emerso tra la disciplina sanzionatoria di origine amministrativa e l'esercizio del diritto al silenzio. La Corte di cassazione civile sollecitava incidentalmente la Corte costituzionale per la lesione dello *ius tacendi*, così come accolto dall'art. 24, comma 2, Cost., dall'art. 14 PIDCP, dall'interpretazione del giudice europeo ex art. 6 CEDU e dagli artt. 47 e 48 CDFUE. Di qui il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea, la cui sentenza denota un'armonia di vedute rispetto all'ordinanza di rimessione della Consulta. Ed invero, le Corti si confrontano sul tema del significato del diritto al silenzio, dal punto di vista prettamente processuale. Con rilevanza più, ma non esclusivamente, sostanziale, ragionano sulla *vis espansiva* di tale diritto ad ogni procedura che, seppur formalmente non sia penale, consenta l'irrogazione di sanzioni sostanzialmente penali secondo i crismi delineati dagli *Engel criteria*; o in ogni caso conduca i medesimi fatti all'apertura di un procedimento penale in senso stretto. Tale presa di posizione ha, successivamente, propagato i suoi effetti sul piano interno, trovando ulteriore riscontro nella dichiarazione d'illegittimità costituzionale dell'art. 187 *quinquiesdecies*, d.lgs. n. 58 del 1998 intervenuta subito dopo con C. cost., sentenza n. 84/21, cit.

⁽⁴⁷⁾ V. Corte cost., ord. n. 117/2019, cit.

⁽⁴⁸⁾ Per un raffronto sul rapporto tra illeciti penali e amministrativi, che esamina le conseguenze in tema di *bis in idem*, cfr. G.M. FLICK, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? («Materia penale», giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse)*, in *Riv. soc.*, 2014, 953; A. NATALINI, *Lungo i confini (incerti) del market abuse - Duplicazioni sanzionatorie a rischio caos - Dagli ermellini un criterio discrezionale che aiuta a fare chiarezza*, in *Dir. giust.*, 2006, 96.

In ambito giurisprudenziale nazionale si rimanda al noto caso Eternit, Corte cost., sent. n. 200/2016, in <https://giurcost.org/decisioni/2016/0200s-16.html>. Per un confronto in sede europea v., dal lato della "grande Europa", Corte EDU, 30 luglio 1998, *Oliveira c. Svizzera*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng>, § 26, dove si abbandona la nozione di "same

Nel merito, la Corte di giustizia riconosce indefettibilmente l'estensione del *nemo tenetur se detegere* alle procedure di stampo amministrativo dalle quali possano derivare sanzioni amministrative sostanzialmente punitive⁽⁴⁹⁾, determinando una svolta fondamentale nell'applicazione della *matière pénale*⁽⁵⁰⁾. Non a

conducts", inizialmente abbracciata, in favore di quella di "same offence"; Corte EDU, Grande Camera, 10 febbraio 2009, *Sergey Zolotukhin c. Russia*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng>, § 82; Corte EDU, Grande Camera, 15 novembre 2016, *A. & B.*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng>, §§ 123-130. Cfr. anche, *ex pluribus*, Corte giust. UE, Sez. V, 7 gennaio 2004, *Aalborg Portland, C-204/00 P e a.*, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/>, 338; Corte giust. UE, Sez. II, sent. 9 marzo 2006, *Van Esbroek*, C-436/04, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/>, 36; Corte giust. UE, Sed. Plen., 14 febbraio 2012, C-17/10, *Toshiba*, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/>, §§ 81-83 e 97; Corte giust. UE, Sed. Plen., 20 marzo 2018, *Menci*, C-524/15, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/>; Corte Giust. UE, 20 marzo 2018, *Garlsson Real Estate e a.*, C-537/16, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/>; Corte giust. UE, Sed. Plen., 20 marzo 2018, *Di Puma*, C-596/16 e C-597/16, in <https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2018/03/Scarica-la-Sentenza-Di-Puma.pdf>; e da ultimo Corte giust. UE, Sed. Plen., 22 marzo 2022, *b Post*, C-117/20, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/it/TX-T/?uri=CELEX%3A62020CJ0117>, §§ 33-35, dove l'autorità postale belga aveva irrogato una sanzione, successivamente annullata con sentenza definitiva, per la medesima condotta che veniva sanzionata anche dall'autorità *antitrust* del medesimo Stato; Corte giust. UE, Sed. Plen., 22 marzo 2022, *Nordzucker*, C-151/20, in <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=it&td=ALL&num=C-151/20>, §§ 38-40.

⁽⁴⁹⁾ I criteri di riferimento sono tre e consistono nella qualificazione giuridica dell'illecito secondo il diritto interno, nella natura dell'illecito e nel grado di severità della sanzione; v., in tal senso, Corte EDU, Grande Camera, 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng>; cui seguì Corte EDU, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng>. Si ricorda anche, dal lato della "piccola Europa", Corte giust. UE, sent. del 2 marzo 2018, *Garlsson Real Estate e a.*, cit., punto 28; Corte giust. UE, sent. del 26 febbraio 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, EU:C:2013:105, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/>, punto 35; Corte giust. UE sent. del 5 giugno 2012, *Bonda*, C-489/10, EU:C:2012:319, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/it/>, punto 37. In Italia la dottrina aveva già evidenziato la necessità di accogliere alcune delle garanzie proprie del diritto penale nell'ambito della disciplina generale delle sanzioni amministrative, sull'argomento v. M. A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedurali*, Napoli, 1983, 82.

⁽⁵⁰⁾ Sul punto giova ricordare che si è affermata un'esigenza di modulare il riconoscimento delle garanzie del diritto interno nell'ambito della *matière pénale*, dal momento che rimane riservata all'apprezzamento di ciascun Stato l'estensione o meno delle ulteriori tutele predisposte dal diritto nazionale. Si identifica, infatti, un c.d. nucleo duro del diritto penale, che si differenzia da quell'ambito di materia dove le garanzie convenzionali subiscono un approccio graduale, o meglio definito "a fisarmonica" da — e per una disamina sull'argomento — C. BONZANO, *Matière pénale e diritto al silenzio: la Consulta*

caso si evidenzia il conflitto nel quale l'indagato si troverebbe ad operare scelte autodifensive dal momento che, a fronte di una minaccia di subire una sanzione per rifiuto di rispondere, dovrebbe affrontare una penosa alternativa in cui «o depone [autoincriminandosi] o viene punito per essersi rifiutato di deporre»⁽⁵¹⁾. Si configurerebbe, in tal modo, una situazione giuridica in frizione con i principi costituzionali, secondo cui l'imputato non può essere costretto ad essere fonte di verità anche a scapito della propria intimità psichica⁽⁵²⁾.

