

PROFILI ATTUALI DEL *NEMO TENETUR SE* *DETEGERE* IN SENSO SOSTANZIALE *

Marco Mantovani **



SOMMARIO 1. L'orientamento più recente della Corte Costituzionale. — 2. L'art. 384, comma 1, c.p. quale disposizione fondante la valenza sostanziale del *nemo tenetur*. — 3. I rapporti fra l'art. 61, n. 2, c.p. e l'art. 384, comma 1, c.p. La replica a un'obiezione infondata. — 4. L'inquadramento dell'esimente prevista dall'art. 384, comma 1, c.p. come scusante: conseguenze. — 5. Altre vie per assegnare una rilevanza al *nemo tenetur se detegere* rispetto all'art. 2621 c.c.: limiti.

1. L'orientamento più recente della Corte Costituzionale

Con la sentenza n. 84 del 2021 la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 187-*quinquiesdecies* del D. Lgs. 58/1998 (T.u.i.f), nella parte in cui assoggetta(va) a sanzione amministrativa pecuniaria “chiunque non ottempera nei termini alle richieste della Banca d'Italia e della Consob”¹. La decisione della Consulta si radica sul contrasto di questa disposizione con il “diritto al silenzio” della persona sottoposta a un procedimento inerente all'attività di vigilanza da parte della Consob (o della Banca d'Italia²), con riferimento all'ipotesi in cui il fornire le informazioni richieste dall'organo di controllo l'avrebbe esposta al pericolo di esporre fatti che avrebbero potuto comportare una sua responsabilità penale *lato sensu* intesa. Ci si riferisce, in particolare, ai casi nei quali queste avrebbero potuto dar luogo, a carico del soggetto sottoposto al relativo procedimento, all'emersione di una sua responsabilità ai sensi degli artt. 187-*bis* e 187-*ter* D. lgs. 58/1998 (rispettivamente contemplanti gli illeciti amministrativi di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato), in quanto il riscontro della loro ricorrenza avrebbe comportato, nei confronti di tale

* Scritto destinato al *Liber amicorum* per Nicola Mazzacava.

** Ordinario di diritto penale nell'Università di Bologna.

¹ La si trova riportata in *Sist. Pen.*, 3 maggio 2021, *Diritto al silenzio e sanzioni punitive di Consob e Banca d'Italia: la Corte Costituzionale dichiara l'illegittimità dell'art. 187-quinquiesdecies t.u.i.f.*

² Cfr., al par. 9 del Considerato in diritto della decisione, l'estensione della dichiarazione di illegittimità della disposizione in questione anche alla parte relativa alla Banca d'Italia.

soggetto, l'applicazione delle sanzioni amministrative *di tipo punitivo* ivi previste³. Di qui il ricorso, da parte della Corte, al *nemo tenetur se detegere*, in chiave di proiezione necessaria del diritto di difesa garantito dall'art. 24, comma 2, Cost. e dall'art. 6, comma 3, CEDU. Giova osservare come anche nella vicenda sottoposta al vaglio della Consulta, peraltro, la valenza di questo principio abbia natura esclusivamente *endo-procedimentale*, essendo circoscritta alle (sole) dichiarazioni rese dall'interessato *all'interno* del procedimento ispettivo che lo riguarda.

Da ciò si evince, *a contrario*, che al canone del *nemo tenetur se detegere* non può riconoscersi, tendenzialmente, alcuna rilevanza *sostanziale*.

Il che implica un'approfondita disamina della tesi, sostenuta – fra gli altri – anche da Nicola Mazzacuva, l'illustre Autore e Collega al quale questi scritti sono dedicati, alla stregua della quale il principio del *nemo tenetur se detegere* comporterebbe la non punibilità dei relativi responsabili, nel quadro dell'art. 2621 c.c., per le falsità commesse nei bilanci o in altre comunicazioni sociali, quando queste traggano origine dalla necessità di occultare reati precedentemente realizzati dai medesimi⁴.

