

Diritto al silenzio, soluzioni interpretative e controlimiti: la Corte costituzionale chiama in causa la Corte di giustizia*

di

Guerino Fares*

SOMMARIO: 1. Rilievo “costituzionale” del diritto al silenzio; 2. Il diritto al silenzio nel sistema interno e sovranazionale; 3. Presunzione d’innocenza e giurisprudenza europea della Corte di Lussemburgo; 4. Violazioni finanziarie e garanzie “penali”: il caso Grande Stevens; 5. Il necessario rafforzamento delle garanzie difensive nei procedimenti sanzionatori amministrativi; 6. I controlimiti nell’evoluzione giurisprudenziale: la prima fase comunitaria; 7. (segue): La fase eurounitaria; 8. Economia sociale di mercato e regole.

1. Rilievo “costituzionale” del diritto al silenzio

Nella lettura dell’ordinanza 10 maggio 2019 n. 117 non si resta sorpresi dal fatto che la Corte costituzionale sia stata investita di una questione concernente la portata del diritto al silenzio¹, poiché questa è una classica garanzia di rilievo costituzionale, in quanto concerne la dialettica individuo-autorità che trova la sua prima regolazione nello statuto fondamentale della società.

Negli ordinamenti democratici il diritto al silenzio è riconosciuto all’imputato e costituisce una regola cardine dei sistemi penali, in quanto l’istintiva propensione a

* L’articolo costituisce una versione rivista ed integrata della relazione tenuta in data 18 giugno 2019 nella sessione “Youth Migration: Unaccompanied Children”, nell’ambito della “Migration Conference 2019”, Bari 18-20 giugno 2019.

* Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico presso l’Università Roma Tre.

¹ Rileva come, attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale, divenuto il «nuovo momento di dialogo fra la nostra Consulta e la Corte di giustizia», quest’ultima abbia ora l’occasione di pronunciarsi per la prima volta sulla portata della Carta dei diritti fondamentali nella materia delle sanzioni amministrative di natura punitiva con la possibilità di estendere ad esse le garanzie a tutela di procedimenti penali, I. OTTAVIANO, *Rapporto fra sanzioni amministrative “punitive” e diritto al silenzio: questioni correlate alla doppia pregiudiziale*, in AA.VV., *Temi e questioni di diritto dell’Unione europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, 2019, 122.

trattare la persona accusata di un reato come la più decisiva delle conoscenze del giudice penale è controbilanciata proprio dal diritto al silenzio.

È ricorrente che nella prassi giudiziaria penale gli organi inquirenti siano esposti alla tentazione di estrarre la verità dalla persona sottoposta a procedimento e con tale fenomeno gli ordinamenti hanno sempre dovuto confrontarsi². Colpevole o innocente che sia, l'imputato custodisce conoscenze la cui emersione nel processo basterebbe a garantire il risultato giusto³; carpire il suo sapere, quindi, è stata un'aspirazione costante sin dall'antichità⁴.

Ciò spiega perché le modalità attraverso cui i sistemi processuali disciplinano la deposizione dell'imputato rappresenta un aspetto qualificante sulla cui base distinguiamo fra i modelli accusatorio e inquisitorio⁵. Quest'ultimo ha pienamente giustificato l'uso sistematico della forza al fine di estorcere dichiarazioni dall'inquisito⁶. All'opposto, il modello garantista di processo accusatorio è imperniato sul *nemo tenetur se detegere*, che è massima enunciata da Thomas Hobbes e recepita nel diritto inglese sin dal XVI secolo⁷, i cui fondamenti politici e giuridici si consolidano e si diffondono in Europa con l'illuminismo, quando la polemica

² L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari-Roma, III ed., 1996, 625; G. ILLUMINATI, *L'imputato, L'imputato che diventa testimone*, in *Indice pen.*, 2002, 388.

³ F. CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., Milano, 1987, 472; G. ILLUMINATI, *Nemo tenetur se detegere: il pilastro dell'autodifesa nel pensiero di Vittorio Grevi*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1263.

⁴ Sul contributo probatorio degli "informatori coinvolti" o "correi dissociati" nel diritto romano v. P. CERAMI, *La collaborazione processuale: le radici romane*, in P. CERAMI – G. DI CHIARA – M. MICELI, *Profili processualistici dell'esperienza giuridica europea. Dall'esperienza romana all'esperienza moderna*, Torino, 2003, 253 s., nonché 266 ss. Sull'uso di mezzi coercitivi per ottenere la deposizione dell'accusato nel diritto comune V. GREVI, «Nemo tenetur se detegere». *Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972, 7.

⁵ G. ILLUMINATI, *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. I, Roma, 1988.

⁶ In argomento P. MARCHETTI, *Testis contra se. L'imputato come fonte di prova nel processo penale dell'età moderna*, Milano, 1994, 63 ss.; M. SBRICCOLI, «Tormentum idest torquere mentem». *Processo inquisitorio e interrogatorio per tortura nell'Italia comunale*, in MAIRE VIGUEUR J. C. – PARAVICINI BAGGIANI A. (a cura di), *La parola all'accusato*, Palermo, 1991, 25 ss.; A. A. SAMMARCO, *La chiamata di correo. Profili storici e spunti interpretativi*, Padova, 1990, 6 ss.

⁷ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 623. Sul diritto al silenzio nell'ordinamento inglese V. PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Torino, 2006, 276 ss.; v., anche, C. CONTI, *Il sapere dell'imputato nell'ordinamento inglese dopo il Criminal Justice Act 2003*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 89 ss.; C. VETTORI, *Il diritto al silenzio nell'ordinamento inglese e la giurisprudenza della Corte europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 1563 ss. Per riferimenti più generali alla *common law* v. E. M. CATALANO, *Diritto al silenzio, right not to be questioned e tutela dalla autoincriminazione. Note storico-comparative*, in *Cass. pen.*, 2011, 4018 ss.

contro l'*Ancien régime* si indirizza, fra l'altro, contro gli istituti della tortura e del giuramento del reo⁸.

Eminentemente politico è il fondamento del diritto al silenzio. Sul presupposto che sia inaccettabile imporre all'imputato di divenire accusatore di sé stesso, quando si intende acquisirne la deposizione viene bandita ogni forma di coartazione della sua libertà morale⁹, anche a costo di sacrificare l'accertamento del fatto di reato e di escludere l'uso di dichiarazioni che potrebbero rivelarsi proficue sul piano probatorio.

