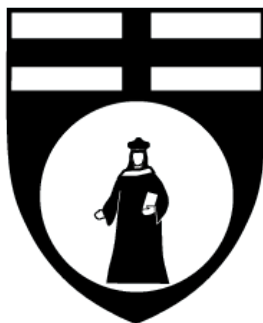


UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI GENOVA
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Corso di laurea magistrale in giurisprudenza



***“Nemo tenetur se detegere e diritto tributario: storia,
problematiche e prospettive”***

Relatore:

Chiar.mo Professor Alberto Marcheselli

Candidato:

Simone Demoro

Anno accademico 2021/2022

INTRODUZIONE

Il presente lavoro ha l'obiettivo di analizzare il complesso rapporto che intercorre tra la garanzia, di origine processual-penalistica, del *nemo tenetur se detegere* e la legislazione tributaria.

Ho scelto tale argomento perché ritengo che mai come nel nostro periodo storico, caratterizzato dalla concomitanza di tragici eventi e di crisi economica, debbano, alla luce delle brutture del secolo precedente, essere rispettate le garanzie tipiche dello stato di diritto. Un secondo ordine di ragioni a sostegno di tale scelta, oltre alla mia passione per il diritto tributario, riposa in un'esigenza di carattere logico: è proprio nei periodi di profonda depressione economica che è oltremodo necessario avere una macchina fiscale il più efficiente possibile, affinché possano essere garantiti sia i diritti che i doveri del contribuente, i quali non devono essere visti come elementi in contrapposizione, ma anzi come fattori reciprocamente funzionali.

Ho deciso di cominciare con delle considerazioni di carattere storico: ritengo infatti che, per conoscere la vera natura e soprattutto la capacità espansiva di un diritto, sia necessario comprendere le ragioni e le necessità che ne hanno determinato la nascita.

È infatti riportata la vicenda storica dell'ordinamento "padre" del diritto al silenzio, cioè quello inglese, e della figura di *John Freeborn*, il quale per primo ha invocato dinanzi all'autorità giudicante il diritto a non autoincriminarsi.

Viene poi evidenziato il ruolo fondamentale della giurisprudenza statunitense, autrice dei celeberrimi "*Miranda's warnings*", cioè quegli avvisi che vengono dati a chiunque venga arrestato, resi noti nella cultura di massa grazie alla filmografia.

Il secondo capitolo è invece interamente dedicato alla ricostruzione - sempre di carattere storico - del ruolo dello *ius tacendi* nel diritto italiano.

Quale punto di partenza ho scelto il Secolo dei Lumi, in modo tale che potessero essere evidenziate le prime voci a sostegno del fatto che l'imputato non dovesse più considerarsi quale "contenitore" di verità, ma come protagonista del processo.

Il passaggio più importante è indubbiamente quello dedicato al nuovo codice di procedura penale, che tanto si è impegnato nel portare nel nostro ordinamento i canoni accusatori.

Il capitolo si conclude - volutamente - con la disamina delle fonti sovranazionali, dal momento che sono queste ultime a sancire il corollario più importante del diritto in esame, cioè il fatto che dal suo esercizio non debba mai discendere alcuna valutazione negativa per il soggetto silente.

Il terzo capitolo invece, che è il cuore della trattazione, è interamente dedicato alla legislazione tributaria nazionale, evidenziando i punti di netto contrasto che essa presenta rispetto alle garanzie riconosciute in ambito sovranazionale.

In particolare ho deciso di riportare svariate sentenze della Corte EDU, che a prima vista potrebbero sembrare ripetitive, ma che vanno considerate come esempio lampante del fatto che la legislazione nazionale sia in totale contrasto con quanto invece previsto dalla giurisprudenza di Strasburgo, vincolante per il nostro ordinamento.

Se infatti - da almeno una decade - è pacifico nell'ambito UE il fatto che il diritto al silenzio debba essere applicato in tutti i procedimenti amministrativi (e quindi anche tributari) che prevedano l'irrogazione di sanzioni, nel nostro ordinamento sono presenti svariate disposizioni che addirittura puniscono il mero esercizio di tale diritto.

La giurisprudenza nazionale e la dottrina maggioritaria ritengono infatti che i doveri di collaborazione di cui sono destinatari i contribuenti annoverino anche quello di cooperare alla propria autoincriminazione.

Un punto di svolta sembra possa individuarsi in una recente pronuncia della Corte Costituzionale, che ha riconosciuto l'applicabilità del diritto al silenzio sulla base dell'art. 6 CEDU nel procedimento amministrativo sanzionatorio in cui è parte la Consob.

L'ultimo capitolo è dedicato a delle mie speranze d'intervento della Consulta e soprattutto del legislatore.

È quest'ultimo che secondo me, mai come ora, risulta essere destinatario di un compito non più rimandabile, cioè quello di portare alla luce un codice tributario.

INDICE

CAPITOLO PRIMO

LA STORIA DELLO *IUS TACENDI* IN UNA PROSPETTIVA COMPARATA

1. Premessa.....	1
2. La genesi e la diffusione nella <i>common law</i> inglese.....	3
2.1 Il caso “ <i>John Freeborn</i> ”.....	4
2.2 La piena affermazione e il “cambio di rotta” del <i>Criminal Justice and Public Order Act</i> del 1994.....	6
2.3 Gli interventi della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo.....	8
3. L’evoluzione negli U.S.A.	11
3.1 Il <i>Miranda’s case</i>	14
3.2 La giurisprudenza della Corte Suprema sino ai nostri giorni.....	16
4. Le peculiarità dell’ordinamento francese.....	19
5. Conclusioni: le ragioni di un’ottica comparata.....	22

CAPITOLO SECONDO

IL DIRITTO AL SILENZIO NELL’ORDINAMENTO ITALIANO

1. La storia dello <i>ius tacendi</i> in Italia: dall’illuminismo ai giorni nostri.....	24
1.1 Il codice Romagnosi: un modello per tutta Europa.....	26
1.2 Il codice Rocco.....	28
2. L’avvento della Costituzione.....	29
2.1. Le tesi dottrinali sul fondamento costituzionale dello <i>ius tacendi</i>	31
2.2. Il ruolo della presunzione d’innocenza.....	32
3. Il problema più gravoso: adattare la procedura alla Costituzione.....	34
4. Il codice Vassalli.....	37
4.1. Il diritto al silenzio in un sistema finalmente accusatorio: autodifesa tutelata sino al mendacio?.....	39
4.2. La disciplina codicistica del silenzio.....	41

4.2.1. La tutela “anticipata” degli artt. 63 e 198.2 c.p.p.....	42
4.2.2. Il nucleo della disciplina: gli artt. 64-65 c.p.p.....	44
4.2.3. Lo <i>ius tacendi</i> nel dibattito: gli artt. 208 - 209 c.p.p.....	48
4.2.4. L’art. 62 c.p.p. come “norma di chiusura”.....	50
4.2.5. Le dichiarazioni dell'imputato sul fatto altrui, cioè i limiti d’estensione dello <i>ius tacendi</i>	51
5. La “svolta inquisitoria” della Corte Costituzionale.....	54
6. Il giusto processo: la riforma dell’art. 111 della Costituzione.....	57
7. La legge 1° marzo 2001, n. 63: una “nuova” attuazione della Costituzione.....	65
8. Le fonti internazionali ed eurounitarie.....	71
8.1 La Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo.....	73
8.2. Le direttive 2012/13/UE e 2016/343/UE.....	76

CAPITOLO TERZO

LE PROBLEMATICHE DELLO *IUS TACENDI* NEL DIRITTO TRIBUTARIO

1. Premessa.....	80
2. Le fonti del diritto tributario: un quadro generale.....	81
2.1 Le fonti eurounitarie.....	85
2.2 La Convenzione EDU: La sentenza “Ferrazzini vs Italia”.....	88
2.3 Costruire un “giusto processo” tributario: la giurisprudenza CEDU.....	89
2.4 Le riflessioni della dottrina e il ruolo dell’art. 111 della Costituzione.....	98
3. Tra procedimento e processo tributario: quale spazio per il diritto al silenzio?.....	99
4. La legislazione sul procedimento tributario: il “silenzio sanzionato”.....	103
4.1 Lo statuto del contribuente.....	103
4.2 L’art. 32 del D.P.R n. 600/1973 e 51 del D.P.R. n. 633/1972: le sanzioni per l’esercizio di un diritto.....	105
4.3 Le sanzioni penalistiche.....	112

4.4 La giurisprudenza italiana.....	115
5. Un barlume di speranza: il diritto al silenzio vale anche nei confronti della Banca d'Italia e della Consob.....	120
5.1 L'ordinanza n. 54 del 18 febbraio 2018 della Corte di Cassazione.....	120
5.2 L'ordinanza n. 117 del 2019 della Corte Costituzionale.....	123
5.3 La parola alla Corte di Giustizia UE: La sentenza C-481/19.....	126
5.4 La conclusione della vicenda: la sentenza n. 84 del 2021 della Corte Costituzionale.....	128
5.5 Il portato della sentenza nel diritto tributario.....	129

CAPITOLO QUARTO
PROSPETTIVE DI RIFORMA

1. Premessa.....	132
2. Un primo passo dalle Corti.....	133
3. Il migliore degli auspici: La codificazione tributaria.....	136
4. Conclusione.....	140
Bibliografia	142

CAPITOLO PRIMO

LA STORIA DELLO *IUS TACENDI* IN UNA PROSPETTIVA COMPARATA

SOMMARIO 1. Premessa. – 2. La genesi e la diffusione nella *common law* inglese. – 2.1 Il caso “*John Freeborn*”. - 2.2 La piena affermazione e il “cambio di rotta” del *Criminal Justice and Public Order Act* del 1994. - 2.3. Gli interventi della Corte Europea dei Diritti dell’uomo. - 3. L’evoluzione negli U.S.A. - 3.1. Il *Miranda’s Case*. - 3.2 La giurisprudenza della Corte Suprema sino ai nostri giorni. - 4. Le peculiarità dell’ordinamento francese. - 5. Conclusioni: le ragioni di un’ottica comparata.

Τό σιγάν πολλάκις ἐστί σοφώτατον ἀνθρώπω νοήσαι

Spesso per l’uomo il tacere è il più saggio dei pensieri

Pindaro, *Ode Nemea V*

1. Premessa

Il *nemo tenetur se detegere* (letteralmente: “nessuno è tenuto a smascherare se stesso”) è un principio che oggi gode di riconoscimento globale, sia esplicitamente sia implicitamente, in costituzioni nazionali, convenzioni europee ed internazionali.

Lo *ius tacendi* (letteralmente: “diritto di tacere”) costituisce il suo più importante corollario e baluardo.

Il riconoscimento e - soprattutto - l’effettiva applicazione del diritto al silenzio in un ordinamento è forse il più limpido *discrimen* per distinguere un sistema accusatorio da uno inquisitorio.

Nei secoli infatti è stata ricostruita da migliore dottrina la distinzione fra i due sistemi, o, per meglio dire, modelli, giacché nell’individuare le caratteristiche dell’uno e dell’altro spesso si finisce col creare delle «costruzioni fittizie, che si trovano di rado, e forse mai nella realtà, ma sono utili, a certe condizioni, per analizzarla e renderla comprensibile»¹.

Il modello inquisitorio è infatti tradizionalmente identificato come quello che «vive della parola dell’imputato, e che intorno ad essa costruisce le sue trame»². Ed è proprio da questa concezione che in detto modello viene non solo legittimato, ma esaltato l’uso della

¹ DAMAŠKA M., “*I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*”, I ed., trad. it. Bologna, Il Mulino, 1991, p. 30.

² GARLATI L., “*Silenzio colpevole, silenzio innocente: l’interrogatorio dell’imputato da mezzo di prova a strumento di difesa nell’esperienza giuridica italiana*”, *Indice Penale*, 2006, n. 1, parte II, p. 120.

tortura e di «qualsiasi espediente *ad eruendam veritatem*»³, che, *in apertis verbis*, sono tutti quegli strumenti umilianti e massacranti con cui si strappa dalla gola dell'imputato la prova regina, la confessione.

Questo modello, tipico dello stato assoluto, per adempiere al fondamentale compito di scoprire la verità, letteralmente usa l'imputato «come mero "oggetto"»⁴ che «contiene in sé la verità»⁵, da estrapolarsi con ogni mezzo.

Pare quindi ovvio che, stanti dette premesse, in un modello del genere, il silenzio non venga visto come un diritto, ma anzi come un indizio «non sufficiente alla condanna, ma bastevole per condurre alla tortura»⁶.

Se quindi si volesse riassumere il ruolo del silenzio e della parola in un simile sistema, si potrebbe utilizzare il brocardo: «*reus tenetur se detegere*»⁷.

Specularmente, il modello accusatorio è quello in cui regna il «principio dialettico»⁸, in ossequio al quale si comprendono tre nuovi ruoli: quello della parola, che ha sì valore, ma solo in seno al contraddittorio; quello della verità, che non è più assoluta, «sottolineando anzi che lo spazio proprio del diritto è quello delle verità parziali, relative e convenzionali»⁹; quello dell'imputato, destinatario di garanzie, «non più mezzo di prova, ma che resta persona anche nel processo»¹⁰.

Risuona in questo modello la celeberrima affermazione - ritenuta «la prima massima del garantismo processuale accusatorio»¹¹ - per cui: «un uomo interrogato (...) intorno a un delitto che ha commesso non è tenuto a confessare, senza garanzia di perdono, perché nessuno (...) può essere per patto obbligato ad accusare sé stesso»¹².

Quindi ecco come un sistema che voglia potersi appellare come "accusatorio e garantista" debba necessariamente riconoscere il diritto al silenzio, trasmettendo da questa scelta la volontà di ricostruire solamente una verità processuale, anziché una assoluta, rispettando le garanzie dell'imputato, il suo «*suum, il recinto dell'individuo*»¹³, ponendo esso stesso un

³ PATANÈ V., «*Il diritto al silenzio dell'imputato*», I ed., Torino, Giappichelli, 2006, p. 7.

⁴ TONINI P., «*Manuale di procedura penale*», XX ed., Milano, Giuffrè, 2019, p. 6.

⁵ GARLATI L., «*Silenzio colpevole, silenzio innocente: l'interrogatorio dell'imputato da mezzo di prova a strumento di difesa nell'esperienza giuridica italiana*», *op. cit.*, p. 123.

⁶ STANZIONE G., «*Autoincriminazione e diritto al silenzio. Le esperienze italiana, francese e inglese*», I ed., Milano, Cedam, 2017, p. 7.

⁷ CORDERO F., «*Riti e sapienza del diritto*», I ed., Roma-Bari, Laterza, 1981, p. 405.

⁸ TONINI P., «*Manuale di procedura penale*», *op. cit.*, p. 8.

⁹ RODOTÀ S., «*Il diritto di avere diritti*», IV ed., Roma-Bari, Laterza, 2020, p. 212.

¹⁰ STANZIONE G., «*Autoincriminazione e diritto al silenzio. Le esperienze italiana, francese e inglese*», *op. cit.*, p. 8.

¹¹ FERRAJOLI L., «*Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*», XI rist., Roma-Bari, Laterza, 2018, p. 623.

¹² HOBBS T., «*Leviatano*», I ed., trad. it., Milano, Rizzoli, 2013, p. 151.

¹³ CARNELLUTI F., «*Principi del processo penale*», I ed., Napoli, Morano Editore, 1960, p. 7.

solido argine al potere giudiziario ed alla straripante forza dei suoi strumenti conoscitivi, perché comprende di «poter fare a meno del sapere dell'imputato»¹⁴.

Quindi, riconoscere e far operare lo *ius tacendi* significa legittimare la possibilità per l'imputato di autodeterminarsi nello scegliere se rendere noto o meno quanto sia a sua conoscenza.

In conclusione, la finalità di questo scritto riposa nella volontà di sottolineare il ruolo cardine che deve avere il diritto al silenzio in un campo extra-penale, cioè quello tributario, che - come si vedrà più avanti - presenta delle caratteristiche sanzionatorie idonee a determinare un transito in tal area delle garanzie penalistiche; ciò almeno, per un ordinamento che sancisce all'interno della propria Costituzione - precisamente all'art. 111, primo comma - la nozione di "giusto processo".

2. La genesi nella *common law* inglese

Nell'Europa del XVII sec. sono ampiamente diffuse ed esaltate - sia nei processi nel Vecchio Continente sia nell'Oltremarica - tutte le caratteristiche tipiche del modello inquisitorio.

Il luogo in cui possono individuarsi - ancora in uno stato embrionale, s'intenda - le prime tracce di un cambiamento è il Regno d'Inghilterra, in cui è in corso uno dei più importanti eventi della sua storia, cioè la Prima Rivoluzione.

È bene però soffermarsi su quelle che sono le differenti dottrine filosofico-giuridiche e religiose all'epoca diffuse, la cui presenza determina un'evoluzione prematura dell'ordinamento d'Oltremarica rispetto agli altri. È infatti sotto il regno degli Stuart che fioriscono le voci del giusnaturalismo, grazie alle quali potrà affermarsi la contrarietà dell'agire autoritario del giudice ai «principi posti dal superiore ordine naturale»¹⁵.

In quegli anni *Thomas Hobbes* - considerato «l'iniziatore del giusnaturalismo moderno»¹⁶ - comincia a diffondere le proprie teorie sull'individuo quale titolare di diritti naturalmente insiti, al punto tale da riconoscere che: «anche le accuse strappate mediante la tortura non sono considerate come testimonianza, perché la tortura non deve essere usata che come mezzo di congettura e come un sussidio alla ricerca della verità a cui si ricorre in estrema analisi; e tutto ciò che si confessa in quella situazione ha lo scopo di alleviare i

¹⁴ STANZIONE G., "Autoincriminazione e diritto al silenzio. Le esperienze italiana, francese e inglese", *op.cit.*, p. 5.

¹⁵ GARLATI L., "Silenzio colpevole, silenzio innocente. L'interrogatorio dell'imputato da mezzo di prova a strumento di difesa nell'esperienza giuridica italiana", in *Indice Penale*, 2006, fascicolo I, parte II, p. 127.

¹⁶ BOBBIO N. "Hobbes e il giusnaturalismo", in *Rivista Critica di Storia della Filosofia*, 1962, fascicolo IV, parte I, p. 475.

tormenti e non di fornire informazioni ai carnefici, e perciò non dovrebbe attribuirgli il valore di testimonianza, perché sia che le accuse pronunciate dalla vittima siano vere o false, egli fa ciò secondo il suo diritto di salvare la propria vita»¹⁷.

Sarebbe tuttavia storicamente scorretto omettere delle considerazioni in merito alla dottrina cristiano-anglicana allora professata, soprattutto per il fatto che essa vede la propria migliore espressione nell'universo giuridico attraverso un tribunale di giurisdizione ecclesiastica, la c.d. *Court of High Commission*, istituita sotto la dinastia dei *Tudor*, competente a decidere sui reati di matrice religiosa.

Se quindi da un lato sono divulgate le teorie dei giusnaturalisti, dall'altro ancora è presente un tribunale in cui «le prove a sostegno della condanna venivano agevolmente ottenute, grazie alla metodica del giuramento *ex officio*, direttamente dall'imputato, che invariabilmente apparteneva all'area cattolica o a quella puritana, entrambe contrastate dalla chiesa d'Inghilterra»¹⁸. Detto giuramento rappresenta in una maniera quasi stereotipista il modello inquisitorio, dal momento che esso permette di estorcere una confessione - che non necessariamente corrisponde alla verità assoluta tanto agognata - dall'imputato, mediante l'ausilio della tortura.

A questo punto è lecito chiedersi come sia possibile la convivenza di due pensieri così diametralmente opposti, anche alla luce del fatto che sono gli stessi giudici di *common law* «ad affermare il diritto dei cittadini inglesi a *not be compelled to give evidence against themselves*»¹⁹. Le divergenze arrivano ad un punto di non ritorno con il conflitto di giurisdizione nel 1640.

2.1 Il caso “John Freeborn”

È proprio in questo conflitto di giurisdizioni e d'idee che s'inserisce la storia di *John Lilburne*, noto anche come “*John Freeborn*”, il capo del movimento politico dei “*Levellers*” (trad. “Livellatori”), i quali, proprio nel corso della Prima Guerra Civile Inglese, si professano come anticlericali, democratici e favorevoli al suffragio universale.

Nel 1640 *John Freeborn* in persona viene arrestato e processato per aver dato alle stampe alcuni opuscoli contenenti aspre critiche alle idee religiose dell'allora arcivescovo di Canterbury, che l'accusa bolla come eretici.

¹⁷ HOBBS T., “*Il Leviatano*”, *op. cit.*, p. 175.

¹⁸ TASSINARI D., “*Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*”, I ed, Bologna, Bononia University Press, 2012, p. 17

¹⁹ TASSINARI D., “*Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*”, *op. cit.*, p. 20.

Nel corso del processo - celebratosi dinnanzi alla *Court of High Commission* - il capo dei Livellatori viene sottoposto ad interrogatorio con obbligo di verità - il citato giuramento *ex officio*, detto anche, nel diritto canonico, *de veritate dicenda* - ma questi si rifiuta di rispondere ad ogni sorta di questione, «sostenendo che il diritto a non autoincriminarsi sia sancito dalla legge divina e dal diritto naturale»²⁰. Viene allora ripetutamente torturato e infine condannato, perché in quel sistema il silenzio altro non è se non una prova della propria colpevolezza.

Egli decide però d'impugnare la sentenza di condanna dinnanzi al Parlamento e - anche grazie all'influenza di Cromwell, suo estimatore - nel 1641 viene emanato uno *statute* di Carlo I di *Stuart*, in cui viene sancita «l'abolizione della *Court of High Commission* e il divieto per le corti ecclesiastiche di deferire giuramento all'accusato su questioni sulle quali quest'ultimo potesse essere incriminato o costretto a confessare fatti penalmente rilevanti»²¹.

Ecco quindi che per la prima volta nella storia lo *ius tacendi* viene riconosciuto legislativamente come garanzia all'interno del sistema penalistico del diritto canonico.

Un così potente impulso garantista non può però rimanere circoscritto ad un ambito così ristretto, ed è infatti alla fine del XVII Secolo che esso trova il proprio spazio anche nella giurisdizione di *common law*, come «il frutto di uno sviluppo giurisprudenziale avvenuto *per gradus*»²².

In particolare possono essere osservati due differenti casi, celebrati per l'appunto nella giurisdizione di *common law*, che hanno evidenziato la sussistenza del *nemo tenetur se detegere* anche nella produzione di documenti: il caso “*Cox v. Copping*” del 1698 e il caso “*R. v. Mead*” del 1704.

Approfondendo il secondo caso, rileva il fatto che sia stata esclusa la possibilità di dar luogo ad una produzione documentale nonostante questa fosse stata richiesta espressamente dall'autorità procedente, dal momento che ciò avrebbe determinato «l'obbligo per l'imputato di produrre prove contro se stesso in un giudizio penale»²³.

Come poi si avrà modo di evidenziare nel corso dello scritto, già nel XVII Secolo la *common law* inglese era arrivata a comprendere uno dei pilastri della garanzia in esame, cioè quello di

²⁰ STANZIONE G., “*Autoincriminazione e diritto al silenzio. Le esperienze italiana, francese e inglese*”, *op. cit.*, p. 5

²¹ STANZIONE G., “*Autoincriminazione e diritto al silenzio. Le esperienze italiana, francese e inglese*”, *op. cit.*, p. 6

²² TASSINARI D., “*Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*”, *op. Cit.*, p. 16.

²³ «(to) compel the defendant to produce evidence against himself in a criminal case». M.R.T. MACNAIR, “*The early development of the privilege against self-incrimination*”, in *Oxford journal of legal studies*, 1990, p. 83.

impedire che l'imputato si trovi in una posizione di collaborazione alla propria autoincriminazione.

2.2 La piena affermazione e il "cambio di rotta" del *Criminal Justice and Public Order Act* del 1994

Nel corso dei secoli seguenti il diritto al silenzio vede una grande diffusione ed un contestuale ampio riconoscimento nelle varie disposizioni legislative, tant'è che risulta necessario un arduo lavoro dottrinale per tenere distinti due differenti concetti: il *right to silence* e il *privilege against self-incrimination*.

La complessità della questione viene risolta solo a livello teorico, valorizzando il *discrimen* tra il concetto di *right*, idoneo a ricevere tutela dall'ordinamento e a sancire l'illegittimità degli istituti ad esso contrario, e di *privilege*, cioè un'esenzione in capo ad uno specifico soggetto rispetto ad un dovere diffuso tra i consociati.

Altri²⁴ invece, partendo dall'assunto per cui il *privilege against self incrimination* si traduca in una *exclusionary rule* (una regola d'esclusione delle prove raccolte in violazione dei diritti dell'imputato), propugnano una tesi di sinonimia, in virtù della sua «connotazione ontologica di *right* e non di *privilege*»²⁵.

A livello pratico però è assente la medesima chiarezza, dal momento che sia il privilegio sia il diritto fondamentale «sono posti a protezione della medesima situazione giuridica: l'autoincriminazione»²⁶.

Il provvedimento legislativo che meglio fa comprendere il pieno riconoscimento di cui gode il diritto al silenzio è senza dubbio alcuno il *Criminal Evidence Act* del 1898, il quale, in particolare, va ad introdurre l'istituto della testimonianza volontaria.

È certamente lecito domandarsi come possa essere la testimonianza volontaria dell'imputato - caratterizzata da un obbligo di verità in capo al dichiarante - la migliore espressione della particolare tutela riconosciuta al *nemo tenetur se detegere*; la risposta riposa nelle garanzie e nelle condizioni che devono essere soddisfatte per poterla rendere ammissibile.

Essa infatti deve essere resa volontariamente dall'imputato, nella fase del *trial*, quindi alla presenza di un giudice terzo ed imparziale, che assicuri una dichiarazione nel «pieno rispetto della sua volontà e della sua autodeterminazione»²⁷ e poi la stessa diviene oggetto di *cross*

²⁴ Cfr. GREEN S., "The right to silence: a review of the current debate", 1990, *The Modern Law Review*, p. 709 e ss.

²⁵ PATANÈ V., "Il diritto al silenzio dell'imputato", *op.cit.*, p. 287

²⁶ STANZIONE G., "Autoincriminazione e diritto al silenzio. Le esperienze italiana, francese e inglese", *op. cit.*, p. 209.

²⁷ STANZIONE G., "Autoincriminazione e diritto al silenzio. Le esperienze italiana, francese e inglese", *op. cit.*, p. 232.

examination della controparte, che però non può avere per oggetto domande su «precedenti penali, altri reati diversi da quelli per cui si procede e sulla moralità e condotta di vita dell'imputato»²⁸.

Altro istituto meritevole di menzione, disciplinato dalla normativa appena citata, è quello tipico della fase preprocessuale, cioè la c.d. *police interview* (trad. interrogatorio di polizia), «l'atto nel quale il diritto al silenzio riceveva la tutela più ampia»²⁹, in cui l'indagato non è tenuto a rispondere ad alcuna domanda e, soprattutto, viene fatto divieto di trarre dal suo silenzio un argomento di prova.

Il fatto che la volontà dell'indagato di restare in silenzio non possa determinare un mutamento nella cognizione del giudice è uno dei corollari più importanti dello *ius tacendi*, perché si arriva a comprendere (già nel 1898!) il fatto che un diritto possa dirsi tale solo se dal suo esercizio non discendono delle conseguenze negative.

Ancora una volta però, il mutamento della concezione sul *nemo tenetur* è dovuta a delle ragioni filosofico-giuridiche: in un sistema come quello del Regno Unito degli anni Settanta del secolo scorso, ricco di garanzie e restio a profondi cambiamenti, comincia a diffondersi la teoria dell'*utilitarian*, riassumibile nell'idea per cui «il fine ultimo del procedimento penale sia quello dell'accertamento della verità legale e che sia necessario assicurarne l'efficienza e la speditezza, senza le pesanti pastoie di eccessive garanzie che si riducono, alla fin fine, ad un mero ostacolo all'interesse pubblico alla repressione dei reati»³⁰. In particolare i seguaci di tale dottrina si rifacevano alle idee di Bentham, il quale, proprio ragionando in termini utilitaristici, riteneva «l'esclusione di prove come sempre contraria al perseguimento del fine diretto della procedura, perché aumenta il rischio di decisioni errate»³¹ e quindi auspicava che fosse il giudice a valutare caso per caso proprio l'utilità dell'esclusione di una prova assunta in violazione di un *right*, quale poteva essere il *right of silence*.

Viene allora istituita una Commissione *ad hoc* nel 1972, denominata *Criminal Law Revision Committee*, che formula un *Report*, nel quale «propugnava non tanto l'abolizione del diritto al silenzio (...), quanto la possibilità che il giudice invitasse la giuria a trarre dal rifiuto di rispondere dell'imputato valutazioni a lui sfavorevoli»³².

²⁸ STANZIONE G., «*Autoincriminazione e diritto al silenzio. Le esperienze italiana, francese e inglese*», *op. cit.*, p. 233.

²⁹ STANZIONE G., «*Autoincriminazione e diritto al silenzio. Le esperienze italiana, francese e inglese*», *op. cit.*, p. 225.

³⁰ STANZIONE G., «*Autoincriminazione e diritto al silenzio. Le esperienze italiana, francese e inglese*», *op. cit.*, p. 210.

³¹ FERRARO F., «*Jeremy Bentham e la procedura giudiziaria*», 2009, in www.dirittoequationipolitiche.org, p. 471

³² PATANÈ V., «*Il diritto al silenzio dell'imputato*», *op. cit.*, p. 291.

Inizialmente tuttavia le proposte contenute nel *Report* non ricevono grande considerazione, ma, sia a seguito di svariati casi di clamorosi errori giudiziari³³ sia per la spinta ideologica della sopracitata - e sempre più diffusa - teoria dell'*utilitarian*, il legislatore è chiamato rispondere normativamente alle pressioni della pubblica opinione.

È il 1994 l'anno dell'epifania di un profondo cambiamento di stampo inquisitorio in seno all'ordinamento del Regno Unito, il cui provvedimento principe rimane senza dubbio il *Criminal Justice and Public Order Act*, il quale risulta «*ictu oculi* connotato da una rilevante restrizione dell'ambito di tutela riservata al diritto al silenzio»³⁴.

In particolare meritano menzione in questa sede: a) La *section 38*, che enuclea una serie di regole circa la valutazione probatoria del silenzio nella fase di *trial*, una su tutte quella per cui «è possibile trarre argomenti probatori sfavorevoli dall'esercizio del silenzio o dal rifiuto di deporre»³⁵; b) La *section 35*, che ha trasformato quel brillante istituto della testimonianza volontaria, andando ad «incentivare la condotta collaborativa dell'imputato costringendolo a rendere testimonianza giurata attraverso la possibilità di trarre inferenze probatorie sfavorevoli dalla decisione di non rendere testimonianza»³⁶; c) La *section 34*, che «consente al giudice di merito di trarre conclusioni sfavorevoli da eventuali condotte non collaborative tenute, in fase investigativa, e, segnatamente, nel corso dell'interrogatorio di polizia, dall'indagato»³⁷.

È quindi evidente un totale stravolgimento di quelle che erano state - fino al 1994 - le logiche garantiste dell'ordinamento inglese.

2.3 Gli interventi della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

«A partire dal 1993 la Corte Europea ha aperto un nuovo corso, iniziando a ritenere il diritto dell'indagato al silenzio immanente al giusto processo, e quindi riconoscendo il diritto di tacere durante un interrogatorio di polizia, e il diritto di non contribuire alla propria incriminazione»³⁸.

È proprio in questo arco temporale che s'inserisce una vicenda legata alla lotta terroristica dell'I.R.A.³⁹, i cui ultimi membri si sono resi protagonisti di una serie di sequestri di persona.

³³ Cfr. *Ex multiis*, "The Confain Case", "The Birmingham Six Case" ...

³⁴ PATANÈ V., "Il diritto al silenzio dell'imputato", *op.cit.*, p. 297.

³⁵ STANZIONE G., "Autoincriminazione e diritto al silenzio. Le esperienze italiana, francese e inglese", *op. cit.*, p. 236.

³⁶ STANZIONE G., "Autoincriminazione e diritto al silenzio. Le esperienze italiana, francese e inglese", *op. cit.*, p. 236.

³⁷ PATANÈ V., "Il diritto al silenzio dell'imputato", *op.cit.*, p. 299.

³⁸ a cura di BILANCIA F., "Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e giustizia tributaria italiana", I ed., Torino, Giappichelli, 2014, p. 90.

³⁹ Cfr. *Per approfondire*, BARDOLI E. "Gli ultimi fuochi del'IRA", 1990, www.laRepubblica.it.

Il caso⁴⁰ - portato all'attenzione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo- riguarda il signor Murray, il quale era stato arrestato in quasi-flagranza di reato, ed era stato informato dalla polizia della possibilità di rimanere in silenzio nel corso dell'interrogatorio, con la contestuale avvertenza che da detto silenzio il giudice avrebbe potuto trarre deduzioni a lui sfavorevoli ai fini della condanna.

La normativa oggetto di analisi dei giudici di Strasburgo è quella del *Criminal Evidence (Northern Ireland) Order*, ma tuttavia «la pronuncia dei giudici europei costituisce un importantissimo *test case* per valutare la conformità ai principi convenzionali dello statuto del diritto al silenzio nell'ordinamento inglese, atteso che, le *sections* 34-37 dell'*Act* del 1994 riprendono, pressoché integralmente, soluzioni fatte proprie dal modello nordirlandese»⁴¹.

Il ricorrente lamenta dinnanzi ai giudici di Strasburgo da un lato la violazione dell'art. 6, § § 1-2 CEDU, in relazione alle valutazioni negative tratte dal mero silenzio, e dall'altro quella dell'art. 6 § 1 e § 3 lett. c) CEDU, per essere rimasto privo del difensore - pur avendone richiesta l'assistenza - nelle 48 ore successive all'arresto.

La Corte ragiona innanzitutto nel senso di voler ricostruire le fondamenta giuridiche dello *ius tacendi*, evidenziando come «non c'è dubbio che, anche se l'articolo 6 della Convenzione non li menziona espressamente, il diritto di rimanere in silenzio durante gli interrogatori di polizia e il diritto di non contribuire alla propria incriminazione siano norme internazionali generalmente riconosciute che sono al cuore del concetto di giusto processo sancito dall'articolo 6»⁴².

Essa poi - cautamente - ha «circoscritto il valore probatorio del diritto al silenzio»⁴³, evidenziandone da un lato il limite massimo di tutela, nel senso che le garanzie di cui l'imputato è titolare «non possono impedire di tenere conto del silenzio, in situazioni che certamente richiedono una spiegazione da parte sua, di valutare la forza persuasiva degli elementi contro di lui»⁴⁴, e dall'altro quello minimo, nel senso che la pronuncia di condanna non potrà mai e poi mai basarsi esclusivamente sul fatto che l'imputato sia rimasto silente, perché ciò significherebbe un rovesciamento dell'onere della prova in capo al titolare della presunzione d'innocenza⁴⁵.

⁴⁰ CEDU, 8 febbraio 1996, '*Murray v. The United Kingdom*', www.hudoc.echr.coe.int.

⁴¹ PATANÈ V., '*Il diritto al silenzio dell'imputato*', *op.cit.*, p. 324.

⁴² CEDU, 8 febbraio 1996, '*Murray v. The United Kingdom*', § 45.

⁴³ PATANÈ V., '*Il diritto al silenzio dell'imputato*', *op.cit.*, p. 326.

⁴⁴ CEDU, 8 febbraio 1996, '*Murray v. The United Kingdom*', § 47.

⁴⁵ In queste parole la CEDU, 8 febbraio 1996, '*Murray v. The United Kingdom*', § 47 «(...) è manifestamente incompatibile con i divieti di cui si tratta di basare una condanna esclusivamente o essenzialmente sul silenzio dell'imputato o sul suo rifiuto di rispondere alle domande o di testimoniare (...)».

La Corte quindi ritiene assenti le violazioni dell'art. 6 CEDU per le questioni riguardanti il *nemo tenetur*, giacché, in relazione alle circostanze del caso, l'imputato era rimasto in silenzio per tutto il corso del processo e per non contestare alcuni elementi di prova fondamentali, come la sua presenza nel *locus commissi delicti*.

Allo stesso tempo però ha evidenziato una violazione dell'art. 6 CEDU ed «ha condannato il Regno Unito per aver lasciato il ricorrente privo dell'assistenza del difensore nelle prime quarantotto ore dall'arresto»⁴⁶; ciò portò alla modifica - nel 1999 - delle *sections* 34, 36 e 37.

Successivamente al caso *Murray* - ma nello stesso anno - la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo è nuovamente chiamata a pronunciarsi sulla legittimità della normativa inglese⁴⁷, questa volta sottolineando «il nesso che intercorre tra il riconoscimento del principio della presunzione d'innocenza (...) e il diritto al silenzio, che lo garantisce e lo supporta»⁴⁸.

Il caso ha per oggetto le doglianze del sig. Saunders, direttore ed amministratore delegato della *Guinness*, che inizialmente era stato oggetto d'inchiesta da parte degli ispettori del Dipartimento del Commercio e dell'Industria (D.T.I.) inglese, i quali lo avevano interrogato senza che quest'ultimo potesse avvalersi della facoltà di non rispondere.

Il ricorrente - sia dinnanzi le giurisdizioni nazionali sia dinnanzi alla CEDU - lamenta più volte «del fatto che le dichiarazioni da lui fatte sotto costrizione agli ispettori nominati dal DTI durante le loro indagini sono state ammesse come prove contro di lui nel suo successivo processo penale»⁴⁹.

Il sig. Saunders, in diversi e successivi processi penali, era stato dichiarato colpevole, proprio sulla base di quelle dichiarazioni auto-incriminanti fornite agli ispettori del D.T.I.

Per questi motivi lamenta una chiara violazione dell'art. 6 § 1 CEDU, anche alla luce di quanto emerso nel caso *Murray*, cioè per il fatto che «impliciti nel diritto a un processo equo garantito dall'articolo 6, paragrafo 1, siano il diritto di un individuo di non essere costretto a contribuire con prove incriminanti da utilizzare in un'azione penale contro di lui (...) e la presunzione d'innocenza»⁵⁰.

La Corte, prima di decidere, riporta - da prassi - le doglianze del Governo, il quale aveva fondato le proprie ragioni principalmente sull'assunto che «vi era anche un interesse pubblico per la condotta onesta delle società e per l'effettivo perseguimento di coloro che sono

⁴⁶ PATANÈ V., «*Il diritto al silenzio dell'imputato*», *op.cit.*, p. 330.

⁴⁷ CEDU, 17 dicembre 1996, «*Saunders v. The United Kingdom*», www.hudoc.echr.coe.int.

⁴⁸ STANZIONE G., «*Autoincriminazione e diritto al silenzio. Le esperienze italiana, francese e inglese*», *op. cit.*, p. 144.

⁴⁹ CEDU, 17 dicembre 1996, «*Saunders v. The United Kingdom*», § 60.

⁵⁰ CEDU, 17 dicembre 1996, «*Saunders v. The United Kingdom*», § 60.

coinvolti in complesse frodi aziendali»⁵¹, il quale poteva talvolta superare l'interesse del singolo individuo ad un equo processo.

In questo caso la Corte assume una decisione più netta rispetto alla sentenza precedente, giacché riconosce *in toto* la violazione del diritto al silenzio.

Ma probabilmente la parte più interessante della sentenza riposa nel paragrafo in cui si risponde alle doglianze del Governo inglese, in cui la Corte afferma che: «l'interesse pubblico non può essere invocato per giustificare l'uso di risposte ottenute obbligatoriamente in un'indagine extragiudiziale per incriminare l'imputato durante il procedimento giudiziario»⁵². Ecco che - finalmente - ritornano nettamente le caratteristiche di un vero sistema accusatorio; un sistema che, in nessun caso, tollera una posizione di supremazia dello Stato sull'imputato.

3. L'evoluzione negli U.S.A.

Certamente non si può non tener conto del contributo dell'ordinamento statunitense al *nemo tenetur se detegere*, anche in virtù del fatto che in esso - per ovvie ragioni storiche - è stata raccolta l'eredità culturale inglese, per poi essere svilupparla autonomamente.

Iniziando proprio dall'eredità inglese, è chiaro come all'inizio del XVIII secolo il modello processuale delle colonie statunitensi fosse corrispondente ai canoni inquisitori, con «la generalizzata assenza del diritto alla difesa tecnica e dalla piena utilizzabilità nel processo delle dichiarazioni rese in precedenza dall'imputato stesso»⁵³.

Ma nei desideri d'indipendenza dal Regno Unito covava anche la volontà di differenziarsi a livello giudiziario; questo per il fatto che, originariamente, ai coloni non erano concessi i medesimi diritti previsti per i cittadini inglesi.

È proprio nel corso delle guerre d'indipendenza che vengono emanate diverse Carte Coloniali, una su tutte è la *Virginia Declaration of Rights* (Dichiarazioni dei diritti della Virginia) del 1776, la quale riporta al § 8: «In tutti i processi capitali o criminali, ciascuno ha diritto di chiedere la causa e la natura dell'accusa, (...) né può egli essere costretto a dare prove contro se stesso»⁵⁴; nel corso dei decenni successivi sarà infatti usuale ritrovare formule simili nelle diverse Costituzioni.

È nel corso della seconda metà del Settecento che i coloni americani rompono definitivamente i rapporti con la Madrepatria, a seguito dell'emanazione del *Revenue Act*, il

⁵¹ CEDU, 17 dicembre 1996, “*Saunders v. The United Kingdom*”, § 62.

⁵² CEDU, 17 dicembre 1996, “*Saunders v. The United Kingdom*”, § 74.

⁵³ TASSINARI D., “*Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*”, *op. cit.*, p. 37.

⁵⁴ “*Raccolta di tutte le Costituzioni antiche e moderne*”, Torino, Tipografia Cassone, 1848.

quale imponeva il pagamento di dazi su prodotti che non fossero di provenienza inglese, e, soprattutto, dello *Stamp Act*, che imponeva ulteriori tributi sugli atti obbligatori per i rapporti Oltreoceano. I coloni, forieri del celeberrimo principio diffusosi al tempo della *Glorious Revolution*, cioè del *no taxation without representation*, in ossequio al quale per imporre un nuovo tributo è necessario che siano i contribuenti stessi (o i loro rappresentanti) a stabilirlo, insorgono.

A seguito della vittoria nella Guerra d'Indipendenza, a *Philadelphia* iniziano, sotto la guida di *George Washington*, i lavori preparatori per l'emanazione di una Costituzione degli Stati Uniti d'America, che entrerà in vigore il 4 marzo del 1789.

Inizialmente detta Carta era caratterizzata da un testo alquanto breve, concentrato sulla disciplina della forma di governo e degli aspetti sistemici dello stato appena nato, senza però prevedere alcun tipo di catalogo dei diritti; il vuoto venne tuttavia presto sanato, infatti nel 1791 «con l'approvazione dei primi dieci emendamenti (...) vede la luce un vero e proprio *bill of rights*, (...) che enuclea una serie di diritti fondamentali»⁵⁵.

Ai fini della trattazione, l'emendamento più importante è senza dubbio il quinto, il quale dispone che: «Nessuno sarà tenuto a rispondere di reato, che comporti la pena capitale, o che sia comunque grave, se non per denuncia o accusa fatta da una grande giuria, (...) né potrà essere obbligato, in qualsiasi causa penale, a deporre contro se stesso (...)».

Ovviamente, nella strada verso i tempi odierni, l'*iter* del processo penale statunitense è stato caratterizzato dal partire "un passo avanti" rispetto alla maggior parte degli ordinamenti del mondo occidentale, questo soprattutto grazie alle correnti filosofiche illuministe e giusnaturaliste, che alimentano sia la Rivoluzione che il periodo della "costituzionalizzazione", come si può facilmente evincere dal preambolo della stessa carta, il quale enuncia che: «Noi, Popolo degli Stati Uniti, allo Scopo di realizzare una più perfetta Unione, stabilire la Giustizia, garantire la Tranquillità interna, provvedere per la difesa comune, promuovere il Benessere generale ed assicurare le Benedizioni della Libertà a noi stessi ed alla nostra Posterità, ordiniamo e stabiliamo questa Costituzione per gli Stati Uniti d'America»⁵⁶.

⁵⁵ FURLAN F. *et al.*, "Costituzioni comparate", IV ed., Torino, Giappichelli, 2017, p. 107.

⁵⁶ "Raccolta di tutte le Costituzioni antiche e moderne", *op. cit.*, il cui testo originale recita: "We, the people of the United States, in order to form a more perfect Union, establish justice, insure domestic tranquility, provide for the common defence, promote the general welfare, and secure the blessings of liberty to ourselves and our posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America".

Con la consapevolezza del fatto che «l'evoluzione del *se detegere* a far data dall'entrata in vigore della Costituzione degli Stati Uniti d'America e sino alla metà del diciannovesimo secolo, appare strettamente correlata allo sviluppo di alcuni principi appartenenti al sistema processuale generalmente inteso»⁵⁷, è assolutamente necessario fare riferimento a due casi giurisprudenziali che hanno rappresentato un primo punto di svolta, cioè il caso *Boyd v. United States* del 1886 e il caso *Boyle v. Smithman* del 1892.

Iniziando dal caso *Boyd*⁵⁸, si tenga a mente il fatto che esso sia una delle prese di posizione giurisprudenziali più estensive rispetto al *nemo tenetur se detegere*, anche per il fatto che la vicenda analizzata dalla Corte Suprema ha natura extra-penale.

Il sig. *Boyd* si occupava di commerciare vetro; egli aveva stipulato un contratto con il governo U.S.A. da cui, a fronte di una cospicua fornitura di detto materiale per le opere pubbliche, avrebbe ottenuto un'esenzione fiscale per le importazioni.

Tuttavia, a seguito della distruzione dei primi carichi, il sig. *Boyd* aveva richiesto al governo l'importazione dei successivi carichi senza alcuna tassazione.

Le autorità fiscali, sulla base della normativa allora vigente, erano autorizzate a «richiedere all'imputato di produrre in tribunale i suoi libri contabili, fatture, documenti (...)»⁵⁹, mediante un ordine di esibizione.

L'imputato, pur dissenziente, aveva ottemperato all'ordine, e dall'esibizione era risultato chiaro come fosse responsabile nei confronti della legge sui dazi d'importazione.

Il caso, dopo essere stato oggetto di giudizio nel tribunale locale, era stato portato dinnanzi alla Corte Suprema, per presunta violazione del quarto e del quinto emendamento.

L'elemento più interessante della decisione non risiede tanto nel semplice fatto che la Corte abbia riconosciuto l'incostituzionalità della norma, ma nella «portata generale della decisione»⁶⁰, per il fatto che questa non sia una controversia penalistica, ma tributaria; se infatti il quinto emendamento si limita a garantire lo *ius tacendi* nelle «cause penali», l'interpretazione marcatamente estensiva dei giudici di Washington ne riconosce l'applicabilità a tutti i procedimenti, sulla scorta del fatto che: «confiscare i beni di una persona per un comportamento *contra legem*, anche se di forma civile, (...) è un caso penale, nel senso di

⁵⁷ TASSINARI D., «*Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*», *op. cit.*, p. 39.

⁵⁸ U.S. Supreme Court, 1 febbraio 1886, «*Boyd v. United States*», 116 U.S. 1 (1886), www.supreme.justia.com.

⁵⁹ U.S. Supreme Court, «*Boyd v. United States*», 116 U.S. 616 (1886), www.supreme.justia.com. «to require the defendant to produce in court his private books, invoice and papers (...)»

⁶⁰ TASSINARI D., «*Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*», *op. cit.*, p. 42.

quella parte del Quinto Emendamento che dichiara che nessuna persona ‘è costretta, in ogni caso penale, ad essere testimone contro se stessa’»⁶¹.

Un principio simile si è poi affermato nel caso *Boyle*⁶², giudicato dalla Corte della *Pennsylvania*, la cui vicenda riguarda una legge statale in materia di commercio petrolifero, che prevedeva degli obblighi di rendiconto in dei *papers* sulla quantità e sull’ubicazione della materia prima.

Il sig. *Boyle*, direttore di un quotidiano, aveva richiesto l’applicazione di dette regole ad un commerciante di petrolio, il sig. *Smithman*, il quale aveva invocato proprio il quinto emendamento.

L’orientamento della Corte è stato nel senso di riconoscere l’applicabilità della norma costituzionale, affermando «un generalizzato diritto al silenzio dell’imputato, fondato sul presupposto che il carattere di riservatezza dei *papers* fosse sufficiente a precluderne l’acquisizione forzata da parte di terzi»⁶³.

Se però si analizza il complesso della giurisprudenza successiva, per tutta la prima metà del Ventesimo secolo, si può notare un forte *overruling* rispetto alle sopracitate sentenze, andando da un lato a negare la sussistenza dello *ius tacendi* in capo alle persone giuridiche⁶⁴, ma soprattutto, nell’affermare come il diritto costituzionale possa venir meno nel momento in cui questo dovesse rapportarsi con un interesse pubblico superiore⁶⁵, scartando quell’elemento caratterizzante del diritto in esame, cioè il fatto di essere un baluardo per l’individuo rispetto al potere dello Stato.

3.1 Il *Miranda’s case*

Nel corso del Secondo Dopoguerra, gli Stati Uniti vivono un periodo di marcato oscurantismo, anche e soprattutto dal punto di vista giudiziario, che è «caratterizzato da un

⁶¹ U.S. Supreme Court, “*Boyd v. United States*”, 116 U.S. 616 (1886), www.supreme.justia.com. «A proceeding to forfeit a person's goods for an offence against the laws, though civil in form, and whether *in rem* or *in personam*, is a "criminal case" within the meaning of that part of the Fifth Amendment which declares that no person "shall be compelled, in any criminal case, to be a witness against himself"».

⁶² Supreme Court of Pennsylvania, 4 gennaio 1892, “*Boyle v. Smithman*”, www.Caselaw.Access.Project/Harward.Law.School.com

⁶³ TASSINARI D., “*Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*”, *op. cit.*, p. 43.

⁶⁴ U.S. Supreme Court, “*Hale v. Henkel*”, 201 U.S. 43 (1906), www.supreme.justia.com, il cui principio più importante è individuato nella formula: «There is a clear distinction between an individual and a corporation, and the latter, being a creature of the State, has not the constitutional right to refuse to submit its books and papers for an examination at the suit of the State» trad. «C’è una chiara distinzione tra un individuo e una società, e quest’ultima, essendo una creatura dello Stato, non ha il diritto costituzionale di rifiutare di presentare i suoi libri e documenti per un esame alla causa dello Stato»

⁶⁵ U.S. Supreme Court, “*Shapiro v. United States*”, 335 U.S. 1 (1948), www.supreme.justia.com, § 3 « The privilege which exists as to private papers cannot be maintained where the records in question were required to be maintained under appropriate regulation, their relevance to the lawful purpose of the OPA is unquestioned, and they record transactions (...)».

esasperato clima di sospetto e da comportamenti persecutori nei confronti di persone, gruppi e comportamenti ritenuti sovversivi»⁶⁶. Tale periodo storico sarà ricordato come “maccartismo”, in onore del senatore *J.R. McCarthy*, uno degli esponenti politici più influenti del tempo.

