

Applicazioni virtuose della nuova “dottrina” sulla “doppia pregiudizialità” in tema di diritti fondamentali (in margine alle decisioni nn. 112 e 117/2019)*

di Adele Anzon Demmig – Già Professore ordinario di diritto pubblico nell’Università di Tor Vergata

ABSTRACT: The Author analyzes two judgments of the Italian Constitutional Court regarding issues that involve a “double preliminary question”, as they concern the consistency of the relevant national legislation with articles of the Italian constitution, and articles of European Convention on Human Rights or Charter of the fundamental rights of the European Union. The Author analyses the problems underlying the new doctrine of the Constitutional Court that states the priority of the constitutional issue, especially those connected to its influence on the interactions between the Constitutional Court, the national judicial system, and the transnational Courts. The A. argues that in the above judgments the Court applied the doctrine in the spirit of sincere cooperation with the European Courts and emphasizes its previous preliminary question submitted to the European Court of Justice. The essay points out also the problems that are still open for debate with regard to the concurring protection of fundamental rights at the national and European levels.

SOMMARIO: 1. Le questioni prospettate dal giudice *a quo*. – 2. I nuovi criteri sulla doppia pregiudizialità: considerazioni di insieme. – 3. Vantaggi e presunti pericoli della nuova dottrina nei rapporti tra le Corti. – 4. L’influenza nei rapporti della Corte costituzionale con i giudici comuni nell’ambito dell’ordinamento nazionale. – 5. La doppia pregiudizialità delle questioni

* In corso di pubblicazione in *Giurisprudenza costituzionale* 2019.

nell'ordinanza di rimessione. – 6. L'*iter* argomentativo dell'ordinanza 117. – 7. Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia. – 8. I problemi ancora aperti.

1. Le questioni prospettate dal giudice *a quo*

La Corte di cassazione, con una medesima ordinanza, solleva due distinti gruppi di questioni concernenti in sostanza l'applicabilità di principi e diritti in materia penale anche a procedimenti amministrativi funzionali all'adozione di sanzioni amministrative "punitive". I due gruppi di questioni concernono due distinte disposizioni della legge nazionale di attuazione della normativa europea allora vigente in tema di abusi di mercato. Le censure provengono da un procedimento instaurato presso la CONSOB in relazione ad un fatto di *insider trading* e concernono, il primo gruppo, la misura della sanzione della confisca per equivalente, ritenuta manifestamente sproporzionata (perché estesa oltre il "profitto" fino all'intero "prodotto" dell'illecito); il secondo gruppo la sanzione del "diritto al silenzio" dinanzi alla CONSOB che, nell'esercizio delle sue funzioni di vigilanza contesti all'indagato un abuso di informazioni privilegiate.

Per entrambi i gruppi, le questioni rappresentano ipotesi di "doppia pregiudizialità", prospettando tutte l'incompatibilità sia nei confronti di norme costituzionali nazionali sia – ex artt. 11 e 117, 1° c. Cost. – di norme della Convenzione EDU, del Patto internazionale sui diritti civili e politici, della Carta Europea dei diritti fondamentali.

La Corte costituzionale separa la trattazione dei due gruppi di questioni perché, il primo, a differenza del secondo, si presta ad essere deciso immediatamente dalla stessa Corte (sentenza n. 112 del 2019), non essendovi dubbi circa l'incompatibilità sia con la Costituzione italiana e con la CEDU come interpretata dalla Corte di Strasburgo, sia con gli artt. 17 e 49 CDFUE e la relativa giurisprudenza della Corte di Giustizia. In tal modo, il giudizio di legittimità costituzionale esperito per primo risolve le questioni annullando *erga omnes* la norma nazionale impugnata con una pronuncia di accoglimento ("nella parte in cui" è disposta la confisca sproporzionata": sent. n. 112 del 2019), estendendola anzi in via consequenziale anche alla legge intervenuta successivamente e afflitta dal medesimo vizio.

Quanto al secondo gruppo di questioni, la Corte, le fa oggetto di un giudizio separato rilevando l'esistenza di dubbi sulla normativa europea in argomento. Pertanto ritiene di non potere decidere

nel merito senza sottoporre preliminarmente tali dubbi alla Corte di Giustizia, chiedendole “chiarimenti” circa l’interpretazione ed eventualmente, la validità della direttiva comunitaria della quale la legge italiana impugnata costituisce attuazione. Di conseguenza sospende il giudizio e pronuncia un’ordinanza di rinvio pregiudiziale al Giudice europeo.

Le due pronunzie costituiscono un utile banco di prova per valutare l’uso, i vantaggi e i problemi conseguenti all’applicazione del nuovo regime della “doppia pregiudizialità”.