Il fondamento normativo di tale assunto viene rinvenuto, in conformità con altre opinioni espresse al riguardo⁵, nella causa di non punibilità di cui all'art. 384 c.p.⁶.

Rinviando a un momento successivo l'analisi di questa disposizione, conviene sin d'ora occuparsi di quella che è stata l'obbiezione più di frequente addotta per invalidare la tenuta dell'orientamento appena esposto. Ci riferiamo, evidentemente, a quella collegata alla presenza, nel nostro sistema, della c.d. aggravante teleologica, prevista dall'art. 61, n. 2, c.p., nella parte in cui collega un inasprimento di pena nei confronti di chi ha commesso il reato per eseguirne od *occultarne* un altro. È di tutta evidenza l'antinomia scaturente fra il tenore di questa circostanza e l'idea che gli stessi fattori, che la sostanziano, possano valere, in determinati casi, a legittimare l'impunità dell'agente.

³ Ci si riferisce, in questo caso, alle misure formalmente non penali, alle quali la stessa Corte Costituzionale riconosce natura penale.

Sul tema, da ultimo, MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018, p. 210 ss.

⁴ Cfr. N. MAZZACUVA, *Il falso in bilancio. Casi e problemi*, Padova, 2004, p. 220 ss.

⁵ Cfr. ZANOTTI, «Nemo tenetur se detegere»: *profili sostanziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 178 ss.

⁶ Cfr. N. MAZZACUVA, *Il falso in bilancio*, cit., p. 221.

2. L'art. 384, comma 1, c.p. quale disposizione fondante la valenza sostanziale del *nemo tenetur*

Appare opportuno, quindi, procedere a una breve ricognizione del contenuto e delle funzioni sistematiche dell'art. 384 c.p., dal momento che lo si addita come base essenziale per il riconoscimento di una valenza extraprocessuale del *nemo tenetur*⁷.

È noto come questa causa di non punibilità operi nei confronti degli autori dei delitti contro l'amministrazione della giustizia, ivi espressamente previsti, i quali siano stati indotti alla loro realizzazione dalla costrizione "di salvare sé medesimo o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore".

La tradizionale e prevalente interpretazione di questa disposizione in termini di ipotesi *speciale* di quella sullo stato di necessità (art. 54, comma 1, c.p.)⁸ risulta, oggi come oggi, ampiamente recessiva, ma non manca, nondimeno, di lasciare – come vedremo – prove della sua insospettata vitalità. Eppure, al di là di ogni questione in ordine alla natura della non punibilità che ne discende, a confutarla è sufficiente una semplice e sommaria ricapitolazione dei cardini del rapporto di specialità fra norme. Questo presuppone che nella norma speciale si rinviengano tutti gli elementi di quella generale e, in aggiunta, alcuni fattori ulteriori che valgono ad arricchirne il contenuto. Ciò posto, è evidente che questa prima e indispensabile condizione non trovi riscontro nella relazione intercorrente fra il primo comma dell'art. 54 c.p. e il primo comma dell'art. 384 c.p., che si assume essere speciale rispetto al primo. A tacer d'altro, nell'asseritamente disposizione speciale, di cui all'art. 384 c.p., comma 1, c.p., non trovano posto né il requisito della non causazione volontaria del pericolo, né l'esigenza della proporzione del danno recato rispetto al pericolo, entrambi richiesti dall'art. 54, comma 1, c.p.⁹

A parte il dato appena illustrato, è, tuttavia, la differente *ratio* sottostante, anche nell'ottica delle interpretazioni più tradizionali, alle ipotesi di non punibilità in discorso a dar ragione della discrasia insita nel loro accostamento. Ne costituisce riprova la situazione di *impasse* nella quale veniva a trovarsi Francesco Antolisei, pur tenace assertore della tesi secondo la quale la situazione contemplata dall'art. 384, comma 1, c.p. avrebbe incarnato "una forma speciale di stato di necessità"¹⁰. Questi, dopo aver patrocinato una

⁷ Sul punto, in particolare, ZANOTTI, «Nemo tenetur», cit., p. 191 ss.