Ad ogni modo, e contrariamente a quanto sostenuto dalla giurisprudenza in commento, la pronuncia del Giudice europeo non si ferma qui⁽⁵³⁾.

Ed è un dovere esegetico rilevare che, tra le argomentazioni, la sentenza eurounitaria considera l'ampiezza applicativa del diritto al silenzio con riguardo a qualsiasi informazione che possa avere effetto sulla sanzione o, a maggior ragione, incidere sulla

mette un punto fermo...o quasi, in *Diritto penale e processo*, 2022. Rimanendo sull'argomento, una parte della dottrina ha evocato il concetto di *criministrative law* (*criminal-administrative*) e di *right to a fairly trial*, criticando un recepimento timido delle tutele processuali alla materia penale allargata attraverso i criteri *Engel*, v. in tal senso V. MANES - M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, Milano, 2020, 176 e 253, con riferimento a A. BAILLEUX, *The fiftieth shade of gray – Competition law, criministrative law and fairly fair trial*, in AA. VV., *Do labels still matter? Blurring boundaries between criminal and administrative law. The influence of the EU* a cura di A. WEYEMBERGH - F. GALLI, Bruxelles, 2014, 137 ss.

⁽⁵¹⁾ Corte giust. UE, Sed. Plen., *D.B. c. Consob*, cit., punto 39.

⁽⁵²⁾ V. in questi termini G.U. SABATINI, *Principi di dir. proc. pen. it.*, Tipografia dell'«Unione arti grafiche», Città di Castello 1931, 75 s.; V. GREVI, *Nemo tenetur se detegere* cit., 74 ss. Ammoniva P. CALAMANDREI quando affermava che il disconoscimento del diritto al silenzio «port[a] a fil di logica a legittimare la tortura», *Postilla a Francesco Carnelutti. A proposito di tortura*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, I, 239.

⁽⁵³⁾ Per una ricostruzione critica sull'argomento, C. BONZANO, *Nemo tenetur se detegere e procedimento amministrativo: per la Consulta, la sanzione "punitiva" impone il due process of law*, in *Proc. pen. e giust.*, 2019. Sempre sul tema, G. SPANGHER, *Nel dialogo tra le Corti si consolida il diritto al silenzio*, in *Giur. Cost.*, 2021, § 2, 1046 ss.; G. FARES, *Diritto al silenzio, soluzioni interpretative e controlimiti: la Corte costituzionale chiama in causa la Corte di giustizia*, in *dirittifondamentali.it*, 2020, 1, 59. Esaminando anche le nuove realtà tecnologiche cfr. A. MANGIARACINA, *Nuove fisionomie del diritto al silenzio. Un'occasione per riflettere sui vuoti domestici...e non solo*, in *Proc. pen. e giust.*, 2021.

condanna stessa. Si affranca con ciò il contenuto del diritto al silenzio che «non può ragionevolmente essere limitato alle confessioni di illeciti o alle osservazioni che chiamino direttamente in causa la persona interrogata, bensì comprende anche le informazioni su questioni di fatto che possano essere successivamente utilizzate a sostegno dell'accusa ed avere così un impatto sulla condanna o sulla sanzione inflitta a tale persona»⁽⁵⁴⁾.

Emerge così una nuova consapevolezza sul perimetro del diritto al silenzio, che oltrepassa i limiti propri del dato formale per recepirne il suo ruolo funzionale; non rileva infatti il solo dato cronologico che misura la rilevanza probatoria delle dichiarazioni rilasciate in base a quando il soggetto sia indagato o imputato nell'ambito del procedimento, ma la circostanza che quel soggetto non debba trovarsi in un futuro procedimento penale a “fare i conti” con le proprie dichiarazioni.

Ed allo stesso modo è necessario adottare — come la Corte suprema nella sua massima composizione ha già correttamente stabilito⁽⁵⁵⁾ — un criterio sostanziale per identificare la veste processuale dell'indagato al momento dell'esplicazione di un atto; anche qui si deve prescindere dall'assunzione di una posizione formale, in quanto il ruolo nel procedimento di un soggetto indagabile, ma non ancora, o non necessariamente indagato, richiede pari ed equa tutela⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵⁴⁾ Corte giust. UE, Sed. Plen., *D.B. c. Consob*, cit., punto 40. Vedi, anche, in tal senso, Corte EDU, 17 dicembre 1996, *Saunders c. Regno Unito*, cit.; C. EDU, 19 marzo 2015, *Corbet e altri c. Francia*, cit.

⁽⁵⁵⁾ Cass., Sez.Un. pen. “Mills”, sent. del 25 febbraio 2010, n. 15208, in *Dir. pen. proc.*, 2010, rileva come spetti al giudice, allorché venga in rilievo la veste che può assumere il dichiarante, il potere di verificare in termini sostanziali, e quindi al di là del riscontro di indici formali — come sia, ad esempio, l'iscrizione nel registro delle notizie di reato — l'attribuibilità al dichiarante della qualità di indagato guardando al momento in cui le dichiarazioni stesse vengano rese.

⁽⁵⁶⁾ Stesso criterio sostanziale viene invocato con riferimento alla disciplina della responsabilità da reato degli enti da F.R. DINACCI, *La dimensione probatoria e del diritto al silenzio nella disciplina della responsabilità da reato degli enti. Verso letture “osservanti” dei principi*, in *Arch. Pen.*, fascicolo 1/2022. Si osserva, infatti, come all'ente si applichino le disposizioni processuali relative all'imputato ai sensi della previsione di cui all'art. 35, d.lgs. n. 231/01, senza tuttavia ricomprendere le garanzie difensive che spetta-

Ed allora, per usare il linguaggio della sentenza annotata, anche semplici “questioni di fatto”, che solo indirettamente possono incidere sulla prova della responsabilità, devono essere presidiate dal diritto al silenzio.