2. I nuovi criteri sulla doppia pregiudizialità: considerazioni di insieme

Per la verità, le principali preoccupazioni e i diversi dubbi che hanno investito all’inizio la svolta della sentenza n. 269 del 2017 sull’ordine delle questioni in caso di “doppia pregiudizialità” sembrerebbero ormai in gran parte superate dalla giurisprudenza successiva della Corte costituzionale. Sembra insomma che la nuova vera e propria “dottrina” della Consulta sul punto, inaugurata con detta sentenza, successivamente sperimentata e precisata nelle decisioni del 2019 nn. 20 e 63 (anch’essa in tema di sanzioni per abusi di mercato), e ora ulteriormente applicata secondo le modalità delle decisioni nn. 112 e 117 si sia assestata secondo un modello forse *in fieri* ma comunque soddisfacente, capace di fugare le preoccupazioni iniziali ed anzi di rafforzare le ragioni che hanno convinto la Corte ad adottarla, ragioni del resto ampiamente meditate, come dimostrano se non altro le riflessioni già da tempo formulate in interventi pubblici di taglio scientifico da parte di due autorevoli costituzionalisti attualmente giudici della Corte, Marta Cartabia e Augusto Barbera¹.

¹ L’espressione delle loro riflessioni è avvenuta in occasione di incontri di studio tra le Corti europee. Sul tema specifico, cfr. le anticipazioni di M. CARTABIA, *Between Constitutional Law and European Law*, Conferenza di Vienna su *La cooperazione tra le Corti costituzionali in Europa. Situazione attuale e prospettive*, Vienna 12-13 maggio 2014. La stessa A. si è soffermata più diffusamente sull’evoluzione del diritto europeo dopo il Trattato di Lisbona e gli atteggiamenti delle diverse Corti operanti nello spazio europeo: cfr., *La tutela multilivello dei diritti fondamentali (Il cammino della giurisprudenza costituzionale italiana dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona)*, Santiago di Compostela, 16-18 ottobre 2014; ID. *Convergenze e divergenze nell’interpretazione delle clausole finali della Carta dei Diritti fondamentali dell’Unione europea, intervento nel Seminario “60 anni dopo i Trattati di Roma. I diritti e i valori fondamentali nel dialogo tra la Corte di Giustizia e le Corti Supreme italiane*, Roma, 25 maggio 2017. A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, Relazione all’incontro di studio fra i Tribunali e le Corti Costituzionali di Spagna, Portogallo, Francia e Italia in www.rivistaaic.it, n. 4/2017, in cui l’Autore, oltre ad un’analisi critica molto attenta dell’intricato rapporto tra le Corti e dei mutamenti avvenuti nel corso del tempo nello spazio europeo nell’area dei diritti fondamentali, spinge con particolare decisione nel senso di un aggiornamento

La nuova dottrina, come era prevedibile, è stata investita da un profluvio di commenti. Generalmente è stata accolta con favore anche se, specie all'inizio, non sono mancate critiche e perplessità su singoli punti².

Scarse invece le valutazioni decisamente negative, concentrate sul nodo centrale dell'innovazione³ e cioè la deroga all'applicazione del criterio basato sull'efficacia diretta della norma europea quale regola della scelta dei rimedi giurisdizionali esperibili nei confronti di leggi nazionali nell'area dei diritti fondamentali ed affette da vizi rispetto, ad un tempo, al diritto europeo e a quello costituzionale interno.

Tale svolta, si obietta, avrebbe come conseguenza la violazione del principio del primato del diritto europeo, l'invasione di competenze proprie della Corte di Giustizia, e, *last but not least*, finirebbe per comprimere i poteri dei giudici comuni nella garanzia dei diritti sottraendo loro il potere di disapplicazione della legge nazionale anti-europea.

Altre perplessità concernenti singoli passaggi della sentenza sono state espresse da numerosi commentatori anche favorevoli alla nuova impostazione che hanno lamentato la restrizione dello spazio lasciato al giudice *a quo* per l'esperimento del ricorso pregiudiziale alla Corte UE, limitato ai soli profili diversi da quelli già valutati dalla Corte costituzionale adita in prima battuta.

Successivamente però, almeno quanto al limite a tali profili, i dubbi sono stati fugati dalle decisioni 20 e 63 del 2019, ricordate all'inizio, nelle quali La Consulta ha chiarito, in accordo con la

della impostazione della sentenza n. 170 del 1984 e per una efficace reazione della Corte Costituzionale alla propria conseguente emarginazione dall'area della protezione di tali diritti garantiti nella Costituzione italiana.