⁸ Cfr. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Pt. s., XI ed., aggiornata e integrata da L. CONTI, Milano, 1995, p. 478.

⁹ Cfr., in questo senso, FORNASARI, voce *Inesigibilità*, in *D. disc. pen., Aggiornamento*, X, Torino, 2018, par. 32.

¹⁰ Cfr. l'assunto di Antolisei, di cui si è già dato conto alla nota 8.

ricostruzione dell'art. 54 c.p. in chiave di scriminante e averla ricondotta a una situazione di bilanciamento di interessi di *pari* valore, nella quale l'ordinamento, proprio in ragione della loro equivalenza, non accordava la prevalenza ad alcuno di essi, rimanendo *indifferente* alla soluzione del relativo conflitto¹¹, incontrava non poche difficoltà a operare una trasposizione di quest'ordine di idee a fronte dell'art. 384, comma 1, c.p. Rispetto alla contrapposizione di interessi delineata dall'art. 384, comma 1, c.p., l'illustre Autore ben si rendeva conto di come non potesse rinvenirsi un'equivalenza di interessi fra quello pubblico, diretto al perseguimento dei reati, e quello privato, mirante ad assicurare la propria impunità¹². Di qui la scaturigine, *de lege ferenda*, della proposta di trasformare la disposizione di cui all'art. 384, comma 1, c.p. da causa di non punibilità a mera causa di attenuazione della responsabilità penale¹³.

L'imbarazzo di Antolisei nell'operare una classificazione adeguata dell'esimente prevista dall'art. 384, comma 1, nel quadro di una singola causa di giustificazione, tradisce la sua sostanziale estraneità alla logica sulla quale si basa l'*ubi consistam* della loro intera categoria: quella del bilanciamento degli interessi¹⁴. In realtà, non essendo concepibile l'attribuzione di un valore superiore all'interesse a non autodenunciarsi o a non denunciare un prossimo congiunto rispetto a quello a non turbare il corso della giustizia, ne discende che il primo potrà rilevare esclusivamente come il portato della situazione esistenziale del singolo, al quale l'ordinamento riconosce efficacia, giudicandolo non punibile, in quanto *scusato*.

Se ne deduce che, in ossequio alla concezione normativa della *colpevolezza*, sarà questa, nel caso *de quo*, a essere esclusa¹⁵ e non già l'illiceità del fatto.

3. I rapporti fra l'art. 61, n. 2, c.p. e l'art. 384, comma 1, c.p. La replica a un'obiezione infondata

Sulla base di questa premessa, è possibile approdare a una più precisa *actio finium regundorum* dei rispettivi àmbiti di applicazione delle ipotesi di cui agli artt. 61, n. 2, e 384, comma 1, c.p.

¹¹ Cfr. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Pt. g., XI ed., aggiornata e integrata da L. CONTI, Milano, 1989, p. 267.

¹² Al riguardo, si veda quanto sostenuto da ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Pt. s., cit., p. 480.

¹³ In questo senso ANTOLISEI, op. ult. cit., p. 481.

¹⁴ Sul punto cfr., per tutti, M. ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 60 s.

¹⁵ In questi termini M. ROMANO, *Cause di giustificazione*, cit., p. 61 ss.

Partendo dal presupposto che l'art. 384, comma 1, c.p. non è norma speciale rispetto alla statuizione contenuta¹⁶ nell'art. 61, n. 2, c.p. perché, pur elidendo la punibilità di casi di occultamento di reati altrimenti riconducibili nella portata generale di detta aggravante, estende il proprio raggio di operatività anche a fatti del medesimo tenore posti in essere a vantaggio di prossimi congiunti, soggetti certamente non ricompresi nell'orbita di applicazione dell'art. 61, n. 2, c.p., i rapporti fra queste disposizioni necessitano di una rivisitazione onde evitare equivoci davvero fuorvianti.