In un’epoca in cui è ormai divenuto usuale fondare accuse - e talvolta addirittura condanne - su meri sospetti, non ci si deve stupire del fatto che vi sia stato il ritorno ai tipici strumenti del modello inquisitorio; ciò - ovviamente - ha comportato uno stravolgimento della concezione sullo *ius tacendi*.

In particolare giova ricordare come la giurisprudenza del tempo, in alcune pronunce, sia “tornata indietro” nel «ravvisare nel mero silenzio (...) il reato di *contempt of the Court*»⁶⁷, con buona pace dei diritti costituzionali.

Solamente alla fine degli anni Cinquanta del secolo scorso, complice la caduta politica e l’espulsione dal Senato di *McCarthy*, il clima torna ad essere meno inquisitorio, sebbene sia ancora diffuso un principio di diritto affermato dalla Corte Suprema⁶⁸, per cui «il valore volontario o estorto per mezzo di pressioni o coercizioni di una dichiarazione auto-accusatoria era stabilito sulla base di un *voluntariness test*, (...) un esame che veniva svolto *case by case* dal giudice, il quale doveva valutare la “totalità delle circostanze”»⁶⁹.

Già da tempo, anche alla luce di detto orientamento, la dottrina auspica un radicale cambiamento, che finalmente sopraggiunge con una delle sentenze più importanti della storia degli Stati Uniti d’America, cioè il caso “*Miranda v. Arizona*” del 1966⁷⁰.

In tale *leading case*, «la Corte Suprema degli Stati Uniti opera un’estensione alla fase degli interrogatori di polizia (...) del *privilege against self incrimination*»⁷¹. Nello *status quo ante* alla pronuncia erano infatti largamente diffuse delle prassi al limite della legalità, soprattutto nel corso degli interrogatori di polizia, in cui si tentava, profittando dell’assenza del difensore, di estrapolare una confessione dall’indagato che potesse essergli successivamente contestata nel *trial*.

⁶⁶ *Maccartismo*, voce in *Enciclopedia Treccani*, www.treccani.it.

⁶⁷ TASSINARI D., “*Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*”, *op. cit.*, p. 47.

⁶⁸ U.S. Supreme Court, “*Brown v. Missisipi*”, 297 U.S. 278 (1936), www.supreme.justia.com.

⁶⁹ STANZIONE G., “*Autoincriminazione e diritto al silenzio. Le esperienze italiana, francese e inglese*”, *op. cit.*, p. 205.

⁷⁰ U.S. Supreme Court, “*Miranda v. Arizona*”, 348 U.S. 436 (1966), www.supreme.justia.com.

⁷¹ TASSINARI D., “*Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*”, *op. cit.*, p. 50.

Il *Miranda's case* nasce proprio da una situazione di tal genere, in cui non solo l'indagato non era stato informato del diritto di avvalersi del quinto emendamento, ma nemmeno della possibilità di farsi assistere dal difensore nel corso dell'interrogatorio di polizia.

Il sig. *Miranda* era infatti stato arrestato, con l'accusa di stupro, e successivamente sottoposto ad interrogatorio, a seguito del quale aveva firmato un documento nel quale non solo confessava il reato contestatogli, ma in cui era presente una formula dattiloscritta che enunciava il fatto che fosse stato reso edotto della possibilità di avvalersi dei propri diritti costituzionali. Nel corso del giudizio di primo grado, il procuratore locale aveva contestato al sig. *Miranda* la propria confessione scritta e il suo avvocato aveva eccepito il fatto che non fosse stato informato oralmente dei propri diritti.

Tre anni dopo il caso arriva dinnanzi alla Corte Suprema, la quale, approfittando dell'occasione, stabilisce il fondamentale principio di diritto in virtù del quale: «la persona detenuta deve, prima dell'interrogatorio, essere chiaramente informata che ha il diritto di rimanere in silenzio e che tutto ciò che dice sarà usato contro di lui in tribunale; deve essere chiaramente informato che ha il diritto di consultare un avvocato e di avere l'avvocato con sé durante l'interrogatorio»⁷².

Questo principio godrà di grandissima fortuna: da un lato esso ha portato alla nascita dei c.d. “*Miranda warnings*”, cioè l'obbligo per tutte le forze di polizia di avvisare il soggetto arrestato della possibilità di avvalersi dei propri diritti (così come riportati nella sentenza), dall'altro ha influenzato la storia dello stesso diritto al silenzio, divenendo ispirazione per la legislazione degli altri ordinamenti⁷³.

La stessa sentenza ha inoltre rimarcato uno degli elementi più importanti e delicati del *right to silence*, cioè il fatto che la volontà del dichiarante di avvalersi del quinto emendamento non debba essere nemmeno menzionata nei verbali dall'accusa, in modo tale che il giudice non sia in alcun modo spinto ad interpretare l'esercizio di un diritto costituzionale come un comportamento sospetto.

3.2 La giurisprudenza della Corte Suprema sino ai nostri giorni

Purtroppo, come spesso accade con sentenze di una portata così innovativa, la giurisprudenza successiva assume un atteggiamento più prudente; manifesto in tal senso è il

⁷² U.S. Supreme Court, “*Miranda v. Arizona*”, 348 U.S. 436 (1966), www.supreme.justia.com, «The person in custody must, prior to interrogation, be clearly informed that he has the right to remain silent, and that anything he says will be used against him in court; he must be clearly informed that he has the right to consult with a lawyer and to have the lawyer with him during interrogation, and that, if he is indigent, a lawyer will be appointed to represent him».

⁷³ Cfr. Il capitolo

fatto che la stessa Corte Suprema, pronunciandosi su casi simili, talvolta abbia limitato l'applicabilità del principio del *nemo tenetur se ipsum accusare*, altre volte abbia addirittura legittimato delle ipotesi ad esso derogatorie.

Per di più, non mancano atteggiamenti avversi alla decisione della Corte da parte del Congresso degli Stati Uniti, il quale, per buona risposta, emana nel 1968 l'*Omnibus Crime Control and Safe Streets acts*, che prevede e disciplina una valutazione da parte del giudice caso per caso circa la volontarietà delle dichiarazioni rese dall'imputato, senza nemmeno fare riferimento ai *Miranda warnings*.

A onor di verità bisogna dire che inizialmente la Corte resiste all'applicazione dell'*act*, ma, a seguito dei mutamenti della maggioranza all'interno della stessa, vengono fatti dei lunghi passi indietro sul diritto al silenzio; in particolare merita menzione in questa sede un caso in cui la Corte Suprema ha stabilito un'eccezione di non poco conto.

Nella sentenza "*New York v. Quarles*"⁷⁴, la Corte ha infatti dovuto bilanciare il diritto al silenzio con una forte esigenza di pubblica sicurezza; il caso riguarda la vicenda di un soggetto in stato d'arresto per presunto stupro, che era stato interrogato sull'ubicazione di un'arma da fuoco, dal momento che nel *locus commissi delicti* indossava una fondina, vuota.

In seguito l'imputato viene assolto per l'accusa di stupro, ma condannato per il possesso illegale di un'arma, poiché l'individuazione della stessa era avvenuta solamente per merito di una sua dichiarazione - ottenuta senza che avesse ricevuto i *Miranda warnings* - e nonostante il suo difensore ne avesse sostenuto l'inutilizzabilità nel giudizio.

Stando alla lettera del principio statuito in *Miranda*, e della connessa teoria "del frutto dell'albero avvelenato"⁷⁵, la dichiarazione avrebbe dovuto essere inutilizzabile; ma la Corte, ha stabilito come in una situazione in cui «gli agenti di polizia pongono domande ragionevolmente motivate da una preoccupazione per la sicurezza pubblica»⁷⁶ sia possibile derogare alla regola *Miranda*, che quindi ha perso il suo valore di principio assoluto.

Un'evoluzione interessante ha riguardato il diritto tributario, in cui la Corte, in un caso di frode sportiva, era stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di una condanna

⁷⁴ U.S. Supreme Court, "*New York v. Quarles*", 467 U.S. 649 (1984), www.supreme.justia.com.

⁷⁵ Principio affermato per la prima volta dal giudice Felix Frankfurter nella sentenza U.S. Supreme Court "*Nardone v. United States*" 308 U.S. 338 (1939), per cui una prova (frutto) assunta a seguito di un comportamento illegittimo (albero) dell'autorità inquirente non può essere utilizzata in giudizio.

⁷⁶ U.S. Supreme Court, "*New York v. Quarles*", 467 U.S. 649 (1984), www.supreme.justia.com. «in which police officers ask questions reasonably prompted by a concern for the public safety.»

fondata su delle ammissioni auto-incriminanti provenienti dalla dichiarazione dei redditi dell'indagato⁷⁷.

La Corte in questo caso, noncurante della portata estensiva del caso *Miranda*, stabilisce quale *discrimen* per l'applicabilità o meno del diritto al silenzio il fatto che le domande poste dall'autorità procedente siano o meno “*innocently posed*”, cioè poste in un contesto potenzialmente estraneo a quello della responsabilità penale; di più, questo principio, sarà da quel momento in avanti il faro per tutte le richieste - potenzialmente auto-incriminanti - fatte dall'autorità procedente nell'area extra-penale.

Tuttavia la Corte ha specularmente riconosciuto come in determinate situazioni, in cui, coerentemente con il principio sopracitato, siano presenti delle possibilità di ricevere nell'immediato una sanzione penale, il “*take the fifth*”⁷⁸ sia pienamente legittimo.

Ciò appare particolarmente evidente da un trittico di sentenze noto come «*the trilogy*»⁷⁹, nel quale i giudici di Washington sono stati chiamati a giudicare della legittimità costituzionale di differenti disposizioni tributarie che richiedevano di effettuare registrazioni a fini fiscali.

Ebbene, dal trittico emerge sempre un elemento comune, cioè quello di riconoscere la possibilità di appellarsi al quinto emendamento laddove la dichiarazione fiscale possa determinare nell'immediato la sussistenza di una qualche responsabilità penale in capo al dichiarante⁸⁰.

Agli albori del Ventunesimo secolo, la Corte, soprattutto in virtù di una maggioranza interna favorevole alla tutela del *privilege*, e per il fatto che comunque fosse presente un contrasto tra un *leading case* come quello di *Miranda* e la disciplina legislativa, decide di intervenire nuovamente.

Il Congresso infatti, nell'emanare l'*act* sopracitato e nel - quasi ironicamente - tacere in merito ai *warnings*, aveva *de facto* negato la portata costituzionale degli stessi.

Così la Corte, nella sentenza “*Dickerson v. United States*”⁸¹, richiamando esplicitamente il caso *Miranda*, e investita della questione se il Congresso potesse operare delle modifiche in senso restrittivo rispetto alla sua disciplina, statuisce che: «il principio *Miranda* è stato

⁷⁷ U.S. Supreme Court, “*Garner v. United States*”, 424 U.S. 648 (1976), www.supreme.justia.com.

⁷⁸ Appellarsi al quinto emendamento, come indicato nella prassi statunitense.

⁷⁹ TASSINARI D., “*Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*”, *op. cit.*, p. 154.

⁸⁰ Cfr. U.S. Supreme Court, “*Marchetti v. United States*”, in cui l'imputato - giocatore d'azzardo- era tenuto a delle dichiarazioni fiscali che ne avrebbero potuto determinare una responsabilità penale, ma anche U.S. Supreme Court “*Grosso v. United States*”, caso in cui era stata dichiarata la contrarietà alla Costituzione di una disposizione tributaria che prevedeva l'obbligo per gli scommettitori di effettuare di registrarsi in un apposito elenco, perché da questo sarebbero derivati dei controlli, con la conseguente possibilità di essere destinatari di sanzioni penali.

⁸¹ U.S. Supreme Court, “*Dickerson v. United States*”, 530 U.S. 428 (2000), www.supreme.justia.com.

assorbito nella pratica della polizia al punto tale che fa parte della nostra cultura nazionale, (...) per questo esso è portatore di una regola costituzionale che il Congresso non può superare legislativamente. Ci rifiutiamo di annullare *Miranda* noi stessi»⁸².

4. Le peculiarità dell'ordinamento francese

Ponendo lo sguardo oltralpe, è bene effettuare una serie di considerazioni intorno all'ultimo ventennio, che è stato caratterizzato da un costante susseguirsi di riforme, che hanno riguardato l'intero processo penale.

Il processo penale francese si distingue infatti per essere stato - sino a poco tempo fa - corrispondente ad un modello «misto-inquisitorio»⁸³, contraddistinto da un «contraddittorio che continuava ad essere escluso dai principali atti di acquisizione probatoria compiuti dal magistrato nell'istruzione»⁸⁴.

Un sistema così composto deve essere origine di un particolare percorso storico, il quale non può non passare attraverso l'emanazione dell'*ordonnance criminale* del 1670, la quale rappresenta uno dei più chiari esempi di «legislazione inquisitoria».

Essa viene però letteralmente «spazzata via» dalla Rivoluzione Francese e dalla conseguente emanazione della *Declaration de droits* del 1789, grazie alla quale «si è avuto un riavvicinamento dell'ordinamento processuale francese a taluni criteri del modello processuale accusatorio, che era incarnato dal processo penale d'oltremontagna»⁸⁵.

Tuttavia, nel periodo d'impero di Napoleone, viene emanato il *Code d'instruction criminelle* (codice di rito), che fa tornare in auge i canoni inquisitori, e che resta in vigore sino al 1958. L'elemento che però meglio fa comprendere come nel legislatore, nella dottrina e nella giurisprudenza sia stata storicamente incardinata una *forma mentis* inquisitoria è proprio il fatto che lo stesso «codice vigente, così come approvato a metà tra il 1957 e il 1958, presentava anch'esso natura preponderante di processo inquisitorio»⁸⁶.

⁸² U.S. Supreme Court, «*Dickerson v. United States*», 530 U.S. 428 (2000), www.supreme.justia.com, «Miranda has become embedded in routine police practice to the point where the warnings have become part of our national culture, (...) Miranda announced a constitutional rule that Congress may not supersede legislatively. We decline to overrule Miranda ourselves».

⁸³ STANZIONE G., «*Autoincriminazione e diritto al silenzio. Le esperienze italiana, francese e inglese*», *op. cit.*, p. 161.

⁸⁴ ILLUMINATI G., «*Modello processuale accusatorio e sovraccarico del sistema giudiziario*» in «*Rivista Brasileira de Direito Processual Penal*», 2018, vol. 4, n. 2, p. 539.

⁸⁵ STANZIONE G., «*Autoincriminazione e diritto al silenzio. Le esperienze italiana, francese e inglese*», *op. cit.*, p. 163.

⁸⁶ STANZIONE G., «*Autoincriminazione e diritto al silenzio. Le esperienze italiana, francese e inglese*», *op. cit.*, p. 163

In un'impostazione di tal genere è semplicemente consequenziale una visione assolutamente negativa del diritto al silenzio; sarà infatti solamente agli albori del ventunesimo Secolo (!) che si comincerà a parlare di questo diritto fondamentale.

Una data fondamentale in tal senso è quella del 15 giugno del 2000, dal momento che in quel giorno viene emanata la *loi* n. 516, intitolata "per il rafforzamento della presunzione d'innocenza e dei diritti delle vittime"⁸⁷, che finalmente menziona espressamente lo *ius tacendi*, ma che resiste solamente fino alla successiva *loi* del 4 marzo 2002, n. 307, che addirittura lo abroga in sede d'indagine di polizia.

Il momento più importante della storia del diritto al silenzio in Francia è però segnato dalla giurisprudenza del *Conseil Constitutionnel*, il quale, il 30 giugno del 2010, ha stabilito un *ultimatum*, per cui «a partire dal primo di luglio del 2011, le disposizioni del codice di procedura penale relative al diritto al silenzio diverranno incostituzionali»⁸⁸.

«Tale decisione, presentata da alcuni come un vero e proprio "colpo di tuono", era tuttavia abbastanza prevedibile in quanto giunta dopo una lunga serie di sentenze pronunciate dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che sanzionava abusi in custodia di polizia, e stigmatizzava in particolare l'assenza di un avvocato durante gli interrogatori di polizia»⁸⁹.

Ed è proprio sulla scia delle pronunce della CEDU e della Corte Costituzionale francese che, il 14 aprile del 2011, vengono approvate due leggi, che hanno - finalmente - disciplinato il *droit de garder le silence* in senso garantistico, prevedendo inoltre l'obbligo di fornire - in tutti i casi in cui all'interno del procedimento sia presente un interrogatorio - i *warnings*.

Ciò che in questa sede si vuole evidenziare è proprio il fatto che, anche se in ritardo rispetto agli altri ordinamenti d'Occidente, il diritto al silenzio in Francia stia subendo un'evoluzione rivoluzionaria in breve tempo, che può vedere un cristallino manifesto nei mutamenti portati all'istituto della *garde a vue*, una misura privativa di libertà della fase dell'indagine di polizia.

Rispetto al detto istituto infatti non solo si possono evincere le chiare tracce di una transizione da una concezione inquisitoria ad una accusatoria, ma anche quelle dei «rapporti intercorrenti

⁸⁷ "renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes".

⁸⁸ Conseil Constitutionnel, sentenza n. 2010-14/22 QPC, www.conseil-constitutionnel.fr, «les dispositions du Code de procédure pénale relatives à la garde à vue de droit commun deviendront inconstitutionnelles à compter du 1^{er} juillet 2011».

⁸⁹ HAERI K., "«Vous avez le droit de garder le silence...». Comment réformer la garde à vue", in *Institut Montaigne*, dicembre 2010, Vol. 1, n. 1, p. 5, «Cette décision, présentée comme un véritable *coup de tonnerre* par certains, était néanmoins assez prévisible dans la mesure où elle est intervenue après une longue succession d'arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après la « CEDH ») sanctionnant des abus en matière de garde à vue, et stigmatisant en particulier l'absence d'avocat lors des interrogatoires de police».

tra le fonti del diritto»⁹⁰, dal momento che gran parte delle mutazioni avvenute sono merito degli interventi della CEDU⁹¹.

La *garde a vuè* sostanzialmente corrispondente alla nostrana custodia cautelare in carcere, esso è un istituto che nel tempo ha rappresentato chiaramente le caratteristiche inquisitorie del modello francese, giacché, ancora nel codice del 1958, si negava al destinatario della misura «il diritto di vedere un avvocato, di essere avvertito della facoltà di rimanere in silenzio (...) fino al momento in cui non fosse trascorso il termine della stessa»⁹².

Proprio questa misura è una delle principali destinatarie dell'intervento legislativo del 2000, le cui risultanze tuttavia naufragano solamente due anni dopo.

È allora che la pressione della CEDU si fa ancora più forte, con la sentenza "*Brusco c. France*" del 2010⁹³, nella quale la Francia viene pesantemente condannata, per due diversi ordini di ragioni: a) La violazione del diritto al silenzio, poiché «il diritto di non contribuire alla propria criminalità e il diritto di tacere sono norme internazionali generalmente riconosciute che sono al centro del concetto di processo equo. Il loro scopo è in particolare quello di proteggere l'imputato dalla coercizione abusiva da parte delle autorità e, quindi, di evitare abusi di giustizia e raggiungere gli obiettivi dell'articolo 6 della Convenzione (...) Il diritto di non incriminarsi riguarda il rispetto della determinazione di un imputato a rimanere in silenzio e presuppone che, in un procedimento penale, l'accusa cerchi di basare le sue argomentazioni senza ricorrere a prove ottenute per coercizione o pressione, in violazione della volontà dell'imputato»⁹⁴; b) La violazione del diritto alla difesa, poiché «la persona in custodia di polizia ha il diritto di essere assistita da un avvocato fin dall'inizio di questa misura e durante gli interrogatori, e questo *a maggior ragione* quando non è stato informato dalle autorità del suo diritto di rimanere in silenzio»⁹⁵.

Dal combinarsi delle pronunce della CEDU e di quelle della Corte Costituzionale, il legislatore emana una prima legge il 14 aprile del 2011, che però è presto superata dalla Direttiva del 2012 sulla presunzione d'innocenza⁹⁶, la quale rende necessario un nuovo e ulteriore intervento: si arriva così, finalmente, allo spartiacque della legge del 27 maggio 2014.

⁹⁰ STANZIONE G., "*Autoincriminazione e diritto al silenzio. Le esperienze italiana, francese e inglese*", *op. cit.*, p. 182.

⁹¹ Cfr. *Ex multis*, CEDU, 27 agosto 1992, "*Tomasi c. France*", www.hudoc.echr.coe.int

⁹² STANZIONE G., "*Autoincriminazione e diritto al silenzio. Le esperienze italiana, francese e inglese*", *op. cit.*, p. 183.

⁹³ CEDU, 14 ottobre 2000, "*Brusco c. France*", www.hudoc.echr.coe.int.

⁹⁴ CEDU, "*Brusco c. France*", § 44

⁹⁵ CEDU, "*Brusco c. France*", § 45

⁹⁶ Direttiva 2012/13/UE, analizzata specificamente in Cap. II§8.2

Senza dubbi, il cuore della legge del 2014 sta nell'aver conquistato l'obbligo, anche e soprattutto nel corso degli interrogatori di polizia e per il soggetto che si trovi in *garde a vuè*, per «l'ufficiale di polizia, che è tenuto ad informare l'indagato non solo del tipo, della data e del luogo presunto dell'illecito, ma anche dei motivi che giustificano l'applicazione della misura di detenzione»⁹⁷.

5. Conclusioni: le ragioni di un'ottica comparata

A questo punto merita una riflessione la giustificazione della scelta di effettuare un'analisi comparatistica.

Detta analisi è stata effettuata per una pluralità di ragioni, *prima inter pares* quella per cui oramai gli istituti, i principi ed i diritti ancor di più, devono essere analizzati alla luce del c.d. «spazio giuridico globale»⁹⁸, cioè di quella tendenza del diritto a non essere più limitato ai confini nazionali, ma ad aprirsi e a ricevere reciproche contaminazioni.

Si è infatti analizzato un ordinamento come quello statunitense - una volta lontano sia giuridicamente che geograficamente dal nostro - perché ad oggi, sia in dottrina che in giurisprudenza, non si può fare a meno di considerare delle tappe fondamentali quali, ad esempio, il *Miranda's case* e la nascita dei *warnings*, sui quali è stata proprio la dottrina italiana a ragionare in maniera molto approfondita.

Si è poi voluto analizzare l'ordinamento inglese, perché solo comprendendo le ragioni che hanno fatto nascere il diritto al silenzio si può poi ragionare su quella che sia la sua vera natura e, di conseguenza, gli ampi margini applicativi di cui possa godere.

Non da ultimo per importanza, si è analizzato l'ordinamento francese e, in particolare, il suo passaggio da sistema "misto-inquisitorio" ad un sistema accusatorio puro, idoneo a soddisfare le esigenze della legislazione europea. Proprio questa repentina trasformazione deve essere manifesto del nuovo ruolo della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, perché essa, in Francia, come in Italia e negli altri stati membri, è motore di un cambiamento radicale del diritto.

Infine preme sottolineare come l'ordine con il quale gli ordinamenti sono stati analizzati sia tutt'altro che casuale: si è scelto di partire dall'ordinamento che ha concepito il diritto al silenzio, quello inglese, per poi proseguire con quello che per primo ne ha riconosciuto un valore forte e generalizzato, quello statunitense, e in conclusione quello

⁹⁷ STANZIONE G., «*Autoincriminazione e diritto al silenzio. Le esperienze italiana, francese e inglese*», *op. cit.*, p. 183.

⁹⁸ Per approfondire, cfr. CASSESE S., *Lo spazio giuridico globale*, I ed., Laterza, Bari, 2006, p. 1 e ss.

francese, per evidenziare il ruolo moderno ed attuale sia dello *ius tacendi* stesso sia della costante direzione della Corte EDU, che meglio di ogni altro esempio fa comprendere il ruolo trasversale del diritto in esame.

Quindi nel capitolo seguente si analizzeranno sì la storia, la consolidazione e le prospettive dello *ius tacendi* nell'ordinamento italiano, ma quest'analisi dovrà sempre più tenere conto delle novità provenienti dallo "spazio giuridico globale"; sarebbe dunque preferibile osservare la stessa come una disamina del passaggio da una nozione di diritto al silenzio "tutta italiana", ad una che non solo tenga conto delle pronunce della CEDU, ma che sia idonea ad inserirsi in un panorama internazionale.

Ecco che ritornano le ragioni sancite nell'Inghilterra del XVII secolo, cioè quelle di un diritto al silenzio che operi come salvaguardia del singolo individuo a fronte delle ingerenze dello Stato.

CAPITOLO SECONDO

IL DIRITTO AL SILENZIO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

SOMMARIO 1. La storia dello *ius tacendi* in Italia: dall'illuminismo ai giorni nostri. - 1.1 Il codice Romagnosi: un modello per tutta Europa. - 1.2 Il codice Rocco. - 2. L'avvento della Costituzione. - 2.1. Le tesi dottrinali sul fondamento costituzionale dello *ius tacendi*. - 2.2. Il ruolo della presunzione d'innocenza. - 3. Il problema più gravoso: adattare la procedura alla Costituzione. - 4. Il codice Vassalli. - 4.1. Il diritto al silenzio in un sistema finalmente accusatorio: autodifesa tutelata sino al mendacio? - 4.2. La disciplina codicistica del silenzio. - 4.2.1. La tutela "anticipata" degli artt. 63 e 198.2 c.p.p. - 4.2.2. Il nucleo della disciplina: gli artt. 64-65 c.p.p. - 4.2.3. Lo *ius tacendi* nel dibattito: gli artt. 208 - 209 c.p.p. - 4.2.4. L'art. 62 c.p.p. come "norma di chiusura". - 4.2.5. Le dichiarazioni dell'imputato sul fatto altrui, cioè i limiti d'estensione dello *ius tacendi*. - 5. La "svolta inquisitoria" della Corte Costituzionale. - 6. Il giusto processo: la riforma dell'art. 111 della Costituzione. - 7. La legge 1° marzo 2001, n. 63: una "nuova" attuazione della Costituzione. - 8. Le fonti internazionali ed eurounitarie. - 8.1 La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. - 8.2. Le direttive 2012/13/UE e 2016/343/UE.

1. La Storia dello *ius tacendi* in Italia: dall'Illuminismo ai giorni nostri

Nel presente capitolo si analizzerà la nascita dello *ius tacendi* in Italia, per poi soffermarsi su quello che è stato un travagliato *iter* legislativo, composto sia da apprezzabili modificazioni ma anche da drastiche svolte inquisitorie.

Un punto cruciale della trattazione sarà poi quello dedicato alla giurisprudenza e alla normativa UE, concentrandosi sull'adattamento del nostro ordinamento alle medesime.

L'obiettivo è quello di «scoprire la gradualità dell'imporsi di un vero e proprio diritto di difendersi col silenzio (...) che sta nell'attenuarsi del vigore dell'apparato coercitivo volto ad ottenere il rispetto dell'obbligo di verità cui fa seguito un regime di "silenzio tollerato", destinato a trovare poi sbocco in un silenzio protetto»¹.

La maggior parte delle innovazioni giuridiche degli ordinamenti europei continentali trova il proprio cominciamento nel periodo dell'Illuminismo giuridico, e quindi nel corso del XVIII secolo.

In Italia la storia del *nemo tenetur se detegere* inizia proprio da questa epoca, ma non tanto dal più noto Illuminismo meneghino, dal momento che le affermazioni di Beccaria risultano

¹ AMODIO E. "Diritto al silenzio o dovere di collaborazione? A proposito dell'interrogatorio dell'imputato in un libro recente", in *Rivista di Diritto Processuale*, 1, IV, 1974, p. 409

essere ancora eccessivamente legate ai secoli precedenti², ma da quello partenopeo, da cui spicca la figura di Gaetano Filangeri, che comincia a parlare del diritto al silenzio come un diritto naturale, affermando che: «se la prima legge di natura esige che ognuno preservi la propria vita, qualsiasi patto sociale che intimi di confessare è da considerarsi nullo, in quanto costringe a violare un principio antecedente e superiore al diritto positivo»³.

Per quanto lodabili, le opinioni di Filangeri sono troppo moderne per la normativa d'*ancien régime*, allora diffusa quasi incontrastata nel Bel Paese.

Miglior simbolo di tale cultura giuridica riposa nel «Nuovo piano della *prattica* civile e criminale per lo Stato di Milano», compilato, tra gli altri, dal senatore Gabriele Verri, il quale, pur essendo ricordato come uno dei padri dell'Illuminismo giuridico lombardo, rispetto al diritto al silenzio è ancora molto ostile.

Proprio in una replica stilata dal senatore nel corso dell'emanazione del nuovo codice penale, si può leggere una frase che non lascia spazio ad alcun dubbio: «*cur enim tacet, si insons?*»⁴.

In questa domanda retorica riposa tutta la concezione dell'epoca.

Non si deve nemmeno pensare che nelle altre parti di un'Italia, ancora divisa, le cose siano diverse; ad esempio le codificazioni piemontesi addirittura «dispongono la tortura contro il sospetto reo *taciturnus* di delitto punito con la morte o con la galera»⁵, o quelle modenesi, che statuiscono: «Allorché l'inquisito ricusasse di rispondere categoricamente agli interrogatori previe le opportune ammonizioni, si dovrà venire alla tortura per obbligarlo a rispondere (...)»⁶.

Tuttavia un *lumen* garantistico nel mezzo delle ombre inquisitorie può vedersi nella Legge Leopoldina (o codice Leopoldino) del 1786, emanata per il Granducato di Toscana; essa infatti presenterà per prima nell'Europa continentale un elemento innovativo, cioè l'abolizione del giuramento decisorio⁷, estendendola addirittura al fatto commesso da complici del reato per cui si procede.

² GREVI V. «*Nemo tenetur se detegere*», *op.cit.*, p. 14, che a proposito delle considerazioni di Beccaria, il quale addirittura auspicava «una delle pene più gravi per colui che si ostinasse a non rispondere ai giudici», affermava che «Una volta ripudiati gli istituti della tortura e del giuramento dell'imputato, sarebbe stato logico escludere la configurabilità, nei confronti del medesimo, di un dovere di rispondere all'interrogatorio».

³ FILANGERI G. «*La scienza della legislazione*», XXXI ed., Napoli, Grimaldi edit., 2003, p. 283.

⁴ VERRI G., Consulta del 19 aprile 1776, in *Enciclopedia Treccani*, voce *Gabriele Verri*, www.treccani.it, «Perché (infatti) tace, se è innocente?».

⁵ GARLATI L., «*Silenzio colpevole, silenzio innocente. L'interrogatorio dell'imputato da mezzo di prova a strumento di difesa nell'esperienza giuridica italiana*», in *Indice Penale*, 2006, 1, II, p. 135.

⁶ Cfr. Art. VIII del *Codice Estense* del 1771.

⁷ Cfr. Art. VI del *Codice Leopoldino* del 1786, il quale dispone che: «All'effetto di dare un migliore e più giusto freno all'uso quantunque antichissimo, universale e costante che si suole fare del giuramento nei giudizi criminali, (...) e quindi di sfuggire il pericolo di dare altrui occasione di spergiurare (...) proibiamo assolutamente che in avvenire a chiunque sta in giudizio in figura di reo sia dato il giuramento, tanto riguardo al fatto proprio, quanto riguardo al fatto dei complici (...)», consultabile in www.archiviodistato.firenze.it

Il fatto che tale cambiamento provenga da un membro della Casa degli Asburgo non è cosa casuale, giacché nello stesso anno l'arciduca d'Austria Giuseppe II emana la celeberrima "Norma interinale", con la quale dispone un obbligo per il giudice di astenersi dal pretendere che l'imputato sia sottoposto a giuramento, «essendosi rilevato coll'esperienza che il giuramento anzi che fluire alla verità è soventi volte una nuova occasione di delinquere collo spergiuro»⁸. È quindi merito di questi "despoti illuminati" se - anche nell'Europa continentale - comincia a soffiare il vento del cambiamento.

Lo stato delle cose però muta ancora una volta, precisamente con il periodo storico della Restaurazione, che ha portato all'emanazione di due codici, uno in Austria (1803) ed uno in Francia (1804), che tutto hanno meno che le caratteristiche del modello accusatorio.

1.1 Il codice Romagnosi: un modello per tutta Europa

È quindi un'Italia ancora divisa quella che si affacciava al 1800 - il «secolo legislativo»⁹ - dovendo scegliere se codificare seguendo la via tradizionalista e inquisitoria o quella illuminista e garantista.

La risposta viene data dal «primo codice moderno di redazione italiana entrato effettivamente in vigore»¹⁰, il codice Romagnosi del 1807.

Esso viene emanato nel periodo coevo alle "nuove" codificazioni austriache e francesi, ma si dimostra esserne completamente autonomo, ispirandosi ai modelli del periodo dei Lumi.

Manifesto di questa natura riformista è anche la disciplina del silenzio, che da un lato sancisce il divieto di deferire il giuramento dell'imputato (divieto garantito dalla previsione di una nullità processuale) e dall'altro è foriere di una novità assoluta sull'*iter* processuale rispetto al silenzio dell'imputato.

È infatti l'art. 208 dispone che: «1. Se l'imputato ricusi di rispondere, o per non rispondere si finga muto, il giudice l'eccita a rispondere, o lo avverte che si procederà oltre nell'istruzione, malgrado il suo silenzio. Quando egli persista nel suo proposito il giudice fa menzione del silenzio e dell'avvertimento, e procede agli atti ulteriori. 2. Lo stesso avrà luogo nel restante della procedura, e nel dibattimento, se l'accusato ricusi di rispondere».

Esso contiene la norma più importante del nuovo codice, la quale disciplina l'ipotesi in cui l'imputato resti in silenzio o si finga muto, disponendo che prima questi venga invitato a

⁸ Cfr. Art. XIV della *Norma interinale del processo criminale per la Lombardia austriaca* del 1786, consultabile in www.archiviodistato.milano.it

⁹ FERRANTE R., "Un secolo sì legislativo. La genesi del modello otto-novecentesco di codificazione e la cultura giuridica", I ed., Torino, Giappichelli, 2015, p. 1 e ss.

¹⁰ GARLATI L., "Silenzio colpevole, silenzio innocente. L'interrogatorio dell'imputato da mezzo di prova a strumento di difesa nell'esperienza giuridica italiana", *op. cit.*, p. 140.

parlare, ma poi, soprattutto, che il processo proseguirà indipendentemente dalla sua condotta processuale, potendosi pacificamente affermare che per la prima volta nella storia dell'Europa continentale il processo comprende di poter fare a meno della voce dell'imputato.

Non mancano tuttavia le voci contrarie ad una visione così moderna, c'è chi infatti sostiene che: «L'ammonimento a rispondere fosse in realtà una formula carica di velati avvertimenti»¹¹. Tuttavia, per quanto il quadro delle garanzie non possa essere paragonabile a quello del giorno d'oggi, bisogna sempre tenere a mente le due codificazioni - temporalmente e geograficamente - vicine: il *Code d'instruction criminelle*, che ancora prevede un ampio apparato di torture, e il codice austriaco, che prevede «un dovere di rispondere ottemperato dalle bastonate, che potevano ripetersi per tutto l'arco del processo»¹².

Alla luce del contenuto delle codificazioni coeve quindi il codice Romagnosi è certamente foriere di novità e di garantismo, per quanto ancora limitato.

Il respiro internazionale del codice Romagnosi si comprende anche dal fatto che la stessa Austria - tornata ad un modello inquisitorio puro dopo il Congresso di Vienna - comincia a percepire, alla metà del XIX secolo la necessità di cambiare, e di tornare ad avere un codice di procedura penale più vicino a quello adottato nell'epoca dei Lumi.

Se infatti si osserva il "Regolamento generale di procedura penale" del 1853, si può notare come il suo art. 182 sia la copia della sopracitata norma del codice Romagnosi.

Esso infatti dispone che: «Qualora l'imputato ricusi di rispondere (...) o si finga muto, il giudice inquirente (...) avvertirà lo stesso che il suo contegno non può impedire, ma solamente prolungare l'inquisizione»¹³.

L'art. 208 è quindi la «norma madre» sia delle codificazioni straniere, sia delle codificazioni successive degli stati pre-unitari.

Successivamente al Risorgimento si rende necessaria la codificazione per il neonato Regno d'Italia; essa darà alla luce il codice di procedura penale del 1865, il quale sostanzialmente non modifica la norma in analisi, che è sopravvissuta immutata anche nel codice sabauda del 1847.

Un ulteriore passo in avanti in ottica garantista è rappresentato dal codice di rito del 1913, che, dopo un acceso dibattito parlamentare, arriva addirittura a stabilire una forma embrionale

¹¹ GIARDA A. "Persistendo il reo nella negativa", I ed., Milano, Giuffrè, 1980, p. 85

¹² GARLATI L., "Silenzio colpevole, silenzio innocente. L'interrogatorio dell'imputato da mezzo di prova a strumento di difesa nell'esperienza giuridica italiana", op. cit., p. 149.

¹³ *Regolamento generale di procedura penale del 29 luglio del 1853 per l'Impero d'Austria*, consultabile - anche in lingua italiana - in www.books.google.it.

di avvertimento all'imputato nell'art. 261: «Il giudice contesta in forma chiara e precisa all'imputato il fatto (...) e lo invita a discolparsi e a indicare le prove in suo favore, avvertendolo che, se anche non risponda, si procederà oltre nell'istruzione».

Dalla formulazione della norma quindi sembra emergere «una traccia di spazi di libertà»¹⁴, tra cui quella di restare in silenzio, con la permanenza dell'avvertimento che il processo sarebbe comunque proseguito. Tale facoltà risulta essere «indispensabile in un modello procedimentale che ambiva ad essere moderno e liberale, destinato a fare dell'imputato un soggetto maggiormente protagonista all'interno della vicenda giudiziaria che lo riguardava»¹⁵.

1.2 Il codice Rocco

«La presunzione d'innocenza è il prodotto malsano di quella generica tendenza favorevole ai delinquenti, frutto di un sentimentalismo aberrante e morboso, che ha tanto indebolito la repressione e favorito il dilagare della criminalità»¹⁶.

Questo il clima giuridico e politico con cui si apre la stagione di vigenza del codice Rocco. Nell'Italia del Ventennio infatti non può più trovare casa un codice d'impronta liberale quale quello del 1913, ma si rende necessario un codice che sia il manifesto politico di «un'ideologia precisa»¹⁷.

La dottrina alla base del codice Rocco è quindi speculare rispetto alla *ratio* esistenziale del diritto al silenzio; se quest'ultimo nasce come baluardo rispetto allo strapotere inquisitorio dello stato, il fascismo auspica uno stato forte e capace di reprimere e intimidire il singolo.

Data una simile matrice ideologica non deve stupire il fatto che sostanzialmente non rimanga traccia dell'art. 261 del codice del 1913, ma come anzi sia chiaro perché nell'art. 367 comma 2 del codice Rocco sia assente qualsiasi forma di avvertimento, dal momento che davanti all'imputato che rifiuta di rispondere, «il giudice ne fa menzione nel processo verbale e si procede oltre nell'istruzione».

Tale omissione però non deve essere sottovalutata. Apparentemente infatti una mera menzione nel processo verbale potrebbe sembrare innocua, ma se si è consapevoli delle ragioni di tale annotazione, allora si comprende come essa manifesti un chiaro indizio - termine tanto amato nei processi inquisitori - di colpevolezza.

¹⁴ GARLATI L., «Silenzio colpevole, silenzio innocente. L'interrogatorio dell'imputato da mezzo di prova a strumento di difesa nell'esperienza giuridica italiana», *op. cit.*, p. 172..

¹⁵ NATALE M., *Una breve riflessione sul codice di rito del 1913. Azione penale, pubblico ministero e giudice istruttore tra modello misto e suggestioni accusatorie*, in *Historia et ius*, 2013, 3, 1, p. 2

¹⁶ cfr. *Relazione sul progetto preliminare del codice di proc. pen.*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. VIII, Roma, 1929, p. 7.

¹⁷ GARLATI L., «Contro il sentimentalismo» - *l'impianto inquisitorio del sistema delle prove nel c.p.p. del 1930*, in *Criminalia*, 2012, 1, II, p. 182

Pur non potendosi configurare un vero e proprio obbligo giuridico alla verità, come invece accade contemporaneamente nella Germania nazista, la dottrina riconosce il nascere in capo all'imputato un forte «onere di dichiarare il vero»¹⁸.

Si è quindi tornati, dopo i progressi dell'Illuminismo e della codificazione liberale, ad un periodo in cui una condanna può basarsi sul fatto che vi sia un quadro di indizi - di per sé non sufficiente a fondare la colpevolezza - e sul fatto che sia l'imputato «perfino col suo silenzio, con le sue perplessità, con le sue contraddizioni e con le sue menzogne a fornire indizi per il convincimento del giudice»¹⁹.

2. L'avvento della Costituzione

All'alba del primo gennaio del 1948 l'ordinamento italiano è finalmente pronto a riabbracciare la propria tradizione liberale, facendole vivere una nuova epoca di rinnovamento.

La nostra Costituzione entra in vigore al termine di un periodo estremamente travagliato, che ha prima portato ad una dittatura, poi alla guerra e infine a determinare una divisione del territorio nazionale.

La sfida più importante che i padri costituenti devono affrontare è sicuramente quella di «costruire una democrazia moderna in un paese diviso»²⁰. Con il privilegio del tempo trascorso, si può pacificamente asserire che tale sfida sia stata vinta, giacché grazie al senso di responsabilità della cosa pubblica, appianando le divergenze ideologiche, si è compreso quanto sia stato importante affrontare lucidamente le questioni di natura puramente costituzionale.

Forse il punto, la caratteristica, più importante della Carta riposa nel fatto che essa nasca da un periodo così oscuro, proprio come risposta e manifesto di un epocale mutamento, che le permettono di essere attuale dopo più di settant'anni.

In particolare ha evidente rilevanza il mutamento di quello che viene considerato l'epicentro dell'ordinamento: non più lo Stato e il suo interesse pubblico capace di primeggiare su tutti, ma la persona - e non il cittadino - titolare di diritti inviolabili e di doveri di solidarietà.

La persona quindi, che durante la dittatura fascista vedeva violate *cotidie* le proprie libertà, ora - essendo titolare di diritti considerati "fondamentali" - trova la tutela della propria

¹⁸ GREVI V., «*Nemo tenetur se detegere*», *op. cit.*, p. 44.

¹⁹ ALTAVILLA E., «*Manuale di diritto penale: parte generale*», I ed., Napoli, Morano editore, 1934, p. 238.

²⁰ CHELI E., «*La Costituzione italiana: radici, sviluppi e prospettive*», dalla relazione al convegno «*Valore e attualità della Carta Costituzionale*», 2009, p.3.

personalità fisica e giuridica nella fonte più importante della gerarchia, che le permette di arginare le ingerenze statali costruendo un recinto inviolabile dell'individuo.

La matrice antifascista della Carta si evince anche con una lettura superficiale, non solo dalle disposizioni che riguardano la forma dello Stato o dalla solidità dell'art. 139, per cui "La forma repubblicana non può essere oggetto di revisione", ma proprio da quelle disposizioni che riguardano i diritti della persona. Si pensi ad esempio al fatto che l'art. 15, che riguarda un elemento ad oggi quasi scontato, come la segretezza della corrispondenza, preveda una doppia tutela, data sia da una riserva di legge che da una di giurisdizione; ciò perché il Regime si era contraddistinto nella sua perpetua violazione, al fine d'individuare dissidenti o comunque allo scopo di mantenere il controllo sui sottoposti.

Se poi si pone l'accento sui c.d. "principi fondamentali", cioè quel nucleo di principi enunciati negli artt. 1-12 Cost., si possono notare sia delle riprese - con le dovute differenze - dallo Statuto Albertino, come ad esempio l'art. 3, che sancisce l'uguaglianza formale e sostanziale tra gli individui, ampliando la previsione dell'art. 24 dello Statuto, che voleva l'eguaglianza davanti alla legge di tutti i "regnicoli".

Altre disposizioni, ancora "di risposta" verso lo *status quo ante* sono certamente contenute nell'art. 11 Cost., con il ripudio della guerra "come strumento di offesa", l'art. 6 Cost., con la tutela delle minoranze linguistiche, profondamente condannate dal Fascismo e dal suo desiderio di eliminare il particolarismo etnico sul suolo nazionale, e l'art. 2 Cost., con il riconoscimento dei diritti inviolabili, intesi come assoluti, inalienabili e indisponibili.

Un problema che ha tuttavia attanagliato la nostra Carta negli anni successivi alla sua entrata in vigore - e che purtroppo la riguarda ancora oggi - è rappresentato dalla mancata attuazione di alcuni suoi precetti.

Al di là delle situazioni più lampanti - cioè la mancata attuazione dei commi successivi al primo dell'art. 39 Cost. - l'esempio che in questa sede più è necessario richiamare è quello riguardante la legislazione penale, la quale dovrebbe - e l'utilizzo del condizionale non è casuale - rappresentare «la traduzione in norma giuridica dei valori fondamentali della comunità»²¹. Il *vulnus* più evidente del nostro ordinamento - almeno per quanto riguarda la materia penalistica - sta proprio nel fatto che lo stesso codice penale porti ancora la firma di Mussolini.

²¹ BIN R., "Dalla Costituzione "inattuata" alla Costituzione inattuabile?", in *Per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2, I, 2013, p. 325.

Nelle pagine successive saranno infatti importanti spunti di riflessione sia l'inadeguatezza - intesa come incapacità di attuare la Costituzione - del codice di procedura penale del 1930 sia l'adeguatezza - almeno astratta - del codice Vassalli.

2.1 Le tesi dottrinali sul fondamento costituzionale dello *ius tacendi*

Tornando da un argomento di carattere generale ad uno di carattere particolare, è bene partire dall'importante presupposto che non esiste nella Costituzione repubblicana una disposizione che preveda espressamente il diritto al silenzio dell'imputato.

Ovviamente da ciò non si può arrivare a dire che non sia riconosciuto, anzi è indubbio che sia merito della Carta del '48 aver finalmente dato allo *ius tacendi* la rilevanza che merita.

La dottrina quindi ha percorso più vie nel tentativo d'individuare la disposizione sulla quale potesse trovare pieno fondamento lo *ius tacendi*.

Alcuni²² ritengono che il diritto di non autoincriminarsi trovi fondamento nel diritto alla libertà morale, scolpito nell'art. 2 Cost., nella parte in cui dispone che: "La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo (...) ove si svolge la sua personalità (...)", dal momento che «è certo che della personalità umana la libertà morale è il primo e indefettibile attributo e, a un tempo, la prima basilare manifestazione»²³.

Se quindi - seguendo l'*iter* logico di tale dottrina - la libertà morale va letta come libertà di volere, da essa non può che discendere la libertà - per l'individuo e ancor di più per l'imputato - di autodeterminare le proprie volontà all'interno del processo.

Questa visione quindi propugna un'accezione della libertà morale come libertà di carattere negativo, capace di essere argine difensivo nel sempiterno rapporto tra Stato ed individuo.

Tale filone dottrinale prosegue poi facendo riferimento al 4 comma dell'art. 13 Cost., il quale dispone che: "È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà".

Prima facie spicca la differenza tra la libertà morale dell'art. 2 e quella fisica dell'art. 13, ma se si ragiona sulla indubbia condizione di vulnerabilità del soggetto *in vinculis*, si comprende come la costrizione fisica sia l'ideale territorio di germinazione per delle potenziali influenze negative nei confronti dell'autodeterminazione.

Se si vuole garantire la libertà morale, si deve anzitutto garantire la libertà fisica, sua naturale premessa.

²² cfr. STANZIONE G., "Autoincriminazione e diritto al silenzio. Le esperienze italiana, francese e inglese", *op.cit.* e VASSALLI G., "Il diritto alla libertà morale", in "Studi in memoria di F. Vassalli", 1960, 1, II.

²³ VASSALLI G. "Il diritto alla libertà morale", *op. cit.*, p. 1640.

Altri²⁴ invece riconoscono il ruolo di architrave della tutela costituzionale del diritto al silenzio al disposto del 2 comma dell'art. 24, il quale prevede che: "La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento".

I sostenitori di tale concezione rivendicano una natura bifronte del diritto alla difesa: intendendola da un lato come portatrice di una «funzione di civiltà»²⁵, cioè come manifesto di un nuovo sistema che non può più permettersi di porre *a latere* l'imputato, e dall'altro come una «speranza (...) che contrapponendo i ragionamenti dell'accusa a quelli della difesa, si produca l'attrito che illumini la mente e la coscienza dei giudicanti»²⁶.

Di più, il fatto che la disposizione arricchisca il diritto appellandolo come "inviolabile" determina un «collegamento ideale»²⁷ con il disposto dell'art. 2 Cost., dal quale discende dunque la possibilità di una deroga al principio solo dopo aver effettuato un bilanciamento con un diritto di pari valore, come poi riconosciuto anche dalla Consulta: «al diritto di difesa dell'imputato non può riconoscersi un valore assoluto tale da non consentire adattamenti o anche restrizioni da parte del legislatore ordinario, qualora si appalesino giustificati da altre norme o da principi fondamentali desunti dal sistema costituzionale»²⁸.

Anche grazie alle parole della Corte si comprende quello che è il cuore del cambiamento: se durante il Ventennio il diritto alla difesa non era altro che un ostacolo per un'ossessiva ricerca della verità, con l'avvento della Costituzione esso diviene diritto inviolabile, che né il legislatore né il potere giudicante possono comprimere se non per ragioni riconosciute dalla stessa Carta.

Altri autori che sostengono la medesima concezione, attribuiscono all'art. 24 Cost. il corollario del diritto alla c.d. "autodifesa passiva", inteso quale «diritto di non fornire elementi di prova a proprio danno (...) lasciando la persona libera di autodeterminarsi nelle sue opzioni difensive; cosicché egli possa decidere il rifiuto di sottostare a qualsiasi domanda postale dall'autorità»²⁹.

2.2 Il ruolo della presunzione d'innocenza

Una terza via, che però dà comunque merito alle disposizioni già menzionate, è tracciata dalla dottrina più autorevole in materia³⁰, che si attribuisce rilevanza agli artt. 2-13-24

²⁴ cfr. GREVI V., "Nemo tenetur se detegere", *op.cit.*

²⁵ FERRUA P., "Difesa (diritto di)", in *Dig. disc. Pen.*, 1, III, 1989, p. 467.

²⁶ FERRUA P., "Difesa (diritto di)", *op.cit.*, p. 467.

²⁷ PATANÈ V., "Il diritto al silenzio dell'imputato", *op.cit.*, p. 81.