Il valore da tutelare, infatti, non può essere circoscritto a dichiarazioni espressamente autoincriminanti o confessorie. L’esperienza dimostra come spesso, proprio le rappresentazioni storiche, anche se solo indirettamente collegate al tema di prova, possono costituire una fonte d’accusa con cui il dichiarante si trova a doversi confrontare in un eventuale successivo procedimento a proprio carico.

Diversamente ragionando si consideri come qualsiasi informazione ottenuta in ambito extrapenale dall’autorità preposta possa fondare le basi per ricercare ulteriori elementi di prova della condotta incriminata nell’ambito del successivo procedimento penale, in tal modo annichilendo la disciplina dei divieti probatori in ordine ai quali — secondo tali considerazioni — non si consente l’estensione alle procedure extrapenali (57).

no al soggetto sottoposto a procedimento. Nella considerazione che l’ente può partecipare al processo solo attraverso il suo rappresentante, l’Autore censura la scelta legislativa che costringe a testimoniare chi rappresenta l’ente nel processo, rappresentandosi una situazione che «è parificabile a quella in cui si obbliga l’imputato a testimoniare sul fatto proprio. Né, al riguardo, pare assumere contenuto concreto l’affermazione secondo cui la parificazione all’imputato “viene effettuata con riferimento all’ente e non al rappresentante legale”. Si tratta all’evidenza di un rilievo che non coglie, o non vuole cogliere, la realtà della situazione giuridica caratterizzata da identità di interessi processuali. Di qui il ricorso ad incomprensibili sofismi interpretativi», così, *ibidem*, 24.

(57) Come è stato evidenziato, «il rispetto della normativa pattizia dovrebbe indurre quantomeno a impedire che gli elementi autoindiziati resi dall’indagato all’autorità amministrativa possano trovare ingresso nel processo penale [...] Andrebbero quindi reputate inammissibili tanto l’acquisizione, quale documento, del verbale redatto dall’autorità amministrativa quanto la testimonianza indiretta di quest’ultima. Né sembrerebbe rilevare la distinzione fra dichiarazioni rilasciate a seguito d’espresa domanda e dichiarazioni rese spontaneamente nel corso dell’inchiesta amministrativa dalla persona successivamente indagata: anche in questa seconda evenienza, con il loro uso si avallerebbe una rinuncia al silenzio inconsapevole. Infatti, l’interessato, nel momento in cui rende le dichiarazioni, non è avvertito della portata futura delle sue dichiarazioni e del loro possibile impiego in un – non ancora prevedibile – processo penale», in questi termini G. UBERTIS - F. VIGANÒ, *Corte di Strasburgo*. cit., 242; F. ZACCHÈ, *Gli effetti della giurisprudenza europea in tema di privilegio contro l’autoincriminazione e diritto al silenzio*, in A. BALSAMO - R. E. KOSTORIS, *Giurisprudenza europea e processo penale*, Torino, 2008, 189

Non a caso il Giudice delle leggi, nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale n. 117/2019, condivide le motivazioni a sostegno dell'incidente di costituzionalità proposto dalla Corte di cassazione rilevando come «a fronte di simili scenari sanzionatori, secondo la Corte di cassazione 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 avere commesso un reato, e in particolare del diritto a non essere costretto — sotto minaccia di una pesante sanzione pecuniaria, come quella applicata al ricorrente nel giudizio a quo — a rendere dichiarazioni suscettibili di essere utilizzate successivamente come elementi di prova a proprio carico. E ciò anche in relazione al rischio che, per effetto dell'obbligo di cooperazione con l'autorità di vigilanza attualmente sancito dal diritto derivato dell'Unione europea, il sospetto autore di un illecito amministrativo avente natura “punitiva” possa altresì contribuire, di fatto, alla formulazione di un'accusa in sede penale nei propri confronti»⁽⁵⁸⁾. E sul punto è utile rilevare che il principio espresso dal Giudice delle leggi si fonda sul presupposto che «per quanto nell'ordinamento italiano non sia consentito utilizzare nel processo penale le dichiarazioni rese all'autorità amministrativa senza le garanzie del diritto di difesa, tra cui segnatamente l'avvertimento circa la facoltà di non rispondere, è ben possibile che tali dichiarazioni — ottenute dall'autorità amministrativa mediante la minaccia di sanzione per il caso di mancata cooperazione — possano in concreto fornire all'autorità stessa informazioni essenziali in vista dell'acquisizione di ulteriori elementi di prova della condotta illecita, destinati a essere utilizzati anche nel successivo processo penale contro l'autore della condotta»⁽⁵⁹⁾.

ss. In ogni caso si è correttamente puntualizzato che riconoscere il diritto al silenzio nei procedimenti amministrativi dal carattere penale non significa riconoscere alle dichiarazioni ivi rese «una patente di circolazione probatoria tra i giudizi», così G. CANESCHI, *La Corte di giustizia sul diritto al silenzio: un primo passo verso il “giusto procedimento” amministrativo punitivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 589.

⁽⁵⁸⁾ Si rimanda al punto 7.1., Corte cost., ordinanza n. 117/2019, cit.

⁽⁵⁹⁾ *Ibidem*, punto 7.1 dell'ordinanza.

A tale conclusione giunge anche la Corte di giustizia quando, evidentemente consapevole di tale realtà, riconosce che: «anche supponendo che, nel caso di specie, le sanzioni in questione nel procedimento principale inflitte a DB dall'autorità di vigilanza non dovessero presentare carattere penale, la necessità di rispettare il diritto al silenzio nell'ambito di un procedimento di indagine condotto da detta autorità potrebbe risultare altresì dal fatto, evidenziato dal giudice del rinvio, che, in base alla normativa nazionale, gli elementi di prova ottenuti nell'ambito di tale procedura sono utilizzabili, nell'ambito di un procedimento penale intentato nei confronti di questa stessa persona, al fine di dimostrare la commissione di un illecito penale» (60).

È qui che si riscontra la vera novità introdotta dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, la quale riconosce la tutela del diritto al silenzio con riferimento alle dichiarazioni rese in procedure extrapenali ogniqualvolta nell'ordinamento interno sia previsto un travaso probatorio di quelle dichiarazioni nel processo penale. E sul punto è sufficiente rilevare come il codice di rito preveda una molteplicità di modi acquisitivi di prove da altro procedimento (61) che, come si è visto, vengono puntualmente utilizzati con riferimento alle dichiarazioni rese al curatore della liquidazione giudiziale, attraverso la produzione e la conseguente acquisizione in dibattimento della relazione del medesimo.