² Tra i numerosissimi scritti, cfr. per in senso favorevole, G. SCACCIA, *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte Costituzionale n.269 del 2017*, in questa *Rivista*, 2017, 2948 ss.; G. REPETTO, *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità*, ivi, 2955 ss.; A. GUAZZAROTTI, *Un "atto interruttivo dell'usucapione" delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sentenza n.259/2017*, in www.forumcostituzionale.it, 18 dicembre 2017; D.TEGA, *La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso di rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, in www.forumcostituzionale.it, 24 gennaio 2018; S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta 'opportuna' della Corte costituzionale*, in www.federalismi.it, 22 maggio 2019; A questi commenti mi sia consentito aggiungere le mie considerazioni adesive formulate in A. ANZON DEMMIG, *La Corte riprende il proprio ruolo nella garanzia dei diritti fondamentali e fa un altro passo avanti a tutela dei controlimiti*, in www.forumcostituzionale.it, Rassegna n. 1/2019;

³ Cfr. le decise critiche di A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Riv. di Diritti Comparati*, n. 3/2017, p. 10. R. G. CONTI, *La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione, a seconda lettura*, in www.forumcostituzionale.it 27 dicembre 2017; L. S. ROSSI, *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter "creativi" (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea*, in www.federalismi.it, 31 gennaio 2018; Contrarie al nuovo regime sono poi alcune pronunzie della Sez. Lavoro della Corte di Cassazione: cfr. n. 12108/2018, n. 13678/2018, n. 451/2019. Sulla reazione contraria dei giudici comuni cfr. M. MASSA, *Dopo la «precisazione». Sviluppo di Corte cost. n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2019.

recente giurisprudenza della stessa Corte di Giustizia sull'argomento, che la priorità della questione di costituzionalità non preclude il rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TUE*, in qualunque momento, alla Corte di Giustizia da parte dei giudici comuni degli Stati membri, né lo limita ai soli profili diversi da quelli esaminati nel prioritario giudizio della Corte Costituzionale⁴.

Almeno in astratto, i due rimedi concorrenti sarebbero dunque paralleli, senza che il ricorso all'uno possa escludere quello all'altro.

Naturalmente queste messe a punto non risolvono, né potrebbero, tutti gli aspetti problematici della nuova dottrina né quelli prodotti più in generale dai rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento dell'Unione, e tra le Corti. Tuttavia non possono non considerarsi una tappa molto importante di un percorso di continua ricerca ed elaborazione di criteri certi per la risoluzione delle interferenze tra sindacato della Corte costituzionale e giurisdizione della Corte di Giustizia⁵.

Il nuovo indirizzo, alla prova dei fatti e alla luce di altre esperienze europee, si dimostra infatti un valido strumento per adeguare l'assetto delle relazioni tra le Corti allo stato attuale dell'evoluzione del diritto dell'Unione, diritto ormai non più limitato alla garanzia del mercato, ma pervaso dai diritti iscritti nella Carta di Nizza e per il quale è apparso insufficiente il criterio sancito dalla Consulta con la sent. n. 170 del 1984, basato sull'effetto diretto delle norme europee invocate a parametro e sulla disapplicazione della legge nazionale incompatibile⁶.

⁴ Su questa evoluzione della giurisprudenza costituzionale cfr. spec. M. MASSA, *op.cit.*; D. TEGA, *Tra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale: lavori in corso*, in *Quad. cost.*, 3/2019, 617 ss.; B. LAGENDER, *Il giudice nazionale tra rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea e rimessione alla Corte costituzionale, alla luce di due recenti sentenze della Corte costituzionale (sentenza 14 dicembre 2017, n. 269) e della Corte di giustizia dell'Unione europea (sentenza 20 dicembre 2017, causa C-322/16, Global Starred Ltd)*, Relazione tenuta nell'ambito del Convegno di studi "2° Rassegna di diritto pubblico dell'economia", svoltosi il 24-25-26 maggio 2018 a Varese); N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema a rete di tutela dei diritti in Europa*, in www.federalismi.it, 10 luglio 2019, C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di Giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2019. Sulla sent. n. 20 del 2019 Cfr. G. BRONZINI, *La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale italiana verso un riavvicinamento all'orientamento della Corte di Giustizia?*, in *Questione giustizia*, 2019; A. RUGGERI, *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto euro unitario e diritto interno con una pronuncia in chiaroscuro 8 a prima lettura di Corte Cost..sent.n.20 del 2019*, in *Consulta Online*, fasc. 1/2019.

⁵ Cfr. in tal senso le parole dell'attuale Presidente della Corte Costituzionale G. LATTANZI, *Relazione del 21 marzo 2019 sulla giurisprudenza costituzionale del 2018*, in questa Rivista, 2019, fasc.1, 601 ss., che osserva che "un assetto stabile del sistema delle fonti, soggetto al governo di criteri certi per la risoluzione delle antinomie, è più un obiettivo da perseguire che un dato già acquisito" e che quindi la Corte si muove "in un cantiere perennemente in corso". V. anche le ampie considerazioni di D. TEGA, *Tra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale*, cit.