²⁸ Corte Cost. 19 febbraio 1965, n. 5, in *Giur. Cost.*, 1965, p. 43.

²⁹ LARONGA A., "Sul valore probatorio del contegno non collaborativo dell'imputato nell'accertamento del fatto proprio", in *Questione Giustizia*, 2, I, 2014, p. 5.

³⁰ cfr. GREVI V., "Nemo tenetur se detegere", *op.cit.*

Cost., ma considerandoli come conseguenze logico-giuridiche del disposto di cui al secondo comma dell'art. 27, il quale prevede che: "L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva".

È infatti l'art. 27.2 Cost. che, quantomeno dal punto di vista processuale, più rappresenta la spaccatura storico-ideologica tra l'Italia fascista e quella repubblicana. Il ritorno all'ideologia liberale - la stessa che negli anni del Ventennio veniva additata come colpevole della nascita di questa garanzia - permette un trattamento dell'imputato completamente differente rispetto al passato. Infatti dal momento dell'entrata in vigore della Carta si comincia a ragionare nel senso di distinguere il principio della presunzione d'innocenza «da intendersi quale regola di trattamento e di giudizio»³¹.

Come regola di trattamento esso prevede quale *minimum* irrinunciabile il divieto di esecuzione anticipata della sanzione, e quindi un'attentissima disciplina sulle misure cautelari. Come regola di giudizio esso fa sì che venga a mutare la struttura e la natura del processo penale: sarà l'inquirente a dover provare che l'imputato (ora presunto innocente) sia colpevole del fatto contestato, al di là di ogni ragionevole dubbio. È da ricordare inoltre come la presunzione d'innocenza quale regola di giudizio faccia sì che l'imputato - in presenza di meri sospetti - non possa più essere destinatario di torture volte a fornire una confessione ma anzi goda del c.d. *in dubio pro reo*, per cui laddove non si dimostri a pieno il fondamento logico dell'accusa, l'imputato verrà considerato innocente.

Ovviamente, soprattutto per la modalità di operare del principio in ambito processuale, il silenzio ha un nuovo ruolo, infatti «la particolare tutela accordata all'imputato dalla presunzione d'innocenza si riflette, necessariamente, sulle modalità di acquisizione delle sue dichiarazioni. Il riconoscimento della facoltà di non rispondere alle domande degli organi inquirenti e del giudice ne costituisce una delle manifestazioni principali»³².

Si ricava allora il nuovo e fondamentale principio per cui «né dal silenzio né dalla menzogna dell'imputato - trattandosi di *naturalia* nella libera esplicazione dell'autodifesa - possano ricavarsi presunzioni decisive per superare la presunzione di non colpevolezza»³³.

Detta ultima tesi è da considerarsi preferibile, da un lato per il fatto che ha il merito di non isolarsi su di una singola disposizione, ma vuole invece ricomprenderne diverse e tutte volte a fornire garanzie all'imputato, dall'altro perché è quella più idonea a determinare un

³¹ MAZZA O., "La presunzione d'innocenza messa alla prova", in *Diritto penale contemporaneo*, 1, I, 2019, p. 2.

³² ILLUMINATI G., "Presunzione di non colpevolezza", in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXVII, Roma, 1991.

³³ GREVI V. "Nemo tenetur se detegere", *op. cit.*, p. 46.

mutamento applicativo delle norme processuali. Se infatti la fonte superiore - la Costituzione - sancisce la presunzione d'innocenza, sarà compito del legislatore ordinario andare a delineare un nuovo processo in cui si determini il rovesciamento dell'*onus probandi*, che prima gravava sull'imputato, un soggetto presunto colpevole che doveva dimostrare la propria innocenza, e che ora grava sull'accusatore, il quale ha il compito di dimostrare la colpevolezza di un soggetto presunto innocente.

È necessario dunque un nuovo processo in cui l'imputato non sia più quel soggetto depositario della verità, che gli va strappata ad ogni costo, ma «un soggetto che interviene nell'accertamento per libera scelta e nel proprio interesse difensivo»³⁴.

3. Il problema più gravoso: adattare la procedura alla Costituzione

Se dall'analisi della Costituzione è quindi molto semplice ricostruire un quadro di principi fondamentali ed un conseguente modello ideale di procedura, specularmente è molto difficile dare - con la presenza di un codice di rito di matrice fascista - attuazione ad un processo che sia rispettoso di tutte le garanzie individuate.

Almeno nel primo decennio di vigenza della Carta infatti si aveva, ad esempio, scolpito nella Costituzione il diritto alla difesa in tutti gli stati e gradi del giudizio, mentre nella versione originaria del codice Rocco era *de facto* impedito l'accesso al difensore agli atti dell'istruttoria.

I commentatori sottolineano infatti come nella seconda metà del Novecento - fino al 1988 e quindi al nuovo codice - siano esistiti «due codici Rocco: il codice Rocco del rito puro, quale voleva essere, e il codice Rocco che ha vissuto più di quarant'anni, subendo continue modifiche»³⁵.

Nell'Italia repubblicana infatti è stata per lungo tempo auspicata una codificazione (anche) del rito penale, dal momento che un codice figlio di un'ideologia opposta mai avrebbe potuto - anche con tutti i correttivi possibili - essere idoneo a soddisfare le istanze garantiste.

Nonostante questa pacifica considerazione, e soprattutto nonostante svariati progetti preliminari, il nuovo codice vedrà la luce solo nel 1988.

Nei quarant'anni tra Costituzione e codice Vassalli quindi si opta per seguire un tentativo di "compromesso" tra modello inquisitorio e accusatorio. Da un lato si apre la stagione degli interventi della Corte Costituzionale - che comincia ad operare nel 1956 - con degli interventi

³⁴ PATANÈ V., "Il diritto al silenzio dell'imputato", *op. cit.*, p. 107.

³⁵ a cura di GARLATI L., "L'inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana", I ed., Milano, Giuffrè, 2010, p. 15.

mirati a demolire le norme totalmente incompatibili con la Carta, dall'altro inizia un percorso di modifica e d'integrazione del codice da parte del legislatore.

L'*idem sentire* della Consulta e del legislatore danno il via a quello che passerà alla storia come il periodo del c.d. «garantismo inquisitorio»³⁶, un lasso temporale in cui i due modelli di processo provano una "convivenza forzata", senza buoni risultati, ovviamente.

La prima importante riforma sopraggiunge nel 1955, voluta dal guardasigilli De Pietro, il quale, con la legge n. 575 del 18 giugno del 1955, apre la strada verso l'attuazione del diritto alla difesa, prevedendo la possibilità per il difensore di prendere parte agli esperimenti giudiziali, alle ricognizioni, alle perquisizioni domiciliari e alle perizie, potendo inoltre presentare istanze ed eccezioni. La legge del 1955 è quindi il primo esempio «d'attuazione della Costituzione entro un inevitabile sistema misto»³⁷.

In merito allo *ius tacendi* era altrettanto necessario intervenire, dal momento che il codice Rocco, come visto, aveva apertamente rifiutato sia la presenza di un avvertimento per l'imputato circa le dichiarazioni auto-indizianti sia la possibilità per l'imputato di restare in silenzio nel corso delle indagini.

L'intervento del legislatore non tarda ad arrivare, viene infatti emanata la legge n. 239 del 5 dicembre del 1969, definita come «la più liberale e la più radicale delle riforme»³⁸ dell'epoca, che dà finalmente riconoscimento nel diritto positivo allo *ius tacendi*.

La novità più importante riposa nell'articolo 1, una sorta di "norma manifesto", con la quale si introduce un terzo comma all'art. 78 del codice Rocco, prevedendo che: "L'autorità giudiziaria o l'ufficiale di polizia giudiziaria, prima che abbia inizio l'interrogatorio, in qualsiasi fase del procedimento, deve avvertire l'imputato, dandone atto nel verbale, che egli ha la facoltà di non rispondere, salvo quanto dispone l'art. 366, primo comma, ma che, se anche non risponde, si procederà oltre nelle indagini istruttorie".

Tre sono gli elementi di questa modifica legislativa che meritano di essere sottolineati: a) Innanzitutto si segnala l'epifania di un vero e proprio «ribaltamento di prospettiva del silenzio»³⁹, che - anche nella legislazione codicistica - va ad essere considerato quale diritto inviolabile della persona; b) Vengono poi attuati gli artt. 24.2, 27.2 e soprattutto 2 Cost., attraverso l'introduzione dell'istituto dell'avvertimento, grazie al quale l'imputato può liberamente (e finalmente) autodeterminarsi nella scelta della strategia difensiva; c) Sempre

³⁶ AMODIO E., "Motivazione della sentenza penale", in *Enc. Dir.*, XXVII, 1977, p. 182.

³⁷ COLAO F., "Itinerari del diritto alla difesa dalla caduta del Fascismo alla novella del 1955", in *Italian Review of Legal History*, 1, II, 2017, p. 25

³⁸ VASSALLI G., *Relazione alla camera dei deputati sulla l. 5 dicembre 1969 n. 932*, www.senato.it.

³⁹ STANZIONE G., "Autoincriminazione e diritto al silenzio. Le esperienze italiana, francese e inglese", *op. cit.*, p. 61.

dal riconoscimento del silenzio quale diritto, discende il fondamentale corollario per cui viene impedito che dal mero essere *taciturnus* dell'imputato si possa effettuare una deduzione o addirittura ricavare un indizio che possa essere utilizzato sul piano probatorio al fine di dimostrarne la colpevolezza. Per di più, sebbene anche prima della legge in esame non esistesse espressamente nell'ordinamento una norma che permettesse una valutazione negativa del silenzio dell'imputato, «la possibilità di ricondurre finalmente il diritto al silenzio a un paradigma normativo, fornito dall'art. 78 comma 3 c.p.p., e la caratura di matrice essenzialmente garantistica dell'avvertimento, privava di qualsiasi fondamento eventuali illazioni circa l'attribuibilità al rifiuto di rispondere un significato probatorio *contra reum*»⁴⁰.

La stessa legge n. 932/1969 ha avuto poi il merito di - e la ripetizione della formula è voluta - attuare la Costituzione sancendo ulteriori garanzie discendenti dal diritto alla difesa; in particolare, all'art. 8 la legge prevede la modificazione dell'art. 304 c.p.p., statuendo che: "Qualora nel corso di un interrogatorio di persona non imputata, che non abbia nominato un proprio difensore, emergano indizi di reità a carico dell'interrogato, il giudice lo avverte, dandone atto nel verbale, che da quel momento ogni parola da lui detta può essere utilizzata contro di lui, rinnovandogli l'invito a scegliere un difensore di fiducia. Rinvia quindi l'interrogatorio ad altra seduta, nella quale nomina un difensore d'ufficio nel caso che l'interessato non vi abbia provveduto. Le dichiarazioni da quest'ultimo precedentemente rese in assenza del difensore non possono, comunque, essere utilizzate".

Nella stessa disposizione quindi convivono fondamentali precetti, quali l'avvertimento c.d. *Miranda*⁴¹, il rinvio dell'interrogatorio, l'obbligatorietà del patrocinio e l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese in assenza di difensore.

Tuttavia, nel corso della vigenza del codice Rocco, «il problema di fornire un inquadramento dogmatico dell'interrogatorio dell'imputato non aveva ricevuto una soluzione, o meglio, non aveva ricevuto una soluzione definitiva e univoca»⁴², infatti - pur riconoscendo i meriti dovuti alla l. n. 932 del 1969 - le modifiche sono andate ad inserirsi in un sistema che ancora aveva un'impronta eccessivamente inquisitoria, che quindi usava lo strumento dell'interrogatorio come una via privilegiata per raccogliere la verità direttamente dall'imputato e che non era assolutamente concepito quale luogo per lo stesso di esercitare il proprio diritto alla difesa.

⁴⁰ PATANÈ V., "Il diritto al silenzio dell'imputato", *op.cit.*, p. 24.

⁴¹ Cfr. Capitolo I.

⁴² PATANÈ V., "Il diritto al silenzio dell'imputato", *op.cit.*, p. 25.

Resta quindi - non solo per il diritto al silenzio - un problema strutturale, che, per quanto non siano mancati gli sforzi in tal senso, resta irrisolvibile con i soli interventi della Corte Costituzionale e con delle modifiche *ad hoc* del legislatore: il codice funziona per un processo di stampo inquisitorio, è necessario un radicale cambiamento in tutta la struttura del rito per far sì che le garanzie della Carta possano avere un'attuazione piena ed effettiva e non più di mero compromesso.

4. Il codice Vassalli

“Il codice di procedura penale deve attuare i principi della Costituzione e adeguarsi alle norme delle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia e relative ai diritti della persona e al processo penale. Esso inoltre deve attuare nel processo penale i caratteri del sistema accusatorio”.

Così l'art. 2 della legge delega del 16 febbraio 1987, n. 81, grazie alla quale si arriva finalmente alla stesura di un nuovo codice di procedura penale, che dovrà, come espressamente previsto dalla disposizione stessa, attuare i caratteri del sistema accusatorio.

Quello che poi sarà noto come “codice Vassalli” - in onore del ministro di Grazia e Giustizia del governo De Mita - è il frutto di un processo legislativo iniziato nel 1974, con una prima legge delega e con la commissione Pisapia, che porta alla luce nel 1978 un progetto preliminare per un nuovo codice, contenente 656 articoli. Il progetto preliminare passa tuttavia in secondo piano, dal momento che nello stesso anno il nostro paese venne travolto dalla tragedia del rapimento e dell'omicidio di Aldo Moro.

Al codice Vassalli va certamente riconosciuto il merito - quale unico codice dell'Italia repubblicana - di aver avuto il coraggio di rovesciare, pur di essere rispettoso della Costituzione, quella che era la concezione precedente del processo penale.

«I pilastri su cui avrebbe dovuto reggersi il nuovo processo si erano individuati nella titolarità delle investigazioni affidata al pubblico ministero, privato della potestà di formare la prova utile per la decisione in solitudine; in un giudice che ne controllasse le attività e ne autorizzasse, al ricorrere dei presupposti, attività incidenti sulle libertà individuali (...) e, soprattutto, in un dibattimento come luogo di assunzione della prova, non previamente conosciuta attraverso verbali contenenti dichiarazioni pre-dibattimentali, da utilizzare solo in ipotesi eccezionali»⁴³.

⁴³ GAITO A. e LA ROCCA E., “*Vent'anni di “giusto processo” e trent'anni di “Codice Vassalli”: quel (poco) che rimane...*”, in *Archivio penale*, I, 3, 2019, p. 3.

Questo nuovo processo quindi si basa sulla separazione delle funzioni, in cui il pubblico ministero passa da essere organo di giustizia e parte imparziale a parte del processo stesso; al codice va riconosciuto il merito di aver portato anche a delle modificazioni simboliche, una su tutte quella del p.m. che trasla dalla sua posizione originaria in aula (al fianco del giudice) ad una posizione nuova, cioè lateralmente rispetto al difensore e di fronte al giudice, al fine di dimostrare la parità delle parti davanti ad un organo decidente terzo ed imparziale.

Cambia finalmente il contraddittorio e soprattutto ne muta la sua natura: si passa da un contraddittorio sulla prova - tipico del modello inquisitorio - ad un contraddittorio per ottenere la prova, in ossequio ‘all’adozione del metodo orale’, di cui all’art. 2 comma 2 n. 2 della legge delega n. 81/1987.

Come poi si evidenzierà nel corso della trattazione, il codice - nonostante dei meriti in astratto incontestabili - ha sempre subito critiche e presentato dei forti limiti, sin dal momento in cui ha dovuto rapportarsi con la c.d. ‘*law in action*’; tant’è che il suo stesso guardasigilli, nei giorni coevi all’entrata in vigore, nutre «il timore d’inadeguatezza del nuovo rito a soddisfare le esigenze di difesa sociale, soprattutto nel settore dei crimini più gravi e tenuto conto dell’assillante richiamo alla insufficienza delle strutture in termini di personale e di mezzi»⁴⁴.

Infatti già dalla sua entrata in vigore si crea una vera e propria spaccatura, che ha visto da un lato operatori e membri della dottrina⁴⁵ ‘malinconici’ del codice Rocco, meno garantista ma - stando a questi ultimi - più efficiente, e dall’altro coloro che restano desiderosi di vedere all’interno della categoria dei giuristi processual-penalisti un mutamento della concezione dei fini del processo penale.

Risuona ancora il monito di Giovanni Falcone, uno degli operatori del settore più ottimisti dell’entrata in vigore codice Vassalli, il quale aveva affermato come: «il buon esito della riforma del processo penale, indubbiamente rispondente a esigenze di civiltà, dipenderà dal modo in cui si affronteranno i numerosi e non lievi problemi connessi. Solo se la magistratura e le forze di polizia sapranno tempestivamente adeguarsi alla nuova realtà e saranno adeguatamente sostenute dai competenti organismi statuali, la repressione della criminalità

⁴⁴ VASSALLI G., ‘Il nuovo codice di procedura penale: «spigolature» ed «osservazioni»’, in *Ultimi scritti*, Milano, 2007, p. 728.

⁴⁵ Cfr. ‘Ma non era meglio il codice Rocco?’, www.ildubbio.it, 2016, RICHITELLI S., ‘Note sui trent’anni dall’entrata in vigore del codice di procedura penale: tra luci (poche) ed ombre (tante)’, in www.diritto.it, 2019, tra i tanti.

(...) non soltanto non subirà arresti o ritardi ma potrà anzi incrementarsi, soprattutto sotto il profilo qualitativo»⁴⁶.

I prossimi paragrafi infatti avranno come nucleo l'evidenziare la perfetta attuazione del diritto al silenzio nel codice di rito e come, specularmente (anche se non solo per colpa del codice), siano ancora presenti numerose ombre nella disciplina *de facto*.

4.1 Il diritto al silenzio in un sistema finalmente accusatorio: autodifesa tutelata sino al mendacio?

Il codice Vassalli è quindi l'intervento legislativo nato per trovare l'equilibrio tra i principi dell'invulnerabilità del diritto alla difesa (art. 24 Cost.), della libertà di autodeterminazione nelle scelte dell'imputato (art. 2 Cost.), della presunzione d'innocenza (art. 27.2 Cost.) e dell'interesse pubblico alla repressione dei reati (art. 112 Cost.).

All'interno dell'art. 2 comma 2 n. 5 della legge delega n. 81/1987 viene stabilito uno dei principi guida cui deve ispirarsi il legislatore per conciliare le suddette esigenze: "disciplinare le modalità dell'interrogatorio in funzione della sua natura di strumento di difesa".

In un contesto giuridico in cui l'interrogatorio ha finalmente - anche - una funzione di difesa è necessario che vengano disciplinati approfonditamente «il o i modi di esercizio di quel medesimo diritto (al silenzio)»⁴⁷.

La nuova disciplina dell'esercizio del diritto al silenzio va ad articolarsi in diverse fasi del processo penale: essa riguarda sia la persona sottoposta alle indagini che l'imputato e viene applicata sia nel corso delle indagini preliminari che in sede dibattimentale.

Preliminarmente - rimandando ai paragrafi successivi per l'analisi strettamente codicistica - è bene effettuare un'analisi complessiva delle modalità con cui il legislatore ha articolato l'esercizio del *nemo tenetur se detegere* all'interno del processo penale.

È indubbia infatti nel corso della codificazione «una certa influenza culturale del modello americano»⁴⁸, che ha portato a far sì che il diritto al silenzio fosse coerente con la disciplina emersa nel sistema di *common law*⁴⁹. Ciò ha permesso che il diritto al silenzio potesse essere declinato in due differenti accezioni.

La prima accezione - detta di «autodifesa passiva»⁵⁰ - è quindi quella fondata sulla tripartizione tra: *right not to be questioned*, come diritto a sottrarsi alle questioni rivolte

⁴⁶ FALCONE G., "Criminalità organizzata e nuovo processo penale", III ed., Segrate (MI), Bur editore, 2011, p. 63.

⁴⁷ Corte Cost., 21 ottobre 1979, n. 125, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1979, I, p. 852.

⁴⁸ PATRONE I.J., "Il prosecutor negli Stati Uniti: un modello da seguire?", in www.questionegiustizia.it, 2021.

⁴⁹ Cfr. Cap. I.

⁵⁰ STANZIONE G., "Autoincriminazione e diritto al silenzio. Le esperienze italiana, francese e inglese", *op.cit.*, p. 37.

dall'autorità procedente, sia essa requirente o giudicante, *privilege against self incrimination*, come diritto a non autoincriminarsi per alcuni soggetti quando la disciplina generale non lo prevede e *right to silence*, cioè come diritto a serbare il silenzio riguardo a determinate circostanze.

Va quindi delineandosi un diritto al silenzio in senso "passivo", in cui l'imputato - destinatario delle garanzie costituzionalmente previste - si sottrae alla potestà punitiva dello Stato, che è destinatario del divieto di imporgli degli obblighi di collaborazione.

Dall'altro lato si sviluppa una questione particolarmente annosa⁵¹, riguardante la possibilità di esercitare lo *ius tacendi* come forma di «autodifesa attiva»⁵², cioè di sfruttare il diritto al silenzio fino ad arrivare alla possibilità di mentire.

La tesi che riconosce questa facoltà in capo all'imputato si fonda sul fatto che esso non sia - a differenza del testimone - destinatario di un obbligo di verità, permettendo quindi allo stesso di autodeterminarsi nel modo più estremo, cioè mentendo all'autorità procedente. All'imputato viene quindi riconosciuta «una sovrana libertà d'azione: sono consentiti il più ostinato mutismo come le dichiarazioni mendaci (...), il diritto di difesa implica quello di tacere e di mentire»⁵³.

Altra tesi invece nega *tranchant* la possibilità di esercitare il mendacio a fini difensivi, dal momento che l'utilizzo così delineato andrebbe a configurare una condotta attiva, intrinsecamente contraria alla natura stessa del diritto al silenzio, giacché non avrebbe come fine ultimo quello di non autoincriminarsi, ma quello di sviare le indagini. Perciò, secondo i sostenitori di detta tesi, l'esercizio del diritto di cui all'art. 24.2 Cost. sarebbe da limitarsi alla sola necessità di sottrarsi a comportamenti autoaccusatori.

Una terza via⁵⁴, meno radicale e più aperta al bilanciamento dei diversi interessi in gioco, è favorevole all'esercizio del diritto al silenzio nella sua accezione attiva, prevedendone però degli importanti limiti.

Anzitutto si richiede il rispetto di un limite c.d. "interno", cioè il fatto che la menzogna sia direttamente derivante dalla necessità stessa di difendersi dal rischio d'autoincriminazione: solo dopo una valutazione positiva - da effettuarsi «caso per caso, valutando la correlazione

⁵¹ La dottrina più conservatrice è infatti orientata in senso contrario a tale concezione, si vedano a proposito, *ex multis*, BOSCHI M., "Interrogatorio: II) Diritto processuale penale", in *Enciclopedia giuridica*, XVII, 1989, p. 3.

⁵² STANZIONE G., "Autoincriminazione e diritto al silenzio. Le esperienze italiana, francese e inglese", *op.cit.*, p. 39.

⁵³ CORDERO F., "Procedura penale", VIII ed., Milano, Giuffrè, 2012, p. 226.

⁵⁴ Cfr. PATANÈ V., o STANZIONE G., *op. cit.*

tra una reale necessità di difendersi e la *mendacio*»⁵⁵ - potrà allora essere applicata la causa di giustificazione prevista dall'art. 51 c.p., cioè l'esercizio di un diritto.

È poi richiesto il rispetto di un limite c.d. "esterno", cioè il fatto che l'utilizzo del mendacio non vada a sfociare nei reati previsti dagli artt. 368 - 369 c.p., ossia la calunnia e l'autocalunnia, posti a tutela dell'interesse pubblico alla corretta amministrazione della giustizia e che puniscono chiunque "incolpi di un reato taluno che egli sa innocente, ovvero simula a carico di lui le tracce di un reato".

Tuttavia, anche l'ipotesi del limite esterno deve fare i conti con l'art. 51 c.p.: senza dubbio infatti la scriminante opererebbe qualora la calunnia o l'autocalunnia derivassero dalla necessità dell'imputato di non incriminare se stesso.

4.2 La disciplina codicistica del silenzio

L'influenza statunitense *ut supra* menzionata ha portato il legislatore a configurare una disciplina del diritto al silenzio capace di adattarsi e di mutare per applicarsi nel modo più equilibrato possibile alle diverse fasi procedurali: come facoltà di rifiutarsi di rispondere a tutte le domande nel corso delle indagini preliminari, come libertà di scegliere di rispondere ad alcune domande nel corso dell'interrogatorio e come possibilità di sottrarsi alla sottoposizione ad esame nel corso del dibattimento.

Una prima disposizione meritevole di menzione - ma che non riguarda il silenzio *tout court* - è certamente l'art. 61 c.p.p., il quale dispone che: "I diritti e le garanzie dell'imputato si estendono alla persona sottoposta alle indagini preliminari.

Alla stessa persona si estende ogni disposizione relativa all'imputato, salvo che sia diversamente stabilito".

Le estensioni vanno comunque interpretate «*cum grano salis*, se infatti non vi è dubbio che alcune garanzie possano essere traslate con pienezza dei contenuti (come la libertà di autodeterminazione), per altre prerogative occorre tenere conto delle caratteristiche peculiari della fase procedimentale e delle sue differenze con lo stadio processuale conseguente all'esercizio dell'azione penale»⁵⁶.

Di regola dunque - e con gli enunciati limiti strutturali - quando nel codice si trova l'espressione "imputato", la previsione (limitatamente alle garanzie e ai diritti) si riferisce anche alla persona sottoposta a indagini, in un'ottica estremamente garantista, in modo tale da

⁵⁵ PATANÈ V., "Il diritto al silenzio dell'imputato", *op.cit.*, p. 40.

⁵⁶ BELLUTA H., GIALUZ M., LUPARIA L., "Codice sistematico di procedura penale", IV ed., Torino, Giappichelli, 2019

garantire che l'esercizio del diritto alla difesa sia possibile sin dal primo contatto tra autorità inquirenti e individuo.

4.2.1 La tutela "anticipata" degli artt. 63 e 198.2 c.p.p.

Con riferimento ai primi due commi dell'art. 63 c.p.p. si fa riferimento alla nozione di «tutela anticipata»⁵⁷ dal rischio di auto-incriminazione, giacché essi cominciano ad operare ancora prima che il soggetto guadagni lo *status* di persona sottoposta alle indagini, anche al fine di evitare possibili abusi da parte dell'autorità procedente, in modo da aggirare la tutela prevista per chi già goda di dette garanzie.

L'art. 63 c.p.p. prevede infatti al primo comma che: "Se davanti all'autorità giudiziaria o alla polizia giudiziaria una persona non imputata ovvero una persona non sottoposta alle indagini rende dichiarazioni dalle quali emergono indizi di reità a suo carico, l'autorità procedente ne interrompe l'esame, avvertendola che a seguito di tali dichiarazioni potranno essere svolte indagini nei suoi confronti e la invita a nominare un difensore. Le precedenti dichiarazioni non possono essere utilizzate contro la persona che le ha rese".

La disposizione in esame si occupa di sancire una fondamentale garanzia "anticipata", dal momento che essa ha per oggetto il contatto tra un qualsivoglia soggetto dichiarante, che è solo potenzialmente persona sottoposta alle indagini, e l'autorità inquirente.

Qualora infatti questi fornisca, nel corso di un esame - o di un'altra qualsivoglia operazione che presupponga uno schema basato su domande e risposte - del p.m. o della p.g., delle dichiarazioni auto-indizianti, si attiverebbe immediatamente un obbligo d'interruzione dello stesso ed uno di avvertimento nei confronti del dichiarante del mutamento del suo *status* in quello di persona sottoposta alle indagini, con l'invito a nominare un difensore.

Ciò che più rileva è però il secondo periodo del primo comma - in questa costante accezione di "tutela anticipata" - dal momento che «commina per tali dichiarazioni un'inutilizzabilità soltanto "contro la persona che le ha rese"»⁵⁸. Tale regola dell'inutilizzabilità della dichiarazione resa permette di porre un vero e proprio argine a tutela del dichiarante, dal momento che questi non potrà mai vedersi contestato successivamente quanto affermato in una sede in cui non era (ancora) indagato.

⁵⁷ STANZIONE G., "Autoincriminazione e diritto al silenzio. Le esperienze italiana, francese e inglese", *op. cit.*, p. 63.

⁵⁸ AMODIO E. e DOMINIONI O., "Commentario al nuovo codice di procedura penale", I ed., Giuffrè, Milano, 1989, p. 400.

Il secondo comma della disposizione in esame prevede invece che: “Se la persona doveva essere sentita sin dall’inizio in qualità d’imputato o di persona sottoposta alle indagini, le sue dichiarazioni non possono essere utilizzate”.

Quella in esame è quindi una regola d’inutilizzabilità ancora più forte, «dotata di efficacia *erga omnes* (...) che tutela la corrispondenza piena tra la veste processuale e la posizione sostanziale del soggetto»⁵⁹, questo per scoraggiare in ogni modo un’attività elusiva dell’autorità procedente che voglia ottenere dichiarazioni autoindizianti o indizianti senza rispettare le garanzie previste per la persona sottoposta alle indagini e l’imputato.

Identica *ratio* di “tutela anticipata” è rappresentata dalla disciplina contro l’autoincriminazione prevista dall’art. 198 comma 2 c.p.p., il quale stabilisce che: “Il testimone non può essere obbligato a deporre su fatti dei quali potrebbe emergere una sua responsabilità personale”.

Premessa e *discrimen* fondamentale tra la norma in esame e quella precedentemente analizzata sta nell’elemento soggettivo, infatti l’art. 198 c.p.p. rientra nel capo I del titolo II del libro III del codice, rubricato come “testimonianza”, mentre l’art. 63 rientra nel titolo IV del I libro, rubricato come “l’imputato”.

Comunemente, nel commentare la disposizione, si parla di “privilegio” contro l’autoincriminazione, dal momento che essa «rappresenta un’eccezione al regime ordinario del testimone»⁶⁰. Il testimone è infatti un soggetto che - al contrario dell’imputato e della persona sottoposta ad indagini - anche nel codice Vassalli è destinatario di un obbligo - che deriva dal primo comma dello stesso art. 198 - “di rispondere secondo verità alle domande che gli sono rivolte”.

Il fatto di prevedere per un soggetto destinatario di un obbligo di verità la possibilità di esercitare il diritto al silenzio sui fatti che lo riguardano, rappresenta ancora meglio la scelta d’attuazione del diritto alla difesa del codice Vassalli.

Certamente sussiste una differenza fondamentale con il disposto dell’art. 63 c.p.p., perché se quest’ultimo prevede la non necessarietà dell’emergere di indizi di colpevolezza per far sì che scatti l’obbligo d’interrompere l’esame, nell’art. 198.2 c.p.p. invece richiede «un giudizio in termini di certezza sulla prospettiva della sua incriminazione»⁶¹.

⁵⁹ STANZIONE G., “Autoincriminazione e diritto al silenzio. Le esperienze italiana, francese e inglese”, *op. cit.*, p. 64.

⁶⁰ STANZIONE G., “Autoincriminazione e diritto al silenzio. Le esperienze italiana, francese e inglese”, *op. cit.*, p. 64.

⁶¹ STANZIONE G., “Autoincriminazione e diritto al silenzio. Le esperienze italiana, francese e inglese”, *op. cit.*, p. 65.

Ulteriore differenza con l'art. 63 c.p.p. sta nel fatto che nel caso dell'art. 198.2 c.p.p. il destinatario del divieto sia il solo giudice, e non l'autorità procedente, si vieta infatti «al giudice - quando il testimone rifiuta di rispondere ad una domanda autoincriminante - di costringerlo a parlare»⁶².

Da ultimo si deve sottolineare come l'art. 198 comma 2 rappresenti una forma di "tutela anticipata", perché nonostante «le prescrizioni della disposizione si riferiscano a contesti che vedono la presenza del giudice (incidente probatorio, udienza preliminare, procedimenti speciali, dibattimento), esse si applicano anche alle indagini preliminari e difensive»⁶³.

4.2.2 Il nucleo della disciplina: gli artt. 64-65 c.p.p.

Rispetto all'istituto dell'interrogatorio, la scelta del codice Vassalli è stata di farne «un istituto multifunzionale, sempre mezzo di difesa, eventualmente fonte di prova, potenzialmente mezzo di prova»⁶⁴.

Manifesto di tale concezione è la posizione sistematica che il legislatore ha riservato alle norme che lo disciplinano, infatti queste si trovano nel titolo IV del libro I, dedicato all'imputato, e non nel catalogo dei mezzi di prova, che invece si trovano nel III libro.

L'art. 64 c.p.p., rubricato come "regole generali per l'interrogatorio", dispone che: "1. La persona sottoposta alle indagini, anche se in stato di custodia cautelare o se detenuta per altra causa, interviene libera all'interrogatorio, salve le cautele necessarie per prevenire il pericolo di fuga o di violenze.

2. Non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interrogata, metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti.

3. Prima che abbia inizio l'interrogatorio, la persona deve essere avvertita che:

- a) le sue dichiarazioni potranno sempre essere utilizzate nei suoi confronti;
- b) salvo quanto disposto dall'articolo 66, comma 1, ha facoltà di non rispondere ad alcuna domanda, ma comunque il procedimento seguirà il suo corso;
- c) se renderà dichiarazioni su fatti che concernono la responsabilità di altri, assumerà, in ordine a tali fatti, l'ufficio di testimone, salve le incompatibilità previste dall'articolo 197 e le garanzie di cui all'articolo 197-bis.

⁶² TONINI P., "Manuale di procedura penale", *op.cit.*, p. 301

⁶³ BELLUTA H., GIALUZ M., LUPARIA L., "Codice sistematico di procedura penale", IV ed., Torino, Giappichelli, 2019, p. 274.

⁶⁴ a cura di GATTO A., "Codice di procedura penale ipertestuale", I ed., Utet, Milano, 2001, p. 221.

3-bis. L'inosservanza delle disposizioni di cui al comma 3, lettere a) e b), rende inutilizzabili le dichiarazioni rese dalla persona interrogata. In mancanza dell'avvertimento di cui al comma 3, lettera c), le dichiarazioni eventualmente rese dalla persona interrogata su fatti che concernono la responsabilità di altri non sono utilizzabili nei loro confronti e la persona interrogata non potrà assumere, in ordine a detti fatti, l'ufficio di testimone»⁶⁵.

Cominciando l'analisi della disposizione in termini generali, si noti come essa configuri i canoni basilari dell'istituto, delineandolo in perfetta coerenza con la previsione dell'art. 24.2 Cost. e dell'art. 27.2 Cost. La norma si apre infatti stabilendo una regola - anche simbolicamente - molto importante: qualora la persona interrogata si trovi *in vinculis*, essa "interviene libera nell'interrogatorio". Ciò è manifesto del fatto che la stella polare seguita dall'istituto sia quella di garantire la libertà fisica e morale dell'interrogato; «si tratta del pieno riconoscimento, a livello di legislazione ordinaria, del diritto fondamentale dell'imputato di autodeterminarsi liberamente nella scelta della strategia difensiva ritenuta più appropriata, senza subire alcuna coazione»⁶⁶, avvalorando la tesi dottrinale sopracitata che vuole la libertà fisica come presupposto della libertà psicologica.

Il secondo comma dell'art. 64 c.p.p. enfatizza il fatto che l'interrogatorio sia un «atto caratterizzato dalla volontarietà naturale. Le condizioni psicofisiche proprie dell'interrogato non possono essere modificate in alcun modo, dovendosi assicurare che ogni dichiarazione che egli renda sia il risultato della "capacità di autodeterminazione" e della "capacità di ricordare e di valutare i fatti" che naturalmente gli appartengono»⁶⁷.

Per di più il codice si spinge - pur di proteggere l'autodeterminazione del dichiarante - a sottrarre all'indagato stesso la possibilità di acconsentire a trattamenti che ne delimitino la libertà morale, sancendo un'inutilizzabilità assoluta delle eventuali dichiarazioni, disposizione chiaramente attuativa dell'art. 2 Cost.

Nell'originaria versione del codice - quindi prima della modifica operata dalla legge del 1° marzo 2001, n. 63 - l'art. 64 terzo comma sanciva il diritto al silenzio prevedendo che: "Prima che abbia inizio l'interrogatorio, la persona deve essere avvertita che, salvo quanto disposto dall'articolo 66 comma 1, ha facoltà di non rispondere e che, se anche non risponde, il procedimento seguirà il suo corso".

⁶⁵ La disposizione viene riportata come modificata dalla l. n. 63 del 2001, che sarà analizzata nel §7.

⁶⁶ PATANÈ V., "Il diritto al silenzio dell'imputato", *op.cit.*, p. 31.

⁶⁷ AMODIO E. e DOMINIONI O., "Commentario al nuovo codice di procedura penale", *op.cit.*, p. 402.

Già dal disposto della versione del 1988 emerge comunque, anche grazie ad un cospicuo lavoro interpretativo e dottrinale, come questo fosse - e sia - «pan-processuale»⁶⁸, nel senso che l'operatività del diritto al silenzio non sia da ritenersi limitata al solo interrogatorio formale.

A tale conclusione si perviene principalmente per due differenti ordini di ragioni: anzitutto, facendo riferimento alla relazione al progetto preliminare del codice, dalla quale emerge come il legislatore delegato abbia chiarito che: «tale garanzia debba ritenersi operante ad ogni atto che (...) per quanto non tecnicamente nominabile "interrogatorio", comporti domande»⁶⁹. Dall'altro lato la stessa dottrina, in diverse occasioni, ha chiarito come «il diritto al silenzio non possa venir meno quando un atto sostanzialmente corrispondente all'interrogatorio si svolga nel seno di un atto più complesso»⁷⁰.

Si richiede quindi, per far sì che la garanzia dell'art. 64 sia applicata "pan-processualmente", un'analisi non di tipo nominale, ma un'analisi in concreto, in cui vi sia un'autorità (che potrà essere sia il pubblico ministero sia l'ufficiale di polizia giudiziaria sia il giudice, in sede di indagini preliminari, d'udienza preliminare e anche nel dibattimento) che ponga delle domande ad un soggetto (che potrà avere il titolo d'indagato, imputato...) e che da questi esiga delle dichiarazioni.

Comunque, rimandando l'analisi dell'articolazione degli avvertimenti nella normativa vigente al paragrafo dedicato alla l. 63/2001, si può già evidenziare nella versione originaria del codice la presenza dell'avvertimento di matrice statunitense da rivolgere - prima che si svolga l'interrogatorio o un atto ad esso assimilabile - all'imputato.

L'art. 65 c.p.p. è l'altra disposizione che va a comporre il nucleo codicistico del diritto al silenzio, esso infatti riguarda - come da rubrica - le regole generali per "l'interrogatorio nel merito", e dispone che: "1. L'autorità giudiziaria contesta alla persona sottoposta alle indagini in forma chiara e precisa il fatto che le è attribuito, le rende noti gli elementi di prova esistenti contro di lei e, se non può derivarne pregiudizio per le indagini, gliene comunica le fonti.

2. Invita, quindi, la persona ad esporre quanto ritiene utile per la sua difesa e le pone direttamente domande.

⁶⁸ PATANÈ V., "Il diritto al silenzio dell'imputato", *op.cit.*, p. 35.

⁶⁹ *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, consultabile in www.gazzettaufficiale.it, p. 77.

⁷⁰ BARILE P., "Diritti dell'uomo e libertà fondamentali", I ed., Il Mulino, Bologna, 1984, p. 298.

3. Se la persona rifiuta di rispondere, ne è fatta menzione nel verbale. Nel verbale è fatta anche menzione, quando occorre, dei connotati fisici e di eventuali segni particolari della persona”.

Altro elemento manifesto della natura garantista del codice Vassalli riposa certamente nel primo comma dell’art. 65, il quale prevede che il soggetto interrogato debba ricevere prima di tutto la contestazione dell’addebito; ciò perché il modello accusatorio agisce alla luce del sole, non nell’ombra, come invece vuole quello inquisitorio.

Dopo che quindi viene garantito a pieno il diritto alla difesa nel senso di porre l’interrogato nella condizione di conoscere, nei limiti del non pregiudizio per le indagini, il fatto addebitatogli, l’autorità giudiziaria lo invita ad esporre quanto ritiene utile, e in questa fase il pubblico ministero ha facoltà di porre direttamente domande.

L’interrogatorio deve quindi cominciare con la contestazione dell’addebito e finire con le domande del pubblico ministero, e «tale scansione non consente deroghe di sorta (...), non è quindi consentito procedere alle domande sulla scorta di una sommaria enunciazione del fatto contenuta nell’invito a presentarsi»⁷¹.

Da ciò deriva un divieto verso il c.d. “interrogatorio in contropiede”, cioè quel tipo d’interrogatorio in cui avviene una contestazione solamente parziale e che viene completata nel corso dello stesso; se venisse effettuato comunque sarebbe viziato da una nullità intermedia.

A seguito della contestazione, della comunicazione e delle domande dell’autorità procedente, anche e soprattutto alla luce del terzo comma della disposizione in analisi, l’interrogato potrà scegliere tra tre differenti *itineres* processuali: a) Potrebbe rispondere a tutte le domande, o solamente ad una parte di esse; b) Potrebbe esercitare la facoltà riconosciuta dal terzo comma, quindi rifiutarsi di rispondere, e di ciò si farà menzione nel verbale; c) Potrebbe mentire, non risultando incriminabile, ma nel rispetto dei limiti precedentemente enunciati.

Una differenza interessante tra il terzo comma dell’art. 65 e il terzo comma dell’art. 64 sta nel fatto che nel secondo sia enunciato un vero e proprio diritto, dal quale discende un dovere per il magistrato d’interrompere l’esame, mentre nel primo sia enunciata una facoltà, dal momento che il suo esercizio non impedisce al magistrato di proseguire con l’interrogatorio.

Una perplessità emersa dal testo del terzo comma dell’art. 65, riguarda il fatto che si debba indicare sul verbale il fatto che l’imputato abbia deciso di esercitare (legittimamente) il diritto

⁷¹ AMODIO E. e DOMINIONI O., “*Commentario al nuovo codice di procedura penale*”, *op.cit.*, p. 407.

al silenzio rispetto alle domande poste: se è vero che ciò non permette di effettuare una valutazione processuale, sta di fatto che la sua presenza potrebbe in qualche modo influire sulle scelte dell'autorità giudicante. Ciò tuttavia non va a contrastare con la visione "ideale" dello *ius tacendi*, dal momento che la scelta di non rispondere «è un dato neutro, che non si presta ad alcun apprezzamento, ma la mancata risposta ad una domanda può confluire, quando assuma uno specifico significato, nella valutazione della credibilità di altre dichiarazioni»⁷², ma comunque rimane la perplessità che possa arrivare un messaggio distorto al giudice.

Merita menzione in questa sede un limite all'esercizio del diritto al silenzio, che però appare estremamente ragionevole, dal momento che dallo stesso deriva una condizione per permettere il regolare andamento del processo. È infatti l'art. 66 comma 1 a disporre che: "Nel primo atto cui è presente l'imputato, l'autorità giudiziaria lo invita a dichiarare le proprie generalità e quant'altro può valere a identificarlo, ammonendolo circa le conseguenze cui si espone chi si rifiuta di dare le proprie generalità o le dà false".

Si può quindi - con le dovute resistenze - parlare di un "obbligo di verità" in capo all'imputato, ma limitatamente all'esposizione delle proprie generalità. Detto limite è per di più salvaguardato da una sanzione penale: per il soggetto che rifiuti di dichiarare le proprie generalità o che le dichiari false, seguirà un'incriminazione per falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sulla identità o su qualità personali proprie o di altri (art. 495 c.p.) e di false dichiarazioni sulla identità o su qualità personali proprie (art. 496 c.p.).

4.2.3 Lo *ius tacendi* nel dibattimento: Gli artt. 208 - 209 c.p.p.

«Nella fase del dibattimento, l'imputato gode della massima tutela del suo diritto al silenzio»⁷³.

Alla luce del disposto dell'art. 208 c.p.p. infatti "l'imputato (...) è esaminato se ne fa richiesta o vi consente". Di conseguenza sarà possibile vedere come il processo accusatorio delineato dal codice Vassalli, che ha posto al cuore della propria disciplina il dibattimento, vada a confrontarsi con il diritto al silenzio; perché quello in esame è un processo che sa fare a meno del sapere dell'imputato.

Se infatti si osserva la disposizione riguardante le "regole per l'esame", cioè l'art. 209 c.p.p., si nota come esso contenga una pluralità di rimandi ad altre disposizioni ed una regola riguardante lo *ius tacendi*, prevedendo infatti che: "1. All'esame delle parti si applicano le

⁷² AMODIO E. e DOMINIONI O., "Commentario al nuovo codice di procedura penale", *op.cit.*, p. 405.

⁷³ STAZIONE G., "Autoincriminazione e diritto al silenzio. Le esperienze italiana, francese e inglese", *op. cit.*, p. 78.

disposizioni previste dagli articoli 194, 198 comma 2 e 499 e, se è esaminata una parte diversa dall'imputato, quelle previste dall'articolo 195.

2. Se la parte rifiuta di rispondere a una domanda, ne è fatta menzione nel verbale”.

Nel caso in cui quindi l'imputato - acconsentendo ad una richiesta o richiedendolo egli stesso - sia esaminato, godrà non solo del disposto dell'art. 198.2, cioè del privilegio contro l'autoincriminazione, ma anche di tutte le altre garanzie che sono originariamente previste per lo *status* processuale che esso ricopre.

Dalla disposizione emergono tuttavia due problematiche.

Anzitutto il secondo comma, attraverso l'obbligo di menzione nel verbale dell'eventuale esercizio dello *ius tacendi*, fa sì che questo possa essere valutato come argomento di prova; quindi, se ad esempio ci si trovasse davanti ad un quadro probatorio coerente ma incompleto, l'esercizio di questo diritto⁷⁴ potrebbe divenire il tassello necessario a fondare una sentenza di condanna.

La giurisprudenza maggioritaria infatti ha spesso⁷⁵ espresso il pensiero per cui «al giudice non è precluso valutare la condotta processuale del giudicando, coniugandola con ogni altra circostanza sintomatica, con la conseguenza che egli, nella formazione del libero convincimento, può ben considerare, in concorso di altre circostanze, la portata significativa del silenzio mantenuto dall'imputato, su circostanze potenzialmente idonee a scagionarlo»⁷⁶.

La questione è particolarmente annosa, per il fatto che quantomeno astrattamente, non dovrebbe essere oggetto di valutazione l'esercizio di un diritto, ma dall'altra parte non si dovrebbero consentire delle condotte che potrebbero essere figlie di scopi meramente dilatori; ulteriori ragionamenti al riguardo sono rimandati ad altra sede⁷⁷.

Un secondo problema della disposizione in esame è invece rappresentato dal fatto che sia assente nelle norme da essa richiamate l'art. 64 c.p.p.; la questione è stata infatti oggetto di un giudizio di legittimità costituzionale.

La Corte Costituzionale, interrogata nel merito dal Tribunale di Monza, ha statuito la «legittimità dell'art. 64 del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede che il

⁷⁴ In questo caso è preferibile parlare di diritto anziché di facoltà, perché pur essendo applicata la disciplina della testimonianza (che, *ut supra* spiegato, fa riferimento ad una facoltà), il soggetto esaminato è l'imputato, che quindi è destinatario del diritto al silenzio.

⁷⁵ Cfr. Corte di Cassazione, sez. II, 28 gennaio 2015, n. 6348, in CED Corte di Cassazione, 262617; Corte di Cassazione, sez. II, 21 aprile 2010, n. 22651, in CED Cass., 247426; Corte di Cassazione, sez. V, 14 febbraio 2006, n. 12182, in CED Cass.

⁷⁶ Corte di Cassazione, sez. V, 14 febbraio 2006, n. 12182, in CED Corte di Cassazione, 233903.

⁷⁷ §8.2

giudice del dibattimento debba dare all'imputato in sede di esame gli avvisi di cui alla disposizione suddetta»⁷⁸.

La Consulta in questo caso ha però preferito "salvare" la disposizione in esame, semplicemente asserendo che, essendo sia il dibattimento che l'interrogatorio rientranti nel novero degli "atti orali", allora è implicito in questa comunanza il fatto che l'art. 64 debba applicarsi a tutti «gli atti (...) in cui vi sia un dialogo articolato in base allo schema domanda-risposta»⁷⁹.

4.2.4 L'art. 62 c.p.p. come "norma di chiusura"

L'art. 62 c.p.p. - rubricato come "divieto di testimonianza sulle dichiarazioni dell'imputato" - dispone al primo comma che: "Le dichiarazioni comunque rese nel corso del procedimento dall'imputato o dalla persona sottoposta alle indagini non possono formare oggetto di testimonianza".

Questo divieto viene interpretato dottrinalmente come «avente marcata caratura garantistica e, da un punto di vista sistematico, può essere letto quale canone di chiusura rispetto alla regolamentazione di alcuni fondamentali principi»⁸⁰.

Circa l'applicabilità temporale del divieto la giurisprudenza ha stabilito in più occasioni quale *discrimen* il cominciamento delle indagini: da un lato infatti è stato affermato come «non possa ritenersi vietata la testimonianza sulle dichiarazioni, aventi anche contenuto confessorio, rese al di fuori del procedimento, ovvero prima del formale inizio delle indagini, in quanto in tal caso la testimonianza assume valore di fatto storico percepito dal teste, liberamente valutabile dal giudice di merito»⁸¹, dall'altro come «l'art. 62 c.p.p. sia applicabile ancor prima che sia stata eseguita l'iscrizione nel registro di cui all'art. 335 c.p.p.»⁸², dal momento che la mera iscrizione del nome all'interno del registro delle notizie di reato rappresenta una formalità che sovente avviene in un momento successivo al fattuale inizio delle indagini.

Suddetta interpretazione risulta essere alquanto coerente con la *ratio legis*, dal momento che la disposizione nasce sia per prevenire delle potenziali lesioni allo *ius tacendi* «tramite l'aggiramento delle garanzie codicistiche assicurate all'indagato (...) infatti la testimonianza indiretta della p.g. sui *dicta* dell'accusato potrebbe divenire un *passé-partout* illecito per

⁷⁸ Corte Cost., 23 maggio 2003, n. 191, in www.Consultaonline.it.

⁷⁹ Corte Cost., 191/2003, *cit.*

⁸⁰ BELLUTA H., GIALUZ M., LUPARIA L., "Codice sistematico di procedura penale", *op.cit.*, p. 133.

⁸¹ Corte di Cassazione, Sez. VI, 16 dicembre 2010, n. 2231, in C.E.D. Cass., 249198.

