

QUESITI

ANTONIO FABERI

**Privilegio contro l'autoincriminazione
e *accountability*.
Alcuni profili problematici**

Il contributo intende offrire una panoramica del possibile conflitto tra il privilegio contro l'autoincriminazione ed il principio di *accountability*, individuando il fondamento dei due istituti e i loro momenti di contatto, avuto riguardo alla rilevanza della garanzia processuale anche al procedimento amministrativo punitivo, secondo la nozione convenzionale di accusa in materia penale affrontata dalla giurisprudenza della Corte EDU.

Privilege against self-incrimination and accountability. Some problematic aspects.

The essay wishes to provide an overview of the possible conflict between the privilege against self-incrimination and the principle of accountability, identifying the basis of the two legal instruments and their points of contact, extending the relevance of the procedural safeguard also to the administrative punitive procedure, criminal in substance, according to the conventional approach to the criminal matter addressed by the ECtHR jurisprudence.

SOMMARIO: 1. Sul significato di *accountability* nel lessico giuridico. Una definizione “sfocata” in un contesto molto vasto. - 2. Fondamento costituzionale e sovranazionale del dovere di *accountability*. - 3. L'*accountability* come elemento di raccordo nella cooperazione pubblico-privata. - 4. L'*enforcement* pubblico-privato alla prova dei diritti fondamentali. - 5. In particolare, il principio *nemo tenetur se detegere*: fondamento e sua compatibilità col dovere di *accountability*. - 6. I dubbi di legittimità costituzionale, la questione pregiudiziale euro-unitaria dell'art. 187-quinquiesdecies TUF e le ricadute generali della questione sollevata. - 7. Ipotesi di conflitto tra principio di *accountability* e privilegio contro l'auto-incriminazione in ambito *privacy* e in altre materie. - 8. Conclusioni provvisorie.

1. *Sul significato di accountability nel lessico giuridico. Una definizione “sfocata” in un contesto molto vasto.* L'*accountability* (che viene comunemente tradotto con “responsabilità”, anche se il vocabolo italiano appare decisamente più sfumato e generico) è un frequente riferimento nella letteratura in materia di organizzazione aziendale¹, eppure, si tratta di un lemma di cui si trova solo una sporadica indicazione nei testi normativi.

L'espresso richiamo al lemma, operato dall'art. 5 del Regolamento Europeo n. 679 del 2016 (c.d. G.D.P.R.), che lo definisce «*principio*» - in quanto elemento

¹ Si veda, ad es. MATA CENA, MARANO, *Accountability e social reporting nelle cooperative mutualistiche*, in *Rivista della cooperazione*, 2, 2006, 68 ss; MARANO, *L'accountability e i processi informativi dell'impresa sociale alla luce del d.lgs. 155/2006*, in *ww.core.ac.uk*.

ispiratore del sistema di responsabilità nel trattamento dei dati - sconta l'assenza di una chiara definizione di questo termine nell'ordinamento nazionale. In *Lessico del XXI Secolo* (2012), l'enciclopedia Treccani definisce "accountability" «in senso ampio, il dovere da parte dei responsabili di un'organizzazione (privata o pubblica), di documentare e rendicontare i risultati raggiunti, i modi in cui sono stati conseguiti e i mezzi utilizzati per il loro raggiungimento nei confronti di uno o più portatori di interessi (ingl. *stakeholders*) interni od esterni all'organizzazione stessa, al fine di rendere possibile un giudizio di verifica della conformità dei comportamenti adottati rispetto al mandato ricevuto e prevedendo conseguenze positive (premi) o negative (sanzioni) a seconda degli esiti della procedura di verifica».

Questa definizione descrive una serie di funzioni o "doveri" del (buon) amministratore nell'esercizio del suo incarico, doveri che di solito sono individuati da leggi, norme tecniche, linee guida, protocolli, codici di condotta e usi. Nel prosieguo della trattazione, in ragione di ciò, l'oggetto di questo studio verrà indicato indifferentemente come "principio" di *accountability* o anche "dovere" di *accountability*.

L'art. 5, paragrafo 2, Reg. 679/2016, nel testo inglese, dispone che «*the controller shall be responsible for, and be able to demonstrate compliance with, paragraph 1 ('accountability')*». Il sintagma è tradotto in italiano con «*responsabilizzazione*», espressione che, come già detto, non appare pregnante come la versione anglosassone. L'*accountability* esige delle condizioni che è meglio leggere "in lingua originale"².

L'art. 5 Reg. UE 679/2016, paragrafo 1, descrive il dovere di *accountability* con un'endiadi tutt'altro che ridondante, laddove individua i principi di «*lawfulness*» e di «*fairness*», ossia «*liceità*» e «*correttezza*», che costituiscono i pilastri del trattamento dati³. Ancora una volta, si tratta di due traduzioni decisamente

² Il testo italiano è ufficiale, secondo il principio del multilinguismo vigente nel contesto dell'Unione Europea. Tuttavia, è opportuno rilevare come la comparazione tra la traduzione italiana e quella inglese sconti una vera e propria distanza "culturale", sul tema dell'*accountability*. Una distanza che rischia, se non tenuta in considerazione, di condurre l'interprete a soluzioni diametralmente opposte, non cogliendo il senso autentico del Regolamento. Le lingue ufficiali dell'Unione Europea sono 24, eppure vi è la tendenza a identificare le sole valide con quelle "operative" della Commissione (ovvero inglese, francese, tedesco). Esse, in quanto utilizzate principalmente dagli addetti ai lavori, possono avere un valore privilegiato nell'interpretazione del testo, ma al solo fine di comprendere in maniera precisa il senso autonomo della fonte sovranazionale, dovendosi comunque considerare originali tutte le fonti multilinguistiche.

³ Su di essi purtroppo non si può indugiare per ragioni di economia del testo nel suo complesso. Si rinvia, per un approfondimento essenziale, alle varie linee guida pubblicate sul sito del Garante per la protezione

“ipotoniche” rispetto alla lingua inglese, che però hanno assunto nella comune esperienza in ambito *privacy* - al contrario del lemma in esame - un significato ben preciso.

Oltre ai già precisati principi, la nozione di *accountability* presuppone la nozione di trasparenza (*transparency*), sempre prevista dal comma 1, e di *compliance*. «La prima è intesa come accessibilità alle informazioni riguardanti ogni aspetto dell'organizzazione rese disponibili dalla predisposizione del bilancio (di esercizio, sociale, ambientale ecc.) dagli indicatori di performance e dagli strumenti di comunicazione volti a rendere visibili decisioni, attività e risultati. La seconda si riferisce al rispetto delle norme ed è intesa sia come garanzia della legittimità dell'azione, sia come adeguamento dell'azione agli standard stabiliti da leggi, regolamenti, linee guida etiche o codici di condotta. Sotto questi aspetti, l'a. può anche essere definita come l'obbligo di spiegare e giustificare il proprio comportamento. Si distinguono diverse tipologie di a. in base alla natura dei portatori di interessi (a. politica, legale, amministrativa, sociale, sanitaria e più in generale professionale), alla natura del soggetto chiamato a rispondere delle proprie azioni (corporate a., a. gerarchica, collettiva o individuale), alla natura della condotta (a. finanziaria, procedurale o di prodotto)»⁴.

L'estensione semantica della parola è dunque ampia. Letteralmente, l'espressione in esame si traduce con “la capacità di dar conto”, (*account/ability*) delle proprie azioni, ossia di amministrare. In questo senso, in relazione ai pubblici poteri, essa misura la capacità dell'amministrazione pubblica di agire in maniera trasparente, per salvaguardare l'integrità di se stessa, ma anche l'abilità dei propri operatori nel raggiungere gli obiettivi di interesse pubblico, razionalizzando le risorse⁵.

Nel settore privato, l'*accountability* individua invece quel processo di responsabilizzazione destinato a coloro che agiscono in maniera trasparente e conforme ai migliori *standard*, dando conto delle procedure adottate e delle finalità conseguite nelle proprie attività, realizzando al proprio interno dei meccanismi virtuosi di utilità sociale, ulteriori rispetto al risultato economico.

La nozione così delineata si attaglia, a ben vedere, ad una pluralità di fenomeni

dei dati personali, in www.garanteprivacy.it.

⁴ www.treccani.it.

⁵ PEZZANI, *L'accountability delle amministrazioni pubbliche*, in, *L'accountability delle amministrazioni pubbliche*, a cura di Pezzani, Milano, 2003, 9; DUBNICK “*Accountability and the Promise of Performance: In Search of mechanism*”, in, *Public Performance and Management Review*, vol. 28, 3, 2005, 376 ss.

non solo del diritto della *privacy*, ma di una molto più ampia platea di materie. Essa descrive una tendenza generale della legislazione moderna, anche penale, che attribuisce taluni oneri a soggetti qualificati - per lo più, operatori economici - come ad esempio il dovere di predisporre autonomamente dei presidi al fine di prevenire specifici rischi: di reato, di illecito amministrativo, di danno. Il precipuo fine è quello di “responsabilizzare” i soggetti privati (specie le aziende di grandi dimensioni), spingendoli ad avere una condotta “proattiva”, al fine di prevedere e di impedire determinati rischi, o, quantomeno, di attenuarli.