⁶ Sui mutamenti del diritto europeo e la conseguente insufficienza del criterio dell'effetto diretto v. specialmente gli scritti di M. CARTABIA e di A. BARBERA citati *supra* nota 1; v. anche G. REPETTO, *Concorso di questioni pregiudiziali*, cit., 2956 s e *ID. Il significato europeo della più recente giurisprudenza della Corte costituzionale sulla "doppia pregiudizialità" in materia di diritti fondamentali*, in corso di pubblicazione in *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*.

3. Vantaggi e presunti pericoli della nuova dottrina nei rapporti tra le Corti

D'altra parte, al contrario di quanto è stato ipotizzato, sembra che l'impostazione alla base del nuovo regime della "doppia pregiudizialità" non si possa fondatamente censurare come sovversiva del principio del primato del diritto europeo e dei poteri della Corte di Giustizia, dato che, come s'è detto, il ricorso prioritario al sindacato di costituzionalità non paralizza il potere del giudice nazionale di rinviare "qualsiasi" questione e "in ogni tempo" alla Corte di Giustizia, né comprime il potere di intervento di quest'ultima. Al contrario, come del resto è ormai generalmente ammesso⁷, la nuova strada appare uno strumento utile per corroborare la valenza collaborativa del dialogo tra le Corti laddove consente al giudice costituzionale nazionale interpellato prioritariamente di trasmettere alle istituzioni organi e organismi dell'Unione ed in specie alla Corte di Giustizia, elementi e conoscenze necessari per la migliore individuazione delle "tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri" dalle quali risultano i diritti fondamentali che entrano a far parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali (art. 6 c. 3 TUE) e con le quali debbono essere "armonizzati" i diritti e principi della Carta di Nizza (art. 52, c. 4 CDFUE).

Ciò vale a maggior ragione considerando che questa nuova impostazione si iscrive in quella recente tendenza ad un progressivo abbandono dell'atteggiamento di reciproca diffidenza e anche di contrapposizione delle Corti costituzionali degli Stati membri e della Corte di Giustizia dell'Unione, e all'affermarsi – pur in un quadro non esente da segnali di conflittualità - di una sempre più frequente cooperazione intesa a produrre un efficace e corretto funzionamento dei loro rapporti. Indici di tale tendenza sono, da un lato, l'uso crescente, da parte delle prime, del rinvio pregiudiziale al Giudice europeo, al quale per lungo tempo per varie ragioni si erano sottratte; dall'altro la progressiva sensibilizzazione del Giudice europeo alle ragioni della conservazione dell'identità costituzionale dei singoli Stati membri. Particolarmente necessaria appare questa collaborazione attiva nell'intricato e problematico nodo dei diversi ordini di garanzia del c.d. sistema "multilivello" dei diritti fondamentali, per assicurare, nel difficile equilibrio tra tali ordini,

⁷ Cfr. spec. G. SCACCIA, *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea*, cit., 2954.

la massima espansione delle garanzie⁸, e di realizzare una tutela “sistemica, integrata e non frazionata” dei medesimi diritti e principi senza la necessità del giudice costituzionale di intervenire *ex post* con l’arma problematica dei “controlimiti”⁹.

4. L’influenza nei rapporti della Corte costituzionale con i giudici comuni nell’ambito dell’ordinamento nazionale

Dal particolare punto di vista dell’ordinamento nazionale poi, non si vede perché debba considerarsi negativamente la ricerca da parte della Corte costituzionale di reagire, con il nuovo strumento, alla sua sempre più ampia emarginazione dall’area dei diritti fondamentali conseguente alla diffusione dell’uso, e degli abusi da parte dei giudici comuni del precedente criterio della disapplicazione di leggi nazionali per incompatibilità con norme dell’Unione non sempre considerate a ragione come dotate di efficacia diretta. Non si può non concordare con la Corte quando afferma che, anche nell’ipotesi di sovrapposizione di garanzie, i diritti e principi fondamentali e inalienabili costituiscono quell’“identità costituzionale” della Repubblica che non può in alcun modo essere sottratta al Giudice costituzionale e agli strumenti di intervento propri del sindacato accentrato sulla costituzionalità delle leggi che assicurano, mediante decisioni efficaci *erga omnes*, la tutela dell’eguaglianza e della certezza del diritto.