Risale alla avversione illuministica nei confronti degli istituti dell'*Ancien régime* – che nel processo inquisitorio e nella tortura esprimeva i principali simboli di quell'assetto istituzionale – l'idea che fosse *contra naturam* ottenere dall'imputato le conoscenze necessarie per condannarlo, poiché pretendere che l'imputato divenga accusatore di se stesso offende la dignità dell'essere umano¹⁰.

Il diritto al silenzio esprime un aspetto caratteristico delle moderne democrazie in materia penale: il ripudio della delazione come fonte di conoscenza in funzione del rispetto portato alla dignità e alla libertà morale di quanti si trovino nella condizione di inquisiti¹¹.

⁸ V. GREVI, «Nemo tenetur se detegere», cit., 7. Mentre il principio *nemo tenetur se ipsum prodere* è radicato nella tradizione del *common law* sin dal XVII secolo, per il riconoscimento del diritto al silenzio inteso quale indifferenza dell'ordinamento verso la scelta difensiva non collaborativa dell'accusato occorre aspettare il XVIII e il XIX secolo: così E. M. CATALANO, *Diritto al silenzio*, cit., 4020. In argomento v. M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, VIII ed., Torino, 2019, 247 ss.

⁹ Individua nella libertà morale la premessa e la base più solida cui ancorare i diritti processuali dell'imputato G. VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale*, in AA.VV., *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, II, Torino, 1960, 1674 s.; v. pure E. AMODIO, *Diritto al silenzio o dovere di collaborazione? A proposito dell'interrogatorio dell'imputato in un libro recente*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 411. Nel senso che il diritto al silenzio sia estrinsecazione, tra l'altro, dell'assioma dell'inviolabilità del segreto della coscienza, V. PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Torino, 2006, 3; D. BARBIERI, *Interrogatorio nel processo penale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, 227.

¹⁰ Su tali profili, per tutti, V. GREVI, «Nemo tenetur se detegere», cit., 9.

¹¹ M. L. DI BITONTO, *Le dichiarazioni dell'imputato*, in *Giur. it.*, 2017, 2002. Nel senso che «non interessa la scoperta della verità a seguito un processo dal quale la civiltà riesce umiliata» v. G. GIOSTRA, *Valori ideali e prospettive metodologiche del contraddittorio in sede penale*, in *Pol. dir.*, 1986, 21.

2. Il diritto al silenzio nel sistema interno e sovranazionale

Le istanze politiche prima menzionate trovano la loro solida proiezione giuridica nella regolamentazione sovranazionale e costituzionale riguardante la giustizia penale¹². Nondimeno, merita di essere segnalato che nel concreto della prassi giudiziaria la salvaguardia del diritto al silenzio stenta a radicarsi pienamente e non assicura alla sua attuazione soddisfacenti margini di effettività¹³.

L'art. 14 n. 3 lett. g) del Patto internazionale sui diritti civili e politici assicura ad ogni individuo accusato di un reato il diritto «a non essere costretto a deporre contro se stesso od a confessarsi colpevole». Inoltre, pur in mancanza di un riferimento espresso nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo riconosce pacificamente ad ogni accusato il diritto di tacere e di non autoincriminarsi, quale nucleo centrale della nozione stessa di *fair trial* consacrata nell'art. 6 C.e.d.u.¹⁴, la cui *ratio* va individuata nell'esigenza di proteggere l'inquisito da eventuali coercizioni abusive dell'autorità, cui possano conseguire errori giudiziari¹⁵: si ritiene, infatti, che

¹² Nel senso che sia «fuori discussione» il radicamento costituzionale del diritto al silenzio G. ILLUMINATI, «Nemo tenetur se detegere», cit., 1261. V. anche P. MOSCARINI, *Principi delle prove penali*, Torino, 2014, 27 s.

¹³ Sulla crisi del *nemo tenetur se detegere*, per tutti, O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Milano, 2004, 319 ss. Sull'impiego della custodia cautelare in carcere per propiziare condotte collaborative della persona sottoposta alle indagini v. E. AMODIO, *Note sul futuribile delle misure cautelari*, in *Leg. pen.*, 2006, 373; E. MARZADURI, *Note di sintesi (con alcune considerazioni a margine) del forum sulla disciplina delle misure cautelari personali*, *ivi*, 394. V., ancora, E. AMODIO, *Verso una storia della giustizia penale in età moderna e contemporanea*, in *Criminalia*, 2010, 16; L. LUPARIA, *La confessione dell'imputato nel sistema processuale penale*, Milano, 2006, 24 ss. G. ILLUMINATI, *In difesa del diritto al silenzio*, in *Ind. pen.*, 1993, 549; ID., *Carcere e custodia cautelare*, in *Cass. pen.*, 2012, 2373.

¹⁴ In argomento, R. CHENAL, in R. CHENAL R. – A. TAMIETTI, *Art. 6*, in S. BARTOLE – P. DE SENA – V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, 199 ss.; M. CHIAVARIO, *Giusto processo: II) Processo penale*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, Roma, 2001, 7 s.; G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea*, Milano, 2000, 42 s.; E. M. CATALANO, *Diritto al silenzio*, cit., 4030 ss.; F. ZACCHÈ, *Gli effetti della giurisprudenza europea in tema di privilegio contro le autoincriminazioni e diritto al silenzio*, in BALSAMO A. – KOSTORIS R. E. (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale*, Torino, 2008, 179 ss.; C. MAINA, *Riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo sul diritto al silenzio*, in *Leg. pen.*, 1997, 189 s. V. anche A. VITALE, *La raccolta di dichiarazioni nell'accertamento delle violazioni finanziarie tra integrazione dei mercati e concorrenza di ordinamenti*, Bari, 2016, 519.

¹⁵ G. UBERTIS, *Giusto processo (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Annali, II, tm. 1, Milano, 2006, 435.

l'impiego di prove che costituiscano il frutto di confessioni estorte determini una forte presunzione di iniquità del processo¹⁶.