A fronte di ciò, l’ordinamento, almeno in linea teorica, riconosce e premia l’adozione di tali meccanismi, mentre sanziona la mancata adozione di presidi efficaci. La sanzione avviene in via diretta, quando lo Stato prevede già dei presidi obbligatori la cui inosservanza costituisce di per sé illecito, ma anche in via mediata, quando viene invertito l’onere della prova, nel caso di verifica di un illecito che poteva essere evitato con diligenza. È intuitivo che - così configurato il problema - il dovere di *accountability* può entrare in conflitto con diversi diritti fondamentali in materia penale, ed in particolare col privilegio contro l’autoincriminazione. Perché il dover dar conto delle proprie carenze organizzative - nell’ipotesi di condotte che possono dar luogo ad una responsabilità penale - può esporre colui al quale è attribuito questo dovere ad un obbligo di “auto-denuncia”, oppure all’obbligo di presentare prove contro di sé, in conflitto con il più basilare diritto di difesa e sovvertendo l’onere della prova. Ciò posto, senza pretesa di esaustività, verranno prese in considerazione talune ipotesi particolari dove la disciplina richiede un controllo “diffuso” - necessariamente legato alla collaborazione del privato col pubblico - col fine di fare emergere facilmente e tempestivamente illeciti o altre irregolarità, e le ipotesi di conflitto col suddetto principio.

2. *Fondamento costituzionale e sovranazionale del dovere di accountability.* Poiché il tema centrale sottende il bilanciamento degli interessi tra diritto a non autoincriminarsi e dovere di collaborazione, è opportuno riflettere sul fondamento costituzionale di questo dovere. In via generale e astratta, possono essere individuati elementi che fondano il principio di *accountability* a livello costituzionale, nel richiamo ai doveri di «*solidarietà sociale*» di cui all’art. 2, Cost., ma anche, più specificamente, nell’art. 41, comma 2, Cost., il quale, nel delineare il perimetro dell’iniziativa economica privata, definita «*libera*», afferma

che essa «non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana». Al contempo, sul versante pubblico, l'art. 97 Cost., prevede che (comma 2) «siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione», nonché (comma 3) «le attribuzioni e le responsabilità dei propri funzionari». Tali riferimenti scolpiscono l'idea di una responsabilità sociale “diffusa”, che ricade su chiunque assuma l'amministrazione di una realtà organizzata, sia essa pubblica o privata.

Denso di riferimenti è anche il contesto sovranazionale, dove l'*accountability* diventa metodo per l'accreditamento di soggetti pubblici e privati non solo di fronte allo Stato e alle sue articolazioni, ma anche di fronte agli organismi internazionali.

L'affermazione di una responsabilità sociale “diffusa” viene accolta come principio generale nel Preambolo della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, nonché nel sistema delle Nazioni Unite, dove vengono definiti degli «*Accountability Frameworks*» al fine di stabilire degli *standard* minimi di trasparenza e legalità che qualificano l'affidabilità di un qualsiasi ente rispetto all'organizzazione internazionale. Ciò può coinvolgere sia privati, quali ad es. O.N.G. ed altri enti interessati all'attività istituzionale, sia anche gli Stati, al fine della partecipazione, ovvero all'esclusione, rispetto ai progetti comuni. L'*accountability*, dunque, se riferita ad un soggetto del diritto internazionale pubblico, corrisponde al dovere di rispettare lo Stato di diritto, e alla connessa responsabilità dell'autorità interna per come il potere sia stato esercitato nel contesto nazionale.

In tal senso, si è più volte espressa la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, facendo riferimento al particolare “dovere” che è imposto all'autorità di agire con trasparenza e correttezza per dar conto alla cittadinanza dell'esercizio dei poteri stessi. In questo contesto, l'*accountability* può essere definita come «*principle which requires public authorities to explain their actions and be subject to scrutiny*»⁶.

⁶ Cfr. LE SUEUR, voce *Accountability*, in Cane, Conaghan, (a cura di), *The New Oxford Companion to Law*, Oxford, 2008, 7. La definizione riprende chiaramente il lessico della Corte di Strasburgo, che ha reiterato più volte una definizione in questi termini, a proposito, per esempio, del dovere dello Stato di svolgere investigazioni effettive, quando riceva una notizia per fatti di “tortura”: «*The Court reiterates that an effective investigation is one which affords a sufficient element of public scrutiny to secure accountability*» v. Corte EDU, Sez. II, 8 dicembre 2020, Dan c. Moldavia, § 58, r. 25397/2019, in www.echr.coe.int.

3. *L'accountability come elemento di raccordo nella cooperazione pubblico-privata.* Alla luce delle suesposte considerazioni, si può affermare che l'*accountability* è il dovere di agire responsabilmente, presupposto del controllo diffuso da parte degli individui, portatori di interessi in gioco in un determinato contesto (c.d. *stakeholders*).

Poiché il dovere di *accountability* investe non solo la pubblica amministrazione, bensì ogni attività organizzata, di tipo economico e non, sulla base di questo, si può affermare che l'*accountability* è il contraltare dell'esercizio di un controllo diffuso sull'azione di qualsiasi amministrazione.

L'*accountability* nel settore privato, trova il suo perimetro nelle ragioni e nei limiti dei doveri di solidarietà sociale di cui agli artt. 2 e 41 Cost.

L'amministrazione della cosa pubblica comporta infatti una verifica di requisiti di onorabilità e competenza che, almeno in teoria, sono già previsti dalla legge e sono garantiti dalla selezione per concorso, ai sensi dell'art. 97 Cost. Inoltre, l'azione amministrativa deve essere determinata esclusivamente dall'interesse pubblico.

Al contrario, l'iniziativa dell'operatore economico privato - pur se soggetta ai controlli della pubblica autorità e a limiti impliciti delle forme organizzative consentite dalla legge - sotto il cappello dell'art. 41 Cost., non è vincolata, se non proprio dall'impatto 'sociale' della sua azione. Tuttavia, anche l'ente privato può e deve facilitare un controllo diffuso al suo interno. Ma tale controllo non deve essere vincolato sulla base di un inafferrabile interesse pubblico generale, bensì nell'interesse particolare di salvaguardare l'iniziativa economica privata dai pericoli di una *mala gestio*, sì da coniugare l'interesse privato col principio del *neminem laedere*, unico autentico limite dell'esercizio di qualsiasi libertà. Perciò, anche la persona giuridica di diritto privato può utilmente prevedere dei meccanismi di controllo, quale autonoma collettività organizzata, proprio nella misura in cui ciò facilita la possibilità dell'appartenente all'organizzazione stessa di rendere apprezzabili al suo interno i *deficit* organizzativi e così superarli, in un dialogo costruttivo al suo interno.

Ciò assume un particolare rilievo, ad esempio, nel caso della normativa sul trattamento dei dati personali, nel cui campo la collaborazione del soggetto privato titolare del trattamento è l'unico strumento che può rendere effettivo l'esercizio dei diritti degli interessati ed il controllo della riservatezza e del trattamento dei propri dati.

4. *L'enforcement pubblico-privato alla prova dei diritti fondamentali. L'accountability* dei soggetti pubblici e privati nella prevenzione dei reati nella c.d. "società del rischio" ha un potenziale di grande utilità sociale per le autorità di controllo pubbliche e per il rispetto dello Stato di diritto.

Tuttavia, l'avanzamento dei presidi di controllo all'interno dell'ente di diritto privato o della p.a., e il costante avanzamento della soglia di anticipazione della tutela penale, al contempo, creano un tema di criminalizzazione secondaria delle condotte per omessa *compliance*, laddove l'imprenditore, o l'amministrazione, non si adeguino agli *standard* richiesti dalla legislazione.

Infatti, il legislatore non ritiene sufficiente solo di "promuovere" l'adozione di certi meccanismi con azione di *soft law*, ma - anche e soprattutto in adempimento di specifici obblighi internazionali ed euro-unitari - ha reso obbligatoria l'adozione di apparati minimi, ed ha dotato di pregnanti poteri di controllo l'autorità amministrativa, individuando sanzioni dirette nei confronti di chi non osserva la regola di comportamento sociale, che diventa precetto.

Dunque, l'*enforcement* del principio di *accountability* è stato attuato con l'introduzione di sanzioni penali, ed in particolare con taluni reati di pericolo, ma anche di sanzioni amministrative gravi, di illeciti civili, di confische, di altre misure amministrative, di misure di prevenzione e di ogni strumento idoneo alla dissuasione del trasgressore/reo dal solo pericolo astratto dato da una condotta imprudente. In tale contesto, il precetto del *neminem laedere* è diventato dunque solo un lontano confine, perché la condotta illecita si realizza ben prima del danno.

Gli esempi sono numerosi. Il modello più significativo di questa anticipazione di tutela - che permea ormai quasi tutto il diritto penale d'impresa - e della connessa responsabilità secondaria per omessa *compliance* è senz'altro il sistema delineato dal d.lgs. 231 del 2001, ma certamente il fenomeno trova esempi anche in altri settori, quali il diritto tributario, il diritto della *privacy*, il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, i piani anticorruzione nella p.a., i presidi antiterrorismo e antiriciclaggio, la trasparenza societaria nella tutela dei mercati finanziari, la prevenzione del rischio ambientale, ecc.

Sebbene l'anticipazione della soglia di "allarme" abbia il fondamentale scopo di evitare i pericoli di fatti illeciti prima della loro verifica, tuttavia, questo approccio preventivo - sospinto da una legislazione "bulimica" e poco coordinata - ha anche moltiplicato le ipotesi di responsabilità, creando un certo grado

di “particolarismo” punitivo. Ciò ha reso in parte “oscuro” il paradigma di comportamento che l’operatore economico deve assumere e talvolta ha arbitrariamente “differenziato” i doveri dell’amministratore o del soggetto responsabile, con un eccessivo rigore, senza tener in debito conto le garanzie fondamentali, che entrano in gioco quando il fatto illecito si è consumato.