Un simile risultato non è ovviamente perseguibile mediante il rimedio della disapplicazione della legge anti-europea, azionabile, in alternativa, dal giudice comune, anche previo rinvio alla Corte di Giustizia: rimedio forse più rapido, questo della disapplicazione, ma che, essendo limitato al singolo caso, lascia sopravvivere la legge anticomunitaria nell’ordinamento rimettendone le sorti alle decisioni diverse degli altri giudici¹⁰, senza contare gli inconvenienti che possono derivare dalle

⁸ Sulla necessità di tale approccio cfr. Corte cost. nn. 264 del 2012 e 85 del 2013. Cfr. poi specialmente le osservazioni M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze*, cit., 13 ss.; G. REPETTO, *Il significato europeo*, § 3; D. TEGA, *Tra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale*, cit.

⁹ Per una recente ampia analisi critica della teoria dei contro limiti e delle posizioni delle corti nazionali e corti UE cfr. l’ampia presentazione di A. BERNARDI, *I controlimiti al diritto dell’Unione e il loro discusso ruolo in ambito penale*, VII ss., quale curatore del volume di AA.VV., *I Controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017.

¹⁰ Sull’anomalia di tale emarginazione del Giudice delle leggi e sul dilagare del rimedio della disapplicazione da parte dei giudici comuni v. le riflessioni di A. BARBERA, *La Carta dei diritti*, cit., 4 ss.; v. pure le pesanti critiche di R. BIN *Chi è il giudice dei diritti Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in www.rivistaaic.it, fasc. 4/2018, 624 e ss.

persistenti incertezze dell'operazione di individuazione dell'efficacia diretta alla normativa europea, e dell'area di rilevanza comunitaria, come pure le difficoltà di reperire la norma da applicare in luogo di quella nazionale.

5. La doppia pregiudizialità delle questioni nell'ordinanza di rimessione

La sentenza n. 117 si pronuncia sul contrasto, ipotizzato dal giudice *a quo*, della legge nazionale impugnata con parametri costituzionali interni e con l'art. 47 della CDFUE, perché - sanzionando la mancata ottemperanza alle richieste della CONSOB da parte dell'indagato per abuso di informazioni privilegiate - impedirebbe a quest'ultimo l'esercizio del "diritto al silenzio", e cioè del diritto di non rispondere a domande dalle quali potrebbe emergere la sua responsabilità nel procedimento innanzi alla medesima CONSOB.

La Corte di Cassazione remittente ritiene il menzionato art. 47 una norma "astrattamente suscettibile di applicazione diretta e immediata negli ordinamenti nazionali" perché attributiva di un diritto e non mera enunciazione di un principio. Nonostante questa circostanza, e le perplessità circa la portata dell'inciso "per altri profili" - ai quali la sentenza del n. 269 del 2017 sembrava limitare il parallelo o successivo rinvio alla CGUE, - la stessa Corte decide di seguire le indicazioni di tale sentenza e procede "in prima battuta" alla proposizione delle questioni di costituzionalità rispetto anche - per il tramite degli artt. 11 e 117, 1°c. Cost. - all'art. 47 della Carta EU, ma, al contempo chiede alla Corte Costituzionale di chiarire le proprie precedenti indicazioni circa i limiti posti al giudice comune quanto al suo possibile successivo rinvio *ex art. 267 TUE* dal riferimento ai profili diversi da quelli già esaminati nel corso del giudizio di legittimità costituzionale¹¹.

Questo problema, come s'è detto, che al momento suscitava fondate perplessità nel giudice remittente, risulta poi superato dalla giurisprudenza europea e costituzionale successiva.

Quanto poi alla formulazione del ricorso alla Corte costituzionale, il giudice remittente, considera che l'obbligo di sanzionare il "diritto al silenzio" nel caso di specie era imposta non solo

¹¹ Un commento specifico sull'ordinanza 117 qui in esame può leggersi in S. CATALANO, *Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità. Osservazioni a margine dell'opportuna scelta compiuta con l'ordinanza n.117 del 2019 della Corte costituzionale*, in *osservatorio costituzionale*, fasc.4/2019, 157 ss.; A. RUGGERI, *Ancora un passo avanti della Consulta lungo la via del dialogo con le corti europee e i giudici nazionali (a margine di corte cost. n. 117 del 2019)*, in *Consulta Online* 13 maggio 2019).

dalla legge nazionale, ma dalla Direttiva UE del 2003, di cui tale legge costituiva attuazione. Tale direttiva - applicabile al caso ma poi abrogata e sostituita con formulazioni analoghe dal Regolamento UE del 2014 – infatti, nel disciplinare i poteri dell'autorità di vigilanza in tema di abusi di mercato, pur non negando espressamente il “diritto al silenzio” dell'indagato, impone specificamente agli Stati membri l'obbligo di sanzionare l'omessa collaborazione alle indagini dell'autorità competente, e dunque si presterebbe ad essere interpretata nel senso di non consentire, al pari della legge impugnata, il “diritto al silenzio” dell'indagato in ordine all'applicazione di sanzioni punitive della CONSOB.