In particolare, con riferimento alla questione se possa appellarsi all'esimente contemplata dall'art. 384, comma 1, c.p. l'amministratore che nel bilancio occulti fatti dai quali può emergere una sua responsabilità penale, sì da sottrarsi all'applicazione dell'art. 2621 c.c., si è data soluzione incondizionatamente negativa.

Assolutamente condivisibile la conclusione ultima del ragionamento, non lo è il percorso motivazionale attraverso il quale vi si perviene. L'illustre Autore che vi addiviene¹⁷, infatti, argomenta dal fatto che "la situazione" – vale a dire quella scaturente dal reato pregresso (ad es.: un'appropriazione indebita di beni sociali) che nel bilancio si intende occultare – "è sì obiettivamente costringitiva; ma lo è per colpa del soggetto che in essa si è ficcato, con la propria precedente condotta illecita"¹⁸.

Ora, appare manifesto che questo assunto, con il richiedere implicitamente, ai fini dell'inquadramento del fatto nella cornice dell'art. 384, comma 1, c.p., il requisito della *causazione non volontaria del pericolo* del grave e inevitabile nocumento nella propria libertà o nel proprio onore, finisce con il mutuare dalla disposizione sullo stato di necessità un fattore non preteso dall'art. 384, comma 1, c.p.^{19 20}.

4. L'inquadramento dell'esimente prevista dall'art. 384, comma 1, c.p. come scusante: conseguenze.

Qualificata l'ipotesi di cui all'art. 384, comma 1, c.p. come scusante e, per tale

¹⁶ Sulla possibilità che il principio di specialità operi anche oltre il rapporto fra le sole norme incriminatrici cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*. I. Art. 1-84, III ed., Milano, 2004, *sub* Art. 15/7.

¹⁷ PULITANO', *Nemo tenetur se detergere: quali profili di diritto sostanziale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 1281 ss.

¹⁸ PULITANO', *Nemo tenetur se detergere*, cit., p. 1282.

¹⁹ Rinviamo a quanto esposto al paragrafo che precede.

²⁰ Precisa, significativamente, che, in materia di frode processuale (art. 374 c.p.), la causa di non punibilità dell'art. 384, comma 1, c.p. si applica anche quando lo stato di pericolo, per la libertà o per l'onore, è stato cagionato volontariamente dall'agente Cass, Sez. III, 96/8699.

via, ricondotta al novero dei casi di inesigibilità afferenti al piano della colpevolezza, restano ancora da chiarire aspetti di spessore non irrilevante.

Bisogna, anzitutto, sgombrare il campo da equivoci interpretativi di un passato non recentissimo nei quali, da una parte, si è additata l'inesigibilità come espressione di un *principio generale dell'ordinamento*, pur senza farsi carico di specificarne i rapporti con il concetto di colpevolezza (in senso normativo)²¹; dall'altra, pur qualificando la fattispecie contemplata dall'art. 384, comma 1, c.p. *sub specie* di scusante, si è giunti a ravvisarvi un'estrinsecazione del diritto di difesa, consacrato nell'art. 24, comma 2, Cost.²².

Se il primo assunto può qualificarsi come apodittico e sistematicamente infondato, ben maggiori sono le aporie di cui è foriero il secondo.

Segna una profonda contraddizione, dal punto di vista assiologico, restringere la rilevanza di un diritto costituzionalmente garantito entro il perimetro di una scusante: ciò comporta che un comportamento costituente esercizio del primo dovrebbe, al tempo stesso, mantenere la propria illiceità e andare esente da pena *solo* perché l'ordinamento tiene conto della peculiarità della situazione esistenziale del soggetto che lo ha tenuto²³. Va da sé che, in questo caso, l'inaccettabilità delle conseguenze che ne discendono impone il rigetto dell'assunto dal quale esse derivano.

Al di là di ogni ulteriore indagine sui rapporti fra l'art. 384, comma 1, c.p. e l'art. 24, comma 2, Cost., basti in questa sede sottolineare come ogni tentativo di escludere la punibilità di un fatto riportabile nel paradigma dell'art. 2621 c.c., per il tramite dell'applicazione dell'art. 384, comma 1, c.p.²⁴, cozzi irrimediabilmente contro il muro del *numerus clausus* dei reati rispetto ai quali questa esimente può spiegare la propria efficacia, delineato tassativamente proprio al suo interno.