⁸² BONTEMPELLI M., "Dichiarazioni dell'indiziato e divieto di testimonianza", in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2013, 1, I, p. 4.

veicolare nel processo le dichiarazioni rese senza la presenza del difensore»⁸³ sia per far sì che le dichiarazioni dell'imputato pervengano al giudice solamente attraverso i canali legittimi degli atti previsti dal codice stesso.

La disposizione chiude il cerchio del sistema e rafforza l'efficacia del divieto prevedendo la sanzione dell'inutilizzabilità del materiale probatorio assunto in violazione della stessa.

Si va quindi a delineare quella che è stata definita come un' «*hearsay rule* all'italiana»⁸⁴, dal momento che non è "pura" come quella statunitense, ma «si può dire che la deposizione del funzionario di polizia sulle dichiarazioni dell'indiziato è ammissibile nei limiti in cui non vi sia corrispondenza tra il fatto rappresentato dalle dichiarazioni e il fatto ricostruito nel processo»⁸⁵.

Ancora una volta quindi la disciplina dello *ius tacendi* è costretta a fare i conti e ad essere bilanciata con l'esigenza di garantire il corretto andamento del processo, ma comunque il divieto mantiene una *vis* non indifferente nel porre un argine - come molte altre disposizioni del codice - tra le risultanze delle indagini preliminari e il dibattimento.

4.2.5 Le dichiarazioni dell'imputato sul fatto altrui, cioè i limiti d'estensione dello *ius tacendi*

«Diritto al silenzio sul fatto altrui significa possibilità per il dichiarante sul fatto del terzo di sottrarsi al contraddittorio con l'accusato»⁸⁶.

Se da un lato la dottrina aveva già - sin dagli anni '60 del secolo scorso - tentato di distinguere le dichiarazioni dell'imputato tra dichiarazioni su fatto proprio, quindi facenti riferimento alla disciplina prevista per l'interrogatorio, e dichiarazioni sul fatto altrui, facenti invece riferimento a quella della testimonianza⁸⁷, dall'altro lato il legislatore dell'88 ha effettuato una scelta diametralmente opposta, non inserendo tale *discrimen*, ma rimettendo l'applicabilità dell'una dell'altra disciplina «all'astratta possibilità di differenziare le dichiarazioni sul fatto proprio da quelle sul fatto altrui»⁸⁸.

Il riconoscimento dello *ius tacendi* anche per le dichiarazioni sul fatto altrui determina però due complesse conseguenze, derivanti dalla vera e propria possibilità per il dichiarante di sottrarsi al confronto in contraddittorio con l'accusato: la prima riposa nel fatto che vi sia un

⁸³ BELLUTA H., GIALUZ M., LUPARIA L., "Codice sistematico di procedura penale", *op.cit.*, p. 134.

⁸⁴ MARAFIOTI L., "Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio", *op.cit.*, p. 386.

⁸⁵ BONTEMPELLI M., "Dichiarazioni dell'indiziato e divieto di testimonianza", *op.cit.*, p. 20.

⁸⁶ PATANÈ V., "Diritto al silenzio dell'imputato", *op.cit.*, p. 47.

⁸⁷ Cfr. CARNELLUTI F., "Principi del processo penale", *op.cit.*, pp. 190 e ss.

⁸⁸ PATANÈ V., "Diritto al silenzio dell'imputato", *op.cit.*, p. 47.

grave «pregiudizio per il diritto di difesa dell'accusato, se le dichiarazioni precedentemente rese venissero acquisite ed utilizzate come prova in assenza di contraddittorio»⁸⁹, la seconda nel fatto che sia assente un modo per poter ampliare il quadro probatorio, se l'assunzione della dichiarazione risulta essere preclusa.

Nella versione originaria del codice dell'88 infatti, qualora un soggetto coimputato avesse effettuato dichiarazioni sul fatto altrui nel corso di un *simultaneus processus*, gli istituti per far sì che le stesse venissero assunte si limitavano all'applicazione di quelli previsti per la dichiarazione sul fatto proprio; da ciò derivava ad esempio la possibilità di rifiutare la sottoposizione ad esame. Una limitazione importante era comunque data dal disposto dell'art. 197 lett. a) c.p.p., il quale prevedeva che «Non possono essere assunti come testimoni: a) i coimputati del medesimo reato o le persone imputate in un procedimento connesso a norma dell'articolo 12, comma 1, lettera a), salvo che nei loro confronti sia stata pronunciata sentenza irrevocabile di proscioglimento, di condanna o di applicazione della pena ai sensi dell'articolo 444».

Nell'ipotesi in cui invece - in due processi connessi ma separati - l'imputato fosse stato esaminato in una sede differente da quella che lo riguardava direttamente, su fatti non relativi alla propria responsabilità, ma a quella altrui, si delineava la disciplina del c.d. «impumone»⁹⁰. Anche in questo caso sono presenti delle limitazioni dall'art. 197 lett. a) e b). «Attraverso l'art. 210 c.p.p. si era delineato uno strumento *ad hoc* per acquisire il contributo conoscitivo di tali soggetti»⁹¹; la disposizione sarà poi oggetto di riforma con la già citata l. 63/2001, ma ora si vuole analizzare la formulazione originaria.

L'impumone è quel soggetto chiamato a testimoniare, ma che gode di alcune delle garanzie previste per il solo imputato, quindi una figura ibrida: come il testimone, ha «l'obbligo di presentarsi al giudice, il quale, ove occorra, e ordina l'accompagnamento coattivo. Si osservano le norme sulla citazione dei testimoni», come dispone il secondo comma dello stesso art. 210; allo stesso tempo però esso, alla lettera del terzo comma, ha diritto ad essere assistito «da un difensore che ha diritto di partecipare all'esame».

Infine l'elemento di *discrimen* più importante si trova nel quarto comma, che prevede: «Prima che abbia inizio l'esame, il giudice avverte le persone indicate nel comma 1 che, salvo quanto disposto dall'articolo 66 comma 1, esse hanno facoltà di non rispondere».

⁸⁹STAZIONE G., «Autoincriminazione e diritto al silenzio. Le esperienze italiana, francese e inglese», *op. cit.*, p. 81.

⁹⁰ Definizione di CARNEVALE C.

⁹¹ PATANÈ V., «Il diritto al silenzio dell'imputato», *op.cit.*, p. 48

L'elemento che ha generato maggiori problematiche nell'assunzione delle dichiarazioni dell'imputato risiedeva proprio nella facoltà di esercitare il diritto al silenzio - definita come «la “regina” delle garanzie riconosciute all'imputato»⁹² - dal momento che spesso si verificava un'ipotesi patologica in cui erano presenti delle dichiarazioni incriminanti (rese al p.m., per esempio) e poi l'esercizio dello *ius tacendi* dell'imputato nel corso dell'esame.

Nella sua versione originaria l'art. 513 c.p.p. disponeva che: “1. Il giudice, se l'imputato è contumace o assente o rifiuta di sottoporsi all'esame dispone, a richiesta di parte, che sia data lettura dei verbali delle dichiarazioni rese dall'imputato al pubblico ministero o alla polizia giudiziaria su delega del pubblico ministero o al giudice nel corso delle indagini preliminari o nell'udienza preliminare, ma tali dichiarazioni non possono essere utilizzate nei confronti di altri senza il loro consenso salvo che ricorrano i presupposti di cui all'articolo 500, comma 4. 2. Se le dichiarazioni sono state rese dalle persone indicate nell'articolo 210, il giudice, a richiesta di parte, dispone, secondo i casi, l'accompagnamento coattivo del dichiarante o l'esame a domicilio o la rogatoria internazionale ovvero l'esame in altro modo previsto dalla legge con le garanzie del contraddittorio. Se non è possibile ottenere la presenza del dichiarante, ovvero procedere all'esame in uno dei modi suddetti, si applica la disposizione dell'articolo 512 qualora la impossibilità dipenda da fatti o circostanze imprevedibili al momento delle dichiarazioni. Qualora il dichiarante si avvalga della facoltà di non rispondere, il giudice dispone la lettura dei verbali contenenti le suddette dichiarazioni soltanto con l'accordo delle parti”.

La disciplina quindi prevedeva che in caso di contumacia, assenza o rifiuto di sottoporsi ad esame, il giudice avrebbe potuto richiedere la lettura delle dichiarazioni rese in seno alle indagini preliminari o in udienza preliminare; e soprattutto «poiché la norma non operava alcuna distinzione, l'utilizzo di tali dichiarazioni si riteneva consentito tanto contro il loro autore quanto contro il chiamato in causa»⁹³.

Il secondo comma invece permetteva la lettura delle dichiarazioni antecedentemente rese dall'imputato connesso nel procedimento separato, ma solo «nell'ipotesi d'impossibilità, a vario titolo, ad ottenere la presenza in dibattimento, nulla invece disponendo per il rifiuto di rispondere opposto da tale soggetto»⁹⁴.

⁹² BUONANNO A.L., “Dall'ibrido imputato alla figura di teste assistito”, 2017, consultabile in www.diritto.it, p. 4.

⁹³ PATANÈ V., “Il diritto al silenzio dell'imputato”, *op.cit.*, p. 51.

⁹⁴ PATANÈ V., “Il diritto al silenzio dell'imputato”, *op.cit.*, p. 51.

La Consulta andrà a dichiarare l'incostituzionalità della disposizione in esame; dal momento che però tale pronuncia s'inserisce in un particolare contesto storico, questa verrà analizzata nel paragrafo successivo.

5. La ‘svolta inquisitoria’ della Corte Costituzionale

Già dopo pochi anni di vigenza del codice Vassalli iniziano a sollevarsi - sia in dottrina sia da parte degli operatori del diritto - numerose critiche ad un impianto codicistico che ha sì il merito di rompere lo *status quo ante*, ma che non è ancora stato adeguatamente adattato alle esigenze di carattere strettamente pratico. Il Governo infatti, destinatario della delega ad emanare entro i tre anni successivi all'entrata in vigore del codice stesso dei veri e propri ‘correttivi’ al codice, è rimasto immobile.

Tale inerzia, unita ad un identico *modus operandi* del Parlamento, ha lasciato mano libera a numerosi interventi della Corte Costituzionale «che ha iniziato a dichiarare illegittime, poiché contrarie alla ragionevolezza, alcune disposizioni del codice e i relativi criteri direttivi contenuti nella legge delega»⁹⁵.

A questo - già gravoso - clima strettamente giuridico va ad aggiungersi una delle stagioni più travagliate della storia della Repubblica, cioè il periodo delle stragi di mafia, culminate con i barbari omicidi di Giovanni Falcone e Paolo Borsellino.

Ed è in questo momento che risulta necessaria una risposta, una «riforma della riforma»⁹⁶, che vede la luce mediante la c.d. «decodificazione giurisprudenziale»⁹⁷, giacché la prima modifica - stante l'inerzia del legislatore - avviene ad opera della Corte Costituzionale, le cui sentenze sono state successivamente cristallizzate dal Parlamento con il decreto legge n. 306 dell'8 giugno 1992.

È al tempo infatti largamente diffusa nella magistratura inquirente un'avversione nei confronti di uno dei pilastri del codice Vassalli, cioè la separazione tra le indagini preliminari e il dibattimento, previsione che invece la normativa esaltava, stabilendo nel corso delle indagini stesse l'assenza della «garanzia del diritto di difesa, (...) poiché le investigazioni servivano unicamente al pubblico ministero e non erano utilizzabili in dibattimento»⁹⁸.

Una prima sentenza fondamentale è senza dubbio alcuno la pronuncia n. 88 del 1991, nella quale viene per la prima volta enunciato «il principio di completezza delle

⁹⁵ TONINI P., ‘Manuale di procedura penale’, *op.cit.*, p. 39.

⁹⁶ SACCONI G., ‘il processo penale tra esigenze di difesa sociale e garanzie della persona: l'esperienza italiana’, 2012, consultabile in www.diritto.it, p. 11.

⁹⁷ AMODIO E., ‘La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo’, in *Cass. Pen.*, III, 1, 2003, p. 1421.

⁹⁸ TONINI P., ‘Manuale di procedura penale’, *op.cit.*, p. 513.

indagini»⁹⁹, in ossequio al quale deve essere presente, già in seno alle indagini preliminari, una «competa individuazione dei mezzi di prova, per consentire al pubblico ministero di esercitare le varie opzioni possibili (...) e per indurre l'imputato ad accettare i riti alternativi: ciò che è essenziale ai fini della complessiva funzionalità del sistema, ma presuppone, appunto, una qualche solidità del quadro probatorio. Dall'altro lato, il dovere di completezza funge da argine contro eventuali prassi di esercizio "apparente" dell'azione penale, che, avviando la verifica giurisdizionale sulla base di indagini troppo superficiali, lacunose o monche, si risolverebbero in un ingiustificato aggravio del carico dibattimentale»¹⁰⁰. Questa decisione ha fatto sì che venisse distrutta «l'iniziale permeabilità del dibattimento alle acquisizioni provenienti dalle indagini»¹⁰¹, portando sia alla trasformazione dell'indagine preliminare in una gigantesca istruzione sommaria (quindi similmente al precedente codice Rocco), sia all'affermazione del principio di "non dispersione della prova", in virtù del quale il materiale probatorio emerso nel corso delle indagini preliminari non poteva essere disperso nell'accesso al dibattimento.

Dopo questa prima spaccatura della Consulta, che sostanzialmente si sostituisce al legislatore nello scegliere la struttura del rito penale, si arriva ad un trittico di sentenze, passate tristemente alla storia come quello della "svolta inquisitoria", che ha determinato un vero e proprio «declino del processo accusatorio»¹⁰².

Riassumendo brevemente il contenuto delle tre sentenze¹⁰³, si ricordi in particolare la declaratoria d'illegittimità costituzionale dell'articolo 500 c.p.p., nella parte in cui esso non permetteva di utilizzare le dichiarazioni rese nelle indagini preliminari per le contestazioni dibattimentali al fine di valutare la credibilità del teste, giacché sulla base dell'art. 3 della Costituzione «se il fine del processo penale è la ricerca della verità, non può prescindere dal materiale raccolto prima del dibattimento, il quale rappresenta un patrimonio conoscitivo ineludibile»¹⁰⁴. Questa è senza dubbio la dichiarazione peggiore che la Consulta potesse fare: anni di progetti preliminari, accordi politici, commissioni parlamentari per la stesura di un codice finalmente accusatorio e poi l'affermazione che il fine ultimo del processo penale non

⁹⁹ PALMA A.U., "L'obbligo di esercizio dell'azione penale, carico giudiziario ed efficientamento di sistema: una prospettiva rispettosa del vincolo costituzionale", in *Archivio penale*, I,1, 2021, p. 7.

¹⁰⁰ Corte Cost. 28 gennaio 1991, n. 88, www.cortecostituzionale.it.

¹⁰¹ SIRACUSANO F., "La completezza delle indagini nel processo penale", I ed., Torino, Giappichelli, 2005, p. 70.

¹⁰² Cfr. FERRUA P., "La sentenza costituzionale 255 del 1992: declino del processo accusatorio", in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, III, 2, 1992.

¹⁰³ Corte Cost. 31 gennaio 1992, n. 24, Corte Cost. 3 giugno 1992, n. 254 e Corte Cost. 3 giugno 1992, n. 255, consultabili in www.giuricost.org.

¹⁰⁴ Corte Cost. n. 255/92, *cit.*

sia quello di ricostruire una verità processuale, ma di ricercare la verità assoluta, come nei riti inquisitori del XIX Secolo.

La seconda¹⁰⁵ ha per oggetto l'art. 195, che - sostanzialmente per lo stesso ordine di ragioni della sentenza precedente - viene tacciato d'illegittimità per contrarietà all'art. 3 Cost., ritenendo che la norma introducesse una disparità tra la polizia giudiziaria e i semplici testimoni.

La sentenza più importante ai fini dell'analisi della disciplina dello *ius tacendi* rimane però quella n. 254 del 1992, che ha avuto per oggetto il giudizio di legittimità costituzionale del secondo comma dell'art. 513 c.p.p.

La Consulta, sulla base del già menzionato principio della "non dispersione degli elementi di prova raccolti nelle indagini preliminari", ha dichiarato l'illegittimità della norma «nella parte in cui non prevede che il giudice, sentite le parti, dispone la lettura dei verbali delle dichiarazioni di cui al primo comma del medesimo articolo rese dalle persone indicate nell'art. 210, qualora queste si avvalgano della facoltà di non rispondere»¹⁰⁶.

Questa interpretazione offre il fianco ad una pluralità di critiche: a) Va sostanzialmente a riservare un trattamento identico per situazioni tra loro eterogenee, uniformando il trattamento tra l'imputato in procedimento connesso e del coimputato in processo cumulativo; b) «Svilendo la portata del diritto al silenzio delle persone indicate nell'art. 210 c.p.p., in quanto le dichiarazioni lette potevano rifluire nel processo a loro carico»¹⁰⁷; c) Ignorando l'art. 24 secondo comma della Costituzione, dal momento che «il difensore dell'imputato contro cui si procedeva non vedeva riconosciuto alcun diritto a contro esaminare il dichiarante al cui interrogatorio non aveva potuto assistere»¹⁰⁸.

In principio il legislatore aveva deciso di seguire - attraverso la legislazione c.d. emergenziale - la linea tracciata dalla Consulta, attraverso il già citato d.l. 306/1992, rubricato come "Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa", per poi tuttavia distaccarsene nel 1997, con l'emanazione della legge 7 agosto 1997, n. 267, con la quale s'intendeva governare «il bilanciamento tra il diritto al silenzio dell'imputato e l'interesse processuale al recupero del patrimonio delle conoscenze dello stesso»¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Corte Cost. n. 24/92, *cit.*

¹⁰⁶ Corte Cost., n. 254/92, *cit.*

¹⁰⁷ PATANÈ V., "Il diritto al silenzio dell'imputato", *op.cit.*, p. 53

¹⁰⁸ STAZIONE G., "Autoincriminazione e diritto al silenzio. Le esperienze italiana, francese e inglese", *op. cit.*, p. 84.

¹⁰⁹ BELLUTA H., GIALUZ M., LUPARIA L., "Codice sistematico di procedura penale", *op.cit.*, p. 575.

Il primo comma dell'art. 513 veniva quindi modificato in modo tale da permettere che fosse effettuata la lettura delle dichiarazioni dell'imputato assente, contumace o che si fosse rifiutato di sottoporsi ad esame, ma sancendo che "tali dichiarazioni non possono essere utilizzate nei confronti di altri senza il loro consenso", rimettendo al solo coimputato la facoltà di utilizzare o meno le dichiarazioni.

Il secondo comma invece vedeva da un lato - per gli imputati in procedimenti connessi o collegati - il potenziamento degli strumenti per lo svogliato dell'esame dibattimentale in sede eccezionale, e dall'altro - in caso di impossibilità nel procedere all'esame - la possibilità di applicare "l'art. 512 c.p.p., qualora l'impossibilità sopravvenuta fosse dovuta a fatti o circostanze imprevedibili al momento delle dichiarazioni".

Se invece il dichiarante decideva di avvalersi della facoltà di non rispondere, "il giudice dispone la lettura dei verbali contenenti le suddette dichiarazioni soltanto con l'accordo delle parti", cioè solo a seguito di un accordo tra accusato e dichiarante.

Può quindi sembrare che, dopo un iniziale strappo della Consulta, si sia trovato, a livello codicistico, un accordo tra quest'ultima ed il legislatore; tuttavia, è indubbio il fatto che si fosse in presenza di un equilibrio altamente instabile.

6. Il giusto processo: la riforma dell'art. 111 della Costituzione

Il rapporto tra legislatore e Consulta tuttavia si aggrava con il pronunciarsi da parte di quest'ultima della sentenza n. 361 del 1998¹¹⁰, con la quale la Corte «indulge alla tendenza revisionista dei principi del codice»¹¹¹.

La sentenza ha per oggetto un giudizio di legittimità costituzionale su tre diverse disposizioni del codice di procedura penale: «a) L'art. 513, comma 2, ultimo periodo del codice di procedura penale nella parte in cui non prevede che, qualora il dichiarante rifiuti o comunque ometta in tutto o in parte di rispondere su fatti concernenti la responsabilità di altri già oggetto delle sue precedenti dichiarazioni, in mancanza dell'accordo delle parti alla lettura si applica l'art. 500, commi 2-bis e 4, del codice di procedura penale; b) L'art. 210 del codice di procedura penale nella parte in cui non ne è prevista l'applicazione anche all'esame dell'imputato nel medesimo procedimento su fatti concernenti la responsabilità di altri, già oggetto delle sue precedenti dichiarazioni rese all'autorità giudiziaria o alla polizia giudiziaria su delega del pubblico ministero; c) L'art. 238, comma 4, del codice di procedura penale nella

¹¹⁰ Corte Cost., sentenza 2 novembre 1998, n. 361, www.giuricost.org.

¹¹¹ GALANTINI N., "Giusto processo e garanzia costituzionale del contraddittorio nella formazione della prova", in *Diritto Penale Contemporaneo*, 1, I, 2010, p. 2.

parte in cui non prevede che, qualora in dibattimento la persona esaminata a norma dell'art. 210 del codice di procedura penale rifiuti o comunque ometta in tutto o in parte di rispondere su fatti concernenti la responsabilità di altri già oggetto delle sue precedenti dichiarazioni, in mancanza di consenso dell'imputato alla utilizzazione si applica l'art. 500, commi 2-bis e 4, del codice di procedura penale»¹¹².

Il *fil rouge* che lega le tre disposizioni (considerando anche l'elevatissimo numero di ordinanze di rimessione alla Corte, per le quali si rimanda al testo della sentenza) riposa in un «unico quesito di fondo, pressoché integralmente focalizzato sulla posizione dell'imputato che, dopo aver reso in fase preliminare le dichiarazioni indizianti di cui all'art. 513 comma 1 c.p.p., concernenti anche l'altrui responsabilità, si fosse poi avvalso del diritto al silenzio in sede dibattimentale, rifiutando la sottoproduzione all'esame o esercitando la *recusatio respondendi*, col risultato di determinare l'inutilizzabilità *contra alios* delle predette dichiarazioni»¹¹³.

La Corte, facendo nuovamente riferimento a quel parametro di legittimità che corrisponde alla "ragionevolezza" delle disposizioni, vuole sottolineare l'evidenza che sia manifestamente irragionevole un impianto normativo che determini l'inutilizzabilità delle dichiarazioni sul fatto altrui sulla base di una scelta rimessa interamente alla discrezionalità del dichiarante.

Con detta pronuncia la Consulta va quindi a compiere «un'ardita assimilazione della figura dell'imputato dichiarante *erga alios* con quella del testimone»¹¹⁴, non spingendosi tuttavia a riconoscere nei confronti dell'imputato la sussistenza di un obbligo di verità.

Il ragionamento del Giudice delle leggi si fonda su di una nuova concezione del diritto alla difesa, non più considerato - come nella giurisprudenza precedente - come un principio da rapportare con il canone dell'efficienza processuale, ma concepito invece come un portatore del corollario della necessità di «sottoporre al vaglio del contraddittorio le dichiarazioni che riguardano un altro soggetto (...) così da garantire l'osservanza del metodo dialettico di formazione della prova davanti al giudice chiamato a decidere»¹¹⁵.

In realtà, se si effettua un ragionamento che va oltre le etichette, si può facilmente riconoscere il fatto che la Corte abbia utilizzato il principio del contraddittorio solamente come un *escamotage*, permettendo la modifica della disciplina nel senso di «costruire un contraddittorio fittizio, perché l'accusato non poteva costringere l'imputato accusatore a

¹¹² Corte Cost., n. 238 1998, *cit.*

¹¹³ PATANÈ V., "Il diritto al silenzio dell'imputato", *op.cit.*, p. 53

¹¹⁴ STAZIONE G., "Autoincriminazione e diritto al silenzio. Le esperienze italiana, francese e inglese", *op. cit.*, p. 88.

¹¹⁵ Corte Cost., n. 238 1998, *cit.*

rendere dichiarazioni»¹¹⁶; cioè interpretando il contraddittorio in senso restrittivo, non come elemento necessario per la formazione della prova, ma come mera «critica alla prova già formatasi»¹¹⁷, ritornando quindi al canone tipico del processo inquisitorio, cioè quello del contraddittorio sulla prova.

Gli elementi più critici della decisione in esame riposano in due differenti ordini di ragioni: il primo ha valenza generale, cioè il fatto che la Consulta, che rappresenta il potere giudiziario e che non ha legittimazione democratica, sia andata a modificare un principio sancito dal legislatore delegato, che invece è il miglior esempio di tale legittimazione, scalfendo il canone secolare della ‘separazione dei poteri’; il secondo ha valenza particolare, nel senso che si è rinnegato un fondamentale principio accusatorio (cioè quello del contraddittorio per la formazione della prova), in favore di un principio sostanzialmente inquisitorio, cioè quello di applicare il contraddittorio ad una prova già formatasi.

Molti commentatori¹¹⁸ ed operatori¹¹⁹ hanno ritenuto la pronuncia della Corte Costituzionale come ‘eccessiva’, dal momento che, a differenza del sopracitato trittico, è andata non a dichiarare l’illegittimità costituzionale di alcune norme del codice di procedura, ma a scalfire una riforma approvata con larga maggioranza, come quella della l. 267 del 1997, e facendolo in termini estremamente rudi. La Consulta infatti, senza mezzi termini, si spinge ad affermare che «la legge n. 267 del 1997 delinea un sistema privo di razionale ragionevole giustificazione»¹²⁰, quando invece questa era stata incentrata totalmente sul contraddittorio ‘nella formazione della prova’.

Se infatti da un lato la pronuncia è da considerarsi coerente rispetto al principio della ‘non dispersione delle prove’, dall’altro essa appare totalmente contraria a due canoni fondamentali su cui si fonda l’intero codice Vassalli: il principio dell’oralità e quello dell’immediatezza.

La sentenza del 1998 deve quindi essere considerata come la ‘naturale prosecuzione’ della svolta già avvenuta nel 1992, che solo il legislatore aveva il potere di fermare.

Facendo ancora riferimento al suddetto atteggiamento della Corte, e alla successiva risposta del legislatore, è sufficiente prendere in considerazione un dato temporale: la pronuncia viene depositata il 2 novembre del 1998, tra il 4 novembre e il 2 dicembre dello stesso anno

¹¹⁶ TONINI P., ‘Manuale di procedura penale’, *op.cit.*, p. 40.

¹¹⁷ TONINI P., ‘Manuale di procedura penale’, *op.cit.*, p. 40.

¹¹⁸ Cfr., *ex multis* TONINI P., ‘Manuale di procedura penale’, *op.cit.*

¹¹⁹ I penalisti italiani hanno lamentato la lesione del contraddittorio, chiedendo il ripristino della normativa del 1997. La protesta ha portato ad una forte astensione dalle udienze.

¹²⁰ Corte Cost., n. 238 1998, *cit.*

vengono presentate in Parlamento ben 10 proposte di legge costituzionale¹²¹, tutte incentrate sulla volontà di sancire la centralità del contraddittorio e di rinnovare quella del diritto alla difesa.

A distanza di poco più di un anno la riforma viene alla luce con la legge costituzionale del 23 novembre 1999, n. 2, rubricata come ‘‘Inserimento dei principi del giusto processo nell’art. 111 della Costituzione’’.

È chiaro il fatto che il legislatore, grazie al potere vincolante della disposizione costituzionale, abbia voluto ristabilire il proprio primato nei confronti del potere giudiziario nell’ambito dell’individuazione, della scelta e (soprattutto) della promulgazione dei principi processuali, realizzando «una sorta di *incorporation* rafforzativa di garanzie già codificate nel 1989 e poi ripudiate dalla svolta involutiva dei primi anni novanta, per accrescerne il grado di resistenza e renderle insensibili alle tentazioni di future revisioni legislative o giurisprudenziali»¹²².

La menzionata *voluntas* del legislatore di opporsi al comportamento della Consulta è riscontrabile anche e soprattutto dal fatto che la legge costituzionale sia stata approvata da una larga maggioranza parlamentare, superiore ai due terzi delle Camere, cosa che le ha permesso di entrare in vigore senza essere sottoposta a *referendum*.

Prima di addentrarsi approfonditamente nel testo della riforma è necessario sottolineare un difetto inevitabile che la stessa ha dovuto fisiologicamente incontrare: la celerità con la quale è stata approvata ha certamente determinato delle lacune e delle inesattezze, sia di carattere meramente lessicale, che - ovviamente - di carattere giuridico, che verranno puntualmente sottolineate commentando il nuovo disposto dell’art. 111 Cost.

La menzionata legge cost. n. 2 del 1999 dispone all’art. 1: ‘‘La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge.

Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata.

Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono

¹²¹ Per il Senato si vedano i disegni di legge costituzionale n° 3619 (Pera ed altri), n° 3623 (Follieri ed altri), n° 3630 (Pettinato ed altri), n° 3638 (Salvato ed altri), n° 3665 (Salvi ed altri) e per la Camera le proposte di legge costituzionale n° 5359 (Pecorella ed altri), n° 5370 (Saraceni ed altri), n° 5377 (Pisapia), n° 5443 (Soda), n° 5475 (Pecorella).

¹²² AMODIO E., ‘‘Giusto processo, procès équitable e fair trial: la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa’’, I ed., Milano, Cedam, 2003, p. 141.

dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo.

Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore.

La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita”.

A livello sistematico quindi sono stati aggiunti i commi primo, secondo, terzo, quarto, quinto e sesto, mentre gli originari primi due commi sono stati traslati al settimo e ottavo.

Il primo comma contiene una disposizione “manifesto”, che nasce proprio in risposta all’atteggiamento della Corte Costituzionale, minando o quantomeno limitando la possibilità che possa ripetersi quanto accaduto nel 1998, attraverso la statuizione di una riserva di legge, per cui il solo legislatore ha il potere di regolare normativamente i principi che regolano il processo.

Oltre ciò, sempre nel primo comma, viene riportata la nozione di “giusto processo”, valevole per tutti i tipi di processo (sia esso penale, civile, tributario...).

Una prima critica al legislatore costituzionale può essere fatta nel senso di non aver chiarito sufficientemente tale nozione, lasciando amplissimo spazio agli interpreti.

Alcuni - i sostenitori della tesi c.d. “massimalista” - ritengono che la nozione corrisponda ad «un concetto ideale di Giustizia, che preesiste rispetto alla legge e che è direttamente collegato a quei diritti inviolabili di tutte le persone coinvolte nel processo, che lo Stato, in base all’art. 2 Cost., s’impegna a riconoscere»¹²³, altri invece - i sostenitori della tesi c.d. “minimalista” - l’hanno declassata come «folklore delle istituzioni e sarà presto dimenticata. Può interessare a breve termine il commentatore politico o lo studioso dei costumi, interessati a comprendere i motivi profondi di un’evoluzione politico-culturale e normativa indirizzata a

¹²³ TONINI P., “Manuale di procedura penale”, *op.cit.*, p. 42.

rendere sempre più difficile l'attuazione del dovere statale di punire in certi settori della criminalità. Non può interessare il giurista positivo»¹²⁴.

Tra una concezione che alla formula del "giusto processo" riconosce il ruolo di stella polare che l'ordinamento processuale deve seguire, ed una che invece la considera "folkloristica", è bene seguire un'*aurea mediocritas*, concependola da un lato come un parametro costituzionale da seguire, avente «una funzione centrale nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale, trattandosi di disposizione dalle indubbe potenzialità espansive»¹²⁵, dall'altro come un concetto che non è comunque idoneo ad avere un'immediata applicazione pratica.

Il secondo comma si occupa invece di enunciare una serie di principi che hanno portata "pan-processuale", cioè che risultano applicabili a tutti i tipi di processo.

Il primo di questi ha per oggetto il contraddittorio "in senso debole", cioè il fatto che ogni provvedimento giurisdizionale debba essere emanato *audita altera parte*, quindi garantendo un confronto alla pari tra le parti. Tuttavia «la parità delle parti non impone necessariamente di moltiplicare artificiosamente le condizioni dell'instaurazione del contraddittorio»; ciò significa che nell'ordinamento possono essere presenti legittimamente dei provvedimenti emanati *inaudita altera parte*, ma in questi casi il contraddittorio deve essere sempre garantito *ex post*, si pensi al caso dell'opposizione al decreto ingiuntivo.

Un primo errore tecnico, probabilmente dovuto alla celerità dell'intervento legislativo, sta nell'inciso "processo", che è da intendersi «in senso atecnico, pertanto nell'ambito del processo penale, anche nella fase delle indagini preliminari è prospettabile il perseguimento della parità delle parti»¹²⁶.

Questo principio, *more solito*, deve fare i conti con la struttura stessa del processo, quindi è bene richiamare in questa sede un intervento della Corte Costituzionale, tramite il quale si è chiarito che: «la ragionevolezza impone una qualche asimmetria tra le parti quando questa è dovuta alla funzione istituzionale del pubblico ministero e alle garanzie di una corretta amministrazione della giustizia»¹²⁷. L'intervento della Corte è stato aspramente criticato, dal momento che ha trattato il principio della parità come un «mito»¹²⁸, che ha determinato il concepimento di un «rapporto falsato tra pubblico ministero e imputato»¹²⁹.

¹²⁴ CHIARLONI S., "Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile", in *www.QuestioneGiustizia.it*, 2000, p. 7.

¹²⁵ VIGNERA G., "La garanzia costituzionale del giusto processo", in *www.IICaso.it*, 2010, documento n. 209, p. 7.

¹²⁶ CONTI C., "Giusto processo", in *Enc. Dir. App.*, volume V, Milano, Giuffrè, 2001, p. 630.

¹²⁷ Corte Cost., sentenza 6 febbraio 2007, n. 26, *www.giuricost.it*.

¹²⁸ Cfr. BELZU M., "Pubblico ministero e imputato: la parità e il suo mito", nota a sentenza Corte Cost. 6 febbraio 2007, n. 26, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 2007.

¹²⁹ BELZU M., "Pubblico ministero e imputato: la parità e il suo mito", *op.cit.*, p. 3.

Lo stesso comma secondo prosegue stabilendo che “ogni processo (...) deve svolgersi davanti ad un giudice terzo ed imparziale”.

Rispetto all'affermazione del principio di terzietà ed imparzialità la dottrina si è divisa, stando agli antipodi tra chi ha ritenuto l'intervento ripetitivo¹³⁰, perché sinonimico, e chi invece sostiene che «non sia sovrabbondante, (...) l'imparzialità infatti concerne la funzione esercitata nel processo ed impone che non vi siano legami tra il giudice e le parti. La terzietà invece concerne lo *status* del giudice, ossia il piano ordinamentale»¹³¹. È palese che la terzietà concepita secondo quest'ultima accezione si leghi indissolubilmente con il principio del contraddittorio; se il giudice è ordinamentalmente terzo, allora sarà la figura ideale dinnanzi alla quale attuare a pieno il contraddittorio.

L'ultimo principio enunciato nel secondo comma è quello della “ragionevole durata”, ripreso - anche se la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo la intende come un diritto soggettivo, mentre la Costituzione la pone come un parametro per il legislatore - dall'art. 6 CEDU.

Questa disposizione ha ovviamente determinato un gravoso impegno per il legislatore, che spesso è rimasto inattuato, determinando numerose condanne per il nostro ordinamento da parte della Corte di Strasburgo. Un cambiamento è stato segnato dall'emanazione della “legge Pinto” - cioè la l. 89 del 2006 - che tuttavia è apparsa inidonea ad essere applicata ad “ogni processo”¹³², come invece vorrebbe la Costituzione.

Ciò che più interessa riguardo allo *ius tacendi* è però contenuto nei nuovi commi 3 e 4 dell'articolo 111. Essi infatti riguardano esclusivamente il processo penale.

Il terzo comma è indubbiamente ispirato all'art. 6, comma 3, lettera d) della CEDU, il quale dispone che: “ogni accusato ha diritto di (...) esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico”.

È però anzitutto necessario evidenziare come in questa disposizione siano presenti due imprecisioni dovute alla frettevolezza del legislatore costituzionale, il quale ha fatto riferimento ad un termine della prassi giuridica, ma non corretto dal punto di vista lessicale, cioè “accusato”, e quello di “processo”. Per il termine “accusato” va applicata un'interpretazione estensiva, cioè che permetta l'estensione delle garanzie enunciate sia alla

¹³⁰ Cfr. TAORMINA S., “Riforme da riformare”, in *Giust. Pen.*, 2000, 1, II.

¹³¹ TONINI P., “Manuale di procedura penale”, *op.cit.*, p. 42

¹³² Per i problematici rapporti tra legge Pinto e processo tributario si veda URACCHIO A.F., “Principi del giusto processo ed applicabilità della legge Pinto nei giudizi tributari”, consultabile in www.giustiziatributaria.it.

persona sottoposta alle indagini sia all'imputato, lo stesso tipo d'interpretazione va poi applicata per il termine "processo", che si deve intendere come ricomprendete anche la parte del procedimento penale, quindi delle indagini preliminari.

Al di là delle questioni lessicali è comunque opportuno considerare il contenuto del terzo comma quale catalogo dei diritti dell'indagato e dell'imputato in tutto il corso del procedimento penale.

Il primo diritto enunciato riguarda la persona sottoposta alle indagini, la quale deve essere "informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa nel più breve tempo possibile". Tale disposizione è indubbiamente un tentativo del legislatore di bilanciare il diritto alla difesa (art. 24 comma 2 Cost.) e l'esigenza di segretezza delle indagini, che riesce bene a rapportarsi con la c.d. *law in action*, dal momento che l'espressione "nel più breve tempo possibile" «non significa immediatamente, bensì non appena l'avviso all'indagato è compatibile con l'esigenza di genuinità e di efficacia delle indagini»¹³³. Merita menzione una differenza terminologica tra la Costituzione e la CEDU, dal momento che mentre la prima, rispetto al *modus* di comunicazione dell'informazione per l'accusato, utilizza l'avverbio "riservatamente", la seconda invece sceglie "dettagliatamente"; la *ratio* di questa distinzione riposa in una ragione storica, cioè nella volontà del legislatore di discostarsi dalla prassi tipica del periodo dello scandalo di "mani pulite", in cui le persone sottoposte alle indagini scoprivano la loro condizione non attraverso le forme previste dal codice di rito, ma attraverso la stampa¹³⁴.

La norma prosegue con il riconoscimento in campo all'imputato (e alla persona sottoposta a indagini) del diritto di disporre "del tempo e delle condizioni necessarie per preparare la sua difesa".

Il periodo più importante è tuttavia contenuto nella parte del terzo comma in cui viene sancito che: "L'imputato ha diritto (...) davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore".

«Si tratta del riconoscimento costituzionalmente espresso di confrontarsi con il proprio accusatore»¹³⁵ e del diritto alla prova contraria.

¹³³ CONTI C., "Giusto processo", *op.cit.*, p. 632.

¹³⁴ Per approfondire, si veda "Mani pulite: che cosa è stata e che cosa ci ha lasciato", consultabile in www.filodiritto.it

¹³⁵ CONTI C., "Giusto processo", *op.cit.*, p. 632.

La loro importanza riposa nel fatto che questi fossero sì dei corollari del diritto alla difesa, ma che, in quanto tali, non potessero avere sempre tutela piena, cosa che invece accade con l'espressa previsione costituzionale.

Proseguendo l'esegesi dell'articolo 111 Cost., è indubbiamente necessario soffermarsi sul disposto del quarto comma, all'interno del quale riposa il principio del contraddittorio "in senso forte", cioè il contraddittorio sulla formazione della prova.

Esso dispone che: "Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova", «un'espressione lapidaria ma completa nella sua semplicità, che consacra il contraddittorio come metodo di conoscenza».¹³⁶ Tuttavia, per comprenderne totalmente la portata, è bene analizzarlo in parallelo con il terzo comma, nella parte in cui sancisce il diritto a confrontarsi con il proprio accusatore.

Le due ipotesi summenzionate sono infatti espressione del principio del contraddittorio; ma una differenza - non di poco conto - deriva dal fatto che la prima rappresenta un caso di contraddittorio in "senso oggettivo", dal momento che «dà una prescrizione di tipo oggettivo, con una norma a tutela del processo penale»¹³⁷, mentre la seconda rappresenta un caso di contraddittorio in "senso soggettivo", dal momento che «dà una prescrizione di tipo soggettivo, con una norma a tutela dell'imputato»¹³⁸.

Della parte dell'art. 111 Cost. che interessa analizzare in questa sede resta il quinto comma, il quale «soffre»¹³⁹ di una serie di eccezioni al contraddittorio "in senso forte", perché deve essere bilanciato con le esigenze fisiologiche del processo penale.

Vi sono infatti tre ipotesi d'eccezione: a) Quella del c.d. "contraddittorio inutile", cioè quello in cui vi "è consenso dell'imputato"; b) Quella del c.d. "contraddittorio impossibile", cioè quello in cui vi è "un'impossibilità di natura oggettiva"; c) Quella del c.d. "contraddittorio inquinato", cioè quello in cui vi sia "provata condotta illecita" di uno dei dichiaranti.

7. La legge 1° marzo 2001, n. 63: una "nuova" attuazione della Costituzione

Al momento dell'emanazione della legge costituzionale n. 2 del 1999 va quindi - come si è potuto evidenziare - a delinearsi un nuovo quadro di principi riguardanti il processo penale, cui il legislatore ordinario è stato chiamato a dare attuazione.

La nuova disciplina, che non può certamente lasciare da parte lo *ius tacendi*, deve essere idonea ad assicurare un *iter* «formativo della prova in linea con gli *standards* imposti dal

¹³⁶ TONINI P., "Manuale di procedura penale", *op.cit.*, p. 47.

¹³⁷ CONTI C., "Giusto processo", *op.cit.*, p. 633.

¹³⁸ CONTI C., "Giusto processo", *op.cit.*, p. 633.

¹³⁹ TONINI P., "Manuale di procedura penale", *op.cit.*, p. 46.

nuovo quadro di riferimento costituzionale, rispetto a tutti i soggetti depositari del sapere probatorio; riducendo al minimo le ipotesi in cui questi potessero sottrarsi legittimamente al confronto dialettico con le parti interessate»¹⁴⁰.

La disciplina costruita nel 1988, che prevedeva una tutela ferrea del diritto al silenzio, anche oltre le ipotesi di autoincriminazione, non era più idonea a soddisfare i nuovi parametri costituzionali sul contraddittorio, per cui la riforma era cosa più che necessaria.

La *ratio essendi* della legge 1° marzo 2001, n. 63 si fonda infatti sull'attuazione di tre "nuovi" parametri costituzionali: a) Riconoscere la valenza del diritto alla difesa del soggetto chiamato a confrontarsi con l'accusatore, al quale doveva essere permesso «difendersi controesaminando»¹⁴¹; b) Un ridimensionamento dell'alveo dello *ius tacendi*, in modo tale che potesse essere attuato a pieno il contraddittorio; c) La necessità di bilanciare l'efficienza processuale con il diritto di difesa, eliminando il primato della Corte Costituzionale, che nel 1998 aveva operato come «superlegislatore, dettando nuove regole che tradivano il disegno del codice delineato nel 1988»¹⁴².

A distanza di due anni dalla modifica alla Costituzione, e dopo un travagliato *iter* legislativo¹⁴³, viene alla luce la legge 1° marzo 2001, n. 63 recante "Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale in materia di formazione e valutazione della prova in attuazione della legge costituzionale di riforma dell'art. 111 della Costituzione".

Tale legge vuole rappresentare un secondo atto del "primato del legislatore" sulla Corte Costituzionale, dal momento che questa è l'ultima tappa necessaria per negare con forza quanto fatto dalla Consulta nel 1992 e nel 1998.

Quello che è certo - e anche raro negli ultimi vent'anni - è che la riforma è tra quelle che più si sono avvicinate alla completezza, costituendo un vero e proprio «statuto del diritto al silenzio»¹⁴⁴ e disciplinando ogni aspetto del regime probatorio: dalla formazione della prova, ridisegnandone le modalità di acquisizione, all'utilizzabilità, formulando disposizioni *ad hoc* di esclusione, alla valutazione, fissando dei parametri di giudizio e infine all'elencazione tassativa delle eccezioni.

¹⁴⁰ PATANÈ V., "Diritto al silenzio dell'imputato", *op.cit.*, p. 146.

¹⁴¹ AMODIO E., "Giusto processo, diritto al silenzio e obblighi di verità dell'imputato sul fatto altrui", in *Cass. Pen.*, 3, II, 2001, p. 3589.

¹⁴² STAZIONE G., "Autoincriminazione e diritto al silenzio. Le esperienze italiana, francese e inglese", *op. cit.*, p. 91.

¹⁴³ Un primo disegno di legge fu approvato in Senato l'11 novembre 1999, n. 1502, che, nonostante i contenuti largamente condivisi, e l'approvazione all'unanimità dalla Commissione Giustizia del Senato, non venne ratificato dall'omologa Commissione alla Camera. A seguito di diversi emendamenti e di un lungo dibattito parlamentare si riuscì ad approvare l'iniziale disegno di legge n. 1502, che però era profondamente rielaborato.

¹⁴⁴ Così intitolato il cap. II dell'opera di PATANÈ V., "Diritto al silenzio dell'imputato", *op.cit.*

Prima di osservare le modifiche al codice di procedura penale, è bene però tenere a mente il fatto che, anche se da un lato il legislatore ha dovuto in qualche modo limitare lo spazio d'applicazione dello *ius tacendi*, dall'altro ha scelto di «sopportare la dispersione delle prove, quando ciò si renda necessario per assicurare la tutela delle garanzie difensive nella formazione della prova»¹⁴⁵.

L'art. 1 della legge 63 del 2001 dispone al primo comma che: "All'art. 12, comma 1, lettera c) del codice di procedura penale, le parole da: "o in occasione" fino alla fine sono soppresse".

Le *rationes* alla base di questa modifica sono due: da un lato vengono ridotte le ipotesi di connessione (e le eventuali e conseguenti ipotesi di processo cumulativo), trasportando quelle soppresse nell'ambito di applicazione dell'art. 371 comma 2 lettera b) c.p.p., legittimando quindi il solo collegamento investigativo tra gli uffici delle procure, dall'altro modificando le ipotesi d'incompatibilità a testimoniare.

Se infatti si riducono le ipotesi in cui sono presenti più imputati all'interno di un procedimento connesso, sono minori i casi in cui l'imputato stesso potrà scegliere di appellarsi al diritto al silenzio a fronte di dichiarazioni *erga alios*.

A questa previsione si lega l'art. 6 della stessa legge, il quale ha introdotto l'art. 197 *bis* c.p.p., che è andato a delineare la figura del c.d. "testimone assistito", cioè quel soggetto che è imputato in procedimento connesso o collegato, ma solo se ha reso dichiarazioni su fatto altrui.

Ciò che differenzia il testimone assistito dall'ordinario testimone è certamente la garanzia dell'assistenza del difensore (terzo comma), il fatto che "non può essere obbligato a deporre sui fatti per i quali è stata pronunciata in giudizio condanna nei suoi confronti, se nel procedimento aveva negato la propria responsabilità ovvero non aveva reso alcuna dichiarazione". Inoltre, il quinto comma prevede la sanzione processuale dell'inutilizzabilità delle dichiarazioni qualora il soggetto le abbia rese *contra se*, quindi mantenendo fermo il diritto al silenzio sulle dichiarazioni auto-indizianti.

L'intervento che però più rende giustizia al principio del *nemo tenetur se detegere* è senza dubbio contenuto nell'art. 2 della legge 63 del 2001, il quale prevede che: "All'articolo 64 c.p.p., il comma terzo è sostituito dai seguenti:

3. Prima che abbia inizio l'interrogatorio, la persona deve essere avvertita che:

¹⁴⁵ PATANÈ V., "Diritto al silenzio dell'imputato", *op.cit.*, p. 146.

- a) le sue dichiarazioni potranno sempre essere utilizzate nei suoi confronti;
- b) salvo quanto disposto dall'articolo 66, comma 1, ha facoltà di non rispondere ad alcuna domanda, ma comunque il procedimento seguirà il suo corso;
- c) se renderà dichiarazioni su fatti che concernono la responsabilità di altri, assumerà, in ordine a tali fatti, l'ufficio di testimone, salve le incompatibilità previste dall'articolo 197 e le garanzie di cui all'articolo 197-bis.

3-bis. L'inosservanza delle disposizioni di cui al comma 3, lettere a) e b), rende inutilizzabili le dichiarazioni rese dalla persona interrogata. In mancanza dell'avvertimento di cui al comma 3, lettera c), le dichiarazioni eventualmente rese dalla persona interrogata su fatti che concernono la responsabilità di altri non sono utilizzabili nei loro confronti e la persona interrogata non potrà assumere, in ordine a detti fatti, l'ufficio di testimone”.

La modifica legislativa punta su due elementi fondamentali: sulla codificazione dei c.d. *Miranda's warnings*¹⁴⁶ e sulla «distinzione, che già precedentemente la dottrina aveva ampiamente evidenziato, tra diritto al silenzio sul fatto proprio e diritto al silenzio sul fatto altrui»¹⁴⁷.

Per di più, grazie alla riforma in esame, l'interrogatorio, che già era nella codificazione del 1988 visto come un mezzo di difesa, permette ora al soggetto interrogato - con l'ausilio del difensore - di agire «per vie distinte e secondo moduli complementari: l'uno in forma diretta, assicurando all'imputato la consapevolezza del proprio diritto al silenzio, l'altro in forma indiretta, offrendo al difensore la possibilità di propiziare, attraverso la sua presenza, le migliori condizioni perché l'imputato possa giovare dell'interrogatorio come mezzo di difesa, anche tacendo»¹⁴⁸.

Passando all'esegesi dell'intervento legislativo, è bene sottolineare il fatto che il legislatore abbia effettuato una scelta lessicale non causale, cioè quella di tradurre il termine *warnings* con quello di “avvertimenti”, i quali sono pronunciati dall'autorità procedente e richiamano l'attenzione dell'interrogato sulle potenziali conseguenze - favorevoli o sfavorevoli - del suo comportamento; sono stati accantonati invece - e giustamente - termini quali “ammonizioni”, che avrebbero potuto assumere la forma della minaccia dell'autorità procedente, ledendo l'autodeterminazione del soggetto, ed “esortazioni”, che invece sono dei semplici inviti all'imputato.

¹⁴⁶ Cfr. Cap. I

¹⁴⁷ STAZIONE G., “Autoincriminazione e diritto al silenzio. Le esperienze italiana, francese e inglese”, *op. cit.*, p. 69.

¹⁴⁸ GREVI V., “*Nemo tenetur se detegere*”, *op.cit.*, p. 334.

Dal momento che sono teleologicamente atte a portare luce nell'annoso rapporto tra autorità procedente ed interrogato, anche al fine di mantenere cristallina l'autodeterminazione di quest'ultimo, le lettere a) e b) del terzo comma dell'art. 64 c.p.p. vanno analizzate congiuntamente.