Tali interventi normativi, pertanto, hanno prodotto un significativo iato tra il paradigma della *compliance* e i principi generali, aumentando le potenziali situazioni di conflitto⁷.

Oltre a ciò, va aggiunto che la valutazione del rischio penale nelle realtà organizzate introduce il tema del conflitto di interessi tra individuo che commette un reato e l’ente. Esso è proprio il fulcro dell’equilibrio tra *accountability* e controllo sociale diffuso. Per esimersi dalla responsabilità, all’ente occorre non una difesa passiva, ma una difesa proattiva: esso deve dare evidenza del fatto di aver compiuto tutto quanto preventivamente ipotizzabile per prevenire il reato e, se questo si verifica, dissociarsi dal soggetto che commette l’illecito, isolandolo. Tale tendenza si legge sia nell’approccio preventivo, sia nelle occasioni di collaborazione e riparazione *post-factum*. Al dovere di lealtà verso il datore di lavoro, si contrappone il dovere di responsabilità sociale diffuso. Al contempo, il “dovere” di organizzare internamente il soggetto 231 punta a spezzare l’automatica immedesimazione tra l’ente e il soggetto apicale o gli altri individui responsabili, moltiplicando le posizioni di garanzia, in favore di una parcellizzazione di compiti e di ruoli, nonché di procedure, che diano evidenza della concreta possibilità di dissociazione dell’ente dal fatto illecito. Dunque, se ben attuato il sistema, anche l’ente può andare esente da pena se dimostra, con una sostanziale inversione dell’onere della prova, che il reato non gli è addebitabile. Questa esigenza pone in conflitto il diritto di difendersi del singolo - appartenente all’organizzazione - rispetto al dovere dell’ente di rispettare le regole. Se il meccanismo funziona, non può esservi immedesimazione organica tra il soggetto interno-autore del reato e l’ente stesso.

Se al contrario il reato corrisponde ad un interesse o ad un vantaggio dell’ente, gli viene ascritto l’illecito ai sensi dell’art. 5, d.lgs. 231 del 2001.

Ciò è particolarmente vero, ad esempio, quando il dovere del datore di lavoro e dei responsabili dell’azienda impinge materie particolarmente rilevanti come

⁷ Tra i tanti problemi posti all’attenzione dell’interprete vi sono il *ne bis idem*, il diritto ad un giusto processo, il principio di proporzionalità della pena e molti altri temi che non possono essere affrontati in questo contributo.

la tutela della salute e della vita dei lavoratori, che sono beni “non rinunciabili” anche di fronte a significativi costi per l’impresa che deve adottare i presidi di sicurezza. Anzi, proprio la consapevole rinuncia al “bene supremo” della sicurezza dei lavoratori, se motivata dal fine di un ipotetico “risparmio di spesa”, configurerebbe proprio l’elemento del “vantaggio” indicato dall’art. 5 d.lgs. 231 del 2001, che può legittimamente ricorrere anche nei reati colposi, in questo caso con riferimento alla condotta in sé e non all’esito antiggiuridico della stessa

⁸

In questo caso, ovvero quando l’ente sia a sua volta incriminato, allora, viene in evidenza l’interesse del medesimo a beneficiare delle garanzie processuali dell’imputato persona fisica, tra cui, assai rilevante, il diritto a non auto-incriminarsi.

Come verrà spiegato in seguito, il conflitto d’interessi tra membro interno dell’organizzazione e l’organizzazione nel suo complesso, può avere portata dirimente nella materia che qui occupa.

Ciò ovviamente solo quando si abbia a che fare con organizzazioni complesse, restando invece la prevalenza del diritto al silenzio rispetto al dovere di *accountability* una mera questione di bilanciamento di valori, nel caso dell’imprenditore individuale.

5. In particolare, il principio nemo tenetur se detegere: fondamento e sua compatibilità col dovere di accountability. L’espressione nemo tenetur se detegere descrive un contegno che l’accusato di un reato può assumere rispetto ad un’accusa penale formulata nei suoi confronti. Essa ricomprende il diritto di astenersi dal rendere informazioni nel caso in cui queste possano, anche solo astrattamente, esporre il medesimo ad una incriminazione e il correlato dovere della pubblica autorità di astenersi dall’ottenere una dichiarazione auto-incriminante con metodi coercitivi o con l’inganno, ovvero senza il previo avvertimento delle conseguenze cui il cittadino si espone con il rendere informazioni dinanzi all’autorità stessa. Concepito dalla giurisprudenza costituzionale e sovranazionale come un corollario del principio di non colpevolezza e intima espressione del diritto di (auto) difesa, il principio ha una estensione polisensa⁹. Mutuando

⁸ cfr. Cass., Sez. un., 18 settembre 2014, *Thyssen Krupp e altri*, in *Mass. Uff.*, n. 261104.

⁹ MAZZA, *L’interrogatorio e l’esame dell’imputato nel suo procedimento*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Uberto Voena, Milano, 2004, VIII, 42; MARAFIOTTI, *Scelte autodifensive dell’indagato e alternative al silenzio*, Torino, 2000, 114; GREVI, *Nemo tenetur se detegere. Interrogatorio dell’imputato e*

le categorie proprie degli ordinamenti di *common law*, la dottrina italiana distingue nettamente le facoltà dell'accusato in *privilege against the self-incrimination*, *right to be silent*, *right not to be questioned*, come tre aspetti del medesimo principio, la cui diversa rilevanza è collegata alla scansione diacronica del procedimento penale, ossia della fase in cui si verifichi il contatto tra l'autorità e la persona che si avvalga del *nemo tenetur*¹⁰.

In ordine inverso a quello appena esposto, il *right not to be questioned* concede la facoltà all'imputato di non presentarsi a deporre su fatti che riguardino la propria responsabilità, atteso che l'esame è tenuto solo ove questo vi consenta (in sintonia con l'art. 208 c.p.p.). Il *right to be (or remain) silent*, comporta che l'indagato o l'imputato sottoposto all'interrogatorio abbiano il diritto di non rispondere alle domande che vengano loro poste, senza che il silenzio costituisca di per sé fondamento di prova contro di essi (artt. 64, co. 3, lett. b), art. 210, co. 4, c.p.p.). Infine, il *privilege against self-incrimination* – che è senza dubbio l'aspetto del *nemo tenetur* più rilevante per questo contributo – garantisce che la persona che si trovi priva di una formale accusa (testimone, persona informata sui fatti, persona sottoposta ad ispezione o ad una inchiesta amministrativa) possa essere costretta a fornire un contributo conoscitivo che porti alla propria incriminazione (artt. 63, 198, co. 2, c.p.p.; art. 220 disp att., c.p.p.). Tali principi trovano indiretto fondamento negli articoli 24, 27, 111, Cost., nell'art. 6 C.E.D.U., nell'art. 47 CDFUE, nonché nell'art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, unica disposizione di valore sovraordinato, applicabile nel nostro ordinamento, che menziona esplicitamente questo diritto fondamentale.

Nel solco indicato da questi fondamenti trova collocazione l'art. 220 disp. att. c.p.p., recante la rubrica «attività ispettive e di vigilanza», in base al quale «quando nel corso di attività ispettive o di vigilanza previste da leggi o decreti emergono indizi di reato, gli atti necessari per assicurare le fonti di prova e raccogliere quant'altro possa servire per l'applicazione della legge penale sono compiuti con l'osservanza delle disposizioni del codice».

diritto al silenzio nel processo penale italiano, Milano, 1972, 3; AMODIO, *Diritto al silenzio o dovere di collaborazione? A proposito dell'interrogatorio dell'imputato in un libro recente*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 412.

¹⁰ Su questa ricostruzione, sia consentito il rinvio a FABERI, *Sui confini delle garanzie autodifensive dell'accusato (accertamenti fiscali, richiesta di documenti, rischio di autoincriminazione)*, in questa *Rivista*, 2013, 2, 719 ss.

Secondo tale disposizione è riconosciuto che anche nella fase dei controlli meramente amministrativi (purché siano emersi gli indizi di una responsabilità penale), siano anticipate le garanzie fondamentali previste dal codice per la raccolta delle prove. Per l'effetto, anche le garanzie di libera determinazione dell'indagato nel rendere dichiarazioni devono seguire le regole del codice di rito, con tutto ciò che ne consegue in termini di inutilizzabilità, in caso tali "regole" non siano osservate. La posizione relegata nelle norme di attuazione non toglie rilevanza alla disposizione, che è invero stata oggetto di diverse pronunce, con interpretazioni contrastate in varie materie, quali: l'accertamento dello stato d'ebbrezza con etilometro¹¹, il prelievo coattivo del DNA¹², l'utilizzabilità dei verbali di ispezione amministrativa e tributaria¹³, e, non ultimo, l'obbligo di cooperazione tra autorità indipendenti e operatore soggetto alla sua vigilanza o al suo controllo¹⁴.

L'interpretazione letterale della disposizione in esame, denota tuttavia un difetto di adeguata tutela rispetto ad un segmento del *nemo tenetur* come sopra delineato, ossia il *privilege against self-incrimination*, poiché nel caso concreto è proprio l'obbligo di cooperazione che farebbe emergere gli indizi di reato, quando questi ultimi non sono ancora evidenti.