Il messaggio del giudice europeo è chiaro nel voler definire il perimetro applicativo del diritto al silenzio al di fuori di confini formali. Sembra di fatto superarsi l'esigenza di qualificare la procedura, assumendo invece rilevanza l'afflittività della sanzione irrogata e la proiezione processuale delle dichiarazioni rese, che deve essere assistita da quel sistema di garanzie e diritti entro cui il cittadino può agire consapevolmente.

Si correrebbe altrimenti il rischio di subordinare la sfera ope-

(60) Corte giust. UE, Sed. Plen., *D.B. c. Consob*, cit., punto 44.

(61) Basti pensare all'acquisizione di verbali di prove di altri procedimenti ai sensi dell'art. 238 c.p.p., alla prova per sentenze *ex art. 238-bis* c.p.p., alla dilatazione interpretativa della prova documentale di cui all'art. 234 c.p.p.

rativa del diritto al silenzio all'iniziativa delle autorità amministrative o del pubblico ministero; in tal modo, con specifico riferimento al regime d'inutilizzabilità di cui all'art. 63, comma 2, c.p.p., la Corte nomofilattica denunciava già nel 2010 come «si finirebbe col fare assurgere la condotta del pubblico ministero a requisito positivo di operatività della disposizione, quando sarebbe invece proprio la omissione antidoverosa di quest'ultimo ad essere oggetto del sindacato in vista della dichiarazione di inutilizzabilità» (62).

Nella stessa direzione si è orientato, non casualmente, il Giudice delle leggi quando ha posto l'attenzione su concrete questioni di fatto quali, tra le tante, le generalità e i precedenti penali, protagonisti della recente declaratoria d'illegittimità costituzionale che, nel rilevare un *vulnus* all'art. 24 Cost., ha coinvolto l'art. 64, c. 3, c.p.p. e l'art. 495 c.p. (63).

(62) Cass., Sez. Un. pen. "Mills", cit. precisa inoltre che «la ricerca dell'esatta individuazione dei confini assegnati al potere del giudice in ordine alla qualifica soggettiva da attribuire al dichiarante chiama in causa i presupposti applicativi non solo dell'art. 210 c.p.p., ma anche dell'art. 63, comma 2, c.p.p., ad essa collegata sul piano sistematico; come chiarito infatti, da ultimo, nella ordinanza n. 280 del 2009 della Corte Costituzionale "l'art. 63, comma secondo, c.p.p. attua una tutela anticipata delle incompatibilità con l'ufficio di testimone previste dall'art. 197, comma primo, lettere a) e b), c.p.p. nei confronti dell'imputato in un procedimento connesso o di un reato collegato: incompatibilità che, a loro volta, impongono che l'esame del soggetto avvenga nelle forme dell'art. 210"». Precedentemente, nel medesimo senso, cfr., Cass., Sez. VI pen., sent. del 9 giugno 2009, n. 23776, Pagano ed altri, rv. 244360, in *Dir. pen. proc.*; Cass., Sez. II pen., sent. del 24 aprile 2007, n. 26258, Pavan, rv. 237264, in *Dir. pen. proc.*; Cass., Sez. VI pen., sent. del 20 maggio 1998, n. 7181, Villani, rv. 211130, in *Dir. pen. proc.* In senso contrario, v., Cass., Sez. VI pen., sent. del 20 giugno 2007, n. 40512, Amodeo ed a., rv. 237988, in *Dir. pen. proc.*; Cass., Sez. II pen., sent. del 14 ottobre 2003, n. 47088, Di Capua, rv. 227730, in *Dir. pen. Proc.*

(63) Corte. cost., sent. del 5 giugno 2023, n. 111, in <https://www.cortecostituzionale.it/ECLI:IT:COST:2023:111>, nella quale si dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 64, comma 3, c.p.p., nella parte in cui non prevede che gli avvertimenti ivi indicati siano rivolti alla persona sottoposta alle indagini o all'imputato prima che vengano loro richieste le informazioni di cui all'art. 21 delle norme di attuazione del codice di procedura penale, ed anche l'illegittimità costituzionale dell'art. 495, primo comma, c.p., nella parte in cui non esclude la punibilità della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato che, richiesti di fornire le informazioni indicate nell'art. 21 norme att. c.p.p. senza che siano stati loro previamente formulati gli avvertimenti di cui all'art. 64, comma 3, c.p.p. abbiano reso false dichiarazioni.

In quella sede, il giudizio della Corte veniva sollecitato in ordine alla compatibilità costituzionale degli artt. 66 c.p.p. e 21 disp. att. c.p.p., dai quali derivava uno sviluppo applicativo poco rispettoso delle garanzie dovute al cittadino.

Infatti, dopo un primo invito a dichiarare le proprie generalità, accompagnato dall'ammonimento circa le conseguenze cui si espone chi rifiuta di darle *ex artt. 495 e 651 c.p.*, l'autorità procedente invitava, ai sensi dell'art. 21 disp. att. c.p.p., a fornire informazioni circa il possesso di soprannomi e pseudonimi, beni patrimoniali e condizioni di vita, o sulla eventuale soggezione ad altri procedimenti penali o a condanne già definite; il tutto senza preventivi avvertimenti circa la facoltà di non rispondere, nonostante si profilassero, rispondendo, indicazioni potenzialmente autoincriminanti.

La censura giungeva, dunque, spontanea, nel rilevare che ottenere tali informazioni in mancanza di un preventivo avvertimento ai sensi dell'art. 64, comma 3, c.p.p. determinasse «una situazione di insufficiente tutela del diritto al silenzio»⁽⁶⁴⁾. Una lacuna simile non consentirebbe all'ordinamento di rispettare il valore difensivo proprio dello *ius tacendi*, che dev'essere, all'opposto, ricompreso tra quel novero di diritti inalienabili della persona umana che caratterizzano l'identità costituzionale italiana⁽⁶⁵⁾.

E ragionevolmente il Giudice delle leggi, non mancando di rammentare l'insegnamento della Consulta già investita sul tema⁽⁶⁶⁾,

⁽⁶⁴⁾ Corte cost., sent. n. 111/2023, cit., punto 3.5.2.