Nel quadro costituzionale italiano il diritto al silenzio trova più di un riferimento. Esso si incentra, innanzitutto, sull'inviolabilità della difesa in ogni e stato e grado del procedimento (art. 24 comma 2 Cost.)¹⁷, poiché la facoltà di non rispondere costituisce una «irrinunciabile manifestazione del diritto di difesa» dell'imputato¹⁸. Inoltre, il diritto al silenzio è riconducibile, più in generale, al diritto dell'imputato al rispetto della sua libertà morale, che implica la necessaria volontarietà del suo eventuale contributo dichiarativo nel procedimento (artt. 2 e 13 Cost.)¹⁹. Infine, la presunzione d'innocenza (art. 27 comma 2 Cost.) esclude doveri di collaborazione in capo all'imputato²⁰, libero di scegliere se svolgere o no attività probatoria, se controdedurre per confutare le prove o limitarsi a negare ogni addebito oppure tacere²¹.

3. Presunzione d'innocenza e giurisprudenza europea della Corte di Lussemburgo

La riconducibilità del diritto al silenzio alla garanzia consacrata nell'art. 27 comma 2 Cost. è gravida di molteplici implicazioni.

¹⁶ In questo senso v. C. eur., 30 giugno 2008, *Gäfgen c. Germania*, § 99; v., altresì, C. eur., 26 settembre 2006, *Göçmen c. Turchia*, in *Cass. pen.*, 2007, 1351; e Id., 11 luglio 2006, *Jalloh c. Germania*, *ivi*, 2006, 3843.

¹⁷ Nel senso che «il diritto alla difesa implica quello di tacere e di mentire» F. CORDERO, *Procedura*, 1987, cit., 226. Analogamente V. GREVI, «Nemo tenetur se detegere», cit., 46 s.; L. PALADIN, *Autoincriminazioni e diritto di difesa*, in *Giur. cost.*, 1965, 312; P. FERRUA, *Difesa (diritto di)*, in *Dig. disc. pen.*, III, Torino, 1989, 471; G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1975, 191 ss.; ID., *I principi generali del sistema processuale penale italiano*, in *Pol. dir.*, 1999, 305 s.; P. MOSCARINI, *Silenzio dell'imputato (diritto al)*, in *Enc. dir.*, Annali, III, Milano, 2010, 1083; O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame*, cit., 46; V. PATANÈ, *Il diritto al silenzio*, cit., 81 ss.

¹⁸ C. cost., 2.11.1998, n. 361, §10.2 del *Considerato in diritto*. Analogamente, per l'affermazione che il diritto al silenzio sia l'insopprimibile corollario del diritto di difesa v. C. cost., 19 giugno 2002 n. 291 (ord.); 24 ottobre 2002 n. 451 (ord.); 26 novembre 2002, n. 485 (ord.).

¹⁹ M. SCAPARONE, *Procedura*, 298 s.; v. anche *retro nota 8*, nonché E. M. CATALANO, *Confronti coatti e libertà morale dell'imputato*, in *Cass. pen.*, 1995, 2240 s.; L. LUPARIA, *La confessione*, cit., 127 ss.

²⁰ G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza*, cit., 191. Conformemente V. PATANÈ, *Il diritto al silenzio*, cit., 105 ss.

²¹ V. GREVI, «Nemo tenetur se detegere», cit., 69.

La presunzione di innocenza dell'imputato è un principio cardine della giurisdizione penale²². Essa risulta sancita non solo nell'art. 27 comma 2 Cost., ma anche nell'art. 6 § 2 C.e.d.u., nell'art. 14 § 2 del Patto internazionale sui diritti civili e politici e nell'art. 48 della Carta dei Diritti dell'Unione. Inoltre, essa è garanzia riconosciuta nel diritto internazionale, posto che si sta facendo sempre più strada l'idea che la presunzione d'innocenza costituisca una consuetudine di diritto internazionale in materia di giustizia penale²³. La presunzione d'innocenza serve l'obiettivo politico di preservare gli individui dal possibile arbitrio dell'autorità, informando i rapporti tra cittadino e giustizia ad una concezione limitata del potere, che privilegi gli spazi di libertà riconosciuti al primo²⁴. Secondo un'opinione risalente e consolidata, nell'art. 27, comma 2, Cost. si compendiano una regola di trattamento ed una regola di giudizio²⁵. La regola di trattamento deve esser letta in combinato disposto con l'art. 13 Cost., quale vincolo negativo posto dal Costituente al legislatore in materia di misure restrittive della libertà personale adottate prima della pronuncia di una sentenza di condanna definitiva: quale regola di trattamento, l'art. 27, comma 2, Cost. vieta che l'eventuale limitazione della libertà personale nel corso del procedimento penale possa avere funzioni preventive analoghe a quelle derivanti dall'irrogazione della pena²⁶.

²² Giova ricordare che si tratta di un principio universale, riconosciuto in ogni Carta internazionale, a partire dalla Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo, proclamata il 10 dicembre 1948 dalla Assemblea Generale delle Nazioni Unite, dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali: in argomento si rinvia ad A. CONFALONIERI, *Europa e giusto processo. Istruzioni per l'uso*, Torino, 2010, 179 ss.

²³ S. ZAPPALÀ, *I diritti dell'accusato nel processo penale internazionale*, in A. CASSESE - M. CHIAVARIO - G. DE FRANCESCO (a cura di), *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, Torino, 2005, p. 419.

²⁴ Nel senso che tutte le principali garanzie dell'imputato trovano la loro sintesi nella presunzione d'innocenza v. G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza*, cit., 5. Analogamente, per tutti, V. GREVI, *Garanzie individuali ed esigenze di difesa sociale nel processo penale*, in *Alla ricerca di un processo penale «giusto»*, Milano, 2000, 7; M. CHIAVARIO, *La presunzione d'innocenza nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. it.*, 2000, 1089.

²⁵ G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza*, cit., 28 ss. In argomento v. anche P. P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2008, 68 ss., nonché, più diffusamente, 119 ss.