Infatti, nel caso in cui ciò possa far emergere una responsabilità penale, è l'obbligatorietà stessa della collaborazione ad essere contraria alla facoltà in parola, con la conseguenza che, ove la mancata collaborazione sia oggetto di punizione,

¹¹ Cass., Sez. un., 5 febbraio 2015, P.G., in proc. Bianchi, in www.giurisprudenzapenale.com, con nota di ORTOLANI, Alcoltest e mancato avviso sul difensore: *le Sezioni Unite fanno chiarezza - Sez. Un. 5396/2015*.

¹² Cass., Sez. I, 1° luglio 2019, Arzu, in www.processopenaleeggiustizia.it, nonché Corte EDU, Sez. V, 14 aprile 2020, Dragan Petrović c. Serbia, in www.sistemapenale.it, con nota di DI DOMENICO, *Quando la mancata "chiarezza" della norma procedurale determina la violazione della CEDU: la Corte di Strasburgo sul test del DNA*. E ancora, Corte EDU, 4 dicembre 2008, L.S. e Marpel c. Regno Unito. Per l'inquadramento della disciplina v. G. LEO, *Il prelievo coattivo di materiale biologico nel processo penale e l'istituzione della Banca dati nazionale del DNA*, in *Riv. it. medicina legale*, 2011, 931 ss.

¹³ Cfr., in senso contrario, Cass., Sez. III, 7 ottobre 2010, D.V.V., in *Mass. Uff.*, n. 248571. Per un approfondimento delle singole fattispecie v. MANCINI, PISANI, *Diritto Penale Tributario*, Forlì, 2012, 227 ss.; DI PAOLA, *Reati Tributari: Documenti e pagamenti d'imposte*, Milano, 2011, 53 ss.; PERINI, *I reati esterni alla dichiarazione: I reati di pericolo e la tutela penale del gettito*, in *Disciplina penale dell'economia*, a cura di SANTORIELLO, Torino, II, 2008, 151 ss.

¹⁴ Cass., Sez. II civile, 16 febbraio 2018, Cuturello, con commento di GATTA, *"Nemo tenetur se detegere" e procedimento amministrativo davanti alla CONSOB per l'accertamento dell'abuso di informazioni privilegiate: la Cassazione solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 187 quinquiesdecies T.U.F.*, in archiviodpc.dirittopenaleuomo.org

tanto in sede penale quanto in sede amministrativa, la sanzione comminata diventa illegittima.

Ciò rende dunque necessario un ulteriore approfondimento, alla luce di una lettura costituzionalmente e convenzionalmente orientata della disciplina.

Nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, il principio ha subito una notevole evoluzione al di fuori del processo penale in senso stretto, poiché la garanzia fondamentale è stata estesa anche a momenti prodromici dell'accertamento di una violazione, non solo di tipo penale, ma anche di tipo amministrativo, proprio nella fase della collaborazione che può essere richiesta in sede, per esempio, di ispezione, di verifica fiscale, ovvero quando a tale scopo sia richiesto di esibire determinati documenti¹⁵.

Infatti, l'evoluzione interpretativa dell'art. 6 C.E.D.U. ha fatto emergere la rilevanza di queste garanzie difensive non solo in capo agli accusati in un procedimento penale in senso stretto, bensì anche nei confronti di chi sia suscettibile di un'accusa in materia penale nel senso autonomo della convezione, nozione che si estende a tutti i procedimenti sanzionatori amministrativi in cui venga in luce una sanzione grave, caratterizzata da una finalità punitiva, e dunque di natura sostanzialmente penale, secondo l'elaborazione della Corte di Strasburgo successiva al noto caso *Engel c. Paesi Bassi*¹⁶.

Così delineato il contorno della questione, è evidente che il *privilege against self-incrimination* (in latino, *nemo tenetur se ipsum accusare*) possa entrare in gioco ogni qualvolta la mancanza di collaborazione pubblico-privato, determinata anche da un contegno di mera resistenza passiva (silenzio o rifiuto di soddisfare determinate richieste dell'autorità), venga qualificata quale "condotta ostacolo" all'accertamento, e per tale ragione punita penalmente o in via amministrativa¹⁷.

¹⁵ Corte EDU, 25 febbraio 1993, *Funke c. Francia*; Id., 8 febbraio 1996, *John Murray c. Regno Unito*; Id., 17 dicembre 1996, *Saunders c. Regno Unito*; Id., 20 ottobre 1997, *Serves c. Francia*; Id., 3 maggio 2001, *J.B. c. Svizzera*; Id., Sez. V, 5 aprile 2012, *Chambaz c. Svizzera*, in www.echr.coe.int.

¹⁶ In particolare, si vedano Corte eur. Dir. uomo, 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*; Id., 21 febbraio 1984, *Öztürk c. Germania*; Id., 24 febbraio 1994, *Bendenoun c. Francia*, 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlandia*; Id., 4 marzo 2013, *Grande Stevens c. Italia*; Id., 15 novembre 2016, *A. e B. c. Norvegia*, *ivi*.

¹⁷ Sugli incerti confini della nozione europea del *privilege against self-incrimination*, si vedano diffusamente, CONFALONIERI, *Il nemo tenetur se detegere nel labirinto delle fonti*, in *Dir. pen. cont.*, 2020, 1, 108 ss.; LASAGNI, *Prendendo sul serio il diritto al silenzio: commento a Corte cost., ord. 10 maggio 2019. 117, ivi*, 2020, 2, 135 e ss.

6. *I dubbi di legittimità costituzionale, la questione pregiudiziale euro-unitaria dell'art. 187-quinquiesdecies TUF e le ipotesi simili.* La Corte costituzionale è intervenuta, con l'Ord. n. 117 del 2019¹⁸, sul tema del diritto al silenzio nel procedimento amministrativo, in relazione ad un caso concernente l'eventualità che un soggetto, chiamato a rispondere in audizione innanzi alla CONSOB, possa avvalersi della facoltà di non rispondere e se, correlativamente, tale atteggiamento possa o meno essere punito a titolo di violazione dell'art. 187-quinquiesdecies TUF. Il primo comma di tale disposizione recita «*fuori dai casi previsti dall'articolo 2638 del codice civile, è punito ai sensi del presente articolo chiunque non ottempera nei termini alle richieste della Banca d'Italia e della Consob, ovvero non coopera con le medesime autorità al fine dell'espletamento delle relative funzioni di vigilanza, ovvero ritarda l'esercizio delle stesse*».

Secondo la ricostruzione operata dalla Corte di Cassazione¹⁹, in veste di giudice *a quo*, l'applicazione della sanzione amministrativa in capo al trasgressore, per il mero fatto di essersi avvalso della facoltà di non rispondere, sarebbe, alternativamente: 1) costituzionalmente illegittima per violazione dell'art. 24, e degli altri parametri del giusto processo evocati direttamente dall'art. 111, e, per parametro interposto, dall'art. 117 Cost., nella parte in cui richiama le disposizioni internazionali rilevanti (artt. 6 C.E.D.U., e 14 del Patto internazionale dei diritti civili e politici); 2) in contrasto con il diritto dell'Unione Europea, ed in particolare con gli artt. 47 e 48 CDFUE.

Nelle considerazioni, valorizzando al contempo le esigenze di *primauté* del diritto dell'Unione, e pur rivendicando il proprio ruolo centralizzante nel riportare a coerenza il concorso di rimedi giurisdizionali per quei principi e quei diritti «*enunciati nella Carta [che] intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana (e dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri)*» la Corte costituzionale ha verificato che si è in effetti di fronte ad una situazione di doppia pregiudiziale (costituzionale ed euro-unitaria) giacché «*la violazione di un diritto della persona infrang[e], ad un tempo, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia quelle codificate dalla Carta dei diritti dell'Unione*», (riferimento interno alla sentenza n. 269 del 2017).

Nel caso di specie, la Corte ha rilevato che tra i poteri dell'Autorità di Vigilanza vi è infatti quello di «*procedere ad audizione personale*» nei confronti di

¹⁸ Corte cost., 10 maggio 2019, n. 117, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org.

¹⁹ Cass., Sez. II civile, 16 febbraio 2018, Arzu, cit.

«*chiunque sia informato sui fatti*». Secondo il tenore letterale della disposizione, la Corte non revoca in dubbio che in effetti tale potere si possa svolgere anche nei confronti di chi è stato già incolpato, ovvero di colui nei confronti del quale siano emersi indizi di colpevolezza e quindi individua un contrasto col diritto fondamentale invocato.

La Corte, ripercorrendo i propri precedenti in materia, ha rilevato che «*il “diritto al silenzio” dell’imputato – pur non godendo di espresso riconoscimento costituzionale – costituisca un «corollario essenziale dell’inviolabilità del diritto di difesa», riconosciuto dall’art. 24 Cost. (ordinanze n. 202 del 2004, n. 485 e n. 291 del 2002). Tale diritto garantisce all’imputato la possibilità di rifiutare di sottoporsi all’esame testimoniale e, più in generale, di avvalersi della facoltà di non rispondere alle domande del giudice o dell’autorità competente per le indagini*».