A ciò aggiungasi il dato che, come puntualmente rilevato²⁵, lo statuto di norma scusante riconosciuto a questa fattispecie ne implica l'inclusione nell'orbita delle disposizioni *eccezionali*, rispetto alle quali l'applicazione analogica è interdetta dall'art. 14 Prel.

²¹ Cfr. ZANOTTI, «Nemo tenetur», cit., p. 191 ss.

²² Definisce espressamente l'ipotesi di cui all'art. 384, comma 1, c.p. in termini di "scusante" ZANOTTI, op. ult. cit., p. 191.

²³ Si rinvia, al proposito, a quanto esposto, *antea*, al par. 2.

²⁴ Cfr. N. MAZZACUVA, *Il falso in bilancio*, cit., p. 221 s.

²⁵ Cfr. FORNASARI, *Applicazione dell'art. 384 e famiglia di fatto: brusco overruling delle Sezioni Unite*, in *Giur. it.*, 2021, p. 6 (delle bozze).

5. Altre vie per assegnare una rilevanza al *nemo tenetur se detergere* rispetto all'art. 2621 c.c.: limiti

Batte (anche²⁶) un sentiero diverso Nicola Mazzacuva, al fine di sostenere l'irrelevanza dei casi di false comunicazioni sociali commessi per occultare reati pregressi commessi dai loro autori. La via seguita è quella della c.d. progressione criminosa: si asserisce che, alla stregua dell'*id quod plerumque accidit*, la commissione del reato di cui all'art. 2621 c.c. segue la realizzazione di fattispecie più gravemente sanzionate, la cui applicazione assorbe il disvalore del primo²⁷. Il che costituisce una corretta declinazione del principio di consunzione²⁸, per effetto della quale il reato posteriore meno grave degrada a *postfacto non punibile* di quello anteriore più grave²⁹.

La strada dell'assorbimento dell'ipotesi prevista dall'art. 2621 c.c. da parte di quella più grave, che la sua integrazione punta a "coprire", è sì suggestiva, ma lastricata di tutte le insidie alle quali soggiace una dosimetria sanzionatoria spesso condizionata da umori non facilmente prevedibili del legislatore.

Basti pensare a uno degli esempi adottati per sostenere la tesi dell'assorbimento delle false comunicazioni sociali ad opera del reato più grave precedentemente commesso: quello del falso in bilancio posto in essere da un amministratore al fine di dissimulare un'appropriazione indebita aggravata dal medesimo realizzata³⁰. Perfettamente spendibile entro il quadro delineato dalla riforma – non esattamente memorabile³¹ – attuata in materia dal D. lgs. 61/2002, in quanto l'art. 2621 c.c. era relegato al rango di fattispecie contravvenzionale di ben ardua applicazione, l'esempio in parola non può certamente riprendersi oggi, alla luce della ridefinizione in termini di delitto perseguibile d'ufficio dell'art. 2621 c.c. e della determinazione delle rispettive cornici di pena operate dalla l. 69/2015. Di qui la soluzione odierna nel senso del concorso dei reati in questione.

²⁶ Oltre a quello fondato sull'art. 384, comma 1, c.p.

²⁷ N. MAZZACUVA, *Il falso in bilancio*, cit., p. 225 s.

²⁸ Su tale principio cfr., per tutti, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*. I, cit., sub Art. 15/32 ss.

²⁹ Cfr. M. ROMANO, op. ult. cit., sub Art. 15/35 ss.

³⁰ L'esempio è proposto precisamente da N. MAZZACUVA, *Il falso in bilancio*, cit., p. 225.

³¹ Per un drastico giudizio su questo intervento legislativo cfr. SEMINARA, *Diritto penale commerciale*. Volume II. *I reati societari*, Torino, 2018, p. 32 ss.