⁽⁶⁵⁾ V., *ex pluribus*, Corte. cost., ordinanza n. 117/2019, cit.; Corte. cost., sent. n. 238 del 2014, in <https://giurcost.org/decisioni/>, che annoverava tra i “principi supremi” dell'ordinamento costituzionale l'art. 24 Cost.; Corte cost., sent. n. 18 del 1982, in <https://giurcost.org/decisioni/>; nonché, sull'effettività del diritto di difesa nei suoi vari corollari, *ex multis*, Corte cost., sent. n. 10 del 2022, in <https://giurcost.org/decisioni/>, punto 9.2.; Corte cost., sent. n. 18 del 2022, in <https://giurcost.org/decisioni/>, punti 4.3. e 4.4.2.; Corte cost., sent. n. 157 del 2021, in <https://giurcost.org/decisioni/>, punto 8.1.

⁽⁶⁶⁾ La Consulta aveva, infatti, ritenuto già dal 1976 non essere dubbio «che, se l'imputato, alla domanda rivoltagli dall'inquirente sui suoi precedenti penali risponde in modo contrario al vero, egli incorre nelle sanzioni previste dall'art. 495 del codice penale. Ma non è esatto che, a tale domanda, egli sia tenuto a rispondere, essendo certo che può rifiutarsi di fornire le notizie, che in proposito gli vengano richieste, senza incorrere in alcuna responsabilità penale», e che, in base alla normativa allora vigente (art. 25 disp. att. c.p.p.), in effetti, «l'imputato, solo alla richiesta delle proprie generalità è tenuto a fornire risposta,

avvalora il contributo investigativo che informazioni riguardanti la propria persona e i precedenti penali producono in danno del soggetto non debitamente avvertito delle garanzie difensive, che considera, rapportandosi proprio alla Corte di giustizia prima indicata, «circostanze che, pur non attenendo direttamente al fatto di reato, possano essere successivamente utilizzate contro di lei [persona sospettata o imputata] nell'ambito del procedimento o del processo penale, e siano comunque suscettibili di avere «un impatto sulla condanna o sulla sanzione» che le potrebbe essere inflitta (Corte di giustizia, sentenza D. B. contro Consob, paragrafo 40)»⁽⁶⁷⁾.

5. Le interpretazioni del giudice di legittimità, tra “idoli” della procedura e vecchi criteri interpretativi.

L'orientamento espresso dalla giurisprudenza della Corte di cassazione delinea un perimetro d'azione poco armonioso, dal momento che svilisce i contenuti delle pronunce⁽⁶⁸⁾ emanate dalla Corte di Lussemburgo e dalla Consulta⁽⁶⁹⁾.

In particolare la sentenza che si annota, affermando che la decisione della Corte di giustizia si limita solamente a riconoscere l'operatività del diritto a rimanere in silenzio in procedimenti suscettibili di irrogare sanzioni sostanzialmente penali da una parte, e a constatare l'illegittimità di norme che prevedano una minaccia di sanzione a fronte della mancata cooperazione da parte dell'imputato dall'altra, mostra, di fatto, di non voler uniformarsi al principio di diritto enunciato in sede europea, nonostante questo consista in un vincolo

incurrendo in responsabilità penale qualora si rifiuti di rispondere, o dia false generalità», dovendosi intendere per generalità soltanto il nome, il cognome, la data e il luogo di nascita, v. Corte cost., sent. n. 108 del 1976, in <https://giurcost.org/decisioni/1976/0108s-76>, punto 4, richiamata dalla stessa Corte cost., sent. n. 111/23 cit., al punto 3.4.1.

⁽⁶⁷⁾ Già, Corte cost., sent. n. 111/23 cit., al punto 3.5.1.

⁽⁶⁸⁾ Nella stessa direzione esegetica si veda, anche, Cass., Sez. V pen., sent. n. 17828/23 in www.cortedicassazione.it.

⁽⁶⁹⁾ Sul tema si rimanda, da ultimo, a V. PATANÈ, *Nemo tenetur se detegere: coordinate europee e parametri costituzionali del diritto a non collaborare dell'imputato*, in *Cass. pen.*, 2024, 1999 ss.

precettivo e malgrado gli accorti moniti della dottrina ⁽⁷⁰⁾.

Occorre invece ricordare che le pronunce interpretative della Corte di giustizia vantano valore cogente all'interno dell'ordinamento — al pari delle norme dotate di diretta applicabilità ⁽⁷¹⁾ — in forza di due pronunciati della Corte costituzionale ⁽⁷²⁾ che affidano al giudice nazionale il ruolo di garante dell'applicazione del diritto comunitario e di necessario tramite tra la tutela giuri-

⁽⁷⁰⁾ Sulla pronuncia, v. M. CASTELLANETA, *Market abuse, il diritto al silenzio deve essere assicurato se la sanzione applicata può avere natura penale*, in *Guida dir.*, 2021, n. 9, 104 ss.; L. MARIN, *Tradizioni costituzionali comuni costruite dal basso: la sentenza D.B. c. Consob sul diritto al silenzio*, in *Quaderni costituzionali*, 2021, n. 1, 227 ss.; G. NATALI, *Nemo tenetur se detegere: la Corte di giustizia Ue rafforza le garanzie difensive nell'ambito dei procedimenti amministrativi suscettibili di sfociare nell'irrogazione di sanzioni di natura "punitiva"*, in *Riv. Corte conti*, 2021, n. 1, V, 271 ss.; M. ARANCI, *Diritto al silenzio e illecito amministrativo punitivo: la risposta della Corte di giustizia*, in *Sist. pen.*, 2021, n. 2, 73 ss.

⁽⁷¹⁾ Queste sono i regolamenti e, in via eccezionale, le direttive quando non siano state recepite o siano state recepite in modo errato nell'ordinamento nazionale, o quando soddisfano i requisiti di chiarezza e precisione per essere recepite, o infine quando le disposizioni della direttiva conferiscono diritti ai singoli; l'applicazione di tali fonti non è subordinata, pertanto, ad interventi normativi di recepimento da parte dello Stato.