Secondo la Corte, il diritto in parola appartiene «*al novero dei diritti inalienabili della persona umana (sentenze n. 238 del 2014, n. 323 del 1989 e n. 18 del 1982), che caratterizzano l’identità costituzionale italiana*» e, pur non essendosi mai pronunciata anteriormente sull’estensione di tale diritto in seno alle procedure amministrative punitive (“penali” nel senso autonomo della Carta di Roma), essa ha riconosciuto «*che singole garanzie riconosciute nella materia penale dalla CEDU e dalla stessa Costituzione italiana si estendano anche a tale tipologia di sanzioni*»²⁰.

Inoltre, essa ha affermato che «*le sanzioni amministrative previste nell’ordinamento italiano in materia di abuso di informazioni privilegiate costituiscono, in ragione della loro particolare afflittività, misure di natura “punitiva” (sentenze n. 63 del 2019, n. 223 del 2018 e n. 68 del 2017), così come – peraltro – ritenute dalla stessa Corte di giustizia UE (Grande sezione, sentenza 20 marzo 2018, in cause riunite C-596/16 e C-597/16, Di Puma e Consob, paragrafo 38)*», in ragione del loro ammontare elevato, nonché delle particolari misure interdittive e della confisca che vi si possono accompagnare.

Tuttavia, proseguendo nella lettura dell’ordinanza, nella disamina della giurisprudenza sovranazionale, emergeva un contrasto (almeno in apparenza) tra l’estensione del diritto al silenzio nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo e quella di Lussemburgo. Mentre la prima riconosce il privilegio contro l’auto-

²⁰ Corte cost., 21 marzo 2019, n. 63, in www.cortecostituzionale.it; Id., 5 dicembre 2018, n. 223, ivi; Id., 1 giugno 2018, n. 121, ivi; Id., 7 aprile 2017, n. 68, ivi; Id., 16 dicembre 2016, n. 276, ivi; Id., 18 aprile 2014, n. 104; Id., 4 giugno 2010, n. 196, ivi; Id., 15 giugno 1967, n. 78, ivi.

incriminazione in maniera tale da ricomprendere il diritto a non rispondere ad alcuna domanda, e persino, in alcuni casi, la facoltà di astenersi dal consegnare documenti in sede di accertamento amministrativo²¹, la Corte di Lussemburgo, sia pure nel limitato ambito delle procedure sanzionatorie in materia di concorrenza, riconosce il diritto al silenzio solo nel caso in cui l'autorità di vigilanza imponga all'impresa di rendere una esplicita confessione, potendo di converso legittimamente porre delle domande in mero punto di fatto, con l'obbligo di rispondere per l'incolpata, e altresì, l'obbligo di mettere a disposizione ogni documentazione rilevante, rispecchiando un metodo prettamente inquisitorio. Ciò posto, tuttavia, la Corte costituzionale dubitava che una simile giurisprudenza (antecedente all'adozione della CDFUE) fosse ancora in linea con l'evoluzione della materia, soprattutto in relazione alla repressione degli abusi di mercato, che, nella già ricordata sentenza *Di Puma*²², sono stati annoverati nell'ambito degli illeciti amministrativi puniti accompagnati da garanzie - data la loro gravità - analoghe a quelle previste in materia penale. Sulla base di ciò chiedeva alla Corte di Giustizia un intervento chiarificatore, anche alla luce della Direttiva sulla presunzione d'innocenza, della MAD e del MAR.

Tanto premesso, la Corte costituzionale ha sollevato un doppio quesito: «*a) se l'art. 14, paragrafo 3, della direttiva 2003/6/CE, in quanto tuttora applicabile ratione temporis, e l'art. 30, paragrafo 1, lettera b), del regolamento (UE) n. 596/2014 debbano essere interpretati nel senso che consentono agli Stati membri di non sanzionare chi si rifiuti di rispondere a domande dell'autorità competente dalle quali possa emergere la propria responsabilità per un illecito punito con sanzioni amministrative di natura "punitiva"; b) se, in caso di risposta negativa a tale prima questione, l'art. 14, paragrafo 3, della direttiva 2003/6/CE, in quanto tuttora applicabile ratione temporis, e l'art. 30, paragrafo 1, lettera b), del Regolamento (UE) n. 596/2014 siano compatibili con gli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, anche alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di art. 6 CEDU e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, nella misura in cui impongono di sanzionare anche chi si rifiuti di rispondere a domande dell'autorità competente dalle quali possa emergere la propria responsabilità*

²¹ Corte eur. Dir. Uomo, 25 febbraio 1993, *Funke c. Francia*, cit.; Id, Sez. V, 5 aprile 2012, *Chambaz c. Svizzera*, cit., in www.echr.coe.int.

²² Corte giust. UE (Grande sezione), 20 marzo 2018, *Di Puma e Zecca c. CONSOB*, in www.curia.europa.eu.

per un illecito punito con sanzioni amministrative di natura “punitiva”.

La Corte di Giustizia, con la pronuncia del 2 febbraio 2021²³, ha avallato la lettura favorevole avanzata dalla Corte costituzionale, esprimendosi nel senso della non ostatività della disciplina euro-unitaria all’eventualità che lo Stato membro non sanzioni, nello specifico caso, chi si avvalga del diritto a non incriminarsi in seno ad una inchiesta della CONSOB, rilevando l’implicita compatibilità del diritto a non auto-incriminarsi con le altre fonti derivate in gioco. In particolare, essa ha affermato che *«tenuto conto che la protezione del diritto al silenzio mira a garantire che, in una causa penale, l’accusa fondi la propria argomentazione senza ricorrere ad elementi di prova ottenuti mediante costrizione o pressioni, in spregio alla volontà dell’imputato (...) il diritto al silenzio 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 (...) Ciò premesso, il diritto al silenzio non può giustificare qualsiasi omessa collaborazione con le autorità competenti, qual è il caso di un rifiuto di presentarsi ad un’audizione prevista da tali autorità o di manovre dilatorie miranti a rinviare lo svolgimento dell’audizione stessa. 42 Quanto alla questione dei presupposti in presenza dei quali il suddetto diritto deve essere rispettato anche nell’ambito di procedure di accertamento di illeciti amministrativi, occorre sottolineare che questo stesso diritto è destinato ad applicarsi nel contesto di procedure suscettibili di sfociare nell’inflizione di sanzioni amministrative presentanti carattere penale. Per valutare tale carattere penale rilevano tre criteri. Il primo è dato dalla qualificazione giuridica dell’illecito nell’ordinamento interno, il secondo concerne la natura stessa dell’illecito e il terzo è relativo al grado di severità della sanzione che l’interessato rischia di subire (sentenza del 20 marzo 2018, *Garlsson Real Estate e a.*, C-537/16, EU:C:2018:193, punto 28)».*

Con decisione del 30 aprile 2021²⁴, nel giudizio riassunto a seguito dell’accoglimento del rinvio pregiudiziale poc’anzi descritto, la Corte costituzionale si è infine pronunciata sulla questione di legittimità costituzionale sollevata, dispo-

²³ Corte giust. UE, Grande Sezione, 2 febbraio 2021, DB c. CONSOB, in www.curia.europa.eu.

²⁴ Corte cost., n. 84 del 2021.

nendo che «*va dunque dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 187-quinquiesdecies del d.lgs. n. 58 del 1998, nel testo introdotto dall'art. 9, comma 2, lettera b), della legge n. 62 del 2005 e vigente al momento del fatto addebitato al ricorrente nel processo a quo, nella parte in cui si applica anche alla persona fisica che si sia rifiutata di fornire alla CONSOB risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative di carattere punitivo, ovvero per un reato*».

Nel lungo percorso argomentativo vengono recepite le considerazioni svolte dalla Corte di Giustizia e disattese le difese svolte dall'Avvocatura dello Stato nel giudizio di riassunzione, tendenti a sostenere che il comportamento del trasgressore fosse solo dettato da una "strategia dilatoria" (in quanto egli ha ritardato con richieste di differimento il momento dell'audizione e non semplicemente rifiutato di rispondere), e pertanto irrilevante alla luce della soluzione prospettata dalla Corte di Lussemburgo.

La Corte ha infatti ribadito che la «*rilevanza della questione di legittimità costituzionale deve essere vagliata ex ante sulla base del petitum così come prospettato dal giudice rimettente, non già - ex post - sulla base della decisione di questa Corte, che ben può circoscrivere l'accoglimento della questione in termini che potrebbero anche non giovare alla parte del giudizio a quo nel cui interesse la questione stessa è stata formulata*». Orbene, nel giudizio a quo, il rimettente ha esteso il *petitum* anche al mero ritardo, ciò che rende di per sé rilevante la questione, che non si identifica con l'utilità concreta dell'auspicata pronuncia, ma nell'applicazione della norma censurata²⁵.

Sotto altro profilo, la Corte ha altresì sottolineato il limite dell'art. 220 disp. att. c.p.p., considerando che l'inutilizzabilità nel processo penale delle prove raccolte, in violazione della disciplina processual-penalistica, non è una garanzia sufficiente nel caso di specie, atteso che oggetto del *petitum* non è il loro utilizzo nel procedimento penale, bensì in quello amministrativo innanzi alla CONSOB, materia che rientra nel *volet pénal* dell'art. 6 C.E.D.U., trattandosi di sanzioni amministrative a carattere sostanzialmente penale, in base ai noti criteri *Engel*.

Sul punto la Corte costituzionale afferma che «*è peraltro 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*

²⁵ In questo senso, si vedano le sentenze Corte cost., n. 59 del 2021; Id., n. 254 del 2020; Id., n. 253 del 2020, ivi; Id., n. 253 del 2019; Id., n. 179 del 2019; Id., n. 20 del 2019.