Nello specifico, il primo avvertimento, «che in maniera non del tutto condivisibile precede quello sul diritto al silenzio»¹⁴⁹, rende consapevole il soggetto interrogato che le affermazioni rese in questa sede potranno essere recuperate e contestategli nel corso del processo, attraverso i noti meccanismi degli artt. 503 e 513 c.p.p.

Il secondo avvertimento invece ha per oggetto l'utilizzo dello *ius tacendi*; l'interrogato potrà infatti, nei limiti già indicati dell'art. 66 c.p.p., decidere di rimanere in silenzio, senza che vi sia il pericolo d'interpretazione negativa del suo comportamento, dal momento che nella struttura del codice si trova espressamente menzionato un divieto al riguardo.

Infatti dal combinato disposto dell'art. 64 c.p.p. e dell'art 274 lett. a) c.p.p., emerge il corollario più importante del riconoscimento del diritto; è infatti quest'ultimo a disporre che: «le situazioni di concreto ed attuale pericolo non possono essere individuate nel rifiuto della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato di rendere dichiarazione né nella mancata ammissione degli addebiti».

Onde manifestare la volontà di riconoscere il diritto al silenzio come elemento fisiologicamente necessario del processo penale, come già emergeva nel codice Romagnosi, il secondo avvertimento chiude con l'affermazione per cui «comunque il procedimento seguirà il suo corso».

Il terzo avvertimento invece rappresenta la codificazione della distinzione tra dichiarazioni *contra se* e quelle *contra alios*; esso infatti informa l'interrogato che «se renderà dichiarazioni sulla responsabilità di altri, assumerà, in ordine a tali fatti, l'ufficio di testimone, salve le incompatibilità previste dall'art. 197 c.p.p. e le garanzie di cui all'art. 197 bis c.p.p.». La *ratio* di tale scelta legislativa riposa nella consapevolezza del Legislatore che «essendo la disposizione riferita a fatti concernenti l'altrui responsabilità, il diritto al silenzio dell'imputato dichiarante sarebbe sprovvisto, in simili ipotesi, di giustificazioni plausibilmente riconducibili alla garanzia del diritto di difesa, e segnatamente, ad un'esigenza di tutela dal rischio d'autoincriminazione»¹⁵⁰.

¹⁴⁹ BELLUTA H., GIALUZ M., LUPARIA L., «Codice sistematico di procedura penale», *op.cit.*, p. 137.

¹⁵⁰ PATANÈ V., «Diritto al silenzio dell'imputato», *op.cit.*, p. 188.

Ecco che il legislatore ordinario riesce, coerentemente con la rubrica della l. 63 del 2001, ad attuare le nuove disposizioni della Costituzione, bilanciando il diritto di difesa con il “nuovo” diritto a confrontarsi con il proprio accusatore, *ex art. 111 comma 4 Cost.*

Davanti ad una dichiarazione indiziante per la responsabilità altrui, il soggetto interrogato potrà assumere dunque due differenti vesti: nel caso in cui sia presente un’ipotesi di c.d. «connessione forte»¹⁵¹, cioè quella delineata dall’art. 12 lett. a) c.p.p. (come modificato dalla stessa l. 63 del 2001), allora assumerà il ruolo di “testimone assistito” *ex art. 197 bis*, ma solo dopo che nei suoi confronti sia stata pronunciata una sentenza definitiva di condanna, proscioglimento o patteggiamento, nel caso in cui invece sia presente un’ipotesi di c.d. «connessione debole»¹⁵², cioè quella disciplinata dall’art. 12 lett. c) c.p.p., l’imputato potrà assumere l’ufficio di testimone anche prima del pronuncia della sentenza definitiva.

Alcuni hanno però criticato il legislatore per la formulazione dell’avvertimento, la quale sembrerebbe una pura e semplice «clausola di stile»¹⁵³, dal momento che potrebbe far intendere che la legge lasci discendere l’assunzione dello *status* di testimone dalla «semplice circostanza, oggettivamente rilevabile, che l’interrogato fornisca, dopo essere stato previamente avvertito de..e conseguenze della sua condotta eloquente, risposte concernenti la responsabilità di altri imputati (...) soluzione singolare, giacca determina il mutamento dello *status* processuale dell’imputato sulla base di un comportamento concludente»¹⁵⁴.

A questo elemento deve poi aggiungersi il fattore - pur sempre problematico - dell’assunzione dello *status* di testimone attraverso un automatismo normativo, che ovviamente è portatore di confusione interpretativa.

Ulteriore merito del Legislatore del 2001 sta nel fatto di aver inserito il comma 3 *bis* all’art. 64 c.p.p., il quale contiene l’elencazione delle conseguenze processuali dell’omesso avvertimento di cui al comma precedente.

Tale scelta va premiata per due differenti ordini di ragioni: il primo riposa nel fatto che il codice Rocco, forte di un silenzio normativo a proposito, permettesse un’interpretazione che tendeva a riconoscere una mera irregolarità nel caso di omesso avvertimento, la seconda sta nel fatto che attraverso la previsione di una chiara sanzione processuale sia stata data effettività e tutela al disposto del terzo comma.

¹⁵¹ BELLUTA H., GIALUZ M., LUPARIA L., “Codice sistematico di procedura penale”, *op.cit.*, p. 137.

¹⁵² BELLUTA H., GIALUZ M., LUPARIA L., “Codice sistematico di procedura penale”, *op.cit.*, p. 137.

¹⁵³ PATANÈ V., “Diritto al silenzio dell’imputato”, *op.cit.*, p. 188.

¹⁵⁴ PATANÈ V., “Diritto al silenzio dell’imputato”, *op.cit.*, p. 189.

La sanzione processuale prevista dal comma 3 *bis* è quella dell'inutilizzabilità; per cui le dichiarazioni rese dal soggetto interrogato che non sia stato avvisato della possibilità di vedersi contestate le stesse in un momento processuale successivo e di quella di avvalersi del diritto al silenzio non potranno essere utilizzate e non potranno essere oggetto di convincimento ai fini della decisione da parte del giudice.

Nel caso in cui invece l'interrogato non sia avvertito circa la conseguenza di dichiarazioni sul fatto altrui, queste saranno viziate sì da inutilizzabilità, ma relativa, e comunque l'imputato non potrà assumere lo *status* di testimone fino a quando la sentenza che lo riguarda non abbia natura irrevocabile.

In conclusione quindi, per quanto siano presenti alcuni elementi problematici, va riconosciuto al legislatore il merito di aver introdotto un apparato normativo coerente sia internamente sia con il restante impianto ordinamentale.

8. Le fonti internazionali ed eurounitarie

Le fonti di diritto internazionale ed europeo sono state lasciate ad un momento successivo della trattazione sia per una ragione di carattere sistematico sia perché, pur essendoci stati chiari riferimenti ad esse nella legislazione nazionale, come si può facilmente evincere anche nell'art. 2 della legge delega n. 81 del 1987, nella parte in cui prevede che "per la redazione del codice (...) il Parlamento ha vincolato il Governo ad adeguarsi (...) alle norme delle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia e relative ai diritti della persona e al processo penale", «per molti anni è rimasta aperta la questione, di carattere generale, della collocazione che deve essere attribuita al diritto internazionale pattizio nel sistema delle fonti»¹⁵⁵.

La questione è stata infatti risolta solamente nel 2007, per merito delle celeberrime "sentenze gemelle" della Corte Costituzionale¹⁵⁶, con le quali la Consulta ha solidamente affermato «la prevalenza del sistema della Convenzione rispetto alla legislazione interna incompatibile (...) avallando la tendenza manifestata dalla stessa Corte Costituzionale a conservare in larga parte la propria competenza a giudicare la conformità delle norme della Convenzione con l'intera Costituzione»¹⁵⁷.

¹⁵⁵ TONINI P., "Manuale di procedura penale", *op.cit.*, p. 54.

¹⁵⁶ Precisamente, Corte Cost., sentenze n. 348-349 del 24 ottobre 2007, entrambe consultabili in www.giuricost.org

¹⁵⁷ DE FAZIO R.S., "Alcune osservazioni sull'orientamento delle Corti nel decennale delle sentenze gemelle", in *Osservatorio sulle fonti*, 1, I, 2018, p. 3.

Atteso che quindi solo a partire dal terzo Millennio si è potuto ragionare a pieno sulle fonti sovranazionali, ora è possibile analizzare le differenti fonti pattizie sopraggiunte nel corso degli anni.

Tra queste si colloca a pieno titolo l'art. 14 § 3 lett. g) del Patto Internazionale sui diritti civili e politici (ratificato il 15 settembre 1975), il quale dispone che: "Ogni individuo accusato di un reato ha diritto, in posizione di piena eguaglianza, come minimo alle seguenti garanzie: (...) a non essere costretto a deporre contro se stesso od a confessarsi colpevole".

La prima parte della disposizione sostanzialmente traduce il concetto di *common law* del *privilege against self-incrimination*, che nel nostro ordinamento si ha «unicamente per il soggetto accusato che abbia scelto di assumere la veste di testimone sul fatto altrui (quindi gravato di un obbligo di verità), di non rendere dichiarazioni autoincriminanti rispetto ai fatti sui quali abbia deciso di fornire il proprio contenuto conoscitivo»¹⁵⁸.

Un elemento di grande merito del Patto Internazionale sta nell'aver riconosciuto espressamente il diritto al silenzio, cosa che - come analizzato precedentemente - la Costituzione non fa.

Dal punto di vista delle fonti strettamente europee un primo passo del lungo *iter* per il riconoscimento di una qualche competenza dell'Unione Europea in materia giudiziale è stato mosso tra il 15 e il 16 ottobre 1999, in occasione del Consiglio Europeo di Tampere, «che considerò il reciproco riconoscimento delle sentenze e delle altre decisioni giudiziarie il fondamento della cooperazione giudiziaria nell'Unione in materia civile e penale e, a tal fine, invitava le istituzioni europee a stabilire norme minime che garantiscano un livello adeguato di assistenza giudiziaria nelle cause transnazionali in tutta l'Unione»¹⁵⁹.

Il programma appena enunciato è oggetto di dibattito e successivamente di attuazione legislativa nel corso del primo decennio del Duemila, caratterizzato dall'introduzione di numerosi strumenti di reciproco riconoscimento delle decisioni.

Tuttavia da questo periodo vengono alla luce soprattutto strumenti caratterizzati da una forte impronta punitiva, lasciando da parte progetti volti ad un'armonizzazione degli *standards* minimi di tutela¹⁶⁰.

¹⁵⁸ PATANÈ V., "Diritto al silenzio dell'imputato", *op.cit.*, p. 136.

¹⁵⁹ FAGGIANI V., "Le direttive sui diritti processuali. Verso «un modello europeo di giustizia penale»?", in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies* 1, II, 2017, p. 85.

¹⁶⁰ Si vedano le decisioni quadro del Consiglio Europeo 2002/584/GAI sul mandato d'arresto europeo, la 2002/465/GAI sulle squadre investigative comuni, e - per contro - la mancata approvazione della proposta di decisione quadro del Consiglio Europeo 2004/328/COM in materia di diritti processuali.

Si rendono quindi necessari, per superare questa insoddisfacente situazione di stallo, ben due fattori fondamentali per la storia del diritto UE: il Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009, che ha dato espressa competenza all'Unione in materia processuale all'art. 82 TFUE, che attribuisce "al Parlamento europeo e al Consiglio la competenza per stabilire norme minime sui diritti della persona nella procedura penale", e la c.d. *road map* stilata in occasione del Consiglio Europeo di Stoccolma del 30 novembre 2009, in ossequio alla quale l'Unione deve impegnarsi - emanando direttive in proposito - a garantire la tutela delle vittime e degli imputati nei processi penali.

8.1 La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

È proprio in occasione del Trattato di Lisbona del 2009, con il quale l'Unione acquisisce la capacità giuridica di sottoscrivere i trattati internazionali, che viene ratificata la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, cui è dedicato l'art. 6 comma 2 del medesimo Trattato, il quale dispone che: "L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali".

La CEDU infatti è sempre stata una convenzione internazionale, redatta a Roma il 4 novembre 1950, soggetta nel tempo all'istituto tipico del diritto internazionale (la ratifica) per entrare in vigore nei singoli stati che la sottoscrivevano.

La stessa Convenzione ha poi previsto l'istituzione di una Corte *ad hoc* per giudicare la conformità dei diritti dei singoli stati rispetto alla CEDU, permettendo di assicurare nel tempo l'effettività delle previsioni e delle garanzie minime in essa contenute.

Anche dopo la sottoscrizione alla CEDU da parte dell'Unione Europea la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo è rimasta un soggetto autonomo, non facente quindi parte delle istituzioni UE; a differenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, che ne è invece istituzione.

Andando ad osservare il testo della Convenzione - ai fini della trattazione - spiccano il ruolo centrale dell'art. 6, che - come già evidenziato - è stato uno degli elementi ispiratori della riforma dell'art. 111 Cost., rubricato come "diritto ad un processo equo".

L'art. 6 CEDU dispone che: "1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della

morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia.

2. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata.

3. In particolare, ogni accusato ha diritto di:

(a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico;

(b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa;

(c) difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia;

(d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico;

(e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza".

Prima di procedere all'esegesi del testo dell'articolo, è necessario effettuare qualche riflessione in merito alla rubrica dell'articolo: la nozione di "equo processo", che la stessa Corte EDU ha definito come «il principio chiave che disciplina l'applicazione dell'articolo 6 (...) occupa un posto così importante in una società democratica che non ci può essere alcuna giustificazione per interpretare le garanzie dell'articolo 6 § 1 della Convenzione in modo restrittivo»¹⁶¹, allo stesso tempo però esso non è un concetto stabile e determinato, ma una clausola aperta «che non può essere oggetto di un'unica regola invariabile, ma deve dipendere dalle circostanze del caso particolare»¹⁶².

Volendo confrontare la disposizione in esame con il dettame costituzionale dell'art. 111, è bene evidenziare il fatto che la Convenzione ponga al centro dell'attenzione l'individuo, considerando lo stesso l'unico fruitore dei diritti elencati, nei cui confronti lo Stato che ha sottoscritto la Convenzione è chiamato a garantire in termini effettivi.

¹⁶¹ CEDU, 10 luglio 2012, "Gregacevic vs. Croazia", www.hudoc.echr.coe.int, § 49.

¹⁶² CEDU, 13 settembre 2016, "Ibrahim e altri vs. UK", www.hudoc.echr.coe.int, § 250.

Procedendo all'esegesi della disposizione dal primo paragrafo, spiccano il principio della parità delle parti, della pubblicità delle udienze, del termine ragionevole di conclusione della controversia e dell'imparzialità ed indipendenza del giudice precostituito per legge.

Il secondo paragrafo dell'art. 6 è invece incentrato sul principio della presunzione d'innocenza. Questo fondamentale principio d'indubbia matrice garantista porta con sé tre granitici corollari: «Salvaguardare il diritto di essere presunto innocente fino a prova contraria secondo la legge, (...) garantire il privilegio contro l'autoincriminazione (...) vietare espressioni premature, da parte del tribunale o di altri funzionari pubblici, della colpevolezza di un imputato»¹⁶³.

Ecco che - proprio alla luce dei due paragrafi analizzati - emerge il reale ruolo della Corte, che «non si riduce solo alla risoluzione della controversia (...) ma che ha anche il compito fondamentale d'interprete privilegiato delle norme convenzionali, nell'ambito delle quale il "margine creativo" di cui gode, a fronte di un testo normativo per lo più scarno ed essenziale, è molto ampio»¹⁶⁴.

L'esempio più lampante del potere della Corte si può evidenziare considerando i due paragrafi, ma anche il catalogo dei diritti contenuto nel terzo, in cui è assente un'espressa menzione dello *ius tacendi*. In questo silenzio normativo s'inerisce il merito della giurisprudenza della Corte, che ne ha individuato le fondamenta giuridiche sia nella nozione di "giusto processo" contenuta nella *rubrica legis*, definendo il diritto al silenzio quale «diritto che si trova al cuore della nozione di equo processo»¹⁶⁵ sia come conseguenza logica della presunzione d'innocenza, dal momento che non può essere giustificata alcuna forma di costrizione nei confronti di un individuo che, per l'appunto, si presume innocente.

La stessa Corte ne ha inoltre stabilito i confini d'operatività: «la tutela del diritto al silenzio non si estende sino all'uso di dati che possono ottenersi dall'accusato con il ricorso. Poteri coercitivi ma che esistono indipendentemente dalla sua volontà, come i documenti acquisiti in virtù di un mandato, i prelievi di alito, di sangue e di urina, oppure di tessuti corporali ai fini dell'analisi del DNA»¹⁶⁶.

Delle situazioni particolarmente complesse possono generarsi nel momento in cui una persona, che si trovi in una condizione assimilabile a quella dell'imputato debba rendere dichiarazioni - nel corso di un procedimento penale diverso dal suo - potenzialmente

¹⁶³ CEDU, 12 luglio 2013, "Allen v. UK", www.hudoc.coe.int, § 93.

¹⁶⁴ STAZIONE G., "Autoincriminazione e diritto al silenzio. Le esperienze italiana, francese e inglese", *op. cit.*, p. 131.

¹⁶⁵ CEDU, "Murray vs. UK", *cit.*, §47.

¹⁶⁶ CEDU, "Sanders vs. UK", *cit.*, § 69.

autoincriminanti: rispetto a questo caso «la Corte europea ha affermato che il diritto al silenzio autorizza l'interessato a rifiutarsi di rispondere a domande del genere»¹⁶⁷.

8.2 Le direttive 2012/13/UE e 2016/343/UE

Il diritto europeo, oltre a muoversi attraverso la CEDU - come interpretata dalla Corte EDU - trova ulteriori fonti del diritto, tra le quali dev'essere indubbiamente menzionata la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, approvata dal Parlamento Europeo nel novembre del 2000, che, pur non essendo integrata nel Trattato, per merito dell'art. 6 del TUE "ha lo stesso valore giuridico dei trattati".

In particolare rileva ai fini della trattazione l'art. 53 della CDFUE, il quale prevede che: "Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri"; per cui le fondamentali garanzie in essa previste non possono che legarsi e reciprocamente integrarsi con quelle previste dalla CEDU.

È proprio in virtù di questo complesso quadro normativo che s'inseriscono altre due fonti del diritto europeo: le direttive e i regolamenti.

Le prime, in particolare, sono «volte al ravvicinamento delle legislazioni in materia penale relativamente alle garanzie processuali riconosciute in capo alla persona sottoposta al procedimento penale»¹⁶⁸.

Uno dei migliori esempi di questa tipologia di strumento legislativo - che ben s'intreccia con il diritto al silenzio - è certamente la direttiva 26 aprile 2012, n. 2012/13/UE, "recante disposizioni sul diritto all'informazione nei procedimenti penali".

La tutela del diritto all'informazione nella direttiva si articola su tre elementi fondamentali: a) Il diritto dell'indagato ad essere informato circa i propri diritti e le proprie facoltà; b) Il diritto dell'indagato a conoscere il reato addebitatogli; c) Il diritto dell'indagato ad accedere al materiale probatorio contestatogli.

¹⁶⁷ RAIMONDI G., "Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali", I ed., Milano, Cedam, 2001, p. 199.

¹⁶⁸ STAZIONE G., "Autoincriminazione e diritto al silenzio. Le esperienze italiana, francese e inglese", op. cit., p. 153.

Ai fini della trattazione è bene soffermarsi esclusivamente sul nucleo *sub a*), dal momento che il diritto ad essere informati, come emerge anche dall'art. 111 Cost., permette un pieno esercizio del diritto di difesa, garantendo infatti all'indagato (o all'imputato) di poter avere un quadro chiaro della situazione e di esercitare a pieno la propria autodeterminazione.

La disposizione più rilevante si trova nell'art. 4, il quale sancisce che: "1. Gli Stati membri garantiscono che le persone indagate o imputate che siano arrestate o detenute, ricevano prontamente una comunicazione dei diritti per iscritto. A queste persone è data la possibilità di leggere la comunicazione e hanno la facoltà di conservarla per tutto il periodo in cui esse sono private della libertà".

Se in altri stati membri¹⁶⁹ la direttiva ha avuto un effetto fortemente rivoluzionario, il nostro ordinamento, grazie alla già citata riforma della l. 63 del 2001, non ha subito modifiche così rilevanti, fatta eccezione per l'introduzione «in capo all'ufficiale, o all'agente, delegato ad eseguire l'ordinanza di custodia cautelare dell'obbligo di consegnare all'imputato una comunicazione scritta che lo informi dei suoi diritti e delle sue facoltà»¹⁷⁰.

Invece il 9 marzo 2016 è stata approvata la direttiva n. 2016/343/UE, sul "rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione d'innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali", che rappresenta un ulteriore passo in avanti rispetto a quelle che erano state le linee tracciate in occasione del Consiglio Europeo di Tampere del 1999.

Passando ai punti cruciali del testo della direttiva, rilevano in modo particolare l'art. 3, il quale prevede "il diritto dell'accusato (da intendersi sia come indagato sia come imputato) ad essere considerato innocente sino a quando la sua colpevolezza non sia provata in via definitiva", l'art. 4, che prevede "il divieto per le pubbliche autorità a riferimenti in pubblico di colpevolezza", l'art. 6, il quale prevede che: "1. Gli Stati membri assicurano che l'onere di provare la colpevolezza degli indagati e imputati incomba alla pubblica accusa, fatti salvi l'eventuale obbligo per il giudice o il tribunale competente di ricercare le prove sia a carico sia a discarico e il diritto della difesa di produrre prove in conformità del diritto nazionale applicabile.

2. Gli Stati membri assicurano che ogni dubbio in merito alla colpevolezza sia valutato in favore dell'indagato o imputato, anche quando il giudice valuta se la persona in questione debba essere assolta", e infine l'art. 7, il quale dispone che: "1. Gli Stati membri assicurano

¹⁶⁹ Cfr. Cap. I, § 4.

¹⁷⁰ STAZIONE G., "Autoincriminazione e diritto al silenzio. Le esperienze italiana, francese e inglese", *op. cit.*, p. 156.

che agli indagati e imputati sia riconosciuto il diritto di restare in silenzio in merito al reato che viene loro contestato.

2. Gli Stati membri assicurano che gli indagati e imputati godano del diritto di non autoincriminarsi.

3. L'esercizio del diritto di non autoincriminarsi non impedisce alle autorità competenti di raccogliere prove che possono essere ottenute lecitamente ricorrendo a poteri coercitivi legali e che esistono indipendentemente dalla volontà dell'indagato o imputato.

4. Gli Stati membri possono consentire alle proprie autorità giudiziarie di tenere conto, all'atto della pronuncia della sentenza, del comportamento collaborativo degli indagati e imputati.

6. Il presente articolo non impedisce agli Stati membri di prevedere che, in relazione ai reati minori, lo svolgimento del procedimento, o di alcune sue fasi, possa avvenire per iscritto o senza un interrogatorio dell'indagato o imputato da parte delle autorità competenti in merito al reato ascritto loro, purché ciò rispetti il diritto a un equo processo”.

La storia di questa direttiva nel nostro ordinamento è a dir poco travagliata, dal momento che sono stati necessari due interventi legislativi, e non è cosa scontata il fatto che siano stati sufficienti¹⁷¹.

Il primo tentativo di recepimento è rappresentato dalla legge 25 ottobre 2017, n. 163, che “delega il Governo per il recepimento delle direttive europee e l’attuazione di altri atti dell’Unione Europea 2016-2017”. Tuttavia la delega legislativa non era stata esercitata dal Governo, il quale «alla luce di una ricognizione effettuata riteneva che l’ordinamento interno fosse già conforme ai contenuti dell’atto di matrice europea»¹⁷².

Però, a seguito di una relazione di fuoco della Commissione Europea¹⁷³, che non ha formalmente potere vincolante, ma che è uno dei presupposti della procedura d’infrazione, il Governo è stato quindi sostanzialmente obbligato ad attuarla.

È così entrato in vigore il d.lgs. 8 novembre 2021, n. 188, il quale, per la questione del diritto al silenzio ha introdotto un elemento fondamentale: una presa di posizione netta circa il divieto di valutare negativamente l’esercizio del diritto.

Infatti l’art. 4, comma 1, lett. b) del d.lgs. 188 inserisce nell’art. 314 c.p.p. il segmento: “Chi è stato prosciolto con sentenza irrevocabile (...) ha diritto ad un’equa riparazione (...).

¹⁷¹ Cfr. BOLOGNA S. e MONACO O., “*La presunzione d’innocenza nel d.lgs. 188/2021: un’occasione persa?*”, in *Unità per la Costituzione*, 2021, in www.unicost.eu

¹⁷² BOLOGNA S. e MONACO O., “*La presunzione d’innocenza nel d.lgs. 188/2021: un’occasione persa?*”, *op.cit.*, p. 5.

¹⁷³ Cfr. Commissione Europea, COM 2021/144.

L'esercizio del diritto da parte dell'imputato della facoltà di cui all'art. 64, comma 3, lettera b), non incide sul diritto alla riparazione di cui al primo periodo”.

Questa modifica è stata necessaria per due ordini di ragioni: sia per soddisfare il dettame dell'art. 7 della stessa direttiva, nella parte in cui prevede che l'esercizio da parte degli indagati e imputati del diritto al silenzio o del diritto di non autoincriminarsi non possa essere utilizzato contro di loro sia perché, sempre dall'art. 7, l'esercizio del silenzio non possa essere considerato quale prova che essi abbiano commesso il reato.

Dal punto di vista pratico tuttavia si conservano diverse resistenze, soprattutto da parte della giurisprudenza, la quale continua ad annoverare l'esercizio del diritto al silenzio come un «comportamento processuale dal quale il giudice può trarre argomenti di prova, utile per la valutazione delle circostanze ‘*aliunde*’ acquisite»¹⁷⁴.

Alla luce di quanto espresso dalla direttiva quindi il legislatore avrebbe potuto più chiaramente modificare il codice di procedura penale, ad esempio prevedendo espressamente un divieto in seno al secondo comma dell'art. 116 c.p.p.

Sia per questo elemento sia per il fatto che non si sia data piena attuazione alla presunzione d'innocenza, il d.lgs. 188 del 2021 può tristemente considerarsi come un'occasione persa¹⁷⁵.

A questo punto appare chiaro come, quantomeno per il processo penale, il diritto a non autoincriminarsi sia frutto di un lunghissimo *iter* storico e giuridico, che sembra essere finalmente direzionato verso la garanzia del suo più importante e sensibile corollario: quello di non determinare alcun tipo di conseguenza negativa (sul piano della prova e delle conseguenze processuali) derivante dal suo esercizio.

¹⁷⁴ Corte di Cass., Sez. V, n. 12182 del 14 febbraio 2006. Sempre in questo senso, Corte di Cass. Sez. II, n. 22651 del 21 aprile 2010, Corte di Cass. Sez. III, n. 43254 del 19 settembre 2019, e Corte di Cass. Sez. VI, n. 28008 del 19 giugno 2019, tutte consultabili in www.cortedicassazione.it

¹⁷⁵ Cfr. BOLOGNA S. e MONACO O., “*La presunzione d'innocenza nel d.lgs. 188/2021: un'occasione persa?*”.

CAPITOLO TERZO

LE PROBLEMATICHE DELLO *IUS TACENDI* NEL DIRITTO TRIBUTARIO

SOMMARIO 1. Premessa. – 2. Le fonti del diritto tributario: un quadro generale. - 2.1 Le fonti eurounitarie. - 2.2 La Convenzione EDU: La sentenza “Ferrazzini vs Italia”. - 2.3 Costruire un “giusto processo” tributario: la giurisprudenza CEDU. - 2.4 Le riflessioni della dottrina e il ruolo dell’art. 111 della Costituzione. 3. Tra procedimento e processo tributario: quale spazio per il diritto al silenzio? 4. La legislazione sul procedimento tributario: il “silenzio sanzionato”. - 4.1 Lo statuto del contribuente. - 4.2 L’art. 32 del D.P.R. n. 600/1973 e 51 del D.P.R. n. 633/1972: le sanzioni per l’esercizio di un diritto. 4.3 Le sanzioni penalistiche. - 4.4 La giurisprudenza italiana. - 5. Un barlume di speranza: il diritto al silenzio vale anche nei confronti della Banca d’Italia e della Consob. - 5.1 L’ordinanza n. 54 del 18 febbraio 2018 della Corte di Cassazione. - 5.2 L’ordinanza n. 117 del 2019 della Corte Costituzionale. - 5.3 La parola alla Corte di Giustizia UE: La sentenza C-481/19. - 5.4 La conclusione della vicenda: la sentenza n. 84 del 2021 della Corte Costituzionale.

1. Premessa

Il presente capitolo sarà dedicato all’analisi del *nemo tenetur se detegere* all’interno del procedimento tributario e, più in generale, dell’intera legislazione tributaria, sottolineando la molteplicità di aspetti critici che essa presenta.

Avendo infatti nei due capitoli precedenti chiarito a pieno ogni aspetto riguardante la natura e il contenuto dello *ius tacendi*, sarà prima interessante osservare il suo rapporto nella c.d. *law in the books*, quindi soffermandosi sui principi che reggono l’impianto tributario, su come essi operino e soprattutto su di una potenziale (e necessaria) traduzione dei principi europei nello stesso, per poi verificare il confronto dei principi (astratti) con la c.d. *law in action*, quindi analizzando gli spazi lasciati al diritto al silenzio nella legislazione ordinaria e le conseguenze del suo esercizio, sottolineandone le criticità.

Ulteriore punto cruciale sarà l’analisi della giurisprudenza, sia europea, con particolare attenzione alla sentenza “*Engel*”¹ - per citarne una tra le più importanti - sia nazionale, riconoscendo un esempio di «buon dialogo tra Corti»² tra la nostra Corte Costituzionale e la Corte EDU.

Proprio la recente sentenza della Corte Costituzionale rappresenta lo spunto per un’approfondita riflessione su quello che deve essere il futuro del rapporto (particolare e generale) tra i diritti fondamentali ed il processo tributario.

¹ CEDU, 8 giugno 1986, “*Engel e a. vs. Paesi Bassi*”, www.hudoc.coe.int.

² CATALANO S., “*La vicenda decisa dalla sentenza n. 84 del 2021 della Corte Costituzionale: un esempio di “buon dialogo” fra Corti*”, nota a Corte Costituzionale, sentenza n. 84 del 30 aprile 2021, in *Quaderni Costituzionali*, 2021, 4, I.

Una critica che infatti sarà costantemente presente nelle prossime pagine ha per oggetto l'arretratezza della macchina di giustizia tributaria, non solo con riguardo al diritto al silenzio, ma anche rispetto a tutti i moderni principi sanciti dalla CEDU e dalla Costituzione, che ogni giorno vengono calpestati e umiliati da una mancata attuazione.

Quante volte si è infatti parlato di una "grande riforma tributaria", che prima deve riguardare solo il processo, poi solo il procedimento, poi solo i dettagli, poi lo scheletro intero della disciplina... davanti a tanti proclami di riforma rimangono - fossilizzati da tempo - diritti non garantiti, inefficienza della macchina processuale, disparità delle parti e l'assenza di un codice.

2. Le fonti del diritto tributario: un quadro generale

Non può quindi mancare in questa sede un'analisi completa dei principi che sorreggono il diritto tributario, dal momento che proprio questi saranno fondamentali per comprendere l'*ut sit* del diritto al silenzio.

Ruolo centrale nel novero delle fonti deve - ovviamente - essere occupato dalla Costituzione, la quale dedica diverse disposizioni di cruciale rilevanza alla materia.

Anzitutto rileva l'art. 23 Cost., il quale dispone che "nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge".

Esso ha una duplice rilevanza, perché da un lato istituisce una riserva di legge relativa, che va a disciplinare - quantomeno a livello strutturale - la gerarchia delle fonti del diritto tributario e dall'altro codifica un principio, che è il portato di una quasi millenaria tradizione giuridica che ha origine nella *Magna Charta Libertatum*, precisamente all'art. 12, nella parte in cui viene affermato che "nessuna imposta può essere applicata dal Re se non è stata approvata dal consiglio del Regno".

Il concetto su cui si regge la riserva di legge è proprio quello di garantire che siano i contribuenti stessi - attraverso i loro rappresentanti - a stabilire «gli elementi essenziali dei tributi»³, per cui ogni legge o atto avente forza di legge dovrà indicare il soggetto passivo del tributo, il presupposto del tributo e il *quantum* (nei limiti dell'indicazione del criterio per la base imponibile e le aliquote, o altrimenti l'indicazione del massimo e del minimo, come nel caso dell'ICI.).

Tuttavia, pur essendo la riserva di legge un elemento fondamentale della legislazione tributaria, essa non opera su tutto il patrimonio giuridico della stessa, ma solamente sulla

³ MARCHESELLI A. e DOMINICI R., "Giustizia tributaria e diritti fondamentali", I ed., Torino, Giappichelli, 2016, p. 6.

configurazione sostanziale dei tributi, per cui non vi rientrano «le procedure amministrative né il il processo tributario»⁴.

Pertanto, è necessario fare riferimento agli artt. 101 Cost., per quanto riguarda le disposizioni tributarie processuali - “i giudici sono soggetti soltanto alla legge” - e 97 Cost. per quanto riguarda le procedure amministrative, nella parte in cui viene stabilito che: “I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione”.

Ulteriore pilastro dell'ordinamento tributario è rappresentato dall'art. 53 Cost., il quale dispone che: “Tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva.

Il sistema tributario è improntato a criteri di progressività”.

L'art. 53 Cost. rappresenta il migliore esempio delle norme tributarie in generale, che sono incaricate di trovare un equilibrio «tra i confliggenti valori riconducibili alla dialettica individuo-comunità»⁵. La disposizione in esame infatti nasce proprio per bilanciare l'interesse dello Stato alla riscossione dei tributi - il c.d. “interesse fiscale” - e gli interessi privati dei contribuenti.

Si evidenzia nel testo innanzitutto la questione riguardante la posizione soggettiva, per cui bisogna definire in termini giuridici la formula “tutti”.

Con “tutti” la Costituzione non vuole - ovviamente - intendere gli individui del globo, ma, per l'appunto, tutti coloro che si rapportano con i servizi pubblici italiani; ciò sta a significare quindi che a contribuire non saranno solo i cittadini italiani, ma nemmeno tutti i cittadini del mondo.

Essa ha poi una posizione funzionale, dal momento che configura il tributo come uno strumento che serve a sostenere le spese pubbliche. Riflettendo sulla rilevanza che la Costituzione dà ai diritti sociali, si può interpretare la potestà impositiva dello Stato come «la possibilità concreta di vedere riconosciuti e garantiti i livelli minimi di dignità e di libertà, di sicurezza e di sviluppo secondo il programma generalmente formulato dalla Costituzione stessa»⁶.

Infine la disposizione ha un carattere valoriale, essa infatti fa riferimento alla nozione di “capacità contributiva”, «una formula volutamente aperta, che contiene in germe già l'idea

⁴ MARCHESELLI A. e DOMINICI R., “Giustizia tributaria e diritti fondamentali”, *op.cit.*, p. 7.

⁵ a cura di FANTOZZI A., “Diritto tributario”, IV ed., Milano, Utet giuridica, 2012, p. 65.

⁶ a cura di FANTOZZI A., “Diritto tributario”, *op.cit.*, p. 80.

delle limitazioni e delle esenzioni per il fatto che colui il quale dovrebbe contribuire non ha capacità contributiva ed in tali condizioni senza dubbio si trova chi non ha il minimo indispensabile per vivere»⁷.

Se quindi la configurazione di un sistema tributario efficiente è determinante al fine di attuare lo sviluppo della *communitas*, i padri costituenti - che avevano il compito di ricostruire, non solo giuridicamente, l'Italia - hanno delineato sia un forte potere impositivo allo Stato sia una pluralità di doveri in capo al contribuente.

Il contribuente è infatti destinatario di un dovere generalizzato di "solidarietà sociale", sulla base dell'art. 2 della stessa Costituzione. La disposizione infatti prevede che, al fine di attuare i diritti costituzionalmente rilevanti, sia necessaria la presenza "dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale".

Questa previsione è stata accolta con entusiasmo, dal momento che è stata in grado di mostrare che «non è l'uomo in funzione dello Stato, ma quest'ultimo in funzione dell'uomo»⁸, poiché solamente attraverso la previsione di doveri inderogabili come questo, potranno essere sempre rispettati i diritti inviolabili.

Tra le tante tesi interpretative propugnate in merito all'art. 2 Cost. è senza dubbio preferibile - almeno in un'ottica "tributaria pura" - quella d'intendere la disposizione quale elemento per determinare la posizione del cittadino rispetto allo Stato, cioè quella di un soggetto titolare di diritti inviolabili, ma anche di doveri inderogabili, e proprio grazie all'adempimento di questi sarà possibile garantire a tutti i consociati la tutela dei primi.

Altra disposizione, facente parte del novero dei c.d. "principi fondamentali", foriera di un dovere inderogabile per il contribuente, è l'art. 3 della Costituzione, in particolare il secondo comma, che prevede: "È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese".

Nel secondo comma infatti si fa riferimento al concetto della c.d. "eguaglianza sostanziale", la quale determina un impegno attivo da parte dello Stato per far sì che tutti possano avere le stesse possibilità, indipendentemente (soprattutto ai fini del discorso) dalla propria capacità economica.

⁷ FALSITTA G., "Storia veridica, in base ai "lavori preparatori", della inclusione del principio di capacità contributiva nella Costituzione", in *Riv. dir. trib.*, 2009, 1, I, p. 97

⁸ DE MITA E., "Interesse fiscale e tutela del contribuente", V ed., Milano, Giuffrè, 2006, p. 2

In conclusione quindi, il tributo rappresenta un esercizio del potere dello Stato, pienamente legittimato dall'art. 53 Cost., ma anche lo strumento attraverso il quale una società può non solo redistribuire ricchezza, ma, grazie ad un'intelligente spesa pubblica e sulla base di un dovere di solidarietà, riuscire ad attuare un'eguaglianza sostanziale tra i cittadini, che si traduce nella possibilità per tutti i consociati di avere un *minimum* di mezzi che permettano loro di realizzarsi socialmente.

A questo punto potrebbe legittimamente sorgere il dubbio che lo Stato sia *legibus solutus* nel poter determinare un qualsiasi prelievo fiscale, ma la Costituzione, sempre nell'ottica di trovare un equilibrio tra l'interesse dello Stato stesso e quello dei privati cittadini, ha previsto una serie di norme capaci di determinare dei limiti all'imposizione.

Un primo limite - minimo - è presente nel concetto stesso della "capacità contributiva"; se infatti l'art. 53 riconosce l'obbligatorietà dell'imposizione sulle forze economiche, sarà logica conseguenza avere quale presupposto del tributo solo quelle forze che superino il *minimum* necessario all'individuo per il proprio sostentamento.

Da questa lettura si comprende ancora meglio il perché i padri costituenti abbiano preferito la formula di "capacità contributiva" rispetto a quella di "ricchezza" (o degli "averi", dello Statuto albertino), perché «per essere idonei alla contribuzione non è sufficiente una qualsiasi forma di ricchezza, ma si deve essere titolari di una ricchezza sufficiente, tassata la quale deve permanere in capo al soggetto contribuente la capacità di mantenersi»⁹.

Un secondo limite - massimo - è invece più difficile da riscontrare nel testo della Costituzione. Se la Carta fa infatti riferimento, all'art. 53 secondo comma, ad un andamento delle aliquote, nemmeno una parola è spesa per individuarne un tetto massimo.

Un limite implicito potrebbe ravvisarsi nella Costituzione stessa all'art. 42, nel quale viene "riconosciuta e garantita la proprietà privata"; se quindi - ragionando per assurdo - esistesse un tributo in grado di impedire il godimento della proprietà privata, questo dovrebbe cedere il passo. Tuttavia questa tesi appare poco solida.

La soluzione al quesito se esista o meno un limite massimo all'imposizione è da ricercarsi non in ambito giuridico, ma in ambito economico; nello specifico nel c.d. "meccanismo di *feedback*". Se infatti esistesse un sistema tributario con aliquote dal valore illimitati, o «i contribuenti non sono più spinti alla produzione di reddito»¹⁰, perché da questa produzione

⁹ MARCHESELLI A. e DOMINICI R., "Giustizia tributaria e diritti fondamentali", *op.cit.*, p. 57.

¹⁰ MARCHESELLI A. e DOMINICI R., "Giustizia tributaria e diritti fondamentali", *op.cit.*, p. 65.

non guadagnerebbero nulla, o - grazie alla moderna circolazione di persone, merci e capitali - si andrebbe incontro ad un'inarginabile emorragia di delocalizzazioni.

Per concludere la questione circa i limiti all'imposizione va infine - non per importanza - considerato il già menzionato art. 23 della Costituzione, che in quest'ottica si pone come l'argine democratico al potere impositivo dello Stato, che tramite una riserva di legge pone «una fondamentale garanzia della sfera giuridica dei singoli soggetti, in quanto è diretta a escludere ogni limitazione e ogni invasione di essa, da parte della pubblica autorità, che non sia voluta dalla legge o posta in essere in base alla legge»¹¹.

2.1 Le fonti eurounitarie

Dal momento che sono già state evidenziate nel corso della trattazione le modalità con le quali il diritto dell'Unione Europea si rapporta con il diritto interno, è sufficiente richiamare in questa sede il solo principio enunciato dalla Corte Costituzionale per cui: «Il giudice italiano accerta che la normativa scaturente da tale fonte regola il caso sottoposto al suo esame, e ne applica di conseguenza il disposto, con esclusivo riferimento al sistema dell'ente sovranazionale: cioè al solo sistema che governa l'atto da applicare e di esso determina la capacità produttiva. Le confliggenti statuizioni della legge interna non possono costituire ostacolo al riconoscimento della "forza e valore", che il Trattato conferisce al regolamento comunitario, nel configurarlo come atto produttivo di regole immediatamente applicabili. Rispetto alla sfera di questo atto, così riconosciuta, la legge statale rimane infatti, a ben guardare, pur sempre collocata in un ordinamento, che non vuole interferire nella produzione normativa del distinto ed autonomo ordinamento della Comunità, sebbene garantisca l'osservanza di essa nel territorio nazionale»¹².

Chiarito quindi il primato del diritto UE sul diritto interno, è bene analizzare approfonditamente le disposizioni eurounitarie più importanti che s'interfacciano con la legislazione tributaria.

Da un punto di vista gerarchico, un ruolo fondamentale è indubbiamente occupato dal Trattato sull'Unione Europea, il quale dedica differenti disposizioni pienamente applicabili alla materia. Come già sottolineato, il TUE non va visto come un trattato "immobile", ma va sempre considerato alla luce dell'interpretazione che ne viene fatta dalla Corte di Giustizia e dalle integrazioni della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea.

¹¹ Corte Cost., 23 giugno 1965, sentenza n. 64, www.cortecostituzionale.it.

¹² Corte Cost., 8 giugno 1984, sentenza n. 170, www.cortecostituzionale.it.

Uno dei principi più importanti stabiliti dal TUE riposa nell'art. 19, il quale prevede che: "Gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione".

Viene enunciato a chiare lettere il c.d. "principio d'effettività", in ossequio al quale sono da considerarsi in contrasto con il diritto dell'Unione «le norme degli ordinamenti nazionali che non assicurano efficacemente la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali»¹³.

Il diritto europeo è infatti particolarmente sensibile al fatto che gli Stati Membri non diano attuazione ai principi dei trattati solamente sulla carta, ma costruiscano «un diritto positivo, che deve essere effettivo, ossia realmente applicato e osservato»¹⁴.

È poi altrettanto importante il ruolo della Corte di Giustizia, che si è espressa più volte sulla disposizione, in particolare andando a riconoscere che da questa derivi un obbligo in capo agli Stati Membri di «assicurare, in ciascun caso, una tutela effettiva dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione e, in particolare, garantire il diritto ad un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, sancito dall'art. 47 § 1 della CDFUE»¹⁵.

Ulteriore principio cardine del TUE è quello della proporzionalità, enunciato all'art. 5 § 4, il quale prevede che: "In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati".

Il principio si sostanzia nel rispetto di tre differenti criteri, declinati all'interno del protocollo n. 2 allegato ai trattati, rubricato come "sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità", il quale li annovera come: a) Idoneità del mezzo utilizzato rispetto all'obiettivo da realizzare; b) Necessarietà, per cui a fronte di due differenti mezzi egualmente idonei a raggiungere l'obiettivo designato, deve sempre preferirsi quello meno restrittivo dei diritti individuali; c) Proporzionalità "in senso stretto", per cui «nella valutazione comparativa tra interesse pubblico e situazioni soggettive private deve essere perseguito il giusto equilibrio»¹⁶.

Se poi si vuole passare da una considerazione di ordine generale (com'è giusto che sia quando si tratta di un principio) ad una di carattere pratico e specifico, è bene fare riferimento alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale si è espressa più volte in proposito, anche in materia tributaria.

¹³ a cura di MARCHESELLI A., "Accertamenti tributari e difesa del contribuente", II ed., Milano, Giuffrè, 2018, p. 25.

¹⁴ FALAGNA M., "Il principio d'effettività nella teoresi di Catelani e Kelsen", in *Società e diritti*, 2, III, 2017, p. 4.

¹⁵ Corte di Giustizia UE, 14 settembre 2017, C-628/15.

¹⁶ a cura di MARCHESELLI A., "Accertamenti tributari e difesa del contribuente", *op.cit.*, p. 29.

L'attenzione della Corte è stata rivolta soprattutto con riguardo al criterio della "proporzionalità in senso stretto", che in materia tributaria si declina sia nel senso di occuparsi dei limiti ai poteri inquisitori dell'Amministrazione Finanziaria nel corso dell'attività istruttoria, sia nel limitare le sanzioni erogabili, rispetto alle quali la Corte stessa ha evidenziato come: «l'ammenda applicata (...) può essere considerata proporzionata soltanto qualora le circostanze che caratterizzano l'infrazione commessa consentano di constatare che si tratta di violazioni di gravità equivalente»¹⁷.

Ancora in materia tributaria, il principio di proporzionalità trova un terreno florido sul tema dell'IVA, che è sì uno dei c.d. "tributi armonizzati", cioè la cui disciplina fa principale riferimento al diritto eurounitario, ma che per quanto riguarda l'apparato sanzionatorio si rimette alla disciplina dello Stato membro. Ebbene, anche in questo caso la Corte di Giustizia ha avuto occasione di affermare che «lo Stato membro deve considerare la natura e la gravità dell'infrazione commessa dal contribuente e che la sanzione prevista sia appropriata all'inadempimento e non ecceda quanto necessario per conseguire l'obiettivo di assicurare l'esatta riscossione dell'imposta e di evitare l'evasione»¹⁸.

Altro principio di derivazione europea che merita certamente menzione è quello della "non discriminazione", il cui fondamento normativo si trova nell'art. 10 del TFUE, il quale dispone che: "Nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione mira a combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale".

Il portato più importante di questo principio è «che situazioni analoghe non siano trattate in maniera differenziata e situazioni diverse non siano trattate in maniera uguale a meno che un tale trattamento non sia obiettivamente giustificato»¹⁹.

Sempre nell'ottica di evidenziare la rilevanza dei principi riportati in materia tributaria, si può fare riferimento ad un caso giudicato dalla Corte, in cui si è affermato che «nel rapporto tra principio di non discriminazione e principio di neutralità in ambito IVA, il secondo è da qualificarsi come applicazione del primo»²⁰.

Ancora, la Corte ha sfruttato il principio di non discriminazione in ambito fiscale al fine di garantire i principi fondanti della stessa Unione, ad esempio in una decisione sulla normativa

¹⁷ Corte di Giustizia UE, 26 novembre 2015, C-487/14.

¹⁸ a cura di MARCHESELLI A., "Accertamenti tributari e difesa del contribuente", *op.cit.*, p. 31.

¹⁹ Corte di Giustizia UE, 13 dicembre 1984, C-106/83.

²⁰ Corte di Giustizia UE, 10 aprile 2008, C-309/06.

tributaria tedesca che prevedeva un'aliquota diversa sull'imposta dei redditi, utilizzando quale *discrimen* il fatto che il contribuente fosse residente o meno nel territorio nazionale.

La Corte, dovendo scegliere tra il rispetto della libertà di circolazione e la sovranità della Germania in materia di riscossione dirette, ha stabilito che non può esistere una norma che consenta di «trattare un cittadino di un altro Stato membro - il quale, essendosi avvalso del proprio diritto di libera circolazione, svolge un'attività lavorativa subordinata nel territorio del primo Stato - meno favorevolmente di un cittadino nazionale che si trovi nella stessa situazione»²¹.

Una rapida analisi merita infine il principio di equivalenza, di origine puramente giurisprudenziale, il cui portato è sostanzialmente quello di «non incorrere in procedure penalizzanti se un cittadino invoca il diritto UE»²².

Alla materia tributaria questo principio è stato applicato soprattutto in materia di rimborsi; se infatti si è in presenza di «tributi riscossi in violazione di norme comunitarie, le procedure di rimborso non devono risultare meno favorevoli di quelle che riguardano procedure di rimborso di tributi interni»²³.

2.2 La Convenzione EDU: la sentenza “Ferrazzini vs. Italia”

La Convenzione EDU è priva di disposizioni che siano specificamente indirizzate al diritto tributario.

Può essere segnalato solamente l'art. 1 del protocollo addizionale n. 1 alla CEDU, il quale prevede che: “1. Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale.

2. Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende”.

Se poi si va ad analizzare la giurisprudenza della Corte EDU, si può notare una certa solidità nel riconoscere «agli Stati una grande libertà per definire ed attuare la propria politica fiscale (...) le scelte in questa materia infatti implicano, normalmente, una ponderazione di problemi politici, economici e sociali che la Convenzione lascia alla competenza degli Stati firmatari»²⁴.

²¹ Corte di Giustizia UE, 14 febbraio 1995, C-279/93.

²² a cura di MARCHESELLI A., “*Accertamenti tributari e difesa del contribuente*”, *op.cit.*, p. 26.

²³ MELIS G., “*Lezioni di diritto tributario*”, I ed., Torino, Giappichelli, 2013, p. 168.

²⁴ BUFFA F., “*Le principali questioni in materia tributaria*”, in *Questione Giustizia*, 2019, 1, IV, p. 522.

Tuttavia, se astrattamente molti dei diritti sanciti dalla CEDU sarebbero pienamente applicabili sia al diritto sostanziale, che procedimentale, che processuale tributario, è stata la stessa Corte Europea dei Diritti dell'Uomo a stabilire come il giudizio tributario debba considerarsi estraneo alla clausola del giusto processo, di cui proprio all'art. 6 CEDU.

La Corte ha infatti avuto modo di pronunciarsi sulla questione nella celeberrima "sentenza Ferrazzini"²⁵, la quale aveva per oggetto le doglianze del signor Ferrazzini, il quale lamentava la violazione dell'articolo 6 paragrafo 1 CEDU per la durata eccessiva di tre procedimenti tributari in cui era parte in causa.