²⁶ Si tratta di un assunto pacifico ed assai risalente: si veda al riguardo Corte cost., 4 maggio 1970 n. 64, in *Giur. cost.*, 1970, 66 ss., che esclude che la detenzione in carcere prima della condanna definitiva possa mai svolgere la funzione di anticipare l'irrogazione della pena, che invece può avere luogo soltanto dopo che la relativa sentenza è passata in giudicato. Da ultimo,

Quale regola di giudizio, invece, la presunzione d'innocenza non serve soltanto a indicare il criterio risolutore del fatto incerto nel processo penale, lasciando l'imputato indenne da conseguenze sfavorevoli quando la prova della colpevolezza risulti insufficiente o contraddittoria alla fine del giudizio²⁷. Essa serve, altresì, a delineare un preciso modo di concepire la ricerca e la raccolta del materiale probatorio²⁸, i cui caratteri fondamentali si compendiano nell'onere dell'accusa di fornire la prova della colpevolezza²⁹; nella separazione della funzione di approvvigionamento delle prove a carico da quella di decisione; nella facoltà dell'imputato di contestare le prove a sé sfavorevoli e di allegare quelle a sua discolta, senza alcun dovere di collaborazione nei confronti dell'autorità procedente³⁰; nel diritto dell'imputato medesimo a che gli elementi costituenti la sua responsabilità non siano in alcun modo dati per presupposti a causa di ingiustificate preclusioni probatorie³¹. È la presunzione d'innocenza, dunque, a orientare le modalità dell'accertamento, conformandole al metodo del contraddittorio nella formazione della prova, ormai esplicitamente consacrato

a conferma della funzione eminentemente processuale delle misure cautelari restrittive della libertà personale v. Corte cost., 21 luglio 2010 n. 265, in *Giur. cost.*, 2010, 3169 ss.; Id., 12 maggio 2011 n. 164, *ivi*, 2011, 2149 ss., con nota di A. MARANDOLA, *Verso uno statuto cautelare europeo?*; Id., 22 luglio 2011 n. 231, *ibidem*, 2950 ss., con osservazioni di A. MARANDOLA, *Associazione per il narcotraffico e negazione della «ragionevolezza» della carcerazione obbligatoria fra Corte costituzionale e Sezioni Unite*; Id., 3 maggio 2012 n. 110, in www.corte.costituzionale.it.

²⁷ G. ILLUMINATI, *Giudizio*, in G. CONSO – V. GREVI – M. BARGIS (a cura di), *Compendio di procedura penale*, VI ed., Padova, 2012, 845 s.

²⁸ G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza*, cit., 163 ss. Nel senso che l'art. 27 comma 2 Cost. rappresenti «un concetto-forza nel sistema del nostro processo, che non può non influire sulla metodologia dell'accertamento penale» V. GREVI, «Nemo tenetur se detegere», cit., 47. V., diffusamente, M. L. DI BITONTO, *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, Torino, 2004, 54 ss.

²⁹ Nel senso che il giurista continentale sia chiamato a riflettere sul fatto che in altri ordinamenti la presunzione d'innocenza e la conseguente necessità, per l'accusa, di farsi carico dell'onere di persuasione e della prova al di là del ragionevole dubbio siano considerate principi immutabili della giustizia penale e canoni fondamentali del «*due process*», anche se tali regole non risultano espressamente fissate nei testi costituzionali v. M. PISANI, *Note sul diritto delle prove penali*, in E. AMODIO – M. C. BASSIUNI (a cura di), *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, Milano, 1988, 349.

³⁰ G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza*, 191.

³¹ Per l'esplicitazione di quest'ultimo profilo v. R. E. KOSTORIS, *Diritto alla prova e bilanciamento di interessi*, in *Giur. cost.*, 1993, 3391.

nell'art. 111 Cost.³². Anzi, quale fattore di compensazione dell'intrinseca asimmetria del processo penale³³, la presunzione d'innocenza costituisce il presupposto stesso del contraddittorio³⁴, che è essenzialmente contrapposizione paritetica di accusa e difesa per la persuasione del terzo³⁵. Anche gli altri tradizionali connotati della giurisdizione – vale a dire l'imparzialità del giudice, l'inviolabilità della difesa, il principio del giudice naturale, l'obbligo di motivazione – risultano effettivamente garantiti in ambito penale solo a condizione che la presunzione d'innocenza costituisca il postulato di partenza dell'intero sistema processuale³⁶.

Senonché, proprio in quanto “stella polare” delle procedure giudiziarie volte a consentire la punizione di una persona, la presunzione d'innocenza è stata riconosciuta regola aurea anche nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, già ai tempi delle Comunità europee; vale a dire quando i diritti fondamentali sono stati considerati da questo giudice come una sorta di codice comune di valori, sulla cui base viene a realizzarsi l'“ordine pubblico europeo” che si impone alla Comunità ed agli Stati membri³⁷.

Infatti, già sul finire degli anni '70 dello scorso secolo, si consolidò nella giurisprudenza della Corte di giustizia l'idea che la tutela dei diritti fondamentali

³² Nel senso che «il rispetto della presunzione d'innocenza nella formazione delle prove coincide con la garanzia del contraddittorio davanti ad un giudice imparziale» v. G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza*, cit., 180 ss. Analogamente O. DOMINIONI, *La presunzione d'innocenza*, in ID., *Le parti nel processo penale. Profili sistematici e problemi*, Giuffrè, 1985, 234, il quale precisa che la presunzione d'innocenza implica una figura nuova di giudice, nel quale sia completamente assente l'adesione all'*opinio delicti*. In argomento v., diffusamente, P. P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza*, cit., 179 ss.

³³ Su questo punto, per tutti, G. CONSO, *Considerazioni in tema di contraddittorio nel processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1966, 405 ss.

³⁴ G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza*, cit., 172 ss. È infatti impossibile riscontrare la sussistenza effettiva del contraddittorio se non è assicurata la parità delle parti: così G. UBERTIS, *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, in *Cass. pen.*, 2003, 2100.

³⁵ G. GIOSTRA, *Valori ideali*, cit., *Pol. dir.*, 1986, 23.

³⁶ G. ILLUMINATI, *I principi generali*, cit., 1999, 304; M. L. DI BITONTO, *Profili dispositivi*, cit., 61 ss. La consapevolezza dell'indissolubile rapporto tra la presunzione d'innocenza e le forme del giusto processo è assai avvertita nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: per tutti v. M. CHIAVARIO, *La presunzione d'innocenza nella giurisprudenza della Corte europea*, cit., 1094.