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».

Ciò posto, è di assoluto rilievo il fatto che la Corte, ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), abbia altresì esteso la dichiarazione di illegittimità costituzionale, in via consequenziale, alle disposizioni dell'art. 187- quinquiesdecies del d.lgs. n. 58 del 1998, «*in relazione alle sanzioni previste dalla norma alle condotte di mancata collaborazione con la Banca d'Italia, tra le quali deve ritenersi compresa anche la mancata risposta a domande formulate dalla stessa Banca d'Italia, che possano far emergere la responsabilità della persona fisica per un illecito passibile di sanzioni amministrative di carattere punitivo, ovvero per un reato*». Si tratta infatti di una situazione strutturalmente identica a quella della mancata risposta alle domande della CONSOB, nei cui confronti deve operare il medesimo diritto al silenzio, nei limiti sopra descritti.

Senza dubbio, l'impatto di questa pronuncia ha un potenziale espansivo di tipo trasversale in molte altre materie, ed in specie in quei settori in cui emerga il ruolo prodromico di un'autorità indipendente, di un'autorità di vigilanza (come rilevato dalla Corte costituzionale, da ultimo nella sentenza, la Banca d'Italia), o di un altro ente accertatore munito di poteri di indagine e sanzionatori particolarmente penetranti. Da ciò seguirà un generale dovere di riallineare lo *standard* minimo del diritto di difesa rispetto alle cc.dd. "condotte ostacolo", sia in relazione a fattispecie penali in senso proprio, sia in quelle così qualificate nel senso "autonomo" della convenzione europea dei diritti dell'uomo.

7. Ipotesi di conflitto tra principio di accountability e privilegio contro l'auto-incriminazione in ambito privacy e in altre materie. L'art. 24 del Reg. 679/2016 (G.D.P.R.) pone a carico del titolare del trattamento un notevole fardello, poiché esso ha l'onere di verificare al suo stesso interno gli "incidenti" organizzativi che possono esporre i diritti garantiti dalla normativa in tema di trattamento dei dati personali ad una violazione.

Tra questi doveri stabiliti in via generale, ve ne è anche uno esplicito e direttamente sanzionato, ossia quello di notificare al Garante per la protezione dei dati personali, ed in alcuni casi agli interessati stessi, entro un termine perentorio

rio la (anche solo potenziale) violazione della riservatezza dei dati in conseguenza del c.d. «*data breach*» (art. 33). Si tratta di una situazione che può verificarsi sia in conseguenza di comportamenti illeciti commessi dal titolare stesso, sia di terzi.

Si badi che la normativa, disegnata prevalentemente guardando alla conformazione di organizzazioni complesse di grandi dimensioni, è invero applicabile a tutti gli operatori, economici e non, che rivestono la qualità di titolari del trattamento, siano essi persone fisiche o giuridiche e perciò particolarmente insidiosa, considerate le sanzioni amministrative previste in caso di violazione dei doveri di *accountability*.

Poiché la violazione dell'obbligo di notifica del titolare espone sempre esso ad una responsabilità, tanto per i reati previsti in materia di *privacy* eventualmente commessi, quanto per le sanzioni stesse che possono essere inflitte in caso di omessa segnalazione, la materia è potenziale campo di applicazione del privilegio contro l'auto-incriminazione.

Infatti, dalla lettura piana dell'art. 83 G.D.P.R. non è irragionevole ritenere che le sanzioni previste a carico del trasgressore possano essere qualificate come «penali» nel senso autonomo della convenzione europea dei diritti dell'uomo, con tutto ciò che ne discende in termini di garanzie difensive. Le sanzioni previste dall'art 83, infatti, possono ammontare fino a 10.000.000 di euro, e fino al 2% dell'intero fatturato mondiale del trasgressore, se superiore a tale importo.

Le condizioni di applicazione delle sanzioni prevedono una serie di criteri per valutare la gravità di esse, e tra questi vi è anche la collaborazione con l'autorità di vigilanza o la condotta riparatoria dell'ente, che però non ha carattere esimente, ma comporta, semmai, solo una diminuzione di pena.

Nulla è previsto in relazione al pericolo di un'auto-incriminazione conseguente alla segnalazione.

La questione non riveste carattere esclusivamente teorico ed è stata invero oggetto di specifica menzione in altre legislazioni. Si consideri, a livello comparato, l'esempio del Regno Unito che ha esplicitamente riconosciuto, nell'attuare il Regolamento UE n. 679 del 2016, una esenzione specifica dall'obbligo di fornire informazioni, nel caso in cui queste possano portare all'incriminazione del titolare del trattamento²⁶, ad esclusione che per gli illeciti previsti dal

²⁶ Art. 20, Data Protection Act 2018, intitolato «*self-incrimination*» secondo cui «*a person need not comply with the listed G.D.P.R. provisions to the extent that compliance would, by revealing evidence of the*

medesimo testo.

Le criticità poc'anzi evidenziate, *mutatis mutandis*, si possono rinvenire in molti altri settori dell'ordinamento.

Nel diritto tributario, laddove venga richiesta in sede di ispezione o di altra verifica amministrativa la consegna di documenti di cui sia obbligatoria la rendicontazione e conservazione, che possono condurre ad un'autoincriminazione (per essere il soggetto venuto meno, ad esempio, ai suoi obblighi dichiarativi)²⁷.

Nel campo della composizione della crisi e dell'insolvenza, ad esempio, le problematiche potrebbero concernere l'obbligo di esibizione dei libri sociali o di documenti di altra natura in sede pre-fallimentare o nelle altre procedure di composizione della crisi²⁸.

Ancora, nella materia dell'antiriciclaggio, l'art. 31 d.lgs. n. 231 del 2007, così come modificato dal d.lgs. n. 90 del 2017, impone degli obblighi di conservazione e l'art. 35 del medesimo decreto impone degli obblighi di segnalazione alla UIF di operazioni sospette; la violazione di questi doveri comporta l'applicazione delle sanzioni previste dall'art. 55 e ss.

Le ipotesi sono solo esemplificative e non esaustive. Può dirsi, in generale, che il privilegio contro l'auto-incriminazione può assumere rilevanza nell'ambito di qualunque inchiesta amministrativa, laddove l'indagine interna sia (volontariamente o involontariamente) diretta a provocare una confessione e sia presidiata da una sanzione per la condotta ostacolo.

Fermo restando che l'applicabilità del privilegio contro l'auto-incriminazione richiede pur sempre una valutazione caso per caso (non sussistendo il diritto a tacere incondizionatamente in ogni situazione, bensì solo nel caso in cui, nel

commission of an offence, expose the person to proceedings for that offence», da cui però sono escluse, le *offences* previste dal *Data Protection Act* stesso.

²⁷ V. nota 15.

²⁸ Si consideri che l'occultamento delle scritture contabili è una delle condotte tipiche di realizzazione della c.d. bancarotta documentale, ipotesi che tuttavia, può essere diversamente qualificata (semplice o fraudolenta) in relazione al tipo di condotta, di mera sottrazione, di irregolare tenuta, di tenuta tale da non consentire la ricostruzione del patrimonio aziendale, ovvero di occultamento e distruzione. Alla luce delle diverse conseguenze penali cui il responsabile va incontro (anche implicite alla contestazione del reato fallimentare, che spesso si accompagnano a reati tributari), la scelta di esibire i documenti (oggetti che pure possono essere appresi dall'autorità inquirente con autonoma attività di ricerca e sequestro), non sembra una richiesta coercibile, senza violare il privilegio contro l'autoincriminazione, fermo restando che le conseguenze dell'omessa tenuta delle scritture, ovvero il loro occultamento, continua a produrre le conseguenze penali sopra descritte.

concreto, l'obbligo di cooperazione possa portare ad un'accusa in materia penale), è chiaro che quelle sopra elencate sono situazioni simili che meriterebbero una valutazione omogenea.

8. *Conclusioni provvisorie.* Alla luce delle considerazioni sopra svolte appare di immediata evidenza che non esiste una aprioristica antinomia tra dovere di *accountability* e privilegio contro l'auto-incriminazione, potendo ricorrere, a seconda dei casi, un vero e proprio conflitto positivo, oppure un conflitto apparente.

Dunque, la valutazione dovrà essere effettuata sempre "caso per caso" e "in concreto", considerato che la facoltà di sottrarsi alle richieste dell'autorità sussiste solo in capo al soggetto qualificato come potenziale accusato o trasgressore.

Ciò tuttavia non esclude che debba essere riconosciuto sul piano normativo generale il diritto in parola, che non può essere limitato alla mera occasione di pronunce giurisprudenziali, né all'incidente di costituzionalità, poiché, come sopra chiarito, le ipotesi di conflitto sono molteplici e non limitate al solo caso esaminato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 30 del 2021.

In assenza di una disposizione simile a quella del V emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America²⁹, che legittima il dichiarante ad avvalersi della propria facoltà al silenzio in qualsiasi contesto penale (salvo poi la verifica postuma dell'effettiva sussistenza delle condizioni legittimanti)³⁰, l'unica fonte interna al nostro ordinamento espressamente legittimante al rifiuto di rispondere rimane quella codicistica dell'art. 63 c.p.p., che invero ha valenza per il solo processo penale in senso stretto, ma che può essere estesa alla fase amministrativa mediante l'art. 220 disp.att.c.c., se correttamente declinato in una visione costituzionalmente e convenzionalmente orientata.