La Corte, argomentando circa la possibilità di applicare il novero dei diritti di cui all'art. 6 CEDU, s'interroga sul fatto che il giudizio tributario possa essere compreso nel novero del processo penale, pervenendo ad una risposta di carattere negativo, non evidenziando «alcun aspetto penale»²⁶.

La Corte prosegue allora cercando delle analogie tra giudizio tributario e processo civile, al fine di legittimare l'applicazione della clausola del giusto processo.

È così quindi che la Corte fa riferimento ad una nozione puramente "euopea" dell'obbligazione civile, che dovrebbe avere un alveo applicativo a raggio maggiore rispetto a quella nazionale.

I giudici di Strasburgo, con delle considerazioni di carattere storico, arrivano alla conclusione che la natura dell'obbligazione tra il contribuente e lo Stato non sia mai cambiata, facendo sempre riferimento al diritto di matrice pubblicistica.

Una volta effettuato tale ragionamento è quindi una mera conseguenza logica che la Corte affermi che: «la materia fiscale fa parte ancora del nucleo duro delle prerogative della potestà pubblica, poiché la natura pubblica del rapporto tra il contribuente e la collettività resta predominante»²⁷.

2.3 Costruire un "giusto processo" tributario: la giurisprudenza CEDU

La sentenza quindi porta con sé un'affermazione molto forte, o così appare ad un'analisi *prima facie*, dal momento che le argomentazioni contrarie, di natura sia logica sia normativa e addirittura della stessa giurisprudenza CEDU sono molteplici.

In questa breve rassegna della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, è bene partire menzionando un caso giudicato quindici anni prima della suddetta sentenza, cioè il

²⁵ CEDU, 12 luglio 2001, "Ferrazzini vs. Italia", www.hudoc.coe.int.

²⁶ CEDU, 12 luglio 2001, "Ferrazzini vs. Italia", *cit.* § 20.

²⁷ CEDU, 12 luglio 2001, "Ferrazzini vs. Italia", *cit.* § 29.

“caso *Engel*”²⁸, il celeberrimo caso da cui sono poi emersi gli altrettanto noti “criteri *Engel*” - fatti propri anche dalla Corte di Giustizia UE²⁹ - quali «criteri che definiscono il carattere europeo di una sanzione nazionale»³⁰.

Andando con ordine, è bene specificare che questo caso nasce dalla necessità di rispettare uno degli elementi caratteristici delle fonti eurounitarie, cioè quello di far sì che si preferisca sempre una nozione sostanziale ad una formale, in modo da garantire il - già menzionato - principio d'effettività.

Se infatti l'art. 6 della CEDU delimita il proprio ambito di applicazione alle “controversie civili e penali”, l'interpretazione fattane dalla Corte ha permesso che si potessero individuare degli spazi di applicazione ulteriori.

Riconoscendo infatti una nozione sostanziale di “sanzione penale”, cioè corrispondente a qualsiasi tipo di sanzione in concreto afflittiva, allora vi si potranno accompagnare le garanzie previste dalla Convenzione.

La Corte quindi è andata a definire dei veri e propri criteri, sulla base dei quali distinguere la sanzione in concreto, per cui questa avrà natura afflittiva (e quindi penalistica): a) Se l'ordinamento interno la qualifica direttamente come penalistica, per cui non saranno necessarie ulteriori indagini; o b) Osservando la «natura dell'illecito»³¹, se infatti la sanzione è diretta alla generalità dei soggetti, se è irrogata da una Pubblica Autorità sulla base della legge, se la norma che prevede la sanzione ha una finalità deterrente e se l'irrogazione dipende da un accertamento della responsabilità del singolo; c) O osservando il massimo edittale previsto, quindi facendo riferimento al principio della proporzionalità.

«Generalmente, anche se il secondo e il terzo criterio sono alternativi e autonomamente sufficienti a dimostrare la natura penale della sanzione, la Corte effettua un esame cumulativo, e la focalizzazione è riservata soprattutto ai parametri di cui al secondo criterio»³².

Sentenza fondamentale, giacché spartiacque in materia tributaria, è quella del caso “*Funke vs. Francia*”³³.

Essa ha per oggetto la vicenda giudiziaria del sig. *Funke*, cittadino tedesco, che risiede in Francia nel momento in cui subisce un'ispezione domiciliare da parte di tre ufficiali doganali, accompagnati da un ufficiale di polizia giudiziaria. Le autorità, al momento dell'ispezione,

²⁸ Corte EDU, 8 giugno 1976, “*Engel e a. vs. Paesi Bassi*”, www.hudoc.coe.int.

²⁹ *ex multis*, cfr. Corte di Giustizia UE, 26 febbraio 2013, C-617/10.

³⁰ a cura di MARCHESELLI A., “*Accertamenti tributari e difesa del contribuente*”, *op.cit.*, p. 55.

³¹ CEDU, 8 giugno 1976, “*Engel e a. vs. Paesi Bassi*”, § 21.

³² a cura di MARCHESELLI A., “*Accertamenti tributari e difesa del contribuente*”, *op.cit.*, p. 55.

³³ Corte EDU, 25 febbraio 1993, “*Funke vs. Francia*”, www.hudoc.coe.int.

richiedono (in maniera alquanto generica) se siano presenti all'interno dell'abitazione dei documenti che possano dimostrare l'esistenza di conti esteri del soggetto, dal momento che la normativa francese prevedeva sanzioni penali per chiunque (compresi quindi anche i cittadini tedeschi) ne possedesse. «I fatti risalgono al 1980 e quindi hanno un valore che oggi pare puramente storico. Il contenzioso del signor *Funke* nacque infatti nel periodo anteriore alla definitiva attuazione del Mercato unico europeo e alla creazione delle disposizioni sulla libera circolazione dei capitali nell'Unione europea»³⁴.

Il sig. *Funke*, che aveva lavorato come rappresentante di vendita, ammette di aver avuto - per motivi di lavoro - dei conti all'estero, negando tuttavia di averne prova all'interno del proprio domicilio.

«Gli ufficiali doganali hanno successivamente perquisito i locali e hanno scoperto estratti conto e libretti di assegni di banche straniere, insieme a una fattura tedesca di riparazione auto e due telecamere. Hanno sequestrato tutti questi oggetti e lo stesso giorno hanno redatto un rapporto»³⁵.

La perquisizione ha dato luogo a procedimenti penali per il reato di mancata divulgazione di documenti, dal momento che durante la loro perquisizione i funzionari doganali hanno chiesto al sig. *Funke* di produrre le documentazioni dei suoi conti esteri, ma quest'ultimo aveva deciso di non farlo, incombendo in una condanna penale.

La particolarità del caso sta nell'arretratezza del diritto francese rispetto alla Convenzione³⁶, che permetteva di compiere delle ispezioni in assenza dell'autorizzazione del magistrato, cosa avallata persino dalla Corte di Cassazione d'Oltralpe.

A questo punto il sig. *Funke* decide di rivolgersi ai giudici di Strasburgo, lamentando il fatto che «la sua condanna penale per il rifiuto di presentare i documenti richiesti dalla dogana aveva violato il suo diritto a un processo equo (articolo 6§1 della Convenzione) e ha ignorato il principio della presunzione di innocenza (articolo 6§2); che il suo caso non era stato risolto entro un termine ragionevole (articolo 8)»³⁷.

Per quanto interessa in questa sede, va riportata la granitica statuizione della Corte sul diritto al silenzio, per cui: «Le caratteristiche speciali del diritto doganale non possono giustificare tale violazione del diritto di chiunque sia "accusato di un reato", di tacere e di non contribuire

³⁴ ANIELLO SALICETI A., «La protezione dei dati personali nell'ordine pubblico europeo: tutela della sfera privata e ingerenza dello Stato», in *Informatica e diritto*, 2008, 13, II, p. 101.

³⁵ Corte EDU, «*Funke vs. Francia*», cit. § 7.

³⁶ Cfr. Cap. I § 4.

³⁷ Corte EDU, «*Funke vs. Francia*», cit. § 34.

a incriminarsi»³⁸. Alla luce di tali considerazioni, la Corte ha riconosciuto una palese violazione dell'art. 6 CEDU.

Poi merita menzione un'altra sentenza della Corte EDU, avente anch'essa per oggetto la materia tributaria, cioè la "sentenza *Jussila*"³⁹.

Il caso riguarda la vicenda di un cittadino finlandese, che, a seguito della constatazione di alcune irregolarità nella contabilità dell'impresa da lui diretta, diveniva destinatario di una rettifica fiscale.

Il signor *Jussila* adiva allora il Tribunale amministrativo, affinché questi potesse essere ascoltato e potesse confrontarsi con l'ispettrice delle imposte che si era occupata del suo caso.

Il Tribunale amministrativo non riteneva necessario procedere all'udienza, essendo state comunicate dalle parti tutte le informazioni necessarie. Quindi decideva di rivolgersi alla Corte EDU, lamentando la violazione dell'art. 6 della Convenzione nella parte in cui prevede il diritto "di ogni persona (...) a che la sua causa sia esaminata equamente dinnanzi ad un giudice terzo ed imparziale e costituito per legge".

L'argomentazione della Corte è estremamente interessante, perché si pone - indicando espressamente i casi - tra due limiti che essa stessa ha stabilito, cioè da un lato l'impossibilità di applicare la Convenzione alla materia tributaria, dall'altro la possibilità di applicarla nel caso di sanzioni di natura penale, intesa sempre in quell'accezione europea.

La Corte quindi decide di valutare la sanzione ricevuta dal signor *Jussila* - cioè una maggiorazione del 10% dell'aliquota dell'IVA - alla luce dei criteri *Engel*, per vagliare l'applicabilità dell'art. 6.

Rispetto al primo criterio viene stabilito pacificamente che: «la maggiorazione d'imposta inflitta all'interessato non attiene al diritto penale ma riguarda la legislazione fiscale»⁴⁰.

Circa il secondo criterio, sulla natura dell'illecito, la Corte riconosce che «le maggiorazioni fiscali applicate nella fattispecie possono essere considerate fondate su disposizioni giuridiche generali applicabili all'insieme dei contribuenti», per cui la sanzione ha carattere generale. Poi la sanzione è stata irrogata da un'autorità pubblica, quale il tribunale amministrativo finlandese.

³⁸ Corte EDU, "*Funke vs. Francia*", cit. § 44.

³⁹ CEDU, 23 novembre 2006, "*Jussila vs. Finlandia*", www.hudoc.coe.int.

⁴⁰ CEDU, 23 novembre 2006, "*Jussila vs. Finlandia*", cit. § 37.

Infine, come riconosciuto addirittura dalla controparte del giudizio (il Governo finlandese) «le maggiorazioni fiscali non miravano alla riparazione pecuniaria di un pregiudizio ma erano dirette essenzialmente a punire per impedire la reiterazione delle condotte incriminate»⁴¹.

Il Governo aveva poi contestato il fatto che non fosse soddisfatto il terzo criterio, data la tenuità della sanzione, ma ciò non importa dal momento che il secondo e terzo sono alternativi tra loro.

Dunque, soddisfatto a pieno il secondo criterio, la sanzione che in base al *nomen iuris* ha natura amministrativa, per il diritto dell'Unione ha natura penalistica e, conseguenza fondamentale, al procedimento che ne determina l'irrogazione devono essere applicate le garanzie previste dall'art. 6 CEDU.

La sentenza infatti si conclude con il riconoscimento da parte della Corte dell'applicabilità dell'art. 6, ma non con la dichiarazione d'illegittimità della sanzione, dal momento che: «l'interessato aveva ampiamente avuto l'occasione di presentare per iscritto i suoi mezzi di difesa e di rispondere alle conclusioni delle autorità fiscali»⁴².

Un'altra strada attraverso la quale la Corte EDU ha riconosciuto l'applicabilità della Convenzione alle controversie tributarie è quella del fatto che vi siano casi in cui la pretesa fiscale incida su aspetti che abbiano direttamente per oggetto i diritti previsti dalla Convenzione stessa.

È stato il caso della «sentenza *Ravon*»⁴³, in cui la Corte è andata a giudicare il comportamento dell'amministrazione fiscale francese che, autorizzata dal tribunale, aveva effettuato una perquisizione seguita da un sequestro di documenti nella sede di una società che si presumeva evadesse l'IVA.

La Corte, *more solito*, pone al centro della propria indagine l'effettività della tutela di un diritto fondamentale, quale quello dell'art. 8 CEDU, che sancisce la tutela del domicilio, a fronte di una perquisizione per fini fiscali.

La Corte quindi, sottolineando «l'assenza di una via di ricorso avverso la perquisizione, che possa permettere al giudice di esaminare il caso sia in fatto che in diritto e che non sia sufficiente prevedere una procedura *ex post* di risarcimento del danno conseguente a una perquisizione irregolare»⁴⁴, ha riconosciuto una palese violazione di un diritto fondamentale.

⁴¹ CEDU, 23 novembre 2006, «*Jussila vs. Finlandia*», cit. § 38.

⁴² CEDU, 23 novembre 2006, «*Jussila vs. Finlandia*», cit. § 48.

⁴³ CEDU, 21 febbraio 2008, «*Ravon e a. vs. Francia*», www.hudoc.coe.int.

⁴⁴ BUFFA F., «*Le principali questioni in materia tributaria*», *op.cit.*, p. 523.

Dalla sentenza emerge quindi una riflessione che demolisce l'orientamento del "caso Ferrazzini", dal momento che, anche ammettendo che l'interesse fiscale consenta di affievolire le posizioni giuridiche del contribuente, «non si vede perché questo affievolimento dovrebbe estendersi alla disciplina processuale. Le norme stabiliscano quali sacrifici si possono imporre ai privati, ma che poi sia almeno consentito accertare equamente che tali sacrifici siano avvenuti nel rispetto della legge. Sotto questo punto di vista non sembra esista alcuna differenza tra controversie nelle quali si discuta della legittimità della invasione del domicilio, di sanzioni o di tributi. Le garanzie processuali si muovono su un piano del tutto differente e appaiono non derogabili».⁴⁵

A latere merita inoltre di essere ricordata la sentenza "Grande Stevens vs. Italia"⁴⁶, in materia di *ne bis in idem* in caso di doppio binario sanzionatorio tra processo amministrativo e processo penale, orientamento dirompente confermato successivamente anche in materia tributaria vigente in Scandinavia⁴⁷.

La Corte ha infatti giudicato un caso in cui la legislazione nazionale in materia di abusi di mercato stabiliva un «doppio binario cumulativo di tutela degli abusi di mercato di due procedimenti a carattere punitivo (l'uno formalmente penale, l'altro formalmente amministrativo) aventi ad oggetto lo stesso fatto storico/naturalistico integrativo di una condotta di manipolazione del mercato»⁴⁸, perché contrario all'art. 4 del Protocollo 7 alla CEDU.

Infatti, a seguito di una torbida vicenda finanziaria, la Consob aveva condannato il ricorrente ad una serie di ammende comprese tra i cinquecentomila e tre milioni di euro ed all'interdizione dalla possibilità di amministrare società quotate in borsa.

Nel frattempo però si era sviluppato un procedimento penale, in cui veniva contestata «ai sensi del decreto legislativo n. 58 del 1998, la condotta del ricorrente che poteva formare oggetto non solo di una sanzione amministrativa comminata dalla Consob, ma anche delle sanzioni penali previste dall'articolo 185 punto 1»⁴⁹.

La sentenza, al di là dell'ampia eco mediatica, non ha determinato eccessive conseguenze nell'apparato legislativo.

⁴⁵ MARCHESELLI A., "La Cedu nel caso Ravon contro Francia: il problematico rapporto tra accessi e verifiche fiscali e giusto processo", nota a CEDU, 21 febbraio 2008, "Ravon e a. c. Francia", in www.europeanrights.eu, p. 5.

⁴⁶ Corte EDU, 4 marzo 2014, "Grande Stevens vs. Italia", www.hudoc.coe.int.

⁴⁷ Cfr. Corte EDU, "Nykänen vs. Finlandia", 20 maggio 2014; "Lucki Dev vs. Svezia", 27 novembre 2014; "Kiiveri vs. Finlandia", 10 febbraio 2015, consultabili su www.hudoc.coe.int.

⁴⁸ SCOLETTA M., "Il principio del *ne bis in idem* e i modelli punitivi a doppio binario", in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2021, 4, I, p. 184.

⁴⁹ Corte Edu, "Grande Stevens vs. Italia", cit. §50.

Si vedrà nel corso della trattazione come il diritto tributario nostrano sia contrastante anche con questo orientamento: saranno infatti oggetto d'analisi il fatto che l'eventuale esercizio del diritto al silenzio nella fase istruttoria procedimentale possa determinare sanzioni sia di carattere amministrativo sia penalistico, quindi contrarie al principio del *ne bis in idem*.

Un'ultima sentenza che merita menzione riguarda i principi che presiedono l'acquisizione delle prove e, in modo particolare, il *nemo tenetur se detegere*; si sta facendo riferimento al "caso *Chambaz*"⁵⁰.

In detta sentenza la Corte ha giudicato un caso in cui un cittadino elvetico, il sig. *Chambaz*, aveva presentato al giudice tributario locale diversi reclami avverso l'amministrazione finanziaria per contestare una presunta evasione fiscale.

Accolti i reclami, la Commissione tributaria locale richiedeva al contribuente di esibire i documenti relativi al proprio patrimonio.

Dopo il rifiuto del contribuente, la Commissione ha rigettato i reclami e condannato lo stesso al pagamento di una sanzione sulla base del rifiuto di produrre la detta documentazione.

A fronte di tale sanzione il sig. *Chambaz* si è rivolto al Tribunale Amministrativo, e, nel corso del processo, si è visto destinatario di un'indagine penale per il reato di evasione fiscale, a seguito della quale i documenti che aveva rifiutato di produrre sono stati presi *cum vi* dall'autorità inquirente.

Una volta formatosi il fascicolo dell'indagine, il contribuente (ora anche imputato) ha richiesto al Tribunale Amministrativo di poter prenderne visione; vedendosi negata l'istanza, si è rivolto alla Corte EDU.

L'*iter* della pronuncia comincia da una riflessione storica della Corte sulla sua stessa giurisprudenza, cioè dal celeberrimo "caso Ferrazzini", ribadendo l'inapplicabilità dell'art. 6 CEDU alle «operazioni riguardanti la determinazione di obbligazioni fiscali, non rientrando tali controversie nell'ambito dei diritti ed obbligazioni di carattere civile, nonostante le conseguenze patrimoniali che producono nei confronti dei contribuenti»⁵¹.

È la stessa Corte però a ricordare come successivamente - in occasione del "caso *Jussila*" - si sia affermato che le garanzie dell'art. 6 CEDU debbano essere applicate quando la conseguenza dell'accertamento della pretesa tributaria sfoci in una sanzione avente carattere "europeenalistico".

⁵⁰ Corte EDU, 5 aprile 2012, "*Chambaz vs, Svizzera*", www.hudoc.coe.int.

⁵¹ BORGIA C., "*L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di Strasburgo*", nota a CEDU, 5 aprile 2012, *Chambaz c. Svizzera* (11663/04), in diritti-cedu.unipg.it, p. 3.

Sic rebus stantibus, la Corte procede ad un esame della sanzione alla luce dei “criteri Engel”, che ha esito positivo, e che quindi dovrebbe determinare l’applicazione delle garanzie previste dalla Convenzione. Da parte sua, il Governo elvetico, contesta il fatto che il sig. *Chambaz* avrebbe poi avuto la possibilità di effettuare le dovute resistenze in sede penale.

L’analisi - e il centro della decisione - si spostano dunque «sull’effettiva dimostrazione del legame tra il procedimento in cui sono state inflitte le sanzioni contestate e il successivo procedimento per evasione fiscale»⁵². La Corte rileva infatti una «circolazione probatoria»⁵³ tra l’autorità preposta all’individuazione dell’obbligo di contribuire e quella per l’accertamento della responsabilità penale; concludendo quindi come vi sia stato «un effetto espansivo dell’indagine penale rispetto a quella fiscale»⁵⁴, facendo venir meno l’autonomia dei due procedimenti.

Alla luce di quest’esondazione del diritto penale nella fase amministrativa di accertamento dell’obbligo di contribuire, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto non solo possibile, ma anzi doveroso, che il diritto al silenzio oltrepassasse gli argini del processo penale, riconoscendone quindi il ruolo di garanzia fondamentale nel processo amministrativo che possa determinare l’applicazione di una sanzione ed il conseguente fondamento di un’indagine penalistica.

Rimandando l’approfondimento sulla compatibilità di questi orientamenti della Corte con la legislazione nazionale ai paragrafi successivi, è necessario in questa sede richiamare - non per esercizio di stile, ma per effettuare delle considerazioni di carattere logico - le *dissenting opinions* dei giudici della Corte.

Se infatti si va ad osservare quanto considerato dal giudice *Zupančič*, egli teme che l’apertura alle garanzie tradizionalmente penalistiche nel giudizio tributario possa «aprire immediatamente un “vaso di Pandora”, ricolmo di obiezioni da parte dei contribuenti di ogni paese, che si considererebbero vittime dell’obbligo di contribuire alla propria incriminazione semplicemente perché devono fornire alle autorità fiscali i documenti con cui si incriminano»⁵⁵.

⁵² FABERI A., “Sui confini delle garanzie autodifensive dell’accusato (accertamenti fiscali, richiesta di documenti, rischio d’autoincriminazione”, nota a CEDU, 5 aprile 2012, *Chambaz c. Svizzera* (11663/04), web.archiviopenale.it., p. 2.

⁵³ FABERI A., “Sui confini delle garanzie autodifensive dell’accusato”, *op.cit.*, p. 2.

⁵⁴ BORGIA C., “L’effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo di Strasburgo”, *op.cit.*, p. 6.

⁵⁵ Corte EDU, “*Chambaz vs. Svizzera*”, *cit.*, il cui testo originale francese riporta “En outre, si l’on imposait aux Etats contractants cette façon de concevoir l’auto-incrimination, cela ouvrirait immédiatement une boîte de Pandore pleine d’objections de la part des contribuables de chaque pays, qui s’estimeraient victimes d’une obligation de contribuer à leur propre incrimination simplement parce qu’ils doivent fournir aux autorités fiscales des pièces par lesquelles ils s’incriminent eux-mêmes”.

Il fondamento logico dell'opinione del giudice *Zupančič* riposa quindi nella convinzione che il privilegio contro l'autoincriminazione non possa trovare dimora nel giudizio tributario per il fatto che questo spingerebbe qualsiasi contribuente, destinatario di una richiesta da parte dell'amministrazione finanziaria, ad invocare il diritto in esame e quindi a limitare la capacità dello Stato di esigere i tributi.

Aggiunge poi: «L'individuo deve presentare una dichiarazione dei redditi una volta all'anno, il che significa dal punto di vista dell'autoincriminazione che almeno una volta all'anno è costretto ad essere una fonte di prove contro se stesso. Se si guardasse a questo elemento con uno sguardo meccanico, si considererebbe che fornire a richiesta dei servizi fiscali giustificativi riguardanti i punti discutibili della dichiarazione dei redditi sia chiaramente incompatibile con l'idea che una persona non possa diventare una fonte di prove contro se stessa. Eppure questo non è il caso»⁵⁶.

Ciò che però sembra sfugga al giudice dissenziente, è la diversità di obiettivi con la quale si svolgono (generalmente) i procedimenti tributari: ve ne sono alcuni che sono volti esclusivamente all'accertamento del dovere del contribuente di pagare i tributi, ve ne sono altri che sono volti all'accertamento del dovere, e, nel caso di valutazione negativa, di irrogare sanzioni.

È giusto quindi - contrariamente a quanto supposto dal giudice - scindere i tipi (o le fasi) del procedimento, utilizzando quale *discrimen* l'obiettivo dello stesso.

È bene tenere a mente questa riflessione, giacché tornerà utile nell'analisi della legislazione del nostro ordinamento.

Un ultimo quesito che sarebbe interessante rivolgere al giudice *Zupančič* riguarda poi la definizione dell'interesse fiscale del singolo Stato: l'interesse fiscale è quello di riscuotere ad ogni costo il tributo, legittimando delle compressioni gravosissime dei diritti dell'uomo?

O, altrimenti, l'interesse fiscale dello Stato dovrebbe declinarsi nel senso di esigere un «giusto tributo»⁵⁷, cioè di porre in essere un meccanismo idoneo alla riscossione dello stesso, ma che - allo stesso tempo - garantisca i diritti previsti dalla Convenzione, eliminando un presupposto

⁵⁶ Corte EDU, “*Chambaz vs. Svizzera*”, *cit.*, il cui testo originale francese riporta: “Le particulier, par exemple, doit soumettre une déclaration d'impôt une fois par an, ce qui signifie du point de vue de l'auto-incrimination qu'une fois par an au moins il est contraint d'être une source de preuves contre lui-même. Si l'on portait sur cet élément un regard machinal, on considérerait que le fait de fournir à la demande des services fiscaux des justificatifs concernant les points douteux de la déclaration d'impôt est clairement incompatible avec l'idée qu'une personne ne peut devenir une source de preuves contre elle-même. Pourtant cela n'est pas le cas”.

⁵⁷ Cfr. MARCHESELLI A. e DOMINICI R., “*Giustizia tributaria e diritti fondamentali*”, *op.cit.*, cap. II.

senza fondamento, cioè che garantendo i diritti si abbia una capacità di prelievo dei tributi minore?

2.4 Le riflessioni della dottrina e il ruolo dell'art. 111 della Costituzione

Ribadendo la premessa metodologica, cioè quella di lasciare l'analisi della legislazione ordinaria ad un secondo momento e concentrandosi in questa sede sullo stato dell'attuazione dei principi costituzionali ed eurounitari, è bene effettuare delle considerazioni circa lo stato del "giusto processo" tributario italiano.

Al di là delle statuizioni della Corte EDU, come sottolineato da più voci⁵⁸ in dottrina, il fondamento di un "giusto processo" tributario può ritrovarsi già all'interno del nostro ordinamento, in particolare nell'art. 111 della Costituzione, sul quale si sono già effettuate diverse riflessioni.

Ciò che maggiormente si riconosce all'art. 111 Cost. è il fatto che questo - in linea teorica - sia stato, e sia tuttora, un vero e proprio banco di prova per il processo tributario, dal momento che «con la formula sintetica del "giusto processo", si sono valorizzati alcuni caratteri qualificanti l'attività giurisdizionale. Da una parte, il contraddittorio, la parità delle parti, la terzietà del giudice hanno assunto, grazie alla nuova formulazione dell'art. 111 Cost., un rilievo costituzionale proprio. (...) Dall'altra, la durata ragionevole del processo che, una volta affermata a livello costituzionale, può finalmente rendersi autonoma, rispetto all'art. 6 della Convenzione dei diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali»⁵⁹.

Ragionando per assurdo, come se la CEDU non esistesse, il legislatore tributario sarebbe quindi comunque destinatario dell'obbligo di attuare il "giusto processo", giacché nella formula aperta "giurisdizione" - di cui all'art. 111 comma 1 Cost. - non si possono ricomprendere le sole giurisdizioni civili e penali, ma devono esservi ricomprese tutte quelle occasioni in cui i giudici hanno il potere di applicare una norma ad una fattispecie. Inoltre, anche abbracciando l'impostazione del "caso Ferrazzini", la CEDU è comunque in grado di fare ingresso nell'ordinamento, «indirettamente, per la via degli artt. 111 e 3 Cost. e come parametri di costituzionalità»⁶⁰.

Spostando poi il *centrum* del ragionamento sull'applicazione delle garanzie penalistiche al processo tributario, bisogna rispondere ad un fondamentale quesito: che cosa rappresenta l'interesse fiscale?

⁵⁸ Cfr., *ex multis*, TESAURO F., "Giusto processo e processo tributario", in *Rassegna tributaria*, 2006 1, I.

⁵⁹ a cura di CASSESE S., "Giusto processo", in *Dizionario di diritto pubblico*, vol. III, Milano, 2006, p. 2809

⁶⁰ MARCHESELLI A. e DOMINICI R., "Giustizia tributaria e diritti fondamentali", *op.cit.*, p. 172.

Se si concepisce l'interesse fiscale come «facente parte del nocciolo duro della potestà pubblicistica dello Stato»⁶¹, ed estremizzandolo ad un potere che - in ragione dei citati artt. 2,3, 23 e 53 Cost. - non può trovare argini al di fuori del rispetto della riserva di legge, allora è chiaro che questo venga ritenuto capace di comprimere quelle garanzie processuali che in tale ottica vengono considerate quali "ostacoli" all'attuazione dell'interesse fiscale stesso.

Se però, abbandonando una concezione che andrebbe etichettata come "ottocentesca", si concepisse l'interesse fiscale quale interesse dello Stato - sempre sovrano nel delineare le proprie scelte di politica finanziaria - ad esigere un "giusto tributo", allora la sua pretesa «non dovrebbe mai implicare attenuazioni del diritto di difesa ex art. 24 della Costituzione, delle regole del giusto processo, di cui all'art. 111 della Costituzione e delle garanzie di difesa del cittadino nei confronti della Pubblica Amministrazione ex art. 113 Cost»⁶².

Secondo la migliore dottrina quindi, l'interesse fiscale dovrebbe esporsi al confronto e soprattutto al bilanciamento con gli altri diritti costituzionali, soprattutto per il fatto che quello in esame è stato storicamente «"processo minore", che stenta a raggiungere lo *standard* di tutela degli altri processi»⁶³.

Merita infine segnalazione un *tertium genus* di visione dell'interesse fiscale, che addirittura nega il fondamento costituzionale dello stesso, intendendolo invece quale «interesse esclusivo dell'Amministrazione finanziaria (...) o che al limite non ha una copertura tale da giustificare la sua prevalenza sull'interesse del contribuente anche in sede contenziosa»⁶⁴.

In conclusione quindi, tra voci che considerano l'interesse fiscale come un inarginabile potere dello Stato e quelle che ne negano addirittura il fondamento costituzionale, appare preferibile un'*aurea mediocritas*, per cui il processo tributario nasce per attuare l'interesse fiscale, ma deve farlo tenendo conto della nozione di "giusto processo", risultando ad oggi intollerabile lo stato delle cose.

3. Tra procedimento e processo tributario: quale spazio per il diritto al silenzio?

Effettuate quindi le dovute considerazioni di ordine generale sull'applicazione delle garanzie penalistiche su tutto il giudizio tributario, è ora il momento di effettuare un'ultima fondamentale premessa, per poi andare ad osservare il ruolo dello *ius tacendi* nella legislazione tributaria italiana.

⁶¹ Corte EDU, "Ferrazzini vs. Italia", cit.

⁶² TESAURO F., "Giusto processo e processo tributario", op.cit., p. 11.

⁶³ TESAURO F., "Giusto processo e processo tributario", op.cit., p. 19.

⁶⁴ GALLO F., "Verso un giusto processo tributario", in *Rassegna tributaria*, 2003, 1, I, p. 11.

Finora si è infatti parlato in termini generalisti circa il giudizio tributario.

Esso però ricomprende due diverse fasi che vanno nettamente distinte tra loro: quella del procedimento tributario e quella del processo tributario.

Distinguere tra le fasi permette infatti di comprendere il *locus naturalis* del diritto al silenzio, che deve farsi strada e trovare il proprio spazio tra l'obbligo di contribuire da un lato e il rischio dell'autoincriminazione dall'altro.

Il procedimento tributario è da intendersi come una «successione coordinata e integrata di atti ed operazioni, ciascuno e ciascuna delle quali, di norma, ne presuppone alcuni ed alcune e nel contempo ne è di altri ed altre il presupposto; successione di atti ed operazioni rivolti e rivolte ad uno scopo, ovverosia l'adozione di un provvedimento»⁶⁵, e questo provvedimento è, nella maggior parte dei casi, l'avviso di accertamento.

La funzione del procedimento tributario va però scissa, dal momento che v'è una prima parte che ha una funzione di mero «accertamento della ricchezza»⁶⁶, cioè volta a constatare, con modalità che tosto saranno analizzate, la base imponibile del tributo. Questa fase di accertamento prende comunemente il nome di «fase dell'iniziativa»⁶⁷.

Essa ha la caratteristica di essere, salvo rarissime eccezioni, dominata dalla c.d. «eteroiniziativa»⁶⁸, cioè da una moltitudine di obblighi, doveri e oneri che spettano al contribuente.

A titolo d'esempio, si può pensare ai soggetti titolari di redditi derivanti dal lavoro autonomo e d'impresa; essi sono obbligati alla «tenuta di un'articolata serie di scritture contabili, sistematicamente ed analiticamente disciplinate dal titolo II del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600»⁶⁹, che poi dovranno essere «auto-dichiarate» dal contribuente stesso all'amministrazione finanziaria.

La citata normativa fa infatti riferimento alla celeberrima «dichiarazione dei redditi», la quale risulta essere il migliore esempio dei doveri del contribuente, discendenti dal combinato disposto degli - analizzati - artt. 2 e 53 Cost., il cui risultato è quello d'imporre l'adempimento al dovere inderogabile di solidarietà sociale attraverso l'obbligo specifico di contribuire in base alla propria capacità.

⁶⁵ MARCHESELLI A. e DOMINICI R., «Giustizia tributaria e diritti fondamentali», *op.cit.*, p. 77.

⁶⁶ MARCHESELLI A., «Buona fede del contribuente, obblighi di cooperazione nella fase amministrativa e diritto al silenzio: tempesta in arrivo dalle Corti Internazionali», in *Riv. Tel. Di diritto tributario*, 2021, 1, I, p. 4.

⁶⁷ Cfr., *ex multis*, TESAURO F., «Compendio di diritto tributario», *op.cit.* e a cura di MARCHESELLI A., «Accertamenti tributari e difesa del contribuente», *op.cit.*, p. 121 e ss.

⁶⁸ a cura di FANTOZZI A., «Diritto tributario», *op.cit.*, p. 197.

⁶⁹ RUSSO P., «Manuale di diritto tributario: parte generale», V ed., Milano, Giuffrè, 2007, p. 244.

Appare quindi logico come in questa sede il diritto al silenzio non possa essere minimamente invocato, principalmente per due ordini di ragioni: a) Il primo riguarda la *raison d'être* del *ius tacendi*, che - come già ampiamente descritto⁷⁰ - non deve essere inteso come uno strumento per sottrarsi all'agire dell'autorità procedente e nel caso specifico anche ai propri doveri costituzionali, ma come un *quid* che opera solo ed esclusivamente per garantire l'individuo dal rischio di autoincriminazione; b) Il secondo invece riguarda la natura stessa della fase d'iniziativa, che non è volta ad irrogare una sanzione (e che quindi non genera interferenze con i "criteri *Engel*", ma è invece volta all'accertamento della ricchezza, per far sì che in base ad essa il contribuente ottemperi a quel «dovere attuativo dei valori costituzionali»⁷¹.

La conclusione logica sulla fase d'iniziativa è quindi per una netta e pacifica esclusione del diritto al silenzio, che viene escluso in ragione dell'esistenza del dovere costituzionalmente riconosciuto di rispettare gli obblighi dichiarativi al fine di adempiere al pagamento dei tributi.

La questione invece appare molto più complessa per le fasi procedurali seguenti all'iniziativa, cioè le fasi dell'istruttoria, della decisione e dell'emanazione del provvedimento.

Come si avrà modo di evidenziare nell'analisi della legislazione tributaria, anche e soprattutto nella fase istruttoria sono presenti una pluralità di obblighi di collaborazione in capo al contribuente, i quali possono essere considerati come «obblighi di cooperazione di secondo grado»⁷². Essi prendono questo nome perché hanno un *fil rouge* che li accomuna, cioè il fatto di obbligare il contribuente a cooperare nell'accertamento del fatto che egli stesso sia in qualche modo venuto meno «all'obbligo di primo grado, cioè l'obbligo di ostensione della propria ricchezza, liquidazione del tributo e versamento del tributo»⁷³.

Particolare fondamentale ai fini della trattazione è quello che il vincolare il contribuente ad adempiere agli obblighi di secondo grado, in sostanza si traduce nell'imporgli la collaborazione per la propria auto-incriminazione, la cui conseguenza è (anche) l'irrogazione di sanzioni.

⁷⁰ Cfr. Cap. II.

⁷¹ MARCHESELLI A., "Buona fede del contribuente, obblighi di cooperazione nella fase amministrativa e diritto al silenzio: tempesta in arrivo dalle Corti Internazionali", *op.cit.*, p. 4.

⁷² MARCHESELLI A., "Buona fede del contribuente, obblighi di cooperazione nella fase amministrativa e diritto al silenzio: tempesta in arrivo dalle Corti Internazionali", *op.cit.*, p. 4.

⁷³ MARCHESELLI A., "Buona fede del contribuente, obblighi di cooperazione nella fase amministrativa e diritto al silenzio: tempesta in arrivo dalle Corti Internazionali", *op.cit.*, p. 4.

Se infatti, a seguito dell'iniziativa, l'Agenzia evidenzia delle irregolarità nelle dichiarazioni del contribuente, allora potrà invitare lo stesso a rendere comunicazioni e soprattutto a trasmettere la documentazione che possiede - con la presenza di sanzioni, sia economiche che processuali, in caso di omessa dichiarazione - al fine di accertare la sua responsabilità.

Ripetendo il richiamo alle pagine seguenti per una meritevole analisi dell'impianto normativo, è sufficiente in questa sede affermare che - quantomeno a livello logico - lo spazio per l'applicazione del diritto al silenzio all'interno del procedimento tributario è (o dovrebbe essere) diviso in due: uno spazio (quello dell'iniziativa) in cui non è assolutamente ammesso, un altro (quello successivo della fase istruttoria) in cui è pienamente applicabile.

A questa conclusione si arriva altresì grazie al *discrimen* emerso nella giurisprudenza CEDU: quando l'agire dell'autorità è volto (anche) all'irrogazione di una sanzione, questo trova piena applicazione, quando non vi è volto, allora questo non trova applicazione.

Per quanto invece riguarda il processo tributario, che si svolge davanti ad un giudice (Commissione Tributaria provinciale, regionale e Corte di Cassazione), non è necessario effettuare alcuna distinzione interna.

Ciò perché il processo tributario è un "processo impugnatorio", cioè basato sull'opposizione ad un provvedimento; esso nella maggior parte dei casi è foriere di una sanzione nei confronti del contribuente. Inoltre l'art. 111 garantisce l'applicazione del "giusto processo" e indirettamente della CEDU - con le relative garanzie - a tutti i processi, spazzando via ogni dubbio sulla questione.

Una postilla, che però ha grande rilevanza, riguarda il fatto che nella manualistica - molto spesso - la questione, sia essa generale sull'applicazione di tutte le garanzie CEDU e di quelle del "giusto processo", o sia particolare sul diritto al silenzio, è estremamente trascurata.

Si può infatti notare come vi sia una menzione delle garanzie, che però sembrano restare "in bella vista" senza poi ricevere un'adeguata riflessione e soprattutto un confronto con la normativa interna. Ad esempio, si afferma spesso che «il dovere di collaborazione incontra un limite nel diritto del contribuente di rimanere in silenzio e di non produrre documenti - diritto desumibile dal principio dell'equo processo, sancito dall'art. 6 CEDU -, se ciò comporterebbe il rischio di essere accusato in sede penale»⁷⁴, per poi proseguire nell'analisi dell'apparato

⁷⁴ TESAURO F., "Compendio di diritto tributario", *op.cit.*, p. 114.

sanzionatorio italiano, che è ispirato al principio opposto, senza nemmeno fare menzione di un'ipotetica illegittimità costituzionale dello stesso.

4. La legislazione sul procedimento tributario: il "silenzio sanzionato"

A questo punto è indispensabile effettuare una disamina dettagliata delle disposizioni che riguardano l'esercizio del silenzio da parte del contribuente nel corso del procedimento tributario, ponendo l'attenzione su tutte le criticità che esso rappresenta e le palesi contraddizioni con la Costituzione e le fonti eurounitarie.

Il procedimento tributario è governato, in ossequio alla riserva di legge *ex art. 23 Cost.*, da una pluralità di leggi e provvedimenti aventi forza di legge, che spesso generano confusione e contrasti applicativi, rendendo sempre più necessaria una riforma per l'introduzione di un unico codice tributario.

Lasciando *a latere* la questione sulla codificazione, è bene indicare analiticamente i più importanti interventi del legislatore: a) Lo "Statuto dei diritti del contribuente", legge del 27 luglio 2000, n. 212; b) Il "Testo Unico delle Imposte sui Redditi", D.P.R. del 22 dicembre 1986, n. 917; c) Il D.P.R. del 26 ottobre 1972, n. 633, in materia di "Istituzione e disciplina dell'imposta sul valore aggiunto"; d) Il D.P.R. del 29 settembre 1973, n. 600, sulle "Disposizioni comuni in materia di accertamento delle imposte sui redditi"; e) Il D.P.R. del 29 settembre 1973, n. 602, recante "Disposizioni sulla riscossione delle imposte sul reddito".

4.1 Lo Statuto dei diritti del contribuente

L'intervento normativo più importante dal quale muovere i primi passi è senza dubbio alcuno lo Statuto del contribuente, anche in ragione del fatto che questo apre con una granitica disposizione programmatica; è infatti l'art. 1 a prevedere che: "Le disposizioni della presente legge, in attuazione degli articoli 3, 23, 53 e 97 della Costituzione, costituiscono principi generali dell'ordinamento tributario e possono essere derogate o modificate solo espressamente e mai da leggi speciali".

Circa la natura dello Statuto, deve segnalarsi una spaccatura dottrinale, tra coloro⁷⁵ che lo considerano come legge autonoma e indipendente da quella sul procedimento amministrativo, cioè la legge 7 agosto 1990, n. 241, e chi⁷⁶ invece lo considera quale *lex specialis* tributaria rispetto alla disciplina generale del procedimento amministrativo.

⁷⁵ Cfr., *ex multis*, PERRONE L., "Certeza del diritto e leggi d'interpretazione tributaria", in *Rassegna tributaria*, 2, II, 2001, p. 1050 e ss.

⁷⁶ Cfr., *ex multis*, MARCHESELLI A., "Il giusto procedimento tributario. Principi e discipline", I ed., Padova, Cedam, 2013.

Appare preferibile la seconda tesi, soprattutto per un dato di carattere sistematico: se si va, per esempio, ad osservare l'art. 1 della l. 241/1990, che tratta la trasparenza amministrativa, si può notare come esso si completi con l'art. 5 dello Statuto, il quale nella sostanza va a prevedere che «l'amministrazione finanziaria debba assumere idonee iniziative volte a consentire la completa e agevole conoscenza delle disposizioni legislative e amministrative in materia tributaria, anche curando la predisposizione di testi coordinati da mettere a disposizione del contribuente presso ogni ufficio impositore»⁷⁷.

Il testo della legge è poi estremamente eterogeneo, esso «al suo interno contiene norme di natura alquanto differente: alcune sono rivolte al legislatore, altre invece direttamente agli uffici tributari e al contribuente, ma tutte sono accomunate dal principio della tutela del legittimo affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica e nella buona amministrazione»⁷⁸.

In molti hanno elogiato lo Statuto per il fatto che si sia impegnato a stabilire regole fondamentali, quali il divieto di retroattività (art. 3) e il divieto di utilizzo del decreto legge (art.4), che hanno colmato delle lacune profondissime dell'ordinamento tributario, che avevano storicamente generato confusione e contraddizione normativa.

Tuttavia lo Statuto ha un difetto strutturale apparentemente irrisolvibile: sancisce delle regole che vogliono agire con il ruolo di principi (quindi ad un livello superiore rispetto alla legge ordinaria), quando la stessa l. 212/2000 è stata adottata con procedura legislativa ordinaria, la questione può riassumersi dunque nella conclusione che sia mancata la sua "costituzionalizzazione"

Volendo fare un esempio pratico: quando lo Statuto sancisce il divieto di utilizzo del decreto legge in materia tributaria, questo (almeno sulla carta) rimane inattuato, perché una legge ordinaria non è in grado di sovrastarne una di pari rango.

Tuttavia, per tentare di salvarne l'applicazione, è intervenuta la giurisprudenza della Consulta, che ha avuto modo di affermare che: «le disposizioni della legge 212/2000, proprio in ragione della loro qualificazione in termini di principi generali dell'ordinamento, rappresentano (non già norme interposte ma) criteri d'interpretazione adeguatrice della legislazione tributaria anche antecedente»⁷⁹.

⁷⁷ MARONGIU G., "Lo Statuto dei diritti del contribuente", in www.associazionenazionaletributaristi.eu, 2005, p. 6.

⁷⁸ MARCHESELLI A. e DOMINICI R., "Giustizia tributaria e diritti fondamentali", *op.cit.*, p. 8.

⁷⁹ Corte Cost., ordinanza del 6 luglio 2004, n. 216, in www.giuricost.it.

A questo punto, anche per passare dalla disciplina generale a quella specifica sul diritto al silenzio, merita di essere menzionata l'unica disposizione dello Statuto in materia, cioè l'art. 6 comma 4, il quale prevede che: "Al contribuente non possono, in ogni caso, essere richiesti documenti ed informazioni già in possesso dell'amministrazione finanziaria o di altre amministrazioni pubbliche indicate dal contribuente".

Sebbene la disposizione segni un (e probabilmente anche l'unico) baluardo a tutela del diritto a non autoincriminarsi, essa non risulta assolutamente sufficiente, dal momento che ha per oggetto solamente documenti ed informazioni che siano già in possesso della P.A.

Fa riflettere - anche tristemente - il fatto che nella legge nata per elencare i diritti del contribuente, non esista un riferimento espresso al fatto che quest'ultimo possa fare esercizio di uno dei massimi principi garantistici.

4.2 L'art. 32 del D.P.R n. 600/1973 e 51 del D.P.R. n. 633/1972: le sanzioni per l'esercizio di un diritto

Due disposizioni presenti all'interno della legislazione tributaria che appaiono maggiormente incompatibili con la visione del "giusto processo" tributario e con l'applicabilità alla materia dello *ius tacendi* sono senza dubbio l'art. 32 del D.P.R. sulle "Disposizioni sulla riscossione delle imposte sul reddito" e l'art. 51 del D.P.R. recante le "Disposizioni comuni in materia di accertamento delle imposte sui redditi".

Il primo prevede che: "Per l'adempimento dei loro compiti gli uffici delle imposte possono:

- 1) procedere all'esecuzione di accessi, ispezioni e verifiche a norma del successivo articolo 33;
- 2) invitare i contribuenti, indicandone il motivo, a comparire di persona o per mezzo di rappresentanti per fornire dati e notizie rilevanti ai fini dell'accertamento nei loro confronti, anche relativamente ai rapporti ed alle operazioni, i cui dati, notizie e documenti siano stati acquisiti (...). I dati ed elementi attinenti ai rapporti ed alle operazioni acquisiti e rilevati (...), sono posti a base delle rettifiche e degli accertamenti previsti dagli artt. 38, 39, 40 e 41 se il contribuente non dimostra che ne ha tenuto conto per la determinazione del reddito soggetto ad imposta o che non hanno rilevanza allo stesso fine (...);
- 3) invitare i contribuenti, indicandone il motivo, a esibire o trasmettere atti e documenti rilevanti ai fini dell'accertamento nei loro confronti, compresi i documenti di cui al successivo art. 34. Ai soggetti obbligati alla tenuta di scritture contabili secondo le disposizioni del titolo III può essere richiesta anche l'esibizione dei bilanci o rendiconti e dei libri o registri previsti

dalle disposizioni tributarie. L'ufficio può estrarne copia ovvero trattenerli, rilasciandone ricevuta, per un periodo non superiore a sessanta giorni dalla ricezione. Non possono essere trattenute le scritture cronologiche in uso;

4) inviare ai contribuenti questionari relativi a dati e notizie di carattere specifico rilevanti ai fini dell'accertamento nei loro confronti nonché nei confronti di altri contribuenti con i quali abbiano intrattenuto rapporti, con invito a restituirli compilati e firmati (...);

6-bis) richiedere, previa autorizzazione del direttore centrale dell'accertamento dell'Agenzia delle entrate o del direttore regionale della stessa, ovvero, per il Corpo della guardia di finanza, del comandante regionale, ai soggetti sottoposti ad accertamento, ispezione o verifica il rilascio di una dichiarazione contenente l'indicazione della natura, del numero e degli estremi identificativi dei rapporti intrattenuti con le banche, la società Poste italiane S.p.a., gli intermediari finanziari, le imprese di investimento, gli organismi di investimento collettivo del risparmio, le società di gestione del risparmio e le società fiduciarie, nazionali o stranieri, in corso ovvero estinti da non più di cinque anni dalla data della richiesta. Il richiedente e coloro che vengono in possesso dei dati raccolti devono assumere direttamente le cautele necessarie alla riservatezza dei dati acquisiti.

Gli inviti e le richieste di cui al presente articolo devono essere notificati ai sensi dell'art. 60. Dalla data di notifica decorre il termine fissato dall'ufficio per l'adempimento, che non può essere inferiore a quindici giorni ovvero per il caso di cui al n. 7) a trenta giorni. Il termine può essere prorogato per un periodo di venti giorni su istanza dell'operatore finanziario, per giustificati motivi, dal competente direttore centrale o direttore regionale per l'Agenzia delle entrate, ovvero, per il Corpo della guardia di finanza, dal comandante regionale.

Le notizie ed i dati non adottati e gli atti, i documenti, i libri ed i registri non esibiti o non trasmessi in risposta agli inviti dell'ufficio non possono essere presi in considerazione a favore del contribuente, ai fini dell'accertamento in sede amministrativa e contenziosa. Di ciò l'ufficio deve informare il contribuente contestualmente alla richiesta”.

Di struttura alquanto simile è l'art. 51 del D.P.R. n. 633/1972, il quale dispone che: “Gli Uffici dell'imposta sul valore aggiunto controllano le dichiarazioni presentate e i versamenti eseguiti dai contribuenti, ne rilevano l'eventuale omissione e provvedono all'accertamento e alla riscossione delle imposte o maggiori imposte dovute; vigilano sull'osservanza degli obblighi relativi alla fatturazione e registrazione delle operazioni e alla tenuta della contabilità e degli altri obblighi stabiliti dal presente decreto; provvedono alla irrogazione delle pene

pecuniarie e delle soprattasse e alla presentazione del rapporto all'autorità giudiziaria per le violazioni sanzionate penalmente(...).