⁽⁷²⁾ Cfr. Corte cost., sent. n. 113/1985, in <https://giurcost.org/> nella quale si afferma che le pronunce interpretative della Corte di giustizia non sono: «insuscettibili di immediata applicazione da parte dei nostri giudici. [...] La conclusione ora enunciata discende dalla sistemazione che la sentenza n. 170 del 1984 ha dato ai rapporti tra diritto comunitario e legge nazionale. La normativa comunitaria — si è detto in quella pronuncia — entra e permane in vigore, nel nostro territorio, senza che i suoi effetti siano intaccati dalla legge ordinaria dello Stato; e ciò tutte le volte che essa soddisfa il requisito dell'immediata applicabilità. Questo principio, si è visto sopra, vale non soltanto per la disciplina prodotta dagli organi della C.E.E. mediante regolamento, ma anche per le statuizioni risultanti, come nella specie, dalle sentenze interpretative della Corte di Giustizia». Ed anche Corte cost., sent. n. 389 del 1989 in <https://giurcost.org/>, che precisa: «Poiché ai sensi dell'art. 164 del Trattato spetta alla Corte di giustizia assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del medesimo Trattato, se ne deve dedurre che qualsiasi sentenza che applica e/o interpreta una norma comunitaria ha indubbiamente carattere di sentenza dichiarativa del diritto comunitario, nel senso che la Corte di giustizia, come interprete qualificato di questo diritto, ne precisa autoritariamente il significato con le proprie sentenze e, per tal via, ne determina, in definitiva, l'ampiezza e il contenuto delle possibilità applicative. Quando questo principio viene riferito a una norma comunitaria avente <effetti diretti> — vale a dire a una norma dalla quale i soggetti operanti all'interno degli ordinamenti degli Stati membri possono trarre situazioni giuridiche direttamente tutelabili in giudizio — non v'è dubbio che la precisazione o l'integrazione del significato normativo compiute attraverso una sentenza dichiarativa della Corte di giustizia abbiano la stessa immediata efficacia delle disposizioni interpretate».

sdizionale europea ed il cittadino (73).

Così facendo, la pronuncia ignora non solo il *diktat* europeo, bensì anche la logica che risiede nell'invito rivolto dalla Corte costituzionale del 2021 al legislatore per «una più precisa declinazione delle ulteriori modalità di tutela di tale diritto [al silenzio] — non necessariamente coincidenti con quelle che vigono nell'ambito del procedimento e del processo penale — rispetto alle attività istituzionali della Banca d'Italia e della Consob, in modo da meglio calibrare tale tutela rispetto alle specifiche dei procedimenti che di volta in volta vengono in considerazione nel rispetto dei principi discendenti dalla Costituzione, dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dal diritto dell'Unione europea» (74). Una calibratura della tutela del diritto al silenzio che la Consulta sollecita sulla base dei principi indefettibili nazionali e comunitari, e della normativa primaria; ciò denota una volontà

(73) Si veda sul punto la Corte giust. UE, Sed. Plen. 19 gennaio 2010, C-555/07, *Seda Küçükdeveci c. Swedwx GmbH & co. H-KG*, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/>, quando afferma che: «spetta ai giudici nazionali assicurare ai singoli la tutela giurisdizionale derivante dalle norme del diritto dell'Unione e garantire la piena efficacia». Si riserva un argomento a parte per i c.d. contro-limiti, che sono principi cardine che appartengono alla struttura dello Stato stesso e perciò rimangono estranei all'attività di disapplicazione delle norme interne confliggenti con il diritto comunitario; si veda nel merito la nota vicenda del caso Taricco, Corte cost., ord. n. 24 del 2017, in <https://giurcost.org/decisioni/>, e Corte cost., sent. n. 115 del 2018, in <https://giurcost.org/decisioni/>. In dottrina cfr., E. ALBANESI, *Che cosa il caso Taricco ha insegnato alla Corte Costituzionale. Un nuovo rinvio pregiudiziale a fronte dei controlimiti*, in *Giur. cost.*, 2020, 425; C. AMALFITANO (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione Europea e controlimiti alla prova della "Saga Taricco"*, Milano, 2018, 3 ss.; A. ANZON DEMMING, *La Corte Costituzionale è ferma sui controlimiti, ma rovescia sulla Corte Europea di Giustizia l'onere di farne applicazione, bilanciando esigenze Europee e istanze identitarie degli Stati Membri*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2017, 507; M. LUCIANI, *Intelligenti Pauca. Il Caso Taricco Torna (catafratto) a Lussemburgo*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2017, 535; A. CELOTTO - T. GROPPI, *Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs controlimiti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2004, 1309.

(74) Corte cost., sent. n. 84/21, cit., punto 5. Si rinvia sull'argomento a E. BASILE, *La Corte di giustizia riconosce il diritto al silenzio nell'ambito dei procedimenti amministrativi «punitivi»*, in *Sist. pen.*, 2021; L. CATTELAN, *Corte di Giustizia e principio del nemo tenetur se detegere: risvolti in tema di doppia pregiudizialità*, in *Ilpenalista.it*, 2021; A. MARCHESSELLI, *Il diritto al silenzio tra diritti fondamentali e doveri fondamentali in materia tributaria*, in *Consulta online*, 2021, n. 2, 454 ss.; C. BONZANO, *Matière pénale e diritto al silenzio: la Consulta mette un punto fermo...o quasi*, cit.

di colmare il diritto a non autoincriminarsi di un contenuto che va al di là di quanto si possa ricavare da un approccio di stampo formale, restituendo alle previsioni del codice di rito quel ruolo il cui scopo è finalizzare principi di rilievo costituzionale e, di conseguenza, espanderne la portata ovunque possano concretizzarsi potenziali sbocchi per una responsabilità dal carattere penale ⁽⁷⁵⁾.

Tuttavia, nel riconoscere una lesione del diritto a non collaborare unicamente quando le modalità con cui si ottengono le dichiarazioni siano «imperiose» ⁽⁷⁶⁾, il giudice nomofilattico esula dai confini di un esercizio legittimo e consapevole del diritto, per coniare in esso, piuttosto, una scelta dichiarativa dovuta unicamente a pressioni esterne, e oltretutto subordinata al grado d'intensità inquisitoria di chi, quel silenzio, cerca di scardinare.

Né, sul punto, l'argomentazione criticata parrebbe trovare una fonte di legittimazione sulla base di quella sentenza della Corte EDU che negava la sussistenza di una violazione dell'art. 6 CEDU, nonostante la minaccia di sanzioni sostanzialmente penali volte a reperire documenti bancari ⁽⁷⁷⁾. Nella fattispecie concre-

⁽⁷⁵⁾ Si noti come al par. 2.2. Corte cost., sent. n. 84/2021, cit., il giudice definisce «decisivo il rilievo che il diritto al silenzio è qui invocato dal giudice rimettente quale garanzia in capo a colui che possa essere successivamente accusato di avere commesso anche solo un illecito amministrativo, ma suscettibile di dar luogo all'applicazione di una sanzione amministrativa dal carattere punitivo. Indipendentemente, dunque, dalla eventualità che nei suoi confronti venga effettivamente contestata la commissione di un reato». A maggior ragione, allora, il diritto al silenzio dovrebbe operare anche quando dall'indagine amministrativa possano derivare investigazioni che portino ad una contestazione dal carattere penale.