Il regime del diritto al silenzio nel caso di illeciti costituenti abusi di mercato nel diritto dell'Unione era dunque alquanto problematica. Il giudice *a quo* comunque decide di adeguarsi al nuovo ordine di priorità delle “doppie questioni” e promuove anzitutto il giudizio di legittimità costituzionale, giudizio che se non obbligatorio, appariva in ogni caso preferibile perché una “prima parola” della Corte Costituzionale poteva più efficacemente indirizzare la Corte di Giustizia a risolvere i dubbi nel senso prospettato dal giudice *a quo*.

6. L'iter argomentativo dell'ordinanza 117

La Consulta conduce prima una approfondita analisi dei parametri costituzionali interni e di quelli interposti della Convenzione europea e del Patto internazionale di New York, e dimostra il saldo radicamento del diritto a non collaborare alla propria incolpazione sia nella normativa invocata sia nelle sue applicazioni giurisprudenziali, illustrando la tradizione costituzionale italiana in argomento (§§ 7, 7.1 mot. in dir.), e la conforme evoluzione della giurisprudenza della Corte EDU sull'art.6 della Convenzione (§ 7.2).

Tali considerazioni dimostrerebbero già la necessità di una pronuncia di illegittimità costituzionale della legge nazionale nella parte in cui esclude il “diritto al silenzio” nel caso di specie. Tuttavia, più che la decisione di accoglimento (come ritiene la sentenza) è l'eventuale testo residuo risultante dall'annullamento parziale che potrebbe porsi in contrasto con la normativa

europea della direttiva UE della quale la legge nazionale costituisce attuazione (e di quella successiva) e che sopravviverebbe al giudizio di costituzionalità¹².

Costata questa eventuale distonia la Corte ritiene necessario, prima di decidere le questioni, sottoporre pregiudizialmente alla Corte di Giustizia i propri dubbi circa il regime europeo dell'estensione del riconoscimento "diritto al silenzio" ai procedimenti amministrativi relativi a sanzioni punitive.

Questo regime Infatti risulta non solo dalla Direttiva ricordata del 2003, ma anche dai suoi successivi svolgimenti (Regolamento UE del 2014 e Direttiva del 2016) prima impone agli Stati membri l'obbligo di sanzionare la "omessa collaborazione" alle indagini dell'autorità di vigilanza, poi continua a lasciare intenzionalmente aperta la questione se il rifiuto di rispondere da parte dell'incolpato debba essere punito come comportamento di "mancata collaborazione".

Né, d'altra parte, i dubbi potevano considerarsi risolti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale non aveva ancora avuto occasione di pronunciarsi sul problema specifico, ma che in materia di concorrenza aveva manifestato quanto al riconoscimento di tale diritto, un atteggiamento restrittivo, che la Consulta dichiara espressamente "non compiutamente in linea" con l'indirizzo della Corte di Strasburgo sulle garanzie offerte dall'art. 6 della Convenzione EDU in argomento.

Stando così le cose, la Corte giudica necessario "sollecitare un chiarimento da parte della Corte di Giustizia UE sull'esatta interpretazione – rispetto, appunto, all'art. 47 e all'art. 48 CDFUE – della direttiva UE ed eventualmente - nel caso in cui il significato di questa normativa sia ritenuta inevitabilmente come negativa della garanzia riconoscimento del "diritto al silenzio" - sulla validità di essa rispetto agli artt. 47 e 48 della Carta "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 penali e/o con sanzioni amministrative di natura punitiva".

¹² Per la diversità dei termini del rinvio rispetto a quelli suggeriti dall'ordinanza di rinvio Cfr. M. MASSA, op.cit., 16 ss.

7. Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia

L'iniziativa del rinvio, nel suo sforzo di prevenire possibili contrasti tra la posizione della Corte italiana quella della Corte UE, appare una chiara conferma insieme dello "spirito di leale collaborazione tra corti nazionali ed europee nella definizione di livelli comuni di tutela dei diritti fondamentali" e del rispetto delle competenze della Corte europea, e, al di là dei suoi possibili esiti, costituisce una riprova di quanto fosse eccessivo l'allarmismo suscitato dalla nuova scala di priorità delle questioni di "doppia matrice" vista come un indebito spossessamento dei giudici comuni dei loro poteri di garanzia dei diritti, e di una usurpazione dei poteri della CGUE.