³⁷ A. M. MAUGERI, *Il sistema sanzionatorio comunitario dopo la carta europea dei diritti fondamentali*, in G. GRASSO – R. SICURELLA (a cura di), *Lezioni di diritto penale*, Milano, 2007, 129.

costituisca parte integrante dei principi generali del diritto di cui essa stessa garantisce la tutela, in quanto l'attuazione delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri concorre a comporre il quadro, la struttura e gli obiettivi del diritto comunitario. A quell'epoca è da far risalire la definitiva inclusione nel diritto comunitario delle garanzie assicurate dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e da altri strumenti di diritto internazionale come il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966³⁸. Pur in assenza di un *Bill of rights* comunitario, quindi, la Corte di giustizia, non ancora dell'Unione ma delle Comunità europee, già si ispirava non solo alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, ma anche alle indicazioni offerte dai Trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito, come appunto la Convenzione europea dei diritti dell'uomo³⁹.

Attualmente, sia pure con non pochi profili di complicazione, tale quadro risulta ulteriormente rafforzato alla luce del Trattato di Lisbona, in quanto l'art. 6 del Trattato sull'Unione europea prevede l'adesione di quest'ultima alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁴⁰, in tal modo avvicinando la prospettiva, al momento non ancora attuata, della piena soggezione delle istituzioni comunitarie e della

³⁸ In questo senso v. C. giust. UE, 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH*, C-11/70. V., anche, Id., 12 novembre 1969, *Stauder*, C-29/69; nonché Id., 13 dicembre 1979, *Hauer*, C-44/79. In argomento si rinvia a L. MEZZETTI, *Principi costituzionali e forma dell'Unione*, in P. COSTANZO – L. MEZZETTI – A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino, 2006, 85 s.; P. COSTANZO, *Ordinamento giudiziario e giurisdizione costituzionale dell'Unione europea*, in P. COSTANZO – L. MEZZETTI – A. RUGGERI, *Lineamenti*, cit., 340 s.; ID., *Il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali*, *ibidem*, 346 ss.

³⁹ Per una panoramica si rinvia a C. SOTIS, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto comunitario*, in V. MANES – V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, cit., 109 ss.

⁴⁰ Va ricordato, però, che dall'art. 6 TUE non può dedursi un'assimilazione delle norme C.e.d.u. a quelle dell'Unione quanto all'effetto diretto ed al potere-dovere del giudice nazionale comune di disapplicare la norma nazionale in caso di conflitto, poiché quella disposizione non disciplina il rapporto tra la C.e.d.u. e gli ordinamenti giuridici interni degli Stati membri e nemmeno determina le conseguenze che un giudice nazionale deve trarre nell'ipotesi di diritti garantiti da tale convenzione e da una norma di diritto nazionale: così G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, VII ed., Padova, 2012, 211, ai cui richiami giurisprudenziali pure si rinvia.

stessa Corte di Lussemburgo, al sistema di controllo esterno esercitato dalla Corte di Strasburgo⁴¹.

Su tali basi, la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, prima ancora dell'adozione della Carta di Nizza, in adesione alla ritenuta valenza generalizzata dei canoni ermeneutici derivanti dalle pronunce della Corte di Strasburgo⁴², ha considerato le garanzie offerte dal processo comunitario come equivalenti a quelle espresse dall'art. 6 C.e.d.u., ed ha così riconosciuto che la presunzione d'innocenza fa parte dei diritti fondamentali protetti dall'ordinamento giuridico europeo e trova attuazione nelle «procedure relative alla violazione delle norme sulla concorrenza applicabili alle imprese che possono sfociare nella pronuncia di multe o ammende»⁴³.

4. Violazioni finanziarie e garanzie "penali": il caso Grande Stevens

Quanto riferito finora offre un'utile piattaforma su cui impostare il discorso su violazioni finanziarie punite con sanzioni amministrative e diritto al silenzio. Sul presupposto che tale diritto si impernia, fra l'altro, sulla presunzione d'innocenza e che quest'ultima, secondo la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, deve trovare attuazione nelle «procedure relative alla violazione delle norme sulla concorrenza applicabili alle imprese che possono sfociare nella pronuncia di multe o ammende», se ne può desumere che i confini della giustizia penale non esauriscono il campo di applicazione delle tradizionali prerogative dell'imputato che, al contrario, sono destinate a proiettarsi al di fuori del loro ambito tradizionale.

Simili potenzialità espansive risultano viepiù confermate ove si faccia specifico riferimento alla materia delle violazioni finanziarie, che è poi quella da cui ha tratto origine la questione rimessa al giudice delle leggi e da esso rinviata in via

⁴¹ In argomento v. S. CATALANO, *Trattato di Lisbona e "adesione" alla C.e.d.u.: brevi riflessioni sulle problematiche comunitarie e interne*, in P. BILANCIA – M. D'AMICO, *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009, 233 ss.; V. SCIARABBA, *La tutela europea dei diritti fondamentali e il giudice italiano*, in www.formucostituzionale.it; R. BIFULCO, *La Costituzione italiana dopo il Trattato di Lisbona*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 1 ss.; M. MEZZANOTTE, *Legalità costituzionale e diritti fondamentali dopo il Trattato di Lisbona*, in *Rass. parl.*, 2012, 379 ss.

⁴² A. CONFALONIERI, *Europa e giusto processo*, cit., 180.

⁴³ C. giust. UE, 8 luglio 1999, *Huls*, C-199/92; Id., 8 luglio 1999, *Montecatini*, C-235/92.

pregiudiziale alla Corte di Giustizia. Infatti, è proprio nel campo delle infrazioni attribuite alla cognizione della Consob che il tema dell'applicabilità delle garanzie apprestate dal diritto e dalla procedura penale è divenuto di grande attualità, dopo la condanna dell'Italia da parte della Corte di Strasburgo nel caso Grande Stevens e altri⁴⁴.