D'altra parte, il diritto a mantenere il silenzio non è un privilegio per l'impunità, ma è il ripudio storico del metodo inquisitorio, che impone di non ottenere informazioni mediante pressioni psicologiche o fisiche (divieto di tortura), nonché, in epoca moderna, diretto corollario della presunzione di innocenza, che

²⁹ Secondo cui nessuno «può essere obbligato in qualsiasi causa penale a deporre contro sé medesimo».

³⁰ Una facoltà che opera in maniera simile, nel nostro ordinamento, si ha con riferimento al segreto professionale, che però, al contrario del diritto in parola, è possibile solo per pre-determinate categorie professionali, individuate dalla legge, mentre il privilegio contro l'autoincriminazione, pur essendo legato ad una condizione soggettiva, è senz'altro una garanzia processuale generalizzata.

costituisce principio fondamentale con valore costituzionale e convenzionale di ripartizione dell'onere della prova. In questo senso, non può essere richiesto un contributo conoscitivo ad una persona che, fino a prova contraria è da considerarsi estranea ai fatti ³¹.

Ciò posto, sebbene il tema non sia ancora stato affrontato in maniera compiuta e generalizzata dalla giurisprudenza interna e sovranazionale, in una visione prospettica, può ragionevolmente ritenersi che l'esercizio di questa facoltà non possa mai costituire di per sé una condotta "ostacolo". Pertanto, naturale conseguenza è l'illegittimità di sanzioni amministrative o penali per la mancata collaborazione, poste a carico del soggetto che abbia diritto di avvalersi del silenzio.

Al contempo ci si chiede se possano essere considerate illegittime anche le sanzioni disciplinari ipoteticamente applicate per tale mancanza di collaborazione, laddove il dovere di collaborare sia previsto dalla disciplina autoregolamentare. Sebbene la giurisprudenza anche sovranazionale abbia nella maggior parte dei casi escluso la rilevanza delle sanzioni disciplinari dal cappello dell'art. 6 C.E.D.U. (eccezion fatta per quelle sanzioni disciplinari talmente gravi da essere considerate penali, ad esempio, le misure consistenti in una privazione della libertà personale come la consegna di rigore, l'isolamento carcerario, la detenzione amministrativa e le ipotesi affini) ³², è logico ritenere che il silenzio

³¹ MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, in *Trattato di procedura penale*, cit., 42 ss.

³² Sin dal primo caso noto in materia (Corte EDU, 8 giugno 1976, Engel e altri c. Paesi Bassi, in *www.echr.coe.int*), che riguardava proprio delle sanzioni formalmente disciplinari ma sostanzialmente penali, la Corte di Strasburgo ha ritenuto che le sanzioni che comportano la detenzione presso un'unità disciplinare per un periodo apprezzabile, ricadono nell'ambito di applicazione dell'articolo 6 della Convenzione nel suo aspetto penale. In seguito, considerando il particolare contesto del regime carcerario, la medesima Corte ha affrontato il tema delle sanzioni disciplinari applicate all'interno di un istituto penitenziario per il comportamento tenuto dal detenuto, riconoscendo, in alcuni casi, la riconducibilità della materia al *volet pénal* dell'art. 6 C.E.D.U., quando, ad esempio, il regime sanzionatorio comporti un aggravamento della pena in termini di durata o la revoca dei benefici penitenziari (cfr. Corte EDU, Grande Camera, 9 ottobre 2003, Ezeh e Connors c. Regno Unito; Id., 28 giugno 1986, Campbell e Fell c. Regno Unito, in *www.echr.coe.int*). Il trattamento penitenziario in genere rileva invece ai soli fini dell'aspetto civilistico dell'art. 6 C.E.D.U. (Corte EDU, Prima Sez., 8 novembre 2007, Štitić c. Croazia; Id., Grande Camera, 17 settembre 2009, Enea c. Italia; Id., Grande Camera, 3 aprile 2012, Boulois c. Lussemburgo, in *www.echr.coe.int*). È stata esclusa, inoltre, la rilevanza rispetto al *volet pénal*, delle sanzioni disciplinari inflitte dagli ordini professionali, anche le più gravi, quali la radiazione, (v. Id., 10 febbraio 1983, Albert e Le Compte c. Belgio) e rispetto ai dipendenti pubblici (Id., 13 settembre 2007, Moullet c. Francia). D'altra parte, la limitazione soggettiva del campo di azione distingue a tutt'oggi sul

serbato all'interno dell'organizzazione, se legittimato dall'esercizio del diritto al silenzio, non dovrebbe condurre ad una sanzione disciplinare, poiché l'esercizio del diritto di difesa così qualificato toglierebbe senz'altro il connotato di illiceità al comportamento non collaborante.

Al contrario, pare non potersi ritenere applicabile il diritto a tacere - a meno che tale diritto non sia specificamente previsto dall'ordinamento interno dell'organizzazione di appartenenza - nel caso di rivelazione che possa condurre non ad una sanzione penale, bensì ad una mera sanzione disciplinare.

Difatti, la sanzione disciplinare (nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, al di fuori dei casi eccezionali sopra indicati) non rientra nell'art. 6 C.E.D.U., «*dans son volét pénal*», e dunque, pare potersi ritenere che il "rischio" di una sanzione di natura "sostanzialmente non" penale (al contrario delle sanzioni amministrative punitive e di quelle penali in senso stretto), non comporti il diritto di tacere, dovendo ritenersi prevalente, in questo caso, l'obbligo di fedeltà all'organizzazione di appartenenza, rispetto all'interesse individuale.

Vi è da sottolineare che il segnalante potrebbe godere altresì delle tutele connesse al c.d. *whistleblowing*, così come introdotto a partire dal 2012, con la c.d. "Legge Severino", e con il successivo intervento con Legge n. 179 del 2017. Il Legislatore si è posto il fine di tutelare coloro che segnalano reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nel settore pubblico e privato, nell'interesse dell'integrità e del buon andamento della pubblica amministrazione, ma anche dell'integrità dell'ente soggetto alla responsabilità ex d.lgs. 231 del 2001. Il cardine del sistema di tutela del *whistleblower* nel settore pubblico va rinvenuto

piano teorico illecito disciplinare da quello penale (cfr. TENORE, *Il Manuale del pubblico impiego privatizzato*, Roma, 2015, 378; APICELLA, *Lineamenti del pubblico impiego "privatizzato"*, Milano, 2012, 234 ss.; MATTARELLA, *La responsabilità disciplinare*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 33 ss.; MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, Art. 2106, in *Il Codice civile, Commentario*, Milano, 2002, 226. Nell'ordinamento interno, relativamente alle sanzioni disciplinari in ambito penitenziario, meritano lettura le sentenze Trib. Brindisi, 17 ottobre 2014, n. 2881, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 438, con nota di DI BITONTO, *Una singolare applicazione dell'art. 649 c.p.p.*; in *Giur. it.*, 2015, 215, con nota di GALANTINI, *Il principio del ne bis in idem tra doppio processo e doppia sanzione*, in www.archiviodpc.diritto penaleuomo.org, con commento di FINOCCHIARO, *Improcedibilità per bis in idem a fronte di sanzioni formalmente "disciplinari": l'art. 649 c.p.p. interpretato alla luce della sentenza Grande Stevens*, nonché Cass, Sez. II, 15 dicembre 2016, Pagano, in www.archiviodpc.diritto penaleuomo.org. Sul punto, cfr. anche ZUFFADA, *La Corte di cassazione alle prese con i principi stabiliti dalla corte europea in materia di ne bis in idem in relazione al "doppio binario" sanzione penale - sanzione disciplinare (penitenziaria)*, in www.archiviodpc.diritto penaleuomo.org; NAPOLI, *Sanzioni disciplinari in ambito carcerario e sindacato giurisdizionale esteso al merito dei provvedimenti punitivi: un tentativo (non riuscito) di controllo di "full jurisdiction"*, ivi.

nell'art. 54-*bis*, d.lgs. n. 165 del 2001 (introdotto già dalla Legge n. 190 del 2012, successivamente modificato, prima dal d.l. 24 giugno 2014, n. 90, e poi dalla L. 31 novembre 2017, n. 179); per quanto riguarda il settore privato, solo di recente è stato introdotto il comma 2-*bis* dell'art. 6 nel d.lgs. 231 del 2001 (con Legge 179 del 2017)³³. Tale meccanismo è tuttavia pur sempre una mera facoltà del lavoratore e non un obbligo, che invece ricorre nel diverso caso del pubblico ufficiale tenuto, per esempio, alla denuncia di un delitto procedibile d'ufficio. Va escluso dunque che la mancata denuncia (e a maggior ragione, l'autodenuncia), possa essere "imposta" a pena di sanzione disciplinare, salvo che la segnalazione dell'illecito non rientri specificamente nei doveri del lavoratore. Doveri che, se violati, costituirebbero a loro volta illeciti.

In effetti, nonostante esso possa essere esteso alle inchieste amministrative, il privilegio contro l'auto-incriminazione postula sempre la minaccia di una sanzione "penale" (da intendersi tale anche la sanzione formalmente amministrativa, ma caratterizzata da una finalità prettamente punitiva), nel senso autonomo dell'art. 6 C.E.D.U., e non al di fuori del perimetro di esso.