Guardando più da vicino la motivazione del rinvio pregiudiziale operato dall'ordinanza in commento, appare chiara la modalità con cui la Consulta intende effettuare la propria partecipazione nell'impegno a presentare con particolare ampiezza alla Corte europea la fisionomia assunta nel nostro sistema costituzionale (in accordo con il sistema CEDU) del diritto fondamentale di difesa e della sua necessaria estensione anche ai procedimenti amministrativi concernenti sanzioni punitive, così costituisce un efficace contributo alla conoscenza della "tradizione costituzionale italiana come componente delle "tradizioni costituzionali comuni" degli Stati membri dell'Unione, considerato pacificamente come un decisivo aspetto irrinunciabile della partecipazione delle Corti nazionali al compito comune di giustificare e irrobustire la tendenza ad uno svolgimento non conflittuale dei loro rapporti con il Giudice europeo.

Una simile impostazione del rinvio della Corte in realtà non è nuova, ma - proprio nei primi esempi dell'abbandono della precedente diffidenza delle Corti nazionali nei confronti di quella europea - è stata già praticata in precedenti rinvii pregiudiziali sia dalla Corte italiana (ord. n. 24 del 2017) sia dal Tribunale costituzionale tedesco (*OMT-Beschluss*): tali rinvii infatti, presentando con chiarezza e decisione il quadro irrinunciabile preteso dalla garanzia interna di componenti della propria "identità costituzionale", hanno offerto alla Corte di Giustizia gli strumenti per una replica tale da comportare il sostanziale rispetto dei "controlimiti" dei rispettivi ordinamenti e così evitato ai Giudici costituzionali di servirsene immediatamente essi stessi, mantenendo però il preannuncio

di farlo in futuro e così di dire l'ultima parola, nel caso di diverso esito del giudizio del Giudice europeo¹³.

A questo punto non resta che attendere la replica della Corte di Giustizia e sperare in un suo atteggiamento altrettanto collaborativo a proposito delle richieste specifiche formulate nel rinvio, e forse, nella sua possibile valutazione del nuovo indirizzo sulla “doppia pregiudizialità” della Corte italiana, che, a differenza dei giudici costituzionali francese e austriaco, non è assistita da apposita legge costituzionale.

8. I problemi ancora aperti

Naturalmente la svolta sull'ordine di priorità non risolve tutti gli aspetti problematici del concorso tra gli interventi, nazionale ed europeo, a garanzia dei diritti fondamentali

Innanzitutto resta irrisolto il problema principale, quello delle conseguenze della mancata accettazione della proposta di collaborazione da parte della Corte di Giustizia. Sarebbe risolutiva l'applicazione dei “contro limiti” da parte della Corte costituzionale? La risposta resta sospesa. Il problema della spettanza dell'ultima parola non può essere risolto dalle Corti, ma è destinato a restare aperto fino a che resterà ambigua la natura dell'Unione e dunque dei suoi rapporti con gli Stati membri. È proprio la consapevolezza di questa circostanza che rende indispensabile la cooperazione sia delle Corti nazionali, sia anche della Corte di Giustizia nella ricerca, caso per caso, di una soluzione concordata.

Oltre a questo problema di fondo, per esempio resta ancora incerta nella giurisprudenza europea e in quella italiana— anche dopo le indicazioni della importante sent. n. 80 del 2011 - l'individuazione dell'area di rilevanza comunitaria alla quale è limitata l'applicazione della Carta UE.¹⁴ – e dunque entro la quale può avvenire la sovrapposizione di essa con la Costituzione.

¹³ Sul valore collaborativo del rinvio operato con l'ord. n. 24 del 2017 e sul suo risultato positivo Cfr. la *Relazione*, cit. del Presidente G. LATTANZI, in questa *Rivista*, 2019, 603. Per un commento positivo a questa ordinanza mi permetto di rinviare, anche per ulteriori indicazioni, a A. ANZON DEMMIG, *La Corte è ferma sui contro limiti ma rovescia sulla Corte europea di Giustizia l'onere di farne applicazione bilanciando esigenze europee e istanze identitarie degli Stati membri*, in questa *Rivista*, 2017, 507 ss..

¹⁴ Cfr. §5.5 mot. in dir., secondo cui l'area di attuazione del diritto europeo consiste nello spazio “inerente ad atti dell'Unione, ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell'Unione, ovvero alle giustificazioni adottate da uno stato membro per una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto dell'Unione”. Sul

Ancora aperto è poi il problema del carattere doveroso o solo facoltativo del ricorso prioritario al giudizio incidentale di costituzionalità¹⁵.

Altro punto critico resta l'estensione del regime particolare della doppia pregiudizialità anche in relazione a norme diverse da quelle della Carta di Nizza, e cioè, in quanto concernono diritti, anche alle norme dei Trattati e al diritto europeo secondario, come è avvenuto nel caso risolto dalla sent. n. 20 del 2019 della Corte costituzionale¹⁶.