Tale pronuncia è stata emanata in esito a giudizio instaurato da ricorrenti che, già sanzionati dalla Consob per illecito amministrativo, erano stati rinviati a giudizio, assolti in primo grado e condannati in appello in relazione ai medesimi fatti sui quali si era già pronunciata l'autorità amministrativa di vigilanza del mercato mobiliare italiano⁴⁵. Questa vicenda ha fatto emergere accentuati profili di frizione tra la regolamentazione interna degli abusi di mercato e il sistema di tutela dei diritti fondamentali presidiato dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Nella prospettiva della Corte di Strasburgo, infatti, il nostro Paese rimane esposto alla violazione dell'art. 6 C.e.d.u. (garanzie del *fair trial* o *procès équitable*) e dell'art. 4 § 1 Prot. n. 7 C.e.d.u. (salvaguardia del *ne bis in idem*). La prima inosservanza discende dalla mancata applicazione delle garanzie fondamentali del processo penale nel procedimento amministrativo di irrogazione delle sanzioni da parte

⁴⁴ C. eur., sez. II, 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*, in *Giur. cost.*, 2014, 2919 ss. Questa decisione è stata oggetto di molte riflessioni in dottrina. Senza pretesa di esaustività v. F. VIGANÒ, *Ne bis in idem: la sentenza Grande Stevens è ora definitiva*, in www.penalecontemporaneo.it, 2 s.; ID., *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?*, *ivi*; B. LAVARINI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e ne bis in idem: la crisi del "doppio binario" sanzionatorio*, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, Suppl. n. 12, 82 ss.; G. DE AMICIS, *Ne bis in idem e "doppio binario" sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza "Grande Stevens" nell'ordinamento italiano*, in www.penalecontemporaneo.it. V. anche A. BIGIARINI, *Ne bis in idem: il cortocircuito del "doppio binario" sanzionatorio in relazione a fatti di criminalità economica*, in *Dir. e proc. pen.*, 2016, 262 ss.; E. SCAROINA, *Costi e benefici del dialogo tra corti in materia penale*, in *Cass. pen.*, 2015, 2910 ss.; M. BONTEMPELLI, *La litispendenza e il divieto di doppia decisione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, 1316 ss.; G. M. FLICK – V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum?*, in *Rivista AIC*, 2015, n. 3, 10/07/2015; N. GALANTINI, *Il principio del ne bis in idem tra doppio processo e doppia sanzione*, in *Giur. it.*, 2015, 215 ss.; M. L. DI BITONTO, *Il "ne bis in idem" nei rapporti tra infrazioni finanziarie e reati*, in *Cass. pen.*, 2016, 1335 ss.; P. MOSCARINI, *Il concetto europeo d' "infrazione penale" e la concorrenza fra sistemi punitivi interni*, in *Dir. pen. e proc.*, 2016, 389 ss.; A. GIOVANNINI – L. MURCIANO, *Il principio del 'ne bis in idem' sostanziale impedisce la doppia sanzione per la medesima condotta*, in *Corr. trib.*, 2014, 1548 ss.; F. MAZZACUVA, *La materia penale e il "doppio binario" della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 1899 ss.

⁴⁵ Per una sintesi della vicenda v. M. VENTORUZZO, *Abusi di mercato, sanzioni Consob e diritti umani: il caso Grande Stevens e altri c. Italia*, in *Riv. soc.*, 2014, 693.

della Consob. Secondo il consolidato orientamento dei giudici di Strasburgo, il *nomen juris* stabilito dal legislatore interno non è dirimente per escludere che un addebito di carattere amministrativo rientri nella nozione di “accusa penale”⁴⁶ cui applicare le garanzie del *fair trial* sancite nell’art. 6 C.e.d.u.⁴⁷, in quanto l’esigenza di assicurare effettività ai diritti salvaguardati dalla Convenzione⁴⁸ va soddisfatta estendendo il vaglio della Corte ai procedimenti amministrativi sanzionatori⁴⁹, tenuto conto della natura afflittiva o meno degli esiti della procedura presa in esame⁵⁰. Su tali basi, in considerazione della “innegabile severità” delle sanzioni amministrative inflitte – consistendo le stesse nel pagamento di importi pecuniari assai elevati ed in previsioni accessorie di ingente valore patrimoniale – i fatti di manipolazione del mercato sanzionati dalla Consob sono stati fatti rientrare dalla

⁴⁶ Al riguardo sempre attuale C. E. PALIERO, “Materia penale” e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell’uomo: da una questione “classica” a una svolta radicale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 893 ss.

⁴⁷ In argomento si rinvia v. R. CHENAL – A. TAMIETTI, *Art. 6*, cit., 181 ss.; E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e diritto penale*, Giappichelli, 2006, 39 ss. Nel senso che la nozione di “materia penale” nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo appartiene alle “nozioni autonome” elaborate dalla Corte ai soli fini dell’applicazione della Convenzione si veda V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in V. MANES – V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea*, cit., 75 ss.; N. LETTIERI, *Rassegna di giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Codice di procedura penale*, a cura di G. CANZIO – G. TRANCHINA, Milano, 2012, I, 67 ss. Più in generale v. G. UBERTIS, *L’autonomia linguistica della Corte di Strasburgo*, in *Arch. pen.*, 2012, 21 ss.

⁴⁸ Affermazione ricorrente nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo è che la C.e.d.u. garantisce diritti concreti ed effettivi e non teorici ed illusori: C. eur., 13 maggio 1980, *Artico c. Italia*, § 33; Id., 24 novembre 1993, *Imbrioscia c. Svizzera*, § 38; Id., 27 aprile 2006, *Sannino c. Italia*, § 48. Al riguardo v. anche A. TAMIETTI, *Il diritto ad esaminare i testimoni a carico: permangono contrasti tra l’ordinamento italiano e l’art. 6 § 3 d) della Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Cass. pen.*, 2006, 3002, nt. 66.

⁴⁹ Sulla applicabilità dell’art. 6 C.e.d.u. ai procedimenti amministrativi sanzionatori v. J. A. E. VERVAELE, *Sviluppo storico del diritto penale speciale e del diritto economico e finanziario*, (traduzione a cura di E. Pavanello), in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2011, 550. V. anche A. TRAVI, *Corte europea dei diritti dell’uomo e Corte costituzionale: alla ricerca di una nozione comune di “sanzione”*, in *Giur. cost.*, 2010, 2323 ss.; M. ALLENA, *L’art. 6 C.e.d.u. come parametro di effettività della tutela procedimentale e giudiziale all’interno degli Stati membri dell’Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 272 ss.