Per l'adempimento dei loro compiti gli Uffici possono:

- 1) procedere all'esecuzione di accessi, ispezioni e verifiche ai sensi dell'art. 52;
 - 2) invitare i soggetti che esercitano imprese, arti o professioni, indicandone il motivo, a comparire di persona o a mezzo di rappresentanti per esibire documenti e scritture, ad esclusione dei libri e dei registri in corso di scritturazione, o per fornire dati, notizie e chiarimenti rilevanti ai fini degli accertamenti nei loro confronti anche relativamente ai rapporti ed alle operazioni, i cui dati, notizie e documenti siano stati acquisiti a norma del numero 7) del presente comma, ovvero rilevati a norma dell'articolo 52, ultimo comma, o dell'articolo 63, primo comma, o acquisiti ai sensi dell'articolo 18, comma 3, lettera b), del decreto legislativo 26 ottobre 1995, n. 504. I dati ed elementi attinenti ai rapporti ed alle operazioni acquisiti e rilevati rispettivamente a norma del numero 7) e dell'articolo 52, ultimo comma, o dell'articolo 63, primo comma, o acquisiti ai sensi dell'articolo 18, comma 3, lettera b), del decreto legislativo 26 ottobre 1995, n. 504, sono posti a base delle rettifiche e degli accertamenti previsti dagli articoli 54 e 55 se il contribuente non dimostra che ne ha tenuto conto nelle dichiarazioni o che non si riferiscono ad operazioni imponibili; sia le operazioni imponibili sia gli acquisti si considerano effettuati all'aliquota in prevalenza rispettivamente applicata o che avrebbe dovuto essere applicata. Le richieste fatte e le risposte ricevute devono essere verbalizzate a norma del sesto comma dell'articolo 52 ;
 - 3) inviare ai soggetti che esercitano imprese, arti e professioni, con invito a restituirli compilati e firmati, questionari relativi a dati e notizie di carattere specifico rilevanti ai fini dell'accertamento, anche nei confronti di loro clienti e fornitori;
- 6-bis)richiedere, previa autorizzazione del direttore centrale dell'accertamento dell'Agenzia delle entrate o del direttore regionale della stessa, ovvero, per il Corpo della guardia di finanza, del comandante regionale, ai soggetti sottoposti ad accertamento, ispezione o verifica il rilascio di una dichiarazione contenente l'indicazione della natura, del numero e degli estremi identificativi dei rapporti intrattenuti con le banche, la società Poste italiane S.p.a., gli intermediari finanziari, le imprese di investimento, gli organismi di investimento collettivo del risparmio, le società di gestione del risparmio e le società fiduciarie, nazionali o stranieri, in corso ovvero estinti da non più di cinque anni dalla data della richiesta. Il richiedente e coloro che vengono in possesso dei dati raccolti devono assumere direttamente le cautele necessarie alla riservatezza dei dati acquisiti;

Gli inviti e le richieste di cui al precedente comma devono essere fatti a mezzo di raccomandata con avviso di ricevimento, fissando per l'adempimento un termine non inferiore a quindici giorni ovvero, per il caso di cui al n. 7), non inferiore a trenta giorni. Il termine può essere prorogato per un periodo di venti giorni su istanza dell'operatore finanziario, per giustificati motivi, dal competente direttore centrale o direttore regionale per l'Agenzia delle entrate, ovvero, per il Corpo della guardia di finanza, dal comandante regionale. Si applicano le disposizioni dell'art. 52 del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, e successive modificazioni.

Le richieste di cui al secondo comma, numero 7), nonché le relative risposte, anche se negative, sono effettuate esclusivamente in via telematica. Con provvedimento del direttore dell'Agenzia delle entrate sono stabilite le disposizioni attuative e le modalità di trasmissione delle richieste, delle risposte, nonché dei dati e delle notizie riguardanti i rapporti e le operazioni indicati nel citato numero 7)

Per l'inottemperanza agli inviti di cui al secondo comma, numeri 3) e 4), si applicano le disposizioni di cui ai commi terzo e quarto dell'articolo 32 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, e successive modificazioni (13)".

Entrambe le disposizioni sono estremamente lunghe e complesse, per tal motivo si è deciso di riportare esclusivamente i commi rilevanti ai fini della trattazione.

L'art. 32 per le imposte sui redditi e l'art. 51 per l'IVA⁸⁰, contengono il cuore della disciplina delle richieste al contribuente nel corso della fase dell'istruttoria.

Essi costituiscono il fondamento del potere dell'Amministrazione di formulare nei confronti del contribuente degli inviti a comparire (come previsto dal n. 2 di entrambi gli articoli), di inviare dei questionari che lo stesso sarà tenuto a compilare e a restituire (art. 32, n. 4 e art. 51, n. 3) e di invitarlo ad esibire atti e documenti (art. 32, n. 3 e 6-bis e art. 51, n. 4 e 6-bis).

Procedendo con ordine, l'invito a comparire dinanzi all'Amministrazione può essere adempiuto dal contribuente in prima persona o a mezzo di rappresentanti; la sua *raison d'être* si fonda sul fatto che l'Amministrazione da un lato abbia il fine di accertare le potenziali incongruenze tra la ricchezza posseduta e quella dichiarata e che il contribuente dall'altro sia destinatario di un dovere di contribuzione (*ex artt. 2,3 e 53 Cost.*).

È evidente in questo caso la sussistenza di un - già citato - "obbligo di cooperazione di secondo grado", che *de facto* si sostanzia nella possibilità per l'Amministrazione di avere un quadro probatorio più ampio per dimostrare la responsabilità del contribuente.

⁸⁰ Non si menziona, per sinteticità, l'art. 53-bis del D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131, che ha le medesime previsioni in materia d'imposte di registro, catastali e ipotecarie.

Per quanto invece riguarda l'invio dei questionari, essi vengono inviati al contribuente con l'obbligo (sanzionato) di compilazione e restituzione, che permettono letteralmente di scavare in tutte le operazioni economiche del destinatario, dal momento che - come emerge dalla *littera legis* - essi avranno per oggetto sì "dati e notizie di carattere specifico", ma che rispondano al criterio apertissimo de "la rilevanza ai fini dell'accertamento".

Infine si ha l'invito all'esibizione di atti e documenti, che sono i bilanci, rendiconti e libri o registri per le imposte sul reddito, i documenti e le fatture relative a determinate cessioni o prestazioni - "con ogni informazione relativa" - per l'IVA.

Le richieste di atti e documenti, a differenza dell'invito a comparire e dell'invio di questionari, non soggiacciono ad un obbligo di motivazione, ingenerando «dubbi di violazione della norma domestica in relazione al principio c.d. di divieto di "fishing expedition" di diritto unionale»⁸¹.

Circa la *ratio* fondante di dette richieste, è presente una granitica pronuncia della Cassazione, che ha avuto modo di affermare come queste - sia per le imposte sui redditi sia per l'IVA - assolvano «alla funzione di assicurare, in forza dei canoni di lealtà, correttezza e collaborazione proprio degli obblighi di solidarietà della materia tributaria, un dialogo preventivo tra Fisco e contribuente per favorire la definizione delle reciproche posizioni onde evitare l'instaurazione del contenzioso giudiziario»⁸².

Quale dunque lo spazio di esercizio del diritto al silenzio a fronte di tre vie che possono determinare l'autoincriminazione?

Una pluralità di sanzioni, per la "colpa" di esercitare un diritto costituzionalmente e convenzionalmente garantito.

La stessa Cassazione, nella pronuncia appena citata, proprio in ragione del principio di collaborazione, non esita minimamente a riconoscere che da questo «consegua che le fattispecie di omessa intempestiva risposta possono ritenersi legittimamente sanzionate con la preclusione amministrativa e processuale»⁸³.

Il quadro sanzionatorio è particolarmente articolato, quindi è bene distinguere le stesse in tre macro-categorie, utilizzando quale *discrimen* la loro conseguenza per il contribuente: a) Le sanzioni che possono determinare un mutamento dell'*onus probandi*, legittimando

⁸¹ a cura di MARCHESELLI A., "Accertamenti tributari e difesa del contribuente", *op.cit.*, p 162.

⁸² Corte di Cass., sez trib., 30 gennaio 2007, sentenza n. 1942, www.cortedicassazione.it.

⁸³ Corte di Cass., sez trib., n. 1942/2007, *cit.*

l'applicazione di particolari tecniche d'accertamento; b) Le sanzioni di natura procedimentale e - soprattutto - processuale; c) Le sanzioni di carattere pecuniario; d) Le sanzioni penalistiche.

Per quanto attiene alle sanzioni *sub a)*, se ne possono riscontrare nello stesso D.P.R. n. 600/1973, ad esempio all'art. 39, comma 2, lett. *d-bis)*, il quale dispone che: "In deroga alle disposizioni del comma precedente l'ufficio delle imposte determina il reddito d'impresa sulla base dei dati e delle notizie comunque raccolti o venuti a sua conoscenza, con facoltà di prescindere in tutto o in parte dalle risultanze del bilancio e dalle scritture contabili in quanto esistenti e di avvalersi anche di presunzioni prive dei requisiti di cui alla lettera d) del precedente comma: (...) *d-bis)* quando il contribuente non ha dato seguito agli inviti disposti dagli uffici ai sensi dell'articolo 32, primo comma, numeri 3) e 4), del presente decreto o dell'articolo 51, secondo comma, numeri 3) e 4), del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633".

La disposizione permette all'Amministrazione d'effettuare il c.d. "accertamento induttivo extracontabile" del reddito d'impresa, caratterizzato da una «attenuazione del rigore probatorio e procedimentale a carico dell'Ufficio, fondandosi evidentemente sulla forza indiziaria di una condotta sospetta del contribuente»⁸⁴; per di più, potendo comportarsi come se la contabilità non esistesse quale prova contraria. I

noltre - e forse in questo elemento consiste la caratteristica che più lascia perplessi dell'accertamento induttivo - dalla stessa *littera legis* emerge come le presunzioni utilizzate possano essere prive di requisiti di gravità, precisione e concordanza tra loro.

Quanto alle sanzioni procedimentali, queste sono previste all'interno dell'art. 52 comma 5 del D.P.R. n. 6333/1972, e vengono applicate anche in materia d'IVA, «dovendo essere privilegiata una interpretazione sistematica della norma tributaria - costituzionalmente orientata agli artt. 3, 24 e 53 Cost. - con la parallela preclusione alla utilizzabilità probatoria dei documenti "non esibiti o non trasmessi in risposta agli inviti dell'ufficio" prevista in materia di imposte sui redditi dal D.P.R. n. 600 del 1973»⁸⁵.

L'art. 52 comma 5 dispone che: "i libri, registri, scritture e documenti di cui è rifiutata l'esibizione non possono essere presi in considerazione a favore del contribuente ai fini dell'accertamento in sede amministrativa o contenziosa. Per rifiuto di esibizione si intendono anche la dichiarazione di non possedere i libri, registri, documenti e scritture e la sottrazione di essi alla ispezione".

⁸⁴ a cura di MARCHESELLI A., "Accertamenti tributari e difesa del contribuente", *op.cit.*, p 163.

⁸⁵ Corte di Cass., Sez. Trib., sentenza del 2 dicembre 2015, n. 24503, www.cortedicassazione.it.

La disposizione in esame è stata oggetto d'interpretazione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, le quali hanno stabilito che «affinché la dichiarazione resa dal contribuente nel corso di un accesso o comunque di una verifica di non possedere i libri, i registri, le scritture e i documenti richiestigli in esibizione determini la preclusione a che gli stessi possano essere presi in considerazione a suo favore ai fini dell'accertamento in sede amministrativa o contenziosa, sono necessari: a) la sua non veridicità o, più in generale, il suo strutturarsi quale sostanziale rifiuto di esibizione, evincibile anche da meri indizi; b) la coscienza e la volontà della dichiarazione stessa; c) il dolo, costituito dalla volontà del contribuente di impedire che, nel corso dell'accesso, possa essere effettuata l'ispezione del documento»⁸⁶.

La disposizione in sostanza impedisce al contribuente, che abbia rifiutato di esibire i documenti richiesti sia per rifiuto esplicito (che può essere individuato anche sulla base di "meri indizi") che per dichiarazione di mancato possesso, di far valere gli stessi in proprio favore in sede amministrativa e contenziosa.

Queste sanzioni sono dotate di un potenziale punitivo gravosissimo; s'immagini un contribuente che, nel corso di un accesso all'interno dei propri locali da parte della Guardia di Finanza, atterrito, sorpreso e in assenza del difensore, decida di rifiutarsi di fornire i propri libri contabili. Questo errore potrebbe determinare l'impossibilità per lo stesso di dimostrare la propria non colpevolezza nella presunta omessa dichiarazione della base imponibile per il calcolo imposte dovute e, quindi, renderlo destinatario di ciclopiche sanzioni pecuniarie.

Altro elemento che fa comprendere il "mondo giuridico autonomo" in cui vive il diritto tributario italiano sta nel fatto che, mentre alla Corte EDU erano già da tempo presenti i "criteri *Engel*" e nell'ordinamento processuale penalistico nazionale si celebravano i dieci anni della vigenza di un codice finalmente accusatorio, il legislatore interveniva con la legge del 18 febbraio 1999, n. 28, proprio per inserire le sanzioni procedurali che prima non esistevano.

In merito alle sanzioni amministrative *sub c)* invece è necessario fare riferimento al d.lgs. del 18 dicembre 1997, n. 471, rubricato come "Riforma delle sanzioni tributarie non penali in materia di imposte dirette, di imposta sul valore aggiunto e di riscossione dei tributi".

Già dalla *rubrica legis* è chiaro l'obiettivo dell'intervento del legislatore, il quale, oltre a prevedere delle sanzioni per coloro i quali si siano (scorrettamente) sottratti all'obbligo

⁸⁶ Corte di Cass., S.U., sentenza del 25 febbraio 2000, n. 45, www.cortedicassazione.it.

primario di contribuire in base alla propria capacità, ne prevede anche per dei comportamenti rientranti nell'alveo del silenzio del contribuente.

La sanzione prevista dall'art. 11 comma 1 punisce infatti: "Con la sanzione amministrativa da euro 250 a euro 2.000 le seguenti violazioni:

- a) omissione di ogni comunicazione prescritta dalla legge tributaria anche se non richiesta dagli uffici o dalla Guardia di finanza al contribuente o a terzi nell'esercizio dei poteri di verifica ed accertamento in materia di imposte dirette e di imposta sul valore aggiunto o invio di tali comunicazioni con dati incompleti o non veritieri;
- b) mancata restituzione dei questionari inviati al contribuente o a terzi nell'esercizio dei poteri di cui alla precedente lettera a) o loro restituzione con risposte incomplete o non veritiere;
- c) inottemperanza all'invito a comparire e a qualsiasi altra richiesta fatta dagli uffici o dalla Guardia di finanza nell'esercizio dei poteri loro conferiti".

La disposizione abbraccia chiaramente tutte le condotte omissive sia nei confronti dell'invito a comparire sia dei questionari e degli inviti ad esibire atti e documenti.

4.3 Le sanzioni penalistiche

Sono meritevoli di riflessione autonoma le sanzioni penalistiche, per due differenti ordini di ragioni.

Il primo riposa nel fatto che lo "spettro" della sanzione penalistica sia onnipresente nel corso della fase istruttoria del procedimento tributario, dal momento che il soggetto che raccoglie le informazioni derivanti dall'esibizione di atti e documenti, dai questionari o dalla comparizione del contribuente è un pubblico ufficiale. Tale qualifica soggettiva ha un ruolo fondamentale, dal momento che il pubblico ufficiale è destinatario del dovere di denuncia della *notitia criminis* all'Autorità Giudiziaria; dovere la cui omissione è sanzionata dagli artt. 357-358 del codice penale.

Di conseguenza quando il contribuente nella fase procedimentale è obbligato a collaborare con l'Agenzia delle Entrate, ad esempio trasmettendole un documento che lo incrimina, è come se collaborasse alla propria autoincriminazione in sede penale, con buona pace di tutte le riflessioni fatte sul diritto al silenzio finora.

Il secondo riguarda il fatto che, già dai soli comportamenti omissivi del contribuente, a fronte delle richieste istruttorie dell'Amministrazione, il legislatore abbia determinato delle ipotesi di responsabilità penale.

Merita menzione l'art. 11 del decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201, il quale dispone che: "Chiunque, a seguito delle richieste effettuate nell'esercizio dei poteri di cui agli articoli 32 e 33 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, e agli articoli 51 e 52 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1972, n. 633, esibisce o trasmette atti o documenti falsi in tutto o in parte ovvero fornisce dati e notizie non rispondenti al vero è punito ai sensi dell'articolo 76 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445".

La disposizione prevede dunque che qualora il contribuente, a seguito delle richieste istruttorie in materia di imposte sul reddito e d'IVA, fornisca informazioni mendaci o trasmetta o produca documenti falsi, risponda del reato previsto dall'art. 76 comma 1 del D.P.R. del 28 dicembre 2000, n. 445, il quale prevede che: "Chiunque rilascia dichiarazioni mendaci, forma atti falsi o ne fa uso nei casi previsti dal presente testo unico è punito ai sensi del codice penale e delle leggi speciali in materia".

Per un'analisi completa è poi bene menzionare in questa sede anche l'art. 10 comma 1 del d.lgs. del 10 marzo 2000, n. 74, il quale dispone che: "Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da tre a sette anni chiunque, al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto, ovvero di consentire l'evasione a terzi, occulta o distrugge in tutto o in parte le scritture contabili o i documenti di cui è obbligatoria la conservazione, in modo da non consentire la ricostruzione dei redditi o del volume di affari".

Suddette disposizioni determinano la responsabilità penale del contribuente per comportamenti diversi.

Una prima questione riguarda esclusivamente il combinato disposto degli artt. 76 comma 1 del D.P.R. n. 445/2000 e 11 del d.l. n. 201/2011, nella parte in cui si fa riferimento alle "dichiarazioni mendaci", che non sono invece contemplate nell'altra disposizione menzionata.

Sulla base delle premesse effettuate nel corso della trattazione⁸⁷, è palese che ci si trovi dinnanzi ad un'ipotesi in cui va (o quantomeno andrebbe) applicata la "terza via" sul rapporto tra diritto al silenzio e *mendacio*. Come si è già evidenziato, il diritto al silenzio sembra potersi estendere sino alla menzogna, a condizione che questa sia collegata strettamente al pericolo di autoincriminazione e non sfoci nei reati di calunnia ed autocalunnia.

⁸⁷ Cfr. Cap II, § 4.1

Dinnanzi ad una sanzione pacificamente penalistica, come riconosciuto dalla stessa legge che la istituisce, ecco che, solo per l'arretratezza presente in materia tributaria, devono essere dimenticati i diritti riconosciuti dalla Costituzione, dalla CEDU e del Patto internazionale sui diritti civili e politici.

Una seconda questione ha invece per oggetto tutte e tre le disposizioni nella parte in cui esse prevedono la sussistenza della responsabilità penale in capo al contribuente che distrugge, falsifica o occulta le documentazioni richieste.

È necessario distinguere.

Si ha una prima condotta, cioè quella della distruzione delle scritture contabili, che, prevedendo un comportamento puramente attivo - e non omissivo come la mancata collaborazione - è destinato semplicemente ad ostacolare l'agire dell'Amministrazione, e che quindi non rientra pacificamente nell'alveo di copertura del diritto al silenzio.

Quanto invece alla condotta di occultamento, che ad un'analisi *prima facie* potrebbe sembrare come un archetipo di condotta attiva non tutelata, ad una più approfondita genera delle riflessioni ulteriori.

Ragionando in termini estremamente pratici, si potrebbe pensare ad un caso in cui un contribuente, destinatario di un invito ad esibire delle scritture contabili, occulti le stesse rispondendo di non esserne in possesso.

In questo caso si ha una condotta di occultamento «*borderline*»⁸⁸, in cui il contribuente che voglia esercitare il diritto al silenzio non può comportarsi diversamente.

Infine, in termini cronologici, la «normativa in materia di *Voluntary Disclosure*»⁸⁹, di cui alla legge del 15 dicembre 2014, n. 186, all'art. 5-*speties* comma 1 ha previsto che: "in caso di esibizione di atti falsi e comunicazione di dati non corrispondenti al vero, (...) venga punito con la reclusione da un anno e sei mesi a sei anni", dimostrando come anche negli anni più recenti non sia stato nemmeno ipotizzato un cambiamento.

Alla luce delle premesse effettuate nel corso della trattazione appare palese l'arretratezza del diritto tributario italiano rispetto alle garanzie internazionalmente riconosciute, e lascia ancor più esterrefatti che nessuna delle disposizioni suddette sia mai stata oggetto di un giudizio di legittimità costituzionale con esito positivo, ma che invece la Consulta sia sempre rimasta granitica nel legittimare detta legislazione.

⁸⁸ MARCHESELLI A., "Buona fede del contribuente, obblighi di cooperazione nella fase amministrativa e diritto al silenzio: tempesta in arrivo dalle Corti Internazionali", *op.cit.*, p. 4.

⁸⁹ BORGIA C., "L'effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di Strasburgo", *op.cit.*, p. 9.

4.4 La giurisprudenza italiana

Alla luce sia delle riflessioni effettuate sul diritto al silenzio sia delle statuizioni della Corte EDU e della Corte di Giustizia, è fisiologico porsi un interrogativo su quale sia stato l'atteggiamento della Corte Costituzionale - ma anche della Cassazione - su una normativa che così palesemente presenta delle perplessità circa la sua legittimità.

Prima di andare ad analizzare singolarmente i casi presi in esame dalla Consulta e dagli Ermellini, è bene ricordare la distinzione logica che si è fatta⁹⁰ in merito allo spazio di operatività del diritto al silenzio.

Se infatti si vuole individuare un filo rosso che collega le pronunce, è costante vedere utilizzato (l'errato) presupposto logico che lo *ius tacendi* soccomba nel bilanciamento con il dovere di contribuire.

Non è infatti presente alcuna pronuncia - tra quelle che ora saranno oggetto di analisi - che tenti di distinguere tra quella parte del procedimento tributario (la fase d'iniziativa) in cui l'obiettivo è quello di accertare la ricchezza, e che quindi non lascia spazio al silenzio, e quella successiva (dalla fase istruttoria compresa fino all'eventuale processo) in cui il fine è l'accertamento della responsabilità e l'irrogazione di sanzioni.

Senza andare eccessivamente indietro nel tempo, dal momento che - purtroppo - non è necessario, si può prendere in considerazione una sentenza della Consulta⁹¹, che poi sarà spesso richiamata nelle pronunce successive come modello, che ha avuto per oggetto una questione di legittimità costituzionale dell'art. 51, secondo comma, numero 2, del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633 e dell'art. 32, primo comma, numero 2, del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600.

La questione di legittimità è stata sollevata rispetto all'art. 24 Cost., giacché al remittente (la Commissione tributaria regionale di Ancona) pareva presente «una inconciliabile antinomia fra il regime istruttorio-probatorio proprio del procedimento penale, nel cui ambito l'indagato ha il diritto di non rispondere, e dalla mancata partecipazione o dalla mancata risposta non possono derivare conseguenze negative per il medesimo indagato, e quello proprio della materia tributaria, in cui, a seguito della contestazione al contribuente delle risultanze bancarie e dell'invito a comparire per giustificarne la rispondenza alle scritture contabili, la mancata o insufficiente giustificazione comporta l'applicazione della "presunzione di ricavi",

⁹⁰ Cfr. Cap III, § 3.

⁹¹ Corte Cost., ordinanza 14 febbraio 2002, n. 33, www.cortecostituzionale.it.

e la inottemperanza all'invito a comparire e ad altre richieste degli uffici è punita con sanzione amministrativa»⁹².

Si può quindi sottolineare come il dubbio di legittimità costituzionale derivi proprio dal fatto che sia assente la tutela del diritto al silenzio, il cui fondamento nella Carta si trova (anche) nell'art. 24 Cost., e che l'esercizio del diritto sia punito con sanzione amministrativa.

La Corte rimane tuttavia ferma alla concezione per cui laddove siano presenti degli obblighi tributari, il cui fondamento si trova negli artt. 2-3-53 Cost., essi siano idonei a superare nel bilanciamento dei principi l'art. 24 Cost.

Infatti la Consulta afferma che: «la sanzione amministrativa pecuniaria collegata, in sede tributaria, alla inottemperanza all'invito a comparire per esibire documenti o per fornire dati, notizie e chiarimenti rilevanti ai fini dell'accertamento, e ad altre richieste degli uffici (art. 11, comma 1, lettera c del d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 471) attiene esclusivamente agli obblighi che gravano sul contribuente nell'ambito del procedimento tributario»⁹³.

Per concludere la Corte - dichiarando l'infondatezza della questione sollevata - argomentando sulla base del fatto che: «l'alternativa in cui si trova il contribuente, secondo quanto lamentato dal mittente, fra l'avvalersi pienamente del "diritto al silenzio" di cui egli usufruisce in sede penale e il fornire elementi che potrebbero giovargli in sede tributaria ma, in ipotesi, nuocergli in altra sede, non realizza alcuna situazione di contrasto con il diritto di difesa»⁹⁴, postula una limitazione radicale del diritto al silenzio, dal momento che lo stesso «diritto di difesa si esplica in ogni procedimento secondo le regole proprie di questo»⁹⁵; una formula alta lessicalmente, ma infima logicamente, perché *de facto* si traduce nell'esclusione dello *ius tacendi* dalle regole procedurali tributarie.

Addirittura precedente alla pronuncia in esame è una sentenza della Cassazione⁹⁶, che a proposito dell'obbligo di dichiarazione degli investimenti e delle attività all'estero, il cui possesso potrebbe determinare, oltre alle sanzioni amministrative, la sussistenza di responsabilità penale, ha affermato come «il principio *nemo tenetur se detegere* non sia costituzionalizzato e, comunque, la circostanza della configurabilità del reato sia successiva rispetto all'obbligo di concorso alle spese pubbliche, secondo la propria capacità contributiva di cui all'art. 53 Cost.»⁹⁷.

⁹² Corte Costituzionale, 33/2002, *cit.*

⁹³ Corte Costituzionale, 33/2002, *cit.*

⁹⁴ Corte Costituzionale, 33/2002, *cit.*

⁹⁵ Corte Costituzionale, 33/2002, *cit.*

⁹⁶ Corte di Cass., sez trib., 7 settembre 2001, sentenza n. 20032, www.cortedicassazione.it.

⁹⁷ Corte di Cass., 20032/2001, *cit.*

Stante una simile statuizione del Giudice delle Leggi, la giurisprudenza di Cassazione e quella successiva della stessa Consulta non hanno fatto altro che seguire suddetto orientamento, anzi arricchendolo e rendendolo sempre più radicale, ignorando il fatto che negli stessi anni si stessero attuando le modifiche al codice di procedura penale per attuare il nuovo art. 111 Cost. e, soprattutto, stesse emergendo il principio contrario nelle Corti sovranazionali.

Ancor più eclatante è una pronuncia abbastanza recente della Corte di Cassazione⁹⁸, che - sempre bene ricordarlo - è stata depositata 5 anni dopo la sentenza “*Chambaz vs. Svizzera*”, 11 anni dopo la sentenza “*Jussila vs. Finlandia*”, e 7 anni dopo le “sentenze gemelle del 2007”⁹⁹, nelle quali è stato pacificamente riconosciuto il fatto che «le norme CEDU assumano il ruolo “norme interposte” nel giudizio di legittimità costituzionale in relazione al parametro degli obblighi internazionali previsto dall’art. 117, primo comma»¹⁰⁰.

La pronuncia ha per oggetto la vicenda di un soggetto che si è visto condannato in primo ed in secondo grado per il reato di cui all’art. 5 del d.lgs. 74/2000, in forza del quale: ‘E’ punito con la reclusione da due a cinque anni chiunque al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto, non presenta, essendovi obbligato, una delle dichiarazioni relative a dette imposte, quando l’imposta evasa è superiore, con riferimento a taluna delle singole imposte ad euro cinquantamila”.

Egli ha quindi proposto ricorso dinnanzi agli Ermellini, presentando vari motivi, tra i quali - ai fini della trattazione - spicca il primo, in ragione del quale vi sarebbe stata «l’erronea applicazione dell’art. 5, d. lgs. n. 74 del 2000. La Corte di appello, confermando l’indirizzo secondo il quale dovrebbero esser dichiarati anche i redditi da attività illecita, avrebbe violato il principio del *nemo tenetur se detegere*, ribadito costantemente anche dalla Corte EDU; in forza di questa giurisprudenza, in particolare, accusa e difesa dovrebbero esser dotate delle stesse prerogative, sicché il privato non potrebbe esser costretto – con coazione fisica o psicologica – a fornire all’amministrazione prove a sé sfavorevoli»¹⁰¹.

La Corte deve quindi ritornare sull’argomento dello spazio riservato al diritto al silenzio nel diritto tributario, senza però indietreggiare rispetto alle statuizioni precedenti.

Essa infatti afferma che: «al di fuori di espresse previsioni normative operanti nel campo sostanziale e nel caso di specie non ricorrenti, il principio del *nemo tenetur se detegere* si

⁹⁸ Corte di Cass., sez. pen., 22 novembre 2017, sentenza n. 51537, www.cortedicassazione.it.

⁹⁹ Corte Cost., 24 ottobre 2007, sentenze n. 348-349, www.giuricost.it.

¹⁰⁰ Corte Cost., 24 ottobre 2007, sentenze n. 348-349, *cit.*

¹⁰¹ Corte di Cass., sentenza n. 51537/2017, *cit.*

qualifica come diritto di ordine processuale e non può dispiegare efficacia al di fuori del processo penale, con la conseguenza che esso non giustifica (...) la possibilità di violare regole di comportamento poste a tutela di interessi non legati alla pretesa punitiva; infatti, il diritto di difesa non comporta anche quello di arrecare offese ulteriori»¹⁰².

Tale presa di posizione rimanda ancora una volta all'affermazione (ormai ampiamente superata nella giurisprudenza CEDU) che il diritto al silenzio debba essere inteso come operante limitatamente all'area del processo penale.

Per di più viene affermato che: «va, quindi, richiamato il principio di diritto secondo il quale la circostanza che il possesso di redditi possa costituire reato e che l'autodenuncia possa violare il principio *nemo tenetur se detegere* è sicuramente recessiva rispetto all'obbligo di concorrere alle spese pubbliche *ex art. 53* della Costituzione, dichiarando tutti i redditi prodotti (effettivi), espressione di capacità contributiva», riportando nuovamente quell'illogico argomento per cui un soggetto dovrebbe, anche a fronte di sanzioni penali evidenti (il provvedimento verso cui si fa ricorso è proprio una sentenza penale di condanna), sempre e comunque collaborare con l'Amministrazione, in ossequio al dovere di solidarietà sociale.

La Corte ha infine l'occasione per rapportarsi con la sempre più premente giurisprudenza CEDU, di cui però (anche sorprendentemente) riesce ad escludere la violazione, sulla scorta dell'argomento per cui: «non sussiste la violazione dell'art. 6 CEDU, il quale – nel riconoscere al soggetto il diritto a tacere e a non contribuire alla propria incriminazione, a conferma e garanzia irrinunciabile dell'equo processo – opera esclusivamente nell'ambito di un procedimento penale già attivato, stante la sua *ratio* consistente nella protezione dell'imputato da coercizioni abusive da parte dell'autorità».

Volendo quindi trarre delle conclusioni preliminari, è evidente, e forse anche ripetitivo, sottolineare il fatto che il diritto tributario italiano si comporti come una "mosca bianca" nel quadro delle garanzie, nazionalmente e internazionalmente riconosciute.

Se infatti da un lato non mancano solidissimi argomenti dottrinali, riforme costituzionali e - soprattutto - pronunce vincolanti della Corte EDU, dall'altro rimane una legislazione ancorata a dei precetti "inquisitori", in cui il contribuente viene preso in considerazione come un semplice destinatario di un procedimento, nel corso del quale egli non può operare delle scelte difensive, ma può solo subire una serie di atti, provvedimenti e comportamenti

¹⁰² Corte di Cass., sentenza n. 51537/2017, *cit.*

dell'Amministrazione, incombando nel rischio di ricevere sanzioni (anche penali) se tenta di discostarsi dal *modus agendi* prestabilito.

L'elemento che più desta perplessità è però l'atteggiamento delle Corti nostrane, che se da un lato aprono all'integrazione dei principi eurounitari e internazionali, considerandoli quali parametri per giudicare la legittimità costituzionale di una disposizione interna, dall'altro peccano di un'applicazione effettiva dei medesimi, mantenendo immutato lo stato delle cose.

Un'ultima postilla riguarda ancor più specificamente il diritto tributario, perché sembra essere solo quest'ultimo la "linea irrinunciabile" della giurisprudenza rispetto all'applicabilità del diritto al silenzio, dal momento che è stata la stessa Cassazione¹⁰³ a riconoscerne la presenza nell'istruzione pre-dibattimentale del procedimento amministrativo disciplinare, asserendo che questo non è «una fase precedente ed esterna al procedimento nel quale l'avvocato sia tenuto "osservando scrupolosamente il dovere di verità", a "dare sollecita risposta" a richieste di "chiarimenti notizie o adempimenti" in ordine ai fatti che possano comportare una sua responsabilità disciplinare. Così intesa, la norma in esame contrasterebbe con la regola basilare, del diritto processuale in ogni campo, del *nemo tenetur se detegere*, che è espressione del diritto di difesa costituzionalmente garantito e prevale quindi sull'esigenza del "piano e corretto esercizio delle funzioni istituzionali" dei consigli degli ordini degli avvocati. (...) di conseguenza non costituisce illecito disciplinare (...) la mancata risposta dell'avvocato alla richiesta del consiglio dell'ordine di chiarimenti, notizie o adempimenti in relazione a un esposto presentato, per fatti disciplinarmente rilevanti, nei confronti dello stesso iscritto»¹⁰⁴, «per cui il principio del *nemo tenetur se detegere* risulta applicabile anche in ambiti diversi dal processo penale»¹⁰⁵.

La questione quindi non deve ridursi ad un quesito troppo generico come: "perché la giurisprudenza non riconosce l'applicabilità dello *ius tacendi* ad un processo diverso da quello penale?", ma deve invece essere analizzata in termini espressamente specifici.

Si dovrebbe invece chiedere: "perché quest'ostinazione nel negare l'applicabilità dello *ius tacendi* nella legislazione tributaria, quando questa è riconosciuta (perfino) nei procedimenti amministrativi disciplinari?".

¹⁰³ Corte di Cass., S.U., sentenza del 28 febbraio 2011, n. 4733, www.cortedicassazione.it.

¹⁰⁴ Corte di Cass., S.U., 4733/2011, *cit*,

¹⁰⁵ MARCHESELLI A. e DOMINICI R., "Giustizia tributaria e diritti fondamentali", *op.cit.*, p. 116.

5. Un barlume di speranza: Il diritto al silenzio vale anche nei confronti della Banca d'Italia e della Consob

«Il diritto fondamentale al silenzio vale anche rispetto ai poteri d'indagine della Banca d'Italia e della Consob, quando dalle risposte alle domande possa emergere la propria responsabilità»¹⁰⁶. Così apre il comunicato della Corte Costituzionale del 30 aprile 2021, manifestando la consapevolezza della portata innovatrice della pronuncia depositata il medesimo giorno¹⁰⁷.

La pronuncia in esame è il frutto di un lungo e tortuoso percorso capace di coinvolgere la Corte di Cassazione, la Corte di Giustizia e la stessa Consulta.

Una premessa necessaria prima di analizzare il contenuto delle tre pronunce, è quella di prendere consapevolezza del fatto che finalmente anche le Corti domestiche abbiano pacificamente accolto il principio per cui il diritto al silenzio si applichi anche nel procedimento amministrativo, «davanti a una pubblica autorità di vigilanza, quando questo sia volto ad accertare la commissione di fatti che, in virtù di un doppio binario sanzionatorio previsto dall'ordinamento, integrano tanto un illecito amministrativo quanto un reato»¹⁰⁸; portando quindi alla “costituzionalizzazione” del principio emerso nella sentenza “*Jussila vs. Finlandia*”.

A questo punto quindi è (o quantomeno dovrebbe essere) conseguenza logica vedere applicato lo stesso all'interno del procedimento tributario, che è ormai largamente riconosciuto¹⁰⁹ come procedimento amministrativo.

5.1 L'ordinanza n. 54 del 18 febbraio 2018 della Corte di Cassazione

Questa vera e propria “peripezia giuridica” comincia quando il sig. D.B. impugna dinnanzi agli ermellini¹¹⁰ una sentenza della Corte d'appello di Roma, che aveva rigettato la sua opposizione nei confronti della delibera della Consob n. 18199 dell'8 maggio 2012, avente ad oggetto l'irrogazione a suo carico di sanzioni amministrative previste dal decreto

¹⁰⁶ Ufficio stampa della Corte Costituzionale, comunicato del 30 aprile 2021, consultabile in www.curia.europa.eu.

¹⁰⁷ Corte Cost., 13 aprile 2021, sentenza n. 84, www.cortecostituzionale.it.

¹⁰⁸ GATTA G.L., “*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-quinquendecies T.U.F.*”, nota a Corte di Cass., Sez. II, 16 febbraio 2018, ordinanza n. 54, in *dirittopenalecontemporaneo*, 4, I, 2018, p. 156.

¹⁰⁹ Oltre alle numerose voci dottrinali che hanno sostenuto la tesi, una su tutte a cura di MARCHESELLI A., “*Accertamenti tributari e difesa del contribuente*”, *op.cit.*, la questione sulla natura del procedimento tributario sembra chiusa a seguito dell'emanazione dello “*Statuto del contribuente, che ha esplicitando inequivocabilmente l'opzione legislativa in favore della “procedimentalizzazione” delle procedure tributarie, e della “provvedimentalizzazione” degli atti impositivi*”, cfr. DEL FEDERICO L., “*Procedimento amministrativo e procedimento tributario: le prospettive di revisione della legge n. 241/1990*”, in *Incontro di Studio: L'azione amministrativa nel progetto di revisione della legge n. 241/1990*, www.astrid-online.it.

¹¹⁰ Corte di Cass., Sez. II, 16 febbraio 2018, ordinanza n. 54, www.cortedicassazione.it.

legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, Testo unico delle “disposizioni in materia di intermediazione finanziaria”, (tra le altre) *ex art. 187-quinquiesdecies*, il quale dispone che: “1. Fuori dai casi previsti dall'articolo 2638 del codice civile, e' 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. 1-bis. Se la violazione e' commessa da una persona fisica, si applica nei confronti di quest'ultima la sanzione amministrativa pecuniaria da euro diecimila fino a euro cinque milioni”.

D.B. quindi si vede destinatario di una sanzione amministrativa pecuniaria del valore di € 50.000.

In particolare la Consob contesta al ricorrente il fatto che questi «abbia posto in essere un ingiustificato ritardo di cinque mesi nel presentarsi davanti all'Autorità, per la richiesta audizione, durante la quale non aveva peraltro rilasciato dichiarazioni»¹¹¹.

Il ricorrente presenta ricorso avverso la sentenza della Corte d'Appello di Roma eccependo, tra l'altro, una «questione di legittimità costituzionale dell'art. 187-quinquiesdecies T.U.F., per contrasto con gli artt. 3, 24, 111 e 117 Cost., in relazione all'art. 6 Cedu, nella parte in cui commina una rilevante sanzione amministrativa (da 10.000 a 200.000 Euro) per il soggetto sottoposto ad indagini da parte della CONSOB che ritardi o rifiuti di fornire risposte suscettibili di utilizzazione in sede penale e comunque in sede di applicazione di gravi sanzioni amministrative»¹¹².

In particolare, e ciò è fondamentale ai fini della trattazione, si sottolinea il fatto che la sanzione prevista dal T.U.F. sia «incompatibile con il principio “*nemo tenetur se detegere*”, anche in considerazione del fatto che le dichiarazioni rese nell'ambito dell'audizione davanti all'Autorità stessa devono essere trasmesse al Pubblico Ministero qualora vengano ravvisati gli estremi di una condotta penalmente rilevante (art. 187-decies, comma 2 T.U.F.)»¹¹³.

A questo punto la Corte di Cassazione arriva a compiere una serie di considerazioni fondamentali.

Innanzitutto ritiene non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale fondata sugli artt. 24, 111 e 117 Cost., con riferimento all'art. 6 CEDU, e, dall'altro lato essa stessa rileva d'ufficio la questione in relazione ad ulteriori parametri, ravvisando un contrasto

¹¹¹ Corte di Cass., 54/2018, *cit.*

¹¹² Corte di Cass., 54/2018, *cit.*

¹¹³ GATTA G.L., “*Nemo tenetur se detegere e procedimento amministrativo davanti alla Consob per l'accertamento dell'abuso di informazioni privilegiate*”, *op.cit.*, p. 157.

con gli artt. 117 Cost., in riferimento all'art. 14, comma 3, lett. g) del Patto internazionale sui diritti civili e politici e in relazione agli artt. 11 e 117 Cost., con riferimento all'art. 47 CDFUE.

Poi la stessa Corte sottolinea «l'irrelevanza dello *ius superveniens*»¹¹⁴, cioè ha riconosciuto che le modifiche fatte dal legislatore alla disposizione in esame, sia con la l. 221/2012 che con il d.lgs. 129/2017, non hanno fatto altro se non aumentare il valore pecuniario della sanzione e di estendere il potere di irrogarla anche da parte della Banca d'Italia.

La Corte ha anche modo di riconoscere l'impossibilità di svolgere un'interpretazione conforme a Costituzione, dal momento che il termine "chiunque" all'interno della disposizione può pacificamente includere «anche la persona sottoposta ad accertamenti da parte della CONSOB in quanto sospettata di avere commesso un abuso di informazioni privilegiate, che nell'ambito del T.U.F. è configurato sia come illecito amministrativo (art. 187-*bis*) sia come reato (art. 184)»¹¹⁵.

Il punto logico-argomentativo senza dubbio più interessante dell'ordinanza sta nel riconoscimento del fatto che «le sanzioni per l'*insider trading* abbiano natura sostanzialmente penale sulla base dei noti criteri *Engel* elaborati dalla giurisprudenza della Corte EDU»¹¹⁶. Da questa granitica premessa deve (o quantomeno dovrebbe) discendere il riconoscimento della necessaria applicazione dell'art. 6 CEDU.

La Corte richiama poi espressamente il già citato caso "Chambaz vs. Svizzera" e, in particolare, quella parte della sentenza CEDU in cui si afferma che «Il diritto di non contribuire alla propria incriminazione presuppone che le autorità cerchino di fondare la loro argomentazione senza ricorrere a prove ottenute dalla costrizione o dalle pressioni, in disprezzo della volontà dell'imputato»¹¹⁷.

Nel caso analizzato dalla Cassazione, il principio del *nemo tenetur se detegere* sarebbe potuto essere legittimato nei confronti della Consob, «solamente se interpretato in maniera "doppiamente" lata, ossia: a) Se inteso nella sua versione estensiva, cioè come *right not to be questioned*; b) Se ritenuto applicabile non solo nei procedimenti penali, ma anche nell'ambito dell'attività svolta dalla Consob per l'accertamento delle violazioni amministrative»¹¹⁸.

¹¹⁴ GATTA G.L., "Nemo tenetur se detegere e procedimento amministrativo davanti alla Consob per l'accertamento dell'abuso di informazioni privilegiate", *op.cit.*, p. 157.

¹¹⁵ GATTA G.L., "Nemo tenetur se detegere e procedimento amministrativo davanti alla Consob per l'accertamento dell'abuso di informazioni privilegiate", *op.cit.*, p. 159.

¹¹⁶ Corte di Cass., 54/2018, *cit.*

¹¹⁷ Corte EDU, "Chambaz vs. Svizzera", § 52, *cit.*

¹¹⁸ CONFALONIERI S., "Il nemo tenetur se detegere nel labirinto delle fonti", nota a Corte Costituzionale, sentenza n. 117 del 10 maggio 2019, in *Diritto penale contemporaneo*, 3, I, 2020, p. 110.

La Corte quindi, evidenziata la non manifesta infondatezza della questione¹¹⁹, dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale.

Da ultimo merita segnalazione il fatto che già gli Ermellini abbiano fatto espresso riferimento ad un «possibile rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*»¹²⁰ qualora la disposizione sospettata d'illegittimità superasse il controllo della Consulta; come si vedrà infatti, lo stesso Giudice delle Leggi rimetterà la valutazione della questione alla Corte di Giustizia.

5.2 L'ordinanza n. 117 del 2019 della Corte Costituzionale

La Corte Costituzionale, investita della suddetta questione¹²¹, ha ragionato principalmente nel merito delle questioni sulla natura del diritto al silenzio - se da intendersi come ricomprendente anche il *right not to be questioned* - e sull'ampliamento dell'alveo dello stesso anche ai procedimenti amministrativi.

Quanto alla prima questione, la Corte si è limitata ad affermare che: «Non pare infatti che il “diritto al silenzio”, fondato sulle norme costituzionali, europee e internazionali invocate, possa di per sé legittimare il rifiuto del soggetto di presentarsi all'audizione disposta dalla Consob, né il suo indebito ritardo nel presentarsi alla stessa audizione, purché sia garantito – diversamente da quanto avvenuto nel caso di specie – il suo diritto a non rispondere alle domande che gli vengano rivolte durante l'audizione stessa. Di quest'ultima garanzia, peraltro, nel caso di specie il sig. D. B. non disponeva: ciò che potrebbe essere valorizzato dal giudice del procedimento principale per concludere che egli non possa essere sanzionato né per il silenzio serbato nell'audizione, né per il ritardo nel presentarsi all'audizione stessa»¹²².

La Consulta sembra quindi voler asserire che il *right to not be questioned* sia escluso dall'alveo del *nemo tenetur se detegere*, a patto che sia garantito il diritto a non rispondere alle questioni poste nel corso dell'audizione. Pare un'interpretazione quantomeno contraddittoria.

In realtà la Corte ha voluto disegnare un quadro gerarchico dei corollari del *nemo tenetur se ipsum accusare*, per cui il *right to not be questioned* sussiste «vagliando le circostanze contingenti e non in assoluto, cioè nel caso in cui l'ordinamento non garantisca la facoltà di non rispondere»¹²³.

¹¹⁹ La Corte di Cassazione ha inoltre sollevato una questione di legittimità costituzionale sull'art. 186-*sexies* T.U.F., che riguarda la confisca, ma che viene tralasciata dalla trattazione.

¹²⁰ Corte di Cass., 54/2018, § 13.3.4.2, *cit.*

¹²¹ Corte Cost., 6 marzo 2019, ordinanza n. 117, www.cortecostituzionale.it

¹²² Corte Cost., 117/2019, §4, *cit.*

¹²³ CONFALONIERI S., «*Il nemo tenetur nel labirinto delle fonti*», *op.cit.*, p. 124.

Applicando quindi questa interpretazione al caso concreto, l'art. 187-*quinquiesdecies* T.U.F. contrasterebbe la Costituzione dal momento che violerebbe il diritto a non autoincriminarsi nell'aspetto concreto della garanzia: dato che la disposizione non riconosce nemmeno il diritto a serbare il silenzio in senso stretto, non permettendo (ma anzi sanzionando) il differimento dell'audizione, a lettera dell'interpretazione costituzionalmente orientata dovrebbe essere permessa la possibilità di non essere interrogato dall'autorità procedente, ma ciò non è ammesso.

Quanto invece alla questione sull'ambito di operatività del diritto al silenzio, la Corte (finalmente) accoglie una visione molto più "aperturista" rispetto al passato, riconoscendo che: «Il "diritto al silenzio" evocato dalla Corte di cassazione si applichi, oltre che nei procedimenti penali, anche nelle audizioni personali disposte dalla CONSOB nell'ambito della propria attività di vigilanza, che può precludere all'instaurazione di procedimenti sanzionatori di natura "punitiva" nei confronti di chi sia individuato come autore di un illecito (...) a tale quesito depongono argomenti fondati sia sull'art. 24 della Costituzione italiana, sia sull'art. 6 CEDU, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo»¹²⁴.

La Consulta, dopo anni di resistenza e pronunce in senso contrario, sembra quindi accogliere la visione dello *ius tacendi* nell'accezione ampia della Corte EDU; e questa nuova consapevolezza emerge chiaramente dal testo, dal momento che è essa stessa ad affermare che: «questa Corte non ha avuto, sinora, l'occasione di stabilire se tale diritto si estenda anche nell'ambito di procedimenti amministrativi funzionali all'irrogazione di sanzioni di natura punitiva secondo i criteri *Engel*»¹²⁵.

Alla luce di questa considerazione, nella stessa ordinanza è presente un espresso confronto con il diritto sovranazionale, infatti la disposizione in esame di legittimità è stata introdotta in ossequio all'art. 14, §3, della direttiva 2003/6/CE (poi negli stessi termini l'art. 30, §1, lett. b), del regolamento UE n. 596/2014), il quale dispone che: "Gli Stati membri provvedono affinché le autorità competenti abbiano il potere di adottare le sanzioni amministrative e altre misure amministrative adeguate per l'omessa collaborazione o il mancato seguito dato nell'ambito di un'indagine, un'ispezione o una richiesta".

La Corte quindi, consapevole del fatto che un'eventuale pronuncia d'illegittimità costituzionale della disposizione andrebbe a contrastare con il diritto dell'Unione, decide di «sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea, in via pregiudiziale ai sensi e per gli

¹²⁴ Corte Cost., 117/2019, §7, *cit.*

¹²⁵ Corte Cost., 117/2019, §7, *cit.*

effetti dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), come modificato dall'art. 2 del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 e ratificato dalla legge 2 agosto 2008, n. 130, le seguenti questioni pregiudiziali:

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 per un illecito punito con sanzioni amministrative di natura "punitiva"»¹²⁶

Prima di analizzare la sentenza della Corte di Giustizia UE, è bene fare riferimento ad una particolarità dell'ordinanza in esame, che assume una grande rilevanza.

Nei rapporti tra Corte Costituzionale e Corte di Giustizia UE negli ultimi anni è valso il principio, sancito dalla stessa Consulta, nella sentenza n. 269 del 2017¹²⁷, secondo il quale «laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria, debba essere sollevata la questione di legittimità costituzionale»¹²⁸.

Il caso sollevato dalla Cassazione sarebbe stato quindi tipicamente rientrante in quest'ipotesi di "doppia pregiudizialità", dal momento che riguardava sia una norma interna che una europea.

Va quindi evidenziato «come la scelta della Consulta di rimettere la questione alla Corte europea sembri dovuta più che a ragioni di vera e propria necessità, a ragioni di *cortesie* tra le

¹²⁶ Corte Cost., 117/2019, § 11, *cit.*

¹²⁷ Corte Cost., 7 novembre 2017, sentenza n. 269, www.cortecostituzionale.it.

¹²⁸ Corte Cost., 269/2017, § 5.2, *cit.*

Corti ovvero alla volontà di costruire un autentico *ius commune* europeo attorno al diritto al silenzio»¹²⁹.

Quest'ultimo elemento evidenziato potrebbe essere un passaggio fondamentale per l'*iter* del riconoscimento del diritto al silenzio in materia tributaria, dal momento che in un'ottica di *ius commune* quest'ultimo dovrebbe (finalmente) occupare lo scranno che merita.