Inoltre, pur se la nuova “dottrina” sembra escludere, per i casi di “doppia pregiudizialità” in tema di diritti fondamentali il rilievo del criterio tradizionale basato sull'efficacia diretta o indiretta del diritto europeo, resta il dubbio che potrebbe residuare uno spazio per il rimedio tradizionale della disapplicazione della norma interna “anticomunitaria”¹⁷, dati anche i margini di incertezza che regna ancora circa la nozione dell'effetto diretto nella stessa giurisprudenza della CGUE¹⁸ e quella della definizione dell'area di rilevanza comunitaria.

Rimangono poi non del tutto chiari i nodi concernenti i poteri del giudice comune successivamente alla risoluzione della questione di costituzionalità: per esempio è controverso se in conseguenza della nuova impostazione, dopo una pronuncia di rigetto da parte della Consulta il giudice *a quo*, che resti convinto invece della incompatibilità comunitaria della legge nazionale, potrà subito disapplicare la stessa legge, oppure – come sembra preferibile - solo proporre sulla medesima legge un rinvio *ex art. 267 TUE*, e solo all'esito di questo, potrà non applicare la legge anticomunitaria; nonostante che tale sarebbe la conclusione coerente con la nuova “dottrina”, possibili incertezze possono nascere per il fatto che la Corte di Giustizia (nelle cause C-188 Melki e

problema v. in particolare M. CARTABIA, *La tutela multilivello*, cit. §2b); G. REPETTO, *Il significato europeo*, cit., § 3.; L.S. ROSSI, *la sentenza n.269*, cit., § b). Proprio sull'inosservanza dei confini dell'area di attuazione del diritto europeo, anche da parte della Corte di Giustizia, come una delle cause dell'effetto di “traboccamento” della Carta di Nizza insiste A. BARBERA, *La Carta dei diritti*, cit., 4 ss.

¹⁵ Su questo specifico punto v. M. MASSA, *Dopo la “precisazione”*, cit., 14 ss.; D. TEGA, *Tra incidente di costituzionalità*, cit., 634 ss. Contraria alla doverosità è L.S. ROSSI, op.cit., 7 ss.

¹⁶ Su tale sentenza v. O. POLLICINO–G. REPETTO, *La sentenza della Corte costituzionale n.20 del 2019. A ciascuno il suo: ancora sui rapporti tra Carte e Corti*, in *Quad. cost.*, 2019, 434 ss. In tal senso cfr. il timore di G. REPETTO, *Concorso di questioni pregiudiziali*, cit., 2959 s., secondo il quale per questa via si allargherebbe indefinitamente l'area dell'intervento prioritario della Corte Costituzionale su tutto il diritto dell'Unione.

¹⁷ Cfr. G. REPETTO, *Concorso di questioni pregiudiziali*, cit., che ritiene applicabile il meccanismo della disapplicazione (o eventualmente il rinvio alla CGUE) e non il ricorso prioritario al giudizio di costituzionalità “in ogni caso in cui l'atto interno pone problemi di compatibilità con regole della Carta dei Diritti che, anche se radicati in atti di diritto derivato, non involgono apprezzamenti discrezionali del legislatore nazionale” (p. 2965).

¹⁸ Per una critica dell'uso del criterio dell'effetto diretto/disapplicazione cfr. particolarmente A. BARBERA, *La Carte dei diritti*, cit., 7 ss.. V. pure A. – O. COZZI, *Diretta applicabilità e sindacato accentrato di costituzionalità relativo alla violazione della Carta dei diritti dell'Unione europea*, in www.forumcostituzionale.it, 1 febbraio 2018, §§ 4 e ss.

C-189 Abdeli) pare invece ipotizzare l'obbligo della disapplicazione immediata. Quando il giudizio di costituzionalità si risolve in un accoglimento *tout court*, invece, non sarà più materialmente possibile il rinvio¹⁹, perché comunque la legge anticomunitaria è ormai eliminata e per di più *erga omnes*; normalmente però, essendosi comunque rimosso il possibile *vulnus* al diritto dell'Unione, l'impraticabilità del rinvio non dovrebbe considerarsi come una violazione del diritto dell'Unione e una reale compressione della competenza della Corte UE. Più complicato è invece il caso in cui la Corte Costituzionale perviene ad un accoglimento in vario senso "interpretativo" poiché il giudice comune dovrà farsi carico dell'individuazione, non sempre senza difficoltà, del significato e dei confini del *dictum* della Consulta.

¹⁹ Sul punto v. i dubbi di G. REPETTO, *il significato europeo, cit.*, § 2.