Per quanto attiene dunque alla facoltà individuale dell'accusato (persona fisica), sembra pacifico che la prevalenza del diritto di difesa personale superi sempre le – pur fondate – esigenze di solidarietà sociale, facendo venire meno l'obbligo di cooperare, ogni volta che questo contegno conduca ad una incriminazione, anche solo potenziale, ovvero all'applicazione di una sanzione amministrativa di tipo punitivo, nel senso autonomo della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo.

Più problematico è invece il riconoscimento di un simile diritto nei confronti di una persona giuridica, specie ove essa disponga di una organizzazione complessa.

Si potrebbe in primo luogo obiettare che il diritto al silenzio sia escluso nei confronti degli enti, poiché il diritto al silenzio è una prerogativa tipica di soggetti umani. Ciò potrebbe far ritenere che, al contrario, l'ente non goda degli stessi diritti della persona fisica nel processo.

Tale aspetto solleva il problema dell'individuazione delle garanzie processuali applicabili all'ente, secondo la scelta operata dagli artt. 34, 35 d.lgs. 231 del

³³ Cfr. ZOLI, *L'evoluzione del sistema rimediale: privato e pubblico a confronto*, in *Lav. dir.*, 2017, 434; CORSO, *Cognizione di un reato in ambito lavorativo e ruolo del whistleblower*, in *questa Rivista*, 2019, 3, 9 ss; Id., *Segnalazione di illeciti e organizzazioni di lavoro. Pubblico e privato nella disciplina del whistleblowing*, Torino, 2020, 1 ss.

2001, che estendono i diritti e le facoltà dell'imputato all'ente «*in quanto compatibili*».

Il tema è scivoloso, in merito ad esempio alla necessità che l'ente sia destinatario degli avvertimenti in ordine alle conseguenze delle proprie dichiarazioni e ai problemi di disparità di trattamento rispetto ai coimputati, che emergono dalla lettura in combinato disposto degli art. 8, 44, d.lgs. n. 231 del 2001, laddove, apparentemente, l'ente non gode della stessa tutela dell'individuo.

A livello sovranazionale, a favore del riconoscimento del diritto al silenzio in capo all'ente, milita il fatto che, pacificamente, la C.E.D.U. riconosce protezione dei c.d. "diritti umani" anche alle persone giuridiche, che sono legittimate a ricorrere alla Corte di Strasburgo per la violazione della Carta³⁴, non essendo previste differenziazioni *ratione personae*, che non troverebbero adeguate motivazioni sotto il profilo della parità di trattamento.

Peraltro, analogamente ha ragionato anche la Corte di Giustizia riconoscendo legittimazione all'ente nell'invocare la protezione offerta dalla Carta dei diritti fondamentali, ad esempio, nel caso degli abusi di mercato³⁵.

Oltre a tali considerazioni di carattere sistematico, vi sono ragioni di carattere anche pratico. Infatti, è indubbio che, se è legittimamente riconosciuto il diritto al silenzio ad un individuo interno all'organizzazione, preposto alla funzione di rapportarsi con l'esterno in sede di ispezione o di altra attività amministrativa, da cui discende un obbligo di cooperazione, ciò non può non riflettere conseguenze sulla possibilità dell'ente di "esprimere" le proprie conoscenze a riguardo.

Infatti, se la conoscenza dell'informazione auto-incriminante è nell'esclusiva sfera di dominio del soggetto che si avvale della facoltà di non rispondere, l'ente non potrà che assumere lo stesso contegno.

In questo caso, la dissociazione tra ente e soggetto apparirebbe infatti completamente impossibile.

Ciò può portare a due conclusioni diametralmente opposte.

La prima conclusione è che in questi casi è sempre legittima la sanzione per

³⁴ Si vedano in particolare l'art. 34 C.E.D.U. e la *Rule 47* del Regolamento sul funzionamento della Corte europea dei diritti dell'uomo, che riconosce il diritto di ricorso anche ad un rappresentante di una persona giuridica, o «*un gruppo di privati*» che «*sostenga di essere vittima di una violazione*».

³⁵ Corte giust. UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, *Garlsson Real Estate SA, en liquidation e a. c. CONSOB*, in www.curia.europa.eu.

l'omessa collaborazione. L'ente subirebbe sempre un danno dal silenzio, perché dimostrerebbe sempre una cointeressenza, per immedesimazione, con le ragioni dell'imputato (ed implicitamente, anche ove lo avesse adottato, dimostrerebbe l'inefficacia del modello).

All'opposto, può ritenersi invece che l'ente, in quanto impossibilitato a dissociarsi, non possa che "subire" le scelte auto-difensive del membro interno dell'organizzazione (sia esso apicale o soggetto all'altrui vigilanza o controllo). Di conseguenza, l'ente non potrebbe essere mai punito per ciò solo, nemmeno in via amministrativa, perché la scelta di non cooperare non sarebbe nella sua sfera di dominio, ma in quella dell'individuo, che a sua volta non potrebbe essere obbligato, nemmeno dall'ente stesso, a collaborare. Diversamente ragionando, l'ente si troverebbe esposto ad una forma di responsabilità oggettiva per fatto altrui, non essendo addebitabili, nel caso di specie, concreti profili di colpa organizzativa.

Accanto a queste opzioni radicali, va poi indagata la possibile esistenza di situazioni mediane, che però hanno il difetto, rispetto alle opzioni sopra descritte, di dover essere valutate sempre di volta in volta, esplorando l'organizzazione concreta dell'ente stesso.

È possibile infatti che l'ente disponga al suo interno di meccanismi sussidiari di controllo aziendale e flussi di informazione, che consentano a soggetti diversi da quello preposto alla specifica funzione aziendale coinvolta (e per questo magari non responsabili del fatto illecito e quindi non garantiti individualmente dal diritto di non rispondere, ma comunque a conoscenza del fatto auto-incriminante), di effettuare attività di *self reporting* all'interno dell'azienda stessa per far emergere il fatto illecito.

In questo caso, è possibile dunque che entri in gioco non un conflitto tra il dovere di *accountability* e la difesa della propria libertà personale, bensì un conflitto tra il dovere di fedeltà al datore di lavoro (inteso come l'ente nel suo complesso o il soggetto apicale) o di lealtà nei confronti dei colleghi e il dovere diffuso di controllo di legalità dell'organizzazione stessa. In questo caso, il *whistleblowing* giocherebbe un ruolo fondamentale nel delineare le opzioni (pur sempre facoltative) in capo al soggetto facente parte dell'organizzazione, cui non potrebbe essere impedito di fare emergere le circostanze dell'illecito (eventualmente anche in danno di altro soggetto facente parte dell'ente, che si sia avvalso al contrario della facoltà di non rispondere), anche in via anonima.

Infatti, se i meccanismi interni all'ente fossero virtuosi, in realtà, non ci sarebbe

alcun conflitto tra obbligo di fedeltà all'ente e dovere di autodenuncia, perché l'investigazione interna si porrebbe il fine di consentire all'ente stesso, come realtà collettiva, di percepire ciò che accade al suo interno e perseguire lo scopo (collettivo) di prevenire o limitare il rischio di reato, o comunque di dissociarsi da esso.

Tuttavia, una tale opzione scontrerebbe sempre il limite di una valutazione di opportunità da parte dell'organo apicale, chiamato a decidere se "esternare" l'informazione emersa dall'indagine interna, oppure no.

È evidente che, in assenza di disposizioni premiali, ed in particolare di un'esimente o di una considerevole diminuzione delle sanzioni³⁶, l'ente non sarà mai incentivato a collaborare con l'autorità amministrativa, con il conseguente arresto del meccanismo di emersione dell'illecito.

Al contrario, di fronte a una prospettiva premiale, l'ente virtuoso sarà certamente più propenso a dissociarsi dal comportamento individuale, collaborando, perché la scelta apparirà conveniente.

La decisione di collaborare sconta sempre una valutazione di opportunità, considerati i costi o i benefici insiti nel serbare silenzio, in relazione ad ogni conseguenza penale e amministrativa prospettabile.

In quest'ottica, appare perciò ancora inadeguata la premialità riconosciuta all'ente collaborante. *De jure condendo*, lo scollamento tra il dovere di *cooperation* e la punibilità in caso di *self-reporting* potrà essere colmato solo con un pronunciato aumento delle condizioni premiali per l'ente stesso.

Realizzando questa prospettiva, infatti, l'adozione di meccanismi premiali e l'esaltazione del ruolo proattivo dell'ente potrebbe rendere superflua un'analisi dell'attribuzione al medesimo del privilegio contro l'autoincriminazione, tematica che rimarrebbe isolata al solo individuo operante al suo interno, senza che ciò limiti l'efficacia del controllo diffuso, che verrebbe garantito da iniziative sussidiarie dell'ente stesso, sempre nei limiti in cui ciò sia materialmente possibile in base alla sua organizzazione complessiva³⁷.

³⁶ Come previsto dall'art. 83 G.D.P.R.

³⁷ «D'altra parte ai Codici etici non può essere affidata la responsabilità dell'efficace andamento di un'impresa: per quanto utili ed importanti dal momento che contengono una serie di correttivi per annullare o almeno ridurre le defaillance comportamentali degli stakeholders, occorre guardarsi dall'enfatizzare sino al punto di considerarli sostitutivi della coscienza individuale»: così, NOCERINO, *Il "nuovo" illecito amministrativo delle imprese sociali alla luce del d.lgs. 112/2018. Il valore probatorio del compliance program*, in *Corso di diritto penale dell'impresa*, a cura di Manna, Torino, 2017, 184.