5.3 La parola alla Corte di Giustizia UE: La sentenza C-481/19

Con la sentenza¹³⁰ del 2 febbraio del 2021, la Corte di Giustizia UE è andata a pronunciarsi sulle questioni pregiudiziali che erano state sollevate dalla Corte Costituzionale nella summenzionata ordinanza del 2019.

La Corte procede all'analisi delle due questioni, «che occorre esaminare congiuntamente»¹³¹, cominciando con la ricostruzione del fondamento del diritto al silenzio nella legislazione dell'Unione Europea. Essa valorizza in modo particolare la «clausola d'omogeneità dettata dall'art. 52 §3 CDFUE, che attribuisce agli artt. 47 §2 (diritto al giusto processo) e 48 CDFUE (presunzione d'innocenza) un significato corrispondente all'art. 6 §1-3 CEDU, disposizioni nel cui alveo la Corte EDU ha collocato, in via interpretativa, il riconoscimento e la tutela dello *ius tacendi*»¹³². I giudici del Lussemburgo riportano inoltre, al fine di avvalorare la propria tesi, la massima emersa nella celeberrima e sopracitata sentenza “*Murray vs. UK*”, che pone il diritto al silenzio «al centro della nozione di equo processo»¹³³.

Il passaggio logico successivo ad un'affermazione così granitica sta nell'asserire che «la portata dello *ius tacendi* non può limitarsi alla confessione di illeciti o all'ammissione di elementi dai quali possa inferirsi un diretto coinvolgimento o responsabilità dell'accusato nei fatti da accertare, ma deve estendersi a tutte le questioni di mero fatto, le cui risposte potrebbero essere impiegate dall'accusa per pronunciare la condanna dell'imputato o giustificare la sanzione»¹³⁴.

La Corte, *more solito*, per determinare l'applicazione delle garanzie penalistiche al procedimento amministrativo, passa la sanzione al vaglio dei noti “criteri *Engel*”, evidenziando che: «anche se certo spetta al giudice del rinvio valutare, alla luce di tali criteri,

¹²⁹ CONFALONIERI S., “*Il nemo tenetur nel labirinto delle fonti*”, *op.cit.*, p. 121.

¹³⁰ CGUE, sentenza 2 febbraio 2021, C-481/19, *Consob*

¹³¹ CGUE, C-481/19, §34, *cit.*

¹³² ARANCI M., “*Diritto al silenzio e illecito amministrativo punitivo: la risposta della Corte di Giustizia*”, nota a CGUE, sentenza 2 febbraio 2021, C-481/19, *Consob*, in *Sistema Penale*, 2021, 2, I, p. 90.

¹³³ CGUE, C-481/18, §38, *cit.*

¹³⁴ ARANCI M., “*Diritto al silenzio e illecito amministrativo punitivo: la risposta della Corte di Giustizia*”, *op.cit.*, p. 91.

se le sanzioni amministrative in discussione nel procedimento principale abbiano natura penale, detto giudice ricorda nondimeno, giustamente, che, in base alla giurisprudenza della Corte, alcune delle sanzioni amministrative inflitte dalla Consob paiono perseguire una finalità repressiva e presentare un elevato grado di severità, tale per cui esse sono suscettibili di avere natura penale»¹³⁵.

Per di più, la Corte, ragionando per assurdo (come se le sanzioni non avessero carattere penale), ribadisce che la garanzia in esame andrebbe comunque applicata, alla luce del fatto che in base alla normativa nostrana, gli elementi di prova che sono raccolti nel corso del procedimento amministrativo saranno utilizzabili in un processo penale nei confronti del medesimo soggetto, al fine di dimostrarne la colpevolezza.

A questo punto, cioè dopo aver da un lato riconosciuto il fondamento del principio del *nemo tenetur se ipsum accusare* nelle fonti - sia nella CEDU che nella CDFUE - e dall'altro determinato l'alveo di applicazione dello stesso, non resta che applicare le considerazioni fatte in astratto al caso concreto.

Il giudice lussemburghese arriva alla conclusione per cui: «il diritto al silenzio osta, in particolare, a che tale persona venga sanzionata per il suo rifiuto di fornire all'autorità competente, a titolo della direttiva 2003/6 o del regolamento n. 596/2014, risposte che potrebbero far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative a carattere penale oppure la sua responsabilità penale»¹³⁶.

L'impianto motivazionale della sentenza è concluso da un'ultima - ma non meno importante - considerazione *pro futuro*: «che gli Stati membri devono utilizzare il potere discrezionale ad essi conferito da un testo del diritto derivato dell'Unione in modo conforme ai diritti fondamentali. Nell'ambito dell'attuazione di obblighi risultanti dalla direttiva 2003/6 o dal regolamento n. 596/2014, incombe dunque a detti Stati membri assicurare, come si è sottolineato al punto 45 della presente sentenza, che, in conformità al diritto al silenzio garantito dagli articoli 47 e 48 della Carta, l'autorità competente non possa sanzionare una persona fisica per il suo rifiuto di fornire a tale autorità risposte da cui potrebbe emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative aventi carattere penale oppure la sua responsabilità penale»¹³⁷.

¹³⁵ CGUE, C-481/19, §43, *cit.*

¹³⁶ CGUE, C-481/19, §45, *cit.*

¹³⁷ CGUE, C-481/19, §57, *cit.*

5.4 La conclusione della vicenda: la sentenza n. 84 del 2021 della Corte Costituzionale

L'ultimo atto di questo travagliato *iter* giurisprudenziale è rappresentato dalla sentenza n. 84 del 2021 della Corte Costituzionale¹³⁸, che decide in via definitiva sulla questione di legittimità costituzionale sollevata 3 anni prima.

Nel testo della sentenza vengono richiamati i passaggi logico-giuridici più importanti della summenzionata sentenza della Corte di Giustizia UE e dell'ordinanza con cui la stessa Consulta aveva sollevato la questione.

Se poi, prima di procedere alla disamina del testo, si vuole porre un'ulteriore chiave di lettura, è bene segnalare il fatto che l'atteggiamento della Corte Costituzionale sia il manifesto di «un buon dialogo fra Corti»¹³⁹, dal momento che - al di là della già menzionata questione della «doppia pregiudizialità - il Giudice delle Leggi ha offerto un'interpretazione assolutamente coerente con quella della Corte di Giustizia.

La conclusione fondamentale alla quale quindi si perviene è quella per cui: «l'interpretazione della Corte di giustizia (...) collima, dunque, con la ricostruzione offerta da questa Corte della portata del diritto al silenzio nell'ambito di procedimenti amministrativi che – come quello che ha interessato il ricorrente nel giudizio *a quo* – siano comunque funzionali a scoprire illeciti e a individuarne i responsabili, e siano suscettibili di sfociare in sanzioni amministrative di carattere punitivo»¹⁴⁰.

Il «buon dialogo» fra le Corti si evince anche dalla ricostruzione definitiva che è data per il nostro ordinamento sul fondamento giuridico dello *ius tacendi*, che quindi trova le proprie basi: «(...) sull'art. 24 Cost., sull'art. 6 CEDU e sugli artt. 47 e 48 CDFUE, questi ultimi nell'interpretazione che ne ha ora fornito la Corte di giustizia; e può essere ricavato altresì dall'art. 14, paragrafo 3, lettera g), PIDCP, laddove alla nozione di «reato» contenuta nell'incipit del paragrafo 3 venga assegnato un significato sostanziale, corrispondente a quello gradatamente individuato dalle due corti europee a partire dalla sentenza della Corte EDU 8 giugno 1976, *Engel* contro Paesi Bassi»¹⁴¹.

La Corte, a questo punto, memore della duplice questione rivolta precedentemente alla Corte di Giustizia, chiarisce la portata del diritto al silenzio, sia rispetto al caso concreto sia in

¹³⁸ Corte Cost., sentenza del 30 aprile 2021, n. 84, www.giuricost.it.

¹³⁹ Cfr., CATALANO S., «La vicenda decisa dalla sentenza n. 84 del 2021 della Corte Costituzionale: un esempio di «buon dialogo» fra Corti», nota a Corte Costituzionale, sentenza n. 84 del 30 aprile 2021, in *Quaderni Costituzionali*, 2021, 4, I.

¹⁴⁰ Corte Cost., 84/2021, §3.5, *cit.*

¹⁴¹ Corte Cost., 84/2021, §3.6, *cit.*

termini generali, stabilendo che «sulla base anche delle indicazioni fornite dalla Corte di giustizia in merito alla portata degli artt. 47 e 48 CDFUE, che sia incompatibile con il diritto al silenzio la possibilità di sanzionare una persona fisica la quale, richiesta di fornire informazioni alla CONSOB nel quadro dell'attività di vigilanza svolta da quest'ultima e funzionale alla scoperta di illeciti e alla individuazione dei responsabili, ovvero – a fortiori – nell'ambito di un procedimento sanzionatorio formalmente aperto nei suoi confronti, si sia rifiutata di rispondere a domande, formulate in sede di audizione o per iscritto, dalle quali sarebbe potuta emergere una sua responsabilità per un illecito amministrativo sanzionato con misure di carattere punitivo, o addirittura una sua responsabilità di carattere penale.

Tale garanzia deve potersi necessariamente esplicitare anche in una fase antecedente alla instaurazione del procedimento sanzionatorio, e in particolare durante l'attività di vigilanza svolta dall'autorità, al fine di scoprire eventuali illeciti e di individuarne i responsabili»¹⁴².

La Corte, prima di concludere, s'impegna ad evidenziare come il riconoscimento più ampio del diritto al silenzio non debba comunque sfociare in un abuso dello stesso; non lo si potrà infatti invocare per giustificare «comportamenti ostruzionistici che cagionino indebiti ritardi allo svolgimento dell'attività di vigilanza della Consob, come il rifiuto di presentarsi ad un'audizione prevista da tali autorità, ovvero manovre dilatorie miranti a rinviare lo svolgimento dell'audizione stessa»¹⁴³.

A questo punto alla Corte non resta che dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 187-*quinquiesdecies* del T.U.F., nella parte in cui questo «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»¹⁴⁴.

5.5 Il portato della sentenza nel diritto tributario

La questione trattata nelle quattro sentenze appena descritte presenta degli elementi che potrebbero essere la chiave per modificare finalmente la concezione del ruolo del diritto al silenzio nel procedimento amministrativo e quindi anche in quello tributario.

Una premessa, aliena rispetto al contenuto della sentenza, riguarda il *modus operandi* della Corte Costituzionale: non si comprende infatti il motivo per cui vi sia stato questo “buon dialogo” con la Corte di Giustizia UE limitatamente alla questione Consob, e non ci sia stato

¹⁴² Corte Cost., 84/2021, §3.6, *cit.*

¹⁴³ Corte Cost., 84/2021, §3.6, *cit.*

¹⁴⁴ Corte Cost., 84/2021, §3.6, *cit.*

invece rispetto a tutte le statuizioni fatte dalla Corte EDU in materia di diritto al silenzio nel diritto tributario.

Se infatti si fosse applicato alla materia tributaria il medesimo atteggiamento, lo *ius tacendi* nel corso della fase istruttoria del procedimento dovrebbe essere stato riconosciuto da almeno una decade.

Dalla trattazione è poi emerso il fatto che i limiti a questa impostazione riposino principalmente in quella irrinunciabile concezione che gli obblighi di contribuire per il dovere di solidarietà sociale (di cui agli artt. 2-3-53 Cost.) debbano superare in ogni caso il diritto alla difesa (di cui all'art. 24 Cost.) e la presunzione d'innocenza (di cui all'art. 27.2 Cost.). Nel corso della trattazione si è invece superata questa visione, scindendo tra la fase del procedimento tributario volta all'accertamento della ricchezza del contribuente, che non lascia spazio al diritto al silenzio in ossequio al dovere di solidarietà, e la fase del procedimento tributario successiva, che, essendo volta (anche) all'accertamento della responsabilità del contribuente e della (potenziale) irrogazione di sanzioni, deve lasciare spazio al diritto al silenzio.

Suddetta bipartizione è proprio avvalorata dalla recente pronuncia della Corte Costituzionale, soprattutto in quella parte in cui si è statuito che: «Il diritto al silenzio, che consiste – precisamente – nel diritto di rimanere in silenzio, ossia di non essere costretto – sotto minaccia di una sanzione, come quella comminata dalla disposizione in questa sede censurata – a rendere dichiarazioni potenzialmente *contra se ipsum*, e dunque a rispondere a domande dalle quali possa emergere una propria responsabilità.

Tale garanzia deve potersi necessariamente esplicitare anche in una fase antecedente alla instaurazione del procedimento sanzionatorio, e in particolare durante l'attività di vigilanza svolta dall'autorità, al fine di scoprire eventuali illeciti e di individuarne i responsabili»¹⁴⁵.

Perché se si rievoca la già analizzata disciplina del diritto tributario in materia di obblighi di collaborazione¹⁴⁶, è evidente come siano presenti delle sanzioni per il semplice esercizio del diritto al silenzio, quindi assolutamente incompatibili (anche e finalmente) con la giurisprudenza della Corte Costituzionale.

La naturale conclusione logica a cui si perviene quindi non può che essere rappresentata dall'anelito di un analogo intervento della Consulta in materia tributaria, che dichiari l'illegittimità costituzionale di tutte quelle disposizioni che puniscono il contribuente

¹⁴⁵ Corte Cost., 84/2021, §3.6, *cit.*

¹⁴⁶ Cfr. Cap. III, §4.

per l'esercizio di uno dei suoi diritti fondamentali, cioè il diritto a non contribuire alla propria autoincriminazione.

CAPITOLO QUARTO

PROSPETTIVE DI RIFORMA

SOMMARIO 1. Premessa. - 2. Un primo passo dalle Corti. - 3. Il migliore degli auspici: la codificazione tributaria. - 4. Conclusione.

1. Premessa

Dal momento che sarebbe stato insufficiente riservare esclusivamente un paragrafo alle conseguenze della giurisprudenza costituzionale e sovranazionale rispetto alla legislazione nazionale, si è preferito dedicare un capitolo della presente trattazione alle prospettive *de iure condendo* cui potrebbe (o meglio dovrebbe) andare incontro il diritto tributario nei prossimi anni.

Il presente capitolo infatti manterrà come pietra angolare della trattazione la questione dello *ius tacendi*, ma legandola ad una visione più ampia di riforma radicale e integrale del sistema giurisdizionale e sostanziale tributario.

È infatti necessario considerare il diritto al silenzio in un'ottica più ampia: come uno, ma non l'unico, dei diritti fondamentali che ogni giorno viene negato da una legislazione eccessivamente farraginoso e confusionale.

Se infatti - come si auspica in queste pagine - il legislatore prendesse finalmente consapevolezza della questione arriverebbe a comprendere il fatto che il sistema fiscale è da riformare per essere reso più funzionale.

È però necessario declinare un attributo eccessivamente generico come "funzionale", soprattutto se riferito al sistema della riscossione delle imposte.

Se lo si vede in un'ottica ottocentesca il sistema può dirsi "funzionale" nel momento in cui è perfetto in un unico risultato: esigere tutti i tributi senza possibilità di essere in alcun modo ostacolato dalle resistenze legittime del contribuente.

Se invece lo si vede in un'ottica più moderna, si comprende il fatto che il sistema della riscossione deve andare incontro ad una pluralità di esigenze; certamente deve restare quella cardine di ottenere i tributi dovuti da tutti coloro che siano titolari di capacità contributiva, ma deve anche voler rispettare il novero dei diritti fondamentali, attraverso un "giusto procedimento" ed un "giusto processo".

L'auspicio quindi non può che essere quello che si passi da una vetusta convenzione per cui lo Stato impositore deve a tutti i costi sottomettere un contribuente, con un nucleo limitatissimo

di diritti, ad una più moderna, in cui lo Stato auspichi alla riscossione di un "giusto tributo", che si ha solamente quando lo stesso viene esatto attraverso delle disposizioni chiare, che rispettino la Costituzione, e che - soprattutto - veda l'obbligo di contribuire accertato prima in un procedimento, poi (eventualmente) in un processo che abbiano il coraggio di essere rispettosi dei diritti fondamentali.

2. Un primo passo dalle Corti

Prima di entrare nel merito delle prospettive di riforma è però necessario soffermarsi quella che sicuramente sarebbe la via più veloce per eliminare le problematiche generate dalla legislazione tributaria nel corso dell'istruzione procedimentale rispetto alla scelta del contribuente di avvalersi del diritto al silenzio.

È infatti pacifico il fatto che un intervento della Consulta o della Corte di Giustizia o della Corte EDU in materia avrebbero il merito di eliminare celermente le disposizioni ostative alla garanzia in esame, con il chiaro difetto di non poter però intervenire sulla disciplina e renderla più efficiente, ma anzi lasciando solamente dei vuoti legislativi.

S'immagini - anche verosimilmente, dopo la pronuncia sul caso Consob - se venisse sollevata una questione di legittimità costituzionale dell'art. 32 del D.P.R. 600/1973, nella parte in cui dispone che "Le notizie ed i dati non adottati e gli atti, i documenti, i libri ed i registri non esibiti o non trasmessi in risposta agli inviti dell'ufficio non possono essere presi in considerazione a favore del contribuente, ai fini dell'accertamento in sede amministrativa e contenziosa. Di ciò l'ufficio deve informare il contribuente contestualmente alla richiesta", dell'art. 51 del D.P.R. n. 633/1972 nella parte in cui prevede che: "Per l'inottemperanza agli inviti di cui al secondo comma, numeri 3) e 4), si applicano le disposizioni di cui ai commi terzo e quarto dell'articolo 32 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, e successive modificazioni (13)", l'art. 39, comma 2, lett. *d-bis*), D.P.R. 600/1973, nella parte in cui dispone che: "L'ufficio delle imposte determina il reddito d'impresa sulla base dei dati e delle notizie comunque raccolti o venuti a sua conoscenza, con facoltà di prescindere in tutto o in parte dalle risultanze del bilancio e dalle scritture contabili in quanto esistenti e di avvalersi anche di presunzioni prive dei requisiti di cui alla lettera d) del precedente comma: (...) *d-bis*) quando il contribuente non ha dato seguito agli inviti disposti dagli uffici ai sensi dell'articolo 32, primo comma, numeri 3) e 4), del presente decreto o dell'articolo 51, secondo comma, numeri 3) e 4), del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633", dell'art. 52 comma 5 del medesimo D.P.R. nella parte in cui prevede che: "i libri, registri, scritture e documenti di cui è rifiutata l'esibizione non possono essere

presi in considerazione a favore del contribuente ai fini dell'accertamento in sede amministrativa o contenziosa. Per rifiuto di esibizione si intendono anche la dichiarazione di non possedere i libri, registri, documenti e scritture e la sottrazione di essi alla ispezione”, dell’art. 11 comma 1 del d.lgs. del 18 dicembre 1997, n. 471, nella parte in cui prevede ”Sanzione amministrativa da euro 250 a euro 2.000 le seguenti violazioni: a) omissione di ogni comunicazione prescritta dalla legge tributaria (...) b) mancata restituzione dei questionari inviati al contribuente o a terzi nell'esercizio dei poteri di cui alla precedente lettera a) o loro restituzione con risposte incomplete o non veritiere; c) inottemperanza all'invito a comparire e a qualsiasi altra richiesta fatta dagli uffici o dalla Guardia di finanza nell'esercizio dei poteri loro conferiti” e infine dell’art. 11 del decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201, nella parte in cui dispone che: “Chiunque, a seguito delle richieste effettuate (...), esibisce o trasmette atti o documenti falsi in tutto o in parte ovvero fornisce dati e notizie non rispondenti al vero è punito ai sensi dell'articolo 76 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445”, per violazione degli artt. 24, 27.2, 117.1 Cost., in relazione agli artt. 6 CEDU e 14, §3, lett. g) PIDCP e 47 CDFUE.

Davanti ad una questione del genere la Corte, anche ignorando il fatto che sia presente un precedente come quello del caso Consob, dovrebbe comunque utilizzare la medesima *forma mentis* e procedere all’applicazione dei “criteri *Engel*”, onde verificare la legittimità delle sanzioni.

Se infatti si procedesse all’analisi delle stesse con i criteri di derivazione europea, emergerebbe un dato inequivocabile, cioè il fatto che queste abbiano natura penalistica.

Ricordando rapidamente i tre criteri nel corso dell’esame, già dal primo bisogna effettuare un distinguo: se infatti le garanzie CEDU vanno applicate quando la sanzione viene appellata dallo stesso ordinamento come “penalistica”, il diritto al silenzio va applicato.

Quindi per quanto concerne gli artt. 11 d.l. 201/2011 e 76 D.P.R. 445/2000 questi dovrebbero essere dichiarati incostituzionali per il fatto che non permettano l’applicazione dell’art. 6 CEDU nel corso dell’istruttoria procedimentale.

Per di più le stesse disposizioni contrastano la CEDU da un ulteriore punto di vista, cioè quello dell’art. 4 del protocollo 7 alla stessa Convenzione, dal momento che, insieme alle altre sanzioni amministrative, istituiscono un classico esempio di doppio binario punitivo per il medesimo fatto.

Se infatti un contribuente, dinnanzi alla richiesta dell’Amministrazione, si rifiutasse di collaborare alla propria autoincriminazione (ad esempio non restituendo i questionari

inviatigli, non fornendo i documenti richiesti e così via) diverrebbe oggetto sia di sanzione amministrativa e di sanzione penalistica “pura”, violando così il divieto del *ne bis in idem*, così come concepito nella giurisprudenza CEDU nella decisione “Grande Stevens vs. Italia”. Passando all’analisi del secondo criterio, che si ricordi pone al centro della questione la “natura dell’illecito”, andrebbe verificato quindi se le sanzioni siano dirette alla generalità dei soggetti, se siano irrogate da una Pubblica Autorità sulla base della legge, se le disposizioni che le istituiscono abbiano una finalità deterrente e se la loro irrogazione dipenda da un accertamento della responsabilità del singolo.

Le sanzioni previste dagli artt. 32, 39, comma 2, lett. d-*bis*) e 52.5 del D.P.R. 600/1973, 51 del D.P.R. 633/1972 e 11 comma 1 del d.lgs. del 18 dicembre 1997, n. 471, sono indubbiamente rivolte alla generalità dei soggetti, dal momento che qualsiasi contribuente potrebbe essere oggetto di accertamento e d’istruttoria da parte dell’Amministrazione Finanziaria.

È inoltre pacifico il fatto che le sanzioni stesse siano irrogate da una Pubblica Autorità, quale il Fisco, sulla base di legge ordinaria.

Questione che merita una riflessione approfondita è invece quella della loro funzione.

La sanzione infatti si dice dotata di funzione deterrente quando è caratterizzata da uno strumento punitivo da contrapporre ad un determinato comportamento, «(...) perché l’esperienza ha fatto vedere che la moltitudine non adotta stabili principi di condotta (...) se non ci sono motivi che immediatamente percuotono i sensi e che di continuo si affacciano alla mente per controbilanciare le forti impressioni delle passioni parziali che si oppongono al bene universale: né l’eloquenza, né le declamazioni, nemmeno le più sublimi verità sono bastate a frenare per lungo tempo le passioni eccitate dalle vive percosse degli oggetti presenti»¹.

Se quindi si passano in rassegna i suddetti articoli, si può evincere come questi non prevedano delle sanzioni (o anche delle pene, se si vuole seguire *in toto* la nozione eurounitaria) che abbiano quale fine ultimo quello di ripristinare la legalità violata (funzione retributiva), ma quello di punire colui che decide di avvalersi di un diritto fondamentale sancito nella Costituzione, nella CEDU, nella CDFUE e nel PIDCP.

Quanto al fatto che le pene vengano irrogate a seguito dell’accertamento della responsabilità, questo avviene sostanzialmente tramite un automatismo: ad esempio se il contribuente non

¹ BECCARIA C., “*Dei delitti e delle pene*”, XXI ed., Milano, Mursia, 1987, p. 27.

restituisce all'Amministrazione Finanziaria i questionari inviatigli, sarà *de facto* meccanico il fatto che gli venga irrogata la sanzione.

Quanto al terzo criterio, che è tutto dedicato al principio della proporzionalità, è sufficiente dire che anche una sanzione simbolica di 1€ sarebbe eccessiva: mai un ordinamento può punire l'esercizio di un diritto.

In conclusione dunque, alla luce di quanto emerso nel "caso Consob", nel "caso Engel" e di tutta la giurisprudenza CEDU passata in rassegna, i summenzionati articoli devono essere dichiarati incostituzionali, perché contrari agli artt. 24, 27.2, 117.1 Cost., in relazione agli artt. 6 CEDU e 14, §3, lett. g) PIDCP e 47 CDFUE.

Esito identico, ma non riportato perché semplicemente ripetitivo, si avrebbe nel caso in cui venissero sollevate delle questioni pregiudiziali alla Corte di Giustizia *ex art.* 267 TFUE o nel caso in cui un caso concreto di sanzione passasse sotto il vaglio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

3. Il migliore degli auspici: La codificazione tributaria

Si è già brevemente accennato il fatto che la materia tributaria, che storicamente è stata considerata come secondaria rispetto a quella civilistica e a quella penalistica, sia sempre stata orfana di una codificazione, considerata in dottrina come «l'araba fenice della legislazione italiana»².

Ma mai come ora, in un periodo di forte crisi economica, è necessario un sistema che possa appoggiarsi su di un sistema snello e al contempo efficace, che ponga le basi per garantire un'effettività nell'accertamento del dovere di contribuire dei consociati, ma senza che si consideri il rispetto dei diritti fondamentali come un ostacolo che la macchina fiscale deve superare per riscuotere il tributo.

Sebbene sia largamente diffusa in dottrina³ l'opinione per cui il Nuovo Millennio non sia più indirizzato all'attuazione dei principi costituzionali con la creazione di un codice, ma bensì attraverso una «pluralità di micro-sistemi»⁴, rappresentati da leggi autonome e/o speciali, si ritiene che la materia tributaria rappresenti una forte eccezione.

Ciò per il fatto che la "decodificazione", che non necessariamente deve essere letta in un'accezione negativa, possa funzionare e ottenere dei risultati nel momento in cui si creino i suddetti "micro-sistemi" normativi rispetto ad un già esistente "macro-sistema", cioè un

² IACOBELLIS L., "Certeza del diritto e codificazione tributaria nel nuovo disegno di legge delega per la revisione in materia fiscale", in *Rivista di Diritto Tributario*, 2022, 3, I, p. 166.

³ Cfr. *ex multis*, IRTI N., "L'età della decodificazione", IV ed., Milano, Giuffrè, 1999

⁴ IRTI N., "L'età della decodificazione", *op.cit.*, p. 137.

codice; se viene a mancare è lo stesso codice - come nel caso della legislazione tributaria - allora viene meno qualsiasi considerazione.

Un codice permetterebbe infatti, al di là del soddisfacimento dei principi di certezza e prevedibilità del diritto, la creazione di un sistema finalmente coerente, capace di garantire la tutela dei diritti fondamentali e idoneo a rispondere alle esigenze sia dei professionisti del settore che dei contribuenti stessi.

Con la consapevolezza del fatto che la pluralità e l'eterogeneità dei tributi rendano ancor più complessa la legislazione, si vuole comunque prendere in considerazione l'idea di un codice che abbia come obiettivo quello di cristallizzare in un unico provvedimento legislativo le imposte indirette, quelle dirette, quelle societarie, la fase del procedimento amministrativo e quella del contenzioso.

Una questione che permette di restare collegati alla realtà è l'attualissimo "Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza", in ossequio al quale sono previste profonde riforme dell'ordinamento tributario e non, tra le quali rientra «un'opera di raccolta e razionalizzazione della legislazione fiscale in un testo unico, integrato e coordinato con le disposizioni normative speciali, da far a sua volta confluire in un unico Codice tributario. Così si realizzeranno misure volte a favorire la semplificazione del sistema e l'attuazione della certezza del diritto»⁵. È infatti da pochi giorni che ha visto la luce la legge del 31 agosto 2022 n. 130 recante "disposizioni in materia di giustizia tributaria e di processo tributario". Essa ha stabilito un cambiamento nella nomenclatura delle Commissioni Tributarie, che ora prenderanno l'appellativo di Corti di giustizia tributaria di primo e di secondo grado.

Ciò che più rileva sta però nel fatto che gli artt. 2 e ss. di suddetta legge abbiano istituito (finalmente) una magistratura tributaria di ruolo, prevedendo un giudice tecnico a tempo pieno e non più onorario per risolvere le controversie.

La riforma è sì meritevole di lode, come lo era a suo tempo lo Statuto del contribuente, ma sempre con un incolmabile problema di fondo: la confusione normativa.

E come potrebbe risolversi tale confusione? Solamente con un codice tributario.

Se veramente quindi - in ossequio agli obiettivi sanciti nel P.N.R.R. - si vuole costruire un sistema fiscale chiaro, per gli operatori, per gli investitori esteri e (soprattutto) per i contribuenti, allora l'unico ineludibile strumento è quello codicistico.

⁵ Cfr. "Verso un codice tributario (per la riforma dell'IRPEF)", consultabile in www.ItaliaOggi.it

Il nuovo codice, lasciando in queste pagine libera l'immaginazione, dovrebbe nascere seguendo il medesimo *iter* dell'unico codice dell'Italia repubblicana, cioè attraverso una legge delega che ne fissi i principi ed i criteri direttivi.

Essa non dovrebbe certamente dimenticare quanto già fatto di buono dal legislatore stesso, ma anzi dovrebbe riprendere alcune importanti riforme, come l'ultima del 2022 e le migliori previsioni contenute nello Statuto.

Ponendosi nei panni del legislatore delegato si potrebbe quindi immaginare di dover emanare un codice che abbia le seguenti caratteristiche:

1. Improntare tutta la legislazione tributaria alla volontà di riscuotere il "giusto tributo", cioè quel tributo che sia liquidato secondo disposizioni chiare e prevedibili e il cui accertamento sia effettuato nel rispetto delle nozioni di "giusto procedimento" e di "giusto processo".
2. Stabilire un impianto normativo che permetta allo Stato di attuare tutti i diritti sociali attraverso una corretta combinazione di imposizione finalmente generalizzata e d'intelligente spesa pubblica.
3. Rivisitare la giurisdizione tributaria nel senso di garantire in ogni stato e grado del giudizio le garanzie previste per il "giusto processo", da attuarsi attraverso le Corti di Giustizia Tributarie di primo e di secondo grado, grazie alla figura di giudici togati e specializzati.
4. Migliorare l'efficienza della celebrazione dei processi, attraverso l'eliminazione di tutti gli atti non strettamente necessari e lo sviluppo del "processo tributario telematico".
5. Superare il precedente orientamento, *de facto* smentito, che vuole il divieto d'ammissione della testimonianza nel processo, al fine di garantire il principio costituzionale della parità delle parti.
6. Attuare nella sua forma più ampia possibile il principio del contraddittorio all'interno del procedimento.
7. Delineare un vero e proprio "*Bill of Rights* del diritto tributario", che si occupi di trovare e garantire sia nella fase procedimentale che in quella processuale un equilibrio tra il rispetto dei diritti fondamentali e l'interesse impositivo dello Stato, attuando quindi tutti i principi previsti dalla Costituzione e dalla Convenzioni sovranazionali.

Per quanto riguarda i punti *sub* 1) e 2), questi potrebbe essere attuati attraverso le disposizioni iniziali del codice, caratterizzate da una funzione programmatica e esemplificativa, che finalmente chiariscano il fine ultimo del prelievo fiscale: rispettare i diritti della *communitas*, attraverso un tributo che sia coerente sin dal principio la Costituzione, che quindi sia imposto

sulla base della capacità contributiva di tutti⁶, prevedendo quindi dei chiari strumenti punitivi per la certezza del prelievo da un lato, e garantendo dall'altro una spesa pubblica intelligente, improntata all'eliminazione degli ostacoli per l'eguaglianza sostanziale tra cittadini.

Quanto al punto *sub* 3) si ritiene sufficiente riprendere quanto stabilito dalla citata l. 130/2022, che ha finalmente istituito il ruolo di giudice togato tributario.

In merito al punto *sub* 4) s'intende voler potenziare gli strumenti telematici al fine di garantire una maggiore celerità del processo, garantendo la celebrazione di udienze fisiche necessarie con maggiore attenzione da parte degli addetti al settore.

Le disposizioni per attuare il punto *sub* 5) semplicemente dovrebbero essere scritte nel senso di garantire la possibilità per il contribuente di avvalersi della testimonianza nel corso del processo. L'attenzione è rivolta al contribuente perché, nonostante l'art. 7 comma 4 del decreto legislativo del 31 dicembre 1992, n. 546 preveda un generale divieto di testimonianza, questa viene utilizzata dall'Amministrazione Finanziaria quotidianamente, attraverso l'*escamotage* di sfruttare le verbalizzazioni della GdF.

La testimonianza, in ossequio alle garanzie previste dall'art 6 CEDU, dev'essere garantita per tutte le parti di un processo che miri ad essere considerato "giusto".

Per quanto invece riguarda il punto *sub* 6) è assolutamente necessario prevedere una serie di disposizioni che permettano di superare quell'orientamento giurisprudenziale per cui il diritto fondamentale del contraddittorio vada applicato nel procedimento tributario limitatamente ai tributi armonizzati⁷, concependo invece il diritto in esame come uno strumento ambivalente e utile sia per l'Amministrazione Finanziaria che per il contribuente, in modo tale che, già dai primi contatti, essi possano determinare un accertamento della (eventuale) responsabilità sulla base di un rapporto che deve sforzarsi (mantenendo i dovuti limiti fisiologici) paritario.

Invece, per quanto riguarda l'ultimo punto, e ribadendo la libertà nelle forme, potrebbe immaginarsi una disposizione espressamente riservata al diritto al silenzio, così formulata: "Nel corso dell'istruttoria procedimentale il contribuente ha diritto di rimanere in silenzio e di non collaborare con le richieste dell'Amministrazione. La mancata collaborazione non può mai considerata come indizio di colpevolezza, né nel corso del procedimento, né nel corso del processo dinnanzi alla Corte di Giustizia Tributaria, né tantomeno in un eventuale processo penale".

⁶ Cfr. Rapporto annuale del Ministero dell'Economia e delle Finanze, anno 2020, consultabile in www.mef.gov.it, che attribuisce all'evasione fiscale una cifra intorno ai 200 miliardi di euro, pari al 11% del PIL del nostro paese.

⁷ Corte di Cass., Sez. Trib., ordinanza 30 marzo 2020, n. 7584, www.cortedicassazione.it.

4. Conclusione

Nel corso della trattazione si è quindi riuscito a sottolineare un *vulnus* intollerabile dei diritti fondamentali, riconosciuto senza dubbio alcuno dalle Corti Internazionali e prossimo ad avere il medesimo esito nella giurisprudenza costituzionale.

Ciò che lascia ancora alcune incertezze sta nelle ragioni che fino ad ora abbiano permesso di vedere seguita sia dal legislatore che dal Giudice delle Leggi l'opinione opposta a quella emersa nel corso della dissertazione.

Si è sottolineato il fatto che fino alle quattro sentenze sul "caso Consob" sia stato assente ogni tentativo di scindere il procedimento nel senso d'individuare una parte finalizzata (del tutto o in parte) all'irrogazione di sanzioni e che solo a seguito della pronuncia della Consulta del 2021 sia stato possibile vedere applicati anche nel nostro ordinamento i "criteri *Engel*".

Ma la ragione di questa incapacità di soddisfare i parametri europei di garanzia dei diritti fondamentali forse va ricercata in quella che è stata storicamente la visione dello *ius tacendi*, cioè quella di un "diritto scomodo" per l'autorità inquirente.

In assenza della possibilità di non collaborare alla propria autoincriminazione sarebbe - nella visione di coloro che ne negano l'utilità - molto più semplice arrivare alla ricostruzione della verità assoluta.

Il pubblico ministero e - con le dovute differenze - l'Amministrazione Finanziaria hanno entrambi il dovere di accertare il fatto che vi sia stata la violazione di una disposizione dell'ordinamento, e quindi sono forse portati a pensare che la facoltà di non autoincriminarsi per il destinatario dell'indagine sia solo di ostacolo al loro esercizio conoscitivo.

Ma è altrettanto vero che, come emerso chiaramente già dalle prime pagine dello scritto, non sempre prevedere un obbligo di verità si traduce con un risultato utile, dal momento che il soggetto che ne è destinatario potrebbe dichiarare il falso pur di non incombere nelle conseguenze preposte dall'ordinamento stesso per punire la scelta di restare *taciturnus*.

La tendenza ad un'accezione negativa del silenzio è ancora viva persino nel processo penale, manifesto il fatto che sia stato necessario un intervento delle istituzioni europee con la già citata direttiva n. 2016/343/UE, il cui art. 6 §5 ha impegnato gli Stati Membri ad adattare la propria normativa interna affinché: "L'esercizio da parte degli indagati e imputati del diritto al silenzio o del diritto di non autoincriminarsi non possa essere utilizzato contro di loro e non sia considerato quale prova che essi abbiano commesso il reato ascritto loro".

Tralasciando le modalità di attuazione della stessa, che come detto ha portato con sé sia elementi positivi sia delusioni, il cuore della questione è tutto qui: costruire un procedimento moderno, rispetto al quale, in tutti i casi in cui sia presente la potenziale irrogazione di sanzioni, il legislatore comprenda l'utilità e la necessità di garantire il diritto al silenzio, perché questo ha un duplice beneficio: per colui che subisce l'indagine, perché meglio potrà esercitare il proprio diritto costituzionale alla difesa, e per colui che esercita l'indagine, perché facendo a meno dell'apparato conoscitivo del diretto interessato si sforzerà di trovare il modo di ricostruire una verità processuale attraverso nuove vie con maggiore impegno.

BIBLIOGRAFIA

- ALTAVILLA E., “*Manuale di diritto penale: parte generale*”, I ed., Napoli, Morano editore, 1934.
- ANIELLO SALICETI A., “*La protezione dei dati personali nell’ordine pubblico europeo: tutela della sfera privata e ingerenza dello Stato*”, in *Informatica e diritto*, 2008, 13, II.
- AMODIO E. “*Diritto al silenzio o dovere di collaborazione? A proposito dell’interrogatorio dell’imputato in un libro recente*”, in *Rivista di Diritto Processuale*, 1974, 1, IV.
- AMODIO E., “*Motivazione della sentenza penale*”, in *Enc. Dir.*, XXVII, 1977.
- AMODIO E. e DOMINIONI O., “*Commentario al nuovo codice di procedura penale - Volume I*”, I ed., Milano, Giuffrè, 1989.
- AMODIO E., “*Giusto processo, diritto al silenzio e obblighi di verità dell’imputato sul fatto altrui*”, in *Cass. Pen.*, 3, II, 2001.
- AMODIO E., “*La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo*”, in *Cass. Pen.*, III, 1, 2003.
- AMODIO E., “*Giusto processo, procès équitable e fair trial: la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa*”, I ed., Milano, Cedam, 2003.
- ARANCI M., “*Diritto al silenzio e illecito amministrativo punitivo: la risposta della Corte di Giustizia*”, nota a CGUE, sentenza 2 febbraio 2021, C-481/19, Consob, in *Sistema Penale*, 2021, 2, I.
- BARILE P., “*Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*”, I ed., Bologna, Il Mulino, 1984.
- BECCARIA C., “*Dei delitti e delle pene*”, XXI ed., Milano, Mursia, 1987.
- BELLUTA H., GIALUZ M., LUPARIA L., “*Codice sistematico di procedura penale*”, IV ed., Torino, Giappichelli, 2019.
- BELZU M., “*Pubblico ministero e imputato: la parità e il suo mito*”, nota a sentenza Corte Cost. 6 febbraio 2007, n. 26, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 2007.
- a cura di BILANCIA F., “*Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo e giustizia tributaria italiana*”, I ed., Torino, Giappichelli, 2014.
- BIN R., “*Dalla Costituzione ‘inattuata’ alla Costituzione inattuabile?*”, in *Per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2, I, 2013.
- BOBBIO N. “*Hobbes e il giusnaturalismo*”, in *Rivista Critica di Storia della Filosofia*, 1962, 4, I.

- BOLOGNA S. e MONACO O., “*La presunzione d’innocenza nel d.lgs. 188/2021: un’occasione persa?*”, in *Unità per la Costituzione*, 2021, www.unicost.eu.
- BONTEMPELLI M., “*Dichiarazioni dell’indiziato e divieto di testimonianza*”, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2013, 1, I.
- BORGIA C., “*L’effettività dei diritti alla luce della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo di Strasburgo*”, nota a CEDU, 5 aprile 2012, *Chambaz c. Svizzera* (11663/04), in diritti-cedu.unipg.it.
- BUFFA F., “*Le principali questioni in materia tributaria*”, in *Questione Giustizia*, 2019, 1, IV.
- BUONANNO A.L., “*Dall’ibrido impumone alla figura di teste assistito*”, 2017, consultabile in www.diritto.it.
- CARNELLUTI F., “*Principi del processo penale*”, I ed., Napoli, Morano Editore, 1960.
- *a cura di CASSESE S.*, “*Giusto processo*”, in *Dizionario di diritto pubblico*, vol. III, Milano, 2006.
- CATALANO S., “*La vicenda decisa dalla sentenza n. 84 del 2021 della Corte Costituzionale: un esempio di “buon dialogo” fra Corti*”, nota a Corte Costituzionale, sentenza n. 84 del 30 aprile 2021, in *Quaderni Costituzionali*, 2021, 4, I.
- CHIARLONI S., “*Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile*”, in www.QuestioneGiustizia.it, 2000.
- COLAO F., “*Itinerari del diritto alla difesa dalla caduta del Fascismo alla novella del 1955*”, in *Italian Review of Legal History*, 1, II, 2017.
- CONFALONIERI S., “*Il nemo tenetur se detegere nel labirinto delle fonti*”, nota a Corte Costituzionale, sentenza n. 117 del 10 maggio 2019, in *Diritto penale contemporaneo*, 3, I, 2020.
- CONTI C., “*Giusto processo*”, in *Enc. Dir. App.*, volume V, Milano, Giuffrè, 2001.
- CORDERO F., “*Riti e sapienza del diritto*”, I ed., Roma-Bari, Laterza, 1981.
- DAMAŠKA M., “*I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*”, I ed., trad. it. Bologna, Il Mulino, 1991.
- DE FAZIO R.S., “*Alcune osservazioni sull’orientamento delle Corti nel decennale delle sentenze gemelle*”, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, I, 2018.
- DE MITA E., “*Interesse fiscale e tutela del contribuente*”, V ed., Milano, Giuffrè, 2006.

- FABERI A., “*Sui confini delle garanzie autodifensive dell’ accusato (accertamenti fiscali, richiesta di documenti, rischio d’autoincriminazione)*”, nota a CEDU, 5 aprile 2012, *Chambaz c. Svizzera* (11663/04), web.archiviopenale.it.
- FAGGIANI V., “*Le direttive sui diritti processuali. Verso «un modello europeo di giustizia penale»?*”, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies* 1, II, 2017.
- FALAGNA M., “*Il principio d’effettività nella teoresi di Catelani e Kelsen*”, in *Società e diritti*, 2, III, 2017.
- FALCONE G., “*Criminalità organizzata e nuovo processo penale*”, III ed., Segrate (MI), Bur editore, 2011.
- *a cura di FANTOZZI A.*, “*Diritto tributario*”, IV ed., Milano, Utet giuridica, 2012.
- FERRAJOLI L., “*Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*”, XI rist., Roma-Bari, Laterza, 2018.
- FERRANTE R., “*Un secolo sì legislativo. La genesi del modello otto-novecentesco di codificazione e la cultura giuridica*”, I ed., Torino, Giappichelli, 2015.
- FERRARO F., “*Jeremy Bentham e la procedura giudiziaria*”, 2009, in www.dirittoequestionipolitiche.org.
- FERRUA P., “*Difesa (diritto di)*”, in *Dig, disc. Pen.*, 1, III, 1989
- FERRUA P., “*La sentenza costituzionale 255 del 1992: declino del processo accusatorio*”, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, III, 2, 1992.
- FILANGERI G. “*La scienza della legislazione*”, XXXI ed., Napoli, Grimaldi edit., 2003.
- FURLAN F. et al, “*Costituzioni comparate*”, IV ed., Torino, Giappichelli, 2017.
- GAITO A. e LA ROCCA E. , “*Vent’anni di “giusto processo” e trent’anni di “Codice Vassalli”: quel (poco) che rimane...*”, in *Archivio penale*, I, 3, 2019.
- GALANTINI N., “*Giusto processo e garanzia costituzionale del contraddittorio nella formazione della prova*”, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2010, 1, I.
- GALLO F., “*Verso un giusto processo tributario*”, in *Rassegna tributaria*, 2003, 1, I.
- GARLATI L., “*Silenzio colpevole, silenzio innocente. L’interrogatorio dell’imputato da mezzo di prova a strumento di difesa nell’esperienza giuridica italiana*”, in *Indice Penale*, 2006, 1, II.
- *a cura di GARLATI L.*, “*L’inconscio inquisitorio. L’eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*”, I ed., Milano, Giuffrè, 2010.

- GARLATI L., “*Contro il sentimentalismo*” - *l'impianto inquisitorio del sistema delle prove nel c.p.p. del 1930*, in *Criminalia*, 2012, 1, II.
- GATTA G.L., “*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-quinquendecies T.U.F.*”, nota a Corte di Cass., Sez. II, 16 febbraio 2018, ordinanza n. 54, in *dirittopenalecontemporaneo*, 4, I, 2018.
- a cura di GATTO A., “*Codice di procedura penale ipertestuale*”, I ed., Utet, Milano, 2001.
- GIARDA A. “*Persistendo il reo nella negativa*”, I ed., Milano, Giuffrè, 1980.
- GREVI V., “*Nemo tenetur se detegere*”, I ed., Milano, Giuffrè, 1972.
- HAERI K., “*«Vous avez le droid de garder le silence...». Comment réformer la gard à vue*”, in *Institut Montaigne*, dicembre 2010, 1, I.
- HOBBS T., “*Leviatano*”, I ed., trad. it., Milano, Rizzoli, 2013.
- IACOBELLIS L., “*Certeza del diritto e codificazione tributaria nel nuovo disegno di legge delega per la revisione in materia fiscale*”, in *Rivista di Diritto Tributario*, 2022, 3, I,
- ILLUMINATI G., “*Presunzione di non colpevolezza*”, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXVII, Roma, 1991.
- ILLUMINATI G., “*Modello processuale accusatorio e sovraccarico del sistema giudiziario*” in “*Rivista Brasiliana de Direito Processual Penal*”, 2018, 4, II.
- LARONGA A., “*Sul valore probatorio del contegno non collaborativo dell'imputato nell'accertamento del fatto proprio*”, in *Questione Giustizia*, 2014, 2, I.
- MARAFIOTI L., “*Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*”, I ed., Torino, Giappichelli, 2000.
- MARCHESELLI A., “*La Cedu nel caso Ravon contro Francia: il problematico rapporto tra accessi e verifiche fiscali e giusto processo*”, nota a CEDU, 21 febbraio 2008, “*Ravon e a. c. Francia*”, in www.europeanrights.eu.
- MARCHESELLI A. e DOMINICI R., “*Giustizia tributaria e diritti fondamentali*”, I ed., Torino, Giappichelli, 2016.
- a cura di MARCHESELLI A., “*Accertamenti tributari e difesa del contribuente*”, II ed., Milano, Giuffrè, 2018.
- MARCHESELLI A., “*Buona fede del contribuente, obblighi di cooperazione nella fase amministrativa e diritto al silenzio: tempesta in arrivo dalle Corti Internazionali*”, in *Riv. Tel. Di diritto tributario*, 2021, 1, I.

- MARCHESELLI A., *“Il diritto al silenzio tra diritti fondamentali e doveri fondamentali in materia tributaria”*, nota a Corte Costituzionale n. 84 del 30 aprile 2021, in *Consulta Online*, 2, III.
- MARONGIU G., *“Lo Statuto dei diritti del contribuente”*, in www.associazionenazionaletributaristi.eu, 2005.
- MAZZA O., *“La presunzione d’innocenza messa alla prova”*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2019, 1, I.
- MELIS G., *“Lezioni di diritto tributario”*, I ed., Torino, Giappichelli, 2013.
- NATALE M., *Una breve riflessione sul codice di rito del 1913. Azione penale, pubblico ministero e giudice istruttore tra modello misto e suggestioni accusatorie*, in *Historia et ius*, 2013, 3, I.
- PALMA A.U., *“L’obbligo di esercizio dell’azione penale, carico giudiziario ed efficientamento di sistema: una prospettiva rispettosa del vincolo costituzionale”*, in *Archivio penale*, 2021, 1, I.
- PATRONE I.J., *“Il prosecutor negli Stati Uniti: un modello da seguire?”*, in www.questionegiustizia.it.
- PATANÈ V., *“Il diritto al silenzio dell’imputato”*, I ed., Torino, Giappichelli, 2006.
- RAIMONDI G.: *“Commentario alla convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali”*, I ed., Padova, Cedam, 2001.
- RODOTÀ S. *“Il diritto di avere diritti”*, IV ed., Roma-Bari, Laterza, 2020.
- SACCONI G., *“il processo penale tra esigenze di difesa sociale e garanzie della persona: l’esperienza italiana”*, 2012, consultabile in www.diritto.it.
- SIRACUSANO F., *“La completezza delle indagini nel processo penale”*, I ed., Torino, Giappichelli, 2005.
- SCOLETTA M., *“Il ne bis in idem “preso sul serio”: la Corte EDU sulla illegittimità del doppio binario francese in materia di abusi dimezzato (e i possibili riflessi sull’ordinamento italiano)”*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2019, 3, I.
- SCOLETTA M., *“Il principio del ne bis in idem e i modelli punitivi a doppio binario”*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2021, 4, I.
- STAZIONE G., *“Autoincriminazione e diritto al silenzio. Le esperienze italiana, francese e inglese”*, I ed., Milano, Cedam, 2017.
- TASSINARI D., *“Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato”*, I ed, Bologna, Bononia University Press, 2012.

- TESAURO F., “*Giusto processo e processo tributario*”, in *Rassegna tributaria*, 2006 1, I.
- TESAURO F., “*Compendio di diritto tributario*”, VIII ed., Torino, Utet giuridica, 2020.
- TONINI P., “*Manuale di procedura penale*”, XX ed., Milano, Giuffrè, 2019.
- URACCHIO A.F., “*Principi del giusto processo ed applicabilità della legge Pinto nei giudizi tributari*”, consultabile in www.giustiziatributaria.it.
- VASSALLI G., “*Il diritto alla libertà morale*”, in “*Studi in memoria di F. Vassalli*”, 1960, 1, II.
- VASSALLI G., “*Il nuovo codice di procedura penale: «spigolature» ed «osservazioni»*”, in *Ultimi scritti*, Milano, 2007.
- VIGNERA G., “*La garanzia costituzionale del giusto processo*”, in www.IICaso.it, 2010, documento n. 209