⁽⁷⁶⁾ Punto 2.1.3.b) sentenza in commento, dove il carattere d'imperiosità è collegato alla minaccia di una sanzione.

⁽⁷⁷⁾ Corte EDU, Sez. IV, 4 ottobre 2022, *De Legé c. Paesi Bassi*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-219556%22%5D%7D>. Cfr. sulla decisione giurisprudenziale, G. DE MARZO, *La voce del silenzio*, in *Foro.it*, 2022, 11, §4, 509-512. Si tratta, tra l'altro, di una circostanza isolata in considerazione delle specifiche circostanze del caso concreto. Per soluzioni normalmente adottate a fronte di minacce di sanzioni sostanzialmente penali, dove si riconosce la violazione dell'art. 6 CEDU, v., *ex pluribus*, Corte EDU, sent. del 5 luglio 2012, *Chambaz c. Svizzera*, in <https://hudoc.echr.coe.int/tpk197/view>, la cui vicenda sorgeva nell'ambito di un'indagine per evasione fiscale e si negava l'utilizzabilità delle informazioni fornite nel corso di una procedura puramente fiscale, così al punto 56 della pronuncia: «*De surcroît, la Cour constate que l'article 183 de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct a été modifié au 1er janvier 2008, de manière à donner aux personnes faisant l'objet d'une enquête fiscale des garanties suffisantes, dont la garantie que les informations*

ta, infatti, si controverte in merito all'acquisizione di documenti già esistenti e ottenuti forzosamente nella misura in cui sussisteva un provvedimento del giudice civile che ne richiedeva il deposito obbligatorio. Quindi, secondo la Corte di Strasburgo, un'acquisizione indipendente dalla volontà del soggetto e che non viola l'art. 6 CEDU: «*evidence that, although obtained by compulsion, has an existence independent of the will of the accused*» (78). Difficile ricondurre tale situazione giuridica al tema del diritto al silenzio, e comunque si deve evidenziare come il giudice di Strasburgo nulla menzioni sulla modalità o sul grado di coercizione che dovrebbe ledere il diritto a non autoincriminarsi (79).

Sembra, quindi, essersi al cospetto di una forzatura interpretativa, in cui si tende a ricavare argomenti contrari al riconoscimento del diritto al silenzio da situazioni che con quest'ultimo hanno poco a che vedere.

E infatti, non a caso, l'impostazione qui criticata conduce ad un corto circuito applicativo nella misura in cui non precisa, né è in grado di precisare, quando e come il cittadino possa riconoscere uno zelo investigativo eccessivo, a fronte del quale si stabilisca il confine tra un esercizio legittimo o meno del silenzio difensivo.

Inoltre, la sentenza in commento non sembra considerare adeguatamente la gravità degli effetti che derivano dalla condizione

fournies lors d'une procédure purement fiscale ne seront pas utilisées au cours de l'enquête pour soustraction d'impôts»; Corte EDU, sent. del 3 maggio 2001, J.B. c. Svizzera, cit.; Corte EDU, sent. del 25 febbraio 1993, Funke c. Francia, cit.

(78) Corte EDU, Sez. IV, 4 ottobre 2022, *De Legé c. Paesi Bassi*, punto 2.3.3., cit. L'argomento si basa su giurisprudenza consolidata in sede europea nel diversificare *will-dependent material* e *will-independent material* da una parte, e *recognition of the existence* di tale materiale probatorio dall'altro, per cui: «*The point of law complaint is that it follows from the ECtHR's case-law that the nemo tenetur principle also applies to documents the handing over of which implies recognition of their existence*».

(79) L'unica coartazione cui si fa riferimento è quella utilizzata per reperire documentazione già esistente e richiesta dal giudice civile olandese, l'ottenimento della quale esula dalla volontà del custode; si veda sempre Corte EDU, sez. IV, 4 ottobre 2022, *De Legé c. Paesi Bassi*, cit., punto 2.3.3.: «*In [Saunders, cited above] the ECtHR held that the prohibition of forced self-incrimination is connected to the right to remain silent, which entails that this prohibition does not extend to the use in criminal proceedings of evidence that, although obtained by compulsion, has an existence independent of the will of the accused*».

dello *status* di debitore-fallito. Infatti, nonostante con d.lgs. n. 14/19 si sia voluto accantonare la connotazione totalmente negativa dell'insolvenza per una interpretazione libera da pregiudizi culturali e maggiormente consapevole del naturale rischio sotteso all'attività di impresa⁽⁸⁰⁾, il panorama sanzionatorio che il debitore deve sostenere è ugualmente gravoso. Si prevede, infatti, la comminazione di pene detentive, pene accessorie interdittive e sospensive, oltre all'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa fino a dieci anni⁽⁸¹⁾. Circostanze, queste, che indiscutibilmente hanno una funzione punitiva e dissuasiva; e quindi, di fatto, si è in presenza di elementi strutturali che connotano una sanzione penale secondo i criteri stabiliti dalla giurisprudenza europea.

Anche a prescindere da tale considerazione, preme evidenziare come la sentenza in commento ometta di confrontarsi con quel motto precettivo della Corte di giustizia nel punto in cui stabilisce la vigenza del diritto al silenzio anche con riferimento a dichiarazioni rese al di fuori del procedimento penale, purché il sistema probatorio del Paese interno ne consenta un recupero incriminatorio.

E non varrebbe neanche obiettare che la Corte di Lussemburgo si sia pronunciata solo con riferimento a procedure ammini-

⁽⁸⁰⁾ Nel senso di una riforma volta a rendere la procedura meno invasiva nelle realtà aziendali v. S. AMBROSINI, *Il codice della crisi dopo il d. lgs. n. 83/2022: brevi appunti su nuovi istituti, nozione di crisi, gestione dell'impresa e concordato preventivo*, in *Quaderni di Ristrutturazioni Aziendali*, 2, 2022; S. LEUZZI, *Il volto nuovo del concordato preventivo in continuità aziendale. Studi sull'avvio del Codice della crisi*, in <https://dirittodellacrisi.it/>, 2022, 12 ss. Si rinvia anche a L. DE SIMONE, *L'accesso "con riserva" al procedimento unitario*, in <https://dirittodellacrisi.it/>, 2022, dove l'autrice evidenzia il *favor* perseguito per soluzioni di negoziazione.