⁵⁰ Per tutte v. C. eur., 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*. V. anche F. MAZZACUVA, *L’interpretazione evolutiva del nullum crimen nella recente giurisprudenza di Strasburgo*, in V. MANES – V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea*, cit., 413 ss.; V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti umani, la responsabilità delle persone morali e la nozione di pena*, in *AA.VV.*, *Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse*, in *Cass. pen.*, 2003, Suppl. al n. 6, 31 ss.

Corte di Strasburgo nella materia penale, cui vanno applicate le garanzie processuali di cui all'art. 6 C.e.d.u.

Una volta ricondotto alla "materia penale" il sistema sanzionatorio amministrativo disciplinato nel d. lgs. n. 58/1998, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto sussistente pure la violazione del *ne bis in idem* salvaguardato dall'art. 4 § 1 Prot. n. 7 C.e.d.u., in quanto l'attuale assetto legislativo di questa materia prevede che uno stesso fatto materiale possa configurare sia i reati di cui agli artt. 184 e 185 d. lgs. n. 58/1998, sia gli illeciti amministrativi di cui agli artt. 187 *bis* e 187 *ter* del medesimo decreto legislativo⁵¹. Una volta attribuita natura penale alle sanzioni applicate dalla Consob – sostanzialmente afflittive e dunque da reputare penali nella prospettiva di tutela dei diritti fondamentali – allora il *ne bis in idem* preclude la possibilità di procedere nuovamente dinanzi al giudice penale in relazione agli stessi fatti per i quali una persona risulti essere già stata destinataria di una pronuncia di condanna, sia pure irrogata in sede amministrativa. Analoga violazione dell'art. 4 § 1 Prot. n. 7 C.e.d.u. è stata successivamente affermata dalla Corte di Strasburgo nel caso *Nykänen c. Finlandia*, dove la violazione è stata rinvenuta in materia tributaria, nel duplice giudizio che ha condotto alla applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria e di una pena per frode fiscale⁵² e del medesimo segno sono pure le decisioni nei casi *Glantz*⁵³, *Jussila*⁵⁴ e *Lucky Dev c. Svezia*⁵⁵.

⁵¹ Sulla portata del principio del *ne bis in idem* nel diritto internazionale e nell'ordinamento eurounitario, A. ORIOLO, *Il diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato nell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in A. Di Stasi (a cura di), *Tutela dei diritti fondamentali e spazio europeo di giustizia. L'applicazione giurisprudenziale del Titolo VI della Carta*, Napoli, 2019, 335 ss.

⁵² C. eur., sez. IV, 20 maggio 2014, *Nykänen c. Finlandia*, su cui M. DOVA, *Ne bis in idem in materia tributaria: prove tecniche di dialogo tra legislatori e giudici nazionali e sovranazionali*, in www.penalecontemporaneo.it. Più in generale, sul tema del doppio binario in materia tributaria alla luce del quadro convenzionale ed eurounitario v. M. BELLACOSA, *La riforma dei reati tributari nella prospettiva europea*, in A. DEL VECCHIO – P. SEVERINO (a cura di), *Tutela degli investimenti*, cit., 305 ss.

⁵³ In ordine a C. eur., 20 maggio 2014, *Glantz c. Finlandia*. Nel caso *Häkka c. Finlandia* del 20 maggio 2014, la Corte ha ritenuto insussistente la violazione del divieto in quanto il ricorrente avrebbe dovuto impugnare i provvedimenti tributari in relazione ai quali non era intervenuta la definitività. Anche nel caso *Pirttimäki c. Finlandia* non è stata ritenuta integrata la violazione in

In concomitanza con la richiamata giurisprudenza di Strasburgo, pure la Corte di Giustizia di Lussemburgo si è occupata di doppio binario punitivo in sede penale e amministrativa con riguardo alle violazioni finanziarie. In particolare, in una vicenda relativa a un caso di frode fiscale aggravata, si è stabilito che fosse contraria al diritto dell'Unione europea la punizione della stessa persona e per il medesimo fatto sia sul piano amministrativo che su quello strettamente penale⁵⁶; con la precisazione, però, che la salvaguardia del *ne bis in idem* tutelato dall'art. 50 della Carta di Nizza, di per sé, non vieta agli Stati membri di imporre per le medesime violazioni di obblighi dichiarativi di imposta sul valore aggiunto (IVA) una combinazione di sanzioni sia fiscali che penali (c.d. "doppio binario" sanzionatorio), al fine di tutelare gli interessi finanziari dell'Unione. Tuttavia, è necessario che le eventuali sovrattasse irrogate come sanzione tributaria non siano da qualificarsi come "penali" alla luce dei criteri elaborati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo⁵⁷.

5. Il necessario rafforzamento delle garanzie difensive nei procedimenti sanzionatori amministrativi

Anche se nei casi menzionati nel precedente paragrafo a venire in rilievo è stato il *ne bis in idem*, quei precedenti possono orientare l'esegesi in materia di diritto al silenzio e violazioni finanziarie. Infatti, allo stesso modo del diritto al silenzio, il *ne bis in idem* costituisce una garanzia tradizionale della procedura penale⁵⁸ – esplicitamente salvaguardata da molte Costituzioni⁵⁹ – sulla cui base è

quanto i fatti sono stati reputati differenti, riguardando soggetti diversi e cioè persona fisica e società.

⁵⁴ C. eur., Grande Camera, 23 novembre 2006 n. 73053/01, *Jussila c. Finlandia*.

⁵⁵ C. eur., sez. V, 27 novembre 2014, *Lucky Dev c. Svezia*, su cui M. DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: una questione ormai ineludibile*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁵⁶ C. giust. UE, Grande Sezione, 26 febbraio 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, C-617/10, in www.penalecontemporaneo.it, con commento di D. VOZZA, *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di Giustizia dell'Unione europea*.

⁵⁷ In argomento, diffusamente, v. G. DE AMICIS, *Ne bis in idem e "doppio binario" sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza "Grande Stevens" nell'ordinamento italiano*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁵⁸ G. DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano, 1963, 38 ss.

vietato che una persona possa essere sottoposta ad un nuovo procedimento penale per lo stesso fatto in relazione al quale è già intervenuta una sentenza irrevocabile, anche se tale fatto viene diversamente considerato per il titolo, il grado o le circostanze (art. 649 c.p.p.)⁶⁰. Come il diritto al silenzio, poi, il *ne bis in idem* trova tutela non solo a livello interno ma anche nel sistema C.e.d.u. e in quello eurounitario, oltre che in quello internazionale (dall'art. 4 § 1 del Protocollo n. 7 C.e.d.u., dall'art. 50 della Carta dei diritti dell'Unione europea, art. 14 § 7 Patto internazionale sui diritti civili e politici).

Insomma, la giurisprudenza riguardante il *ne bis in idem* orienta l'esegesi a favore dell'affermazione delle garanzie difensive "penali" anche nel procedimento punitivo amministrativo⁶¹. Le violazioni finanziarie sanzionate dalla Consob, quindi, indipendentemente dalla natura amministrativa riconosciuta loro dall'ordinamento italiano, possono essere irrogate soltanto se nel relativo procedimento di accertamento risulti garantita l'applicazione delle garanzie tradizionalmente riconosciute in ambito penale⁶².

Sottinteso a ciò è la consapevolezza che il mercato abbia bisogno di regole chiare, certe e prevedibili e che nel novero di esse debbano necessariamente essere

⁵⁹ Un famoso esempio in tal senso è il VII emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America.

⁶⁰ Nel senso che il *ne bis in idem* rappresenti «un diritto civile e politico dell'individuo» v. sez. un., 28 giugno 2005, n. 34655, Donati e altro, in *Cass. pen.*, 2006, 68. Più di recente si veda anche sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, in *Cass. pen.*, 2015, ss., ove si afferma, tra l'altro, che il *ne bis in idem*, quale garanzia individuale della persona destinataria di una sentenza di condanna non escluda rivalutazioni *in bonam partem* della sentenza divenuta irrevocabile, ove necessarie a salvaguardare i diritti fondamentali del condannato. In termini problematici sulla dimensione eminentemente soggettiva del *ne bis in idem* v. T. RAFARACI, *Ne bis in idem*, in *Enc. dir.*, Annali, III, Milano, 2010, 861 s.

⁶¹ Nel senso che il diritto penale sia solo una parte, anche se la più importante, del diritto punitivo poiché l'apparato delle tecniche punitive di controllo risulta articolato in due sistemi (o se si preferisce, per riaffermare la loro omogeneità, in due sottosistemi), quello penale e quello amministrativo v. G. LATTANZI, *Sanzioni penali e sanzioni amministrative: criteri di scelta e canoni modaliali in una circolare della presidenza del consiglio*, in *Foro it.*, 1985, V, 251. In argomento, per tutti, C. E. PALIERO – A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1988.

⁶² F. D'ALESSANDRO, *Tutela dei mercati finanziari e rispetto dei diritti umani fondamentali*, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, 621; A. VITALE, *La raccolta di dichiarazioni nell'accertamento delle violazioni finanziarie*, cit., 514 ss. V. però Cass. civ., sez. un., 23 giugno 2009, n. 20935, in *Banca Borsa*, 2010, II, 290 ss., con nota di R. VIGO, *Gruppo di società e manipolazione del mercato. Una pronuncia delle Sezioni unite*, secondo cui le disposizioni costituzionali sul diritto di difesa e sul giusto processo (artt. 24 e 111 Cost.) non troverebbero applicazione nell'ambito dei procedimenti amministrativi.

ricomprese le tipiche garanzie del diritto e della procedura penale tutte le volte in cui sono previste misure sanzionatorie amministrative di estrema afflittività.

Che l'irrogazione di sanzioni punitive in materia finanziaria sia assistita dalle tradizionali "garanzie penali" dipende dal fatto che occorre evitarne la relativa applicazione nei confronti di chi non si sia effettivamente avvalso di modalità illecite di produzione del profitto. Le regole del diritto e del processo penale sono state «il terreno sul quale è stato costruito il paradigma dello stato di diritto e della democrazia liberale come sistema di limiti alla legge del più forte»⁶³ e ciò spiega perché simili regole siano necessarie anche nel procedimento accertativo di violazioni finanziarie: esse rappresentano, storicamente, l'espedito per minimizzare il più possibile l'ineludibile quota di arbitrarietà sempre insita nell'esercizio del potere e perciò di esse c'è bisogno quando si tratti di comminare sanzioni che per la loro elevata afflittività siano tali da mettere a repentaglio la stessa sopravvivenza economica del soggetto che le subisce.

Su tali basi, meglio si comprende il panorama in cui si colloca l'ordinanza 10 maggio 2019 n. 117 della Corte costituzionale. Questa pronuncia, nel propiziare l'attuazione delle garanzie "penali" nei procedimenti sanzionatori amministrativi, pare implicitamente riconoscere che in tale ambito la tutela del diritto al silenzio sia ormai divenuta un approdo imprescindibile⁶⁴.

Il giudice delle leggi è consapevole del fatto che la valenza delle garanzie "penali" nei procedimenti sanzionatori amministrativi è diversamente modulata a seconda che si faccia riferimento alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo o a quella di Lussemburgo. Con specifico riguardo al diritto al silenzio, infatti, quest'ultima tende ad escluderne il riconoscimento in procedimenti dei quali pure riconosce il carattere "punitivo"⁶⁵; mentre la corte di Strasburgo preferisce optare per la più

⁶³ L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. II, Bari-Roma, 2007, 356.

⁶⁴ A favore del riconoscimento del diritto al silenzio nei procedimenti sanzionatori amministrativi v. A. VITALE, *La raccolta di dichiarazioni nell'accertamento delle violazioni finanziarie*, cit., 520 ss.

⁶⁵ V. in tal senso le pronunce della Corte di Giustizia di Lussemburgo richiamate da Corte cost., 10 maggio 2019 n. 117, § 9.1.

ampia attuazione di esso nei procedimenti amministrativi suscettibili di sfociare nella irrogazione di sanzioni di carattere punitivo.

Così stando le cose, la scelta di emanare un'ordinanza di rimessione in via pregiudiziale alla Corte di giustizia⁶⁶ assume il senso di una inequivoca opzione volta a provocare l'*overturning* della giurisprudenza EU, facendo leva sulla natura di giudice dei diritti rivestita da tale Corte a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che ha attribuito alla Carta dei diritti lo stesso valore dei Trattati.

Nella prospettiva interna e convenzionale, il quesito n. 1 sottoposto dal giudice delle leggi alla Corte di giustizia avrebbe anche potuto essere risolto dalla stessa Corte