⁽⁸¹⁾ Nel merito, guardando in particolare le fattispecie di bancarotta fraudolenta di cui all'art. 322, bancarotta semplice ex art. 323 e ricorso abusivo al credito secondo l'art. 325 CCII, si sanziona con pena detentiva (fino ad un massimo di dieci anni per la fattispecie più grave); pene accessorie interdittive e sospensive ai sensi del Capo III, Titolo II, Libro I c.p.; «l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa fino a dieci anni» ex comma 4, art. 322 CCII, la stessa inabilitazione e incapacità di esercizio fino a due anni ai sensi del comma 3, art. 323 CCII, e fino a tre anni come statuito dal comma 3, art. 325 CCII. Un prospetto punitivo, questo, quanto meno devastante in termini economici, lavorativi, sociali.

strative; si è infatti visto come la procedura fallimentare, comunque, riconduca a situazioni non dissimili da quelle sanzionatorie contemplate dalle procedure amministrative di vigilanza. Sarebbe pertanto irragionevole ipotizzare un diverso regime di tutela del diritto a non autoincriminarsi con riferimento alle dichiarazioni rese nell'una o nell'altra fattispecie.

Ad ogni modo, occorre considerare che la Corte di giustizia ha accolto una nozione finalistica di *ius tacendi*, tutelando e rendendo effettiva la *ratio* della disciplina, laddove evita che il soggetto interrogato e poi incriminato debba trovarsi a difendersi dalle sue stesse dichiarazioni.

Si tratta di una indicazione cogente, che impone di ragionare in termini sostanziali e finalistici affinché lo schema delle invalidità processuali possa svolgere la funzione di salvaguardare la legittimità del procedimento da circostanze patologiche⁽⁸²⁾; in particolare, è nella tutela o nella lesione del diritto di difesa che ci si dovrebbe orientare⁽⁸³⁾.

Ed è forse proprio questa consapevolezza che manca in sede operativa, resistente a cogliere quella che sembra essere una nuova primavera del diritto al silenzio.

In tale contesto il giudice nazionale rimane fermo, ricco solo

(82) Sul tema cfr. F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, Milano, 2008, in particolare 16 e ss. e 55 e ss.; R. ORLANDI, *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, Milano, 1992, 177-178; G. CANESCHI, *La Corte di giustizia sul diritto al silenzio*, cit., 595 ss.; M. BONTEMPELLI, *L'accertamento amministrativo nel sistema processuale penale*, Milano, 2009, 290 ss.; L. MARAFIOTI, *Scelte autodifensive dell'indagato*, cit., 417; L. LUPARIA, *La confessione dell'imputato nel sistema processuale penale*, Milano, 2006, 169, favorevole ad applicare la disciplina dell'inutilizzabilità ex art. 63 c.p.p. anche in ambito extrapenale, qualsiasi sia l'autorità dinanzi alla quale siano state rilasciate dichiarazioni.

(83) Esplicativo sul punto O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato*, cit., 384. L'imputato è, infatti, un soggetto innocente fino a prova contraria e non può più, indiscutibilmente, essere considerato alla stregua di un mero oggetto di prova. Si rinvia in tal senso a E. FLORIAN, *Delle prove penali*, vol. II, Milano, 1924, 21 ss.; V. GREVI, *Nemo tenetur se detegere*, cit., 8. Perché oltretutto, è dovere istituzionale rasserenare l'atmosfera entro cui l'imputato deve orientarsi al fine di offrirgli una opportunità di difesa; d'altronde «l'imputato, che si sente circondato dell'inimicizia, ci chiede, prima di tutto e soprattutto, un atto di amicizia. Ci chiede di dividere la sua sofferenza. Ci chiede di aiutarlo a portare la croce. Non è comodo il mestiere del Cireneo», così F. CARNELUTTI, in difesa di Piccioni nel processo Montesi del 1957.

di vecchi insegnamenti.

Dunque, dopo le prese di posizione della Corte costituzionale e della Corte di giustizia dell'Unione europea, l'interprete ha l'obbligo di misurarsi col diritto a rimanere in silenzio in senso "dinamico". L'individuazione del suo perimetro applicativo non può essere fondata su vecchi schemi esegetici, in condivisione del fatto che «l'accertamento dell'innocenza è una posta troppo importante, per essere sacrificata agli idoli della procedura»⁽⁸⁴⁾.

L'esigenza è, dunque, quella di tesaurizzare la *vis expansiva* del diritto al silenzio, e che questo venga inteso un tutt'uno con gli oneri informativi che lo costellano, affinché possa svolgere una effettiva funzione nel suo ruolo di guardiano del giusto processo, e non venga ridotto ad un simulacro.

MARIA CRISTINA DINACCI

ABSTRACT: La Corte di cassazione afferma di non riconoscere l'operatività del diritto al silenzio in funzione delle dichiarazioni rilasciate al curatore della liquidazione giudiziale, utilizzabili come materiale probatorio preconstituito nel successivo procedimento penale per il reato di bancarotta. La questione non sembra cogliere la logica finalistica dello *ius tacendi* e delle relative garanzie informative, ancor più in considerazione della nuova evoluzione esegetica intrapresa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea e dalla Corte costituzionale, e della recente riforma legislativa che ha interessato la procedura fallimentare.

ABSTRACT: *The Court of Cassation affirms that it does not recognise the operativeness of the right to silence as a function of the statements made to the receiver in the judicial liquidation, which can be used as pre-constituted evidentiary material in the subsequent criminal proceedings for the offence of bankruptcy. The issue does not seem to grasp the finalistic logic of the ius tacendi and the related information guarantees, even more so in view of the new exegetical evolution undertaken by the Court of Justice of the European Union and the Constitutional Court, and the recent legislative reform affecting bankruptcy proceedings.*

⁽⁸⁴⁾ F. CORDERO, *Prove illecite*, in *Tre studi sulle prove penali*, Milano 1963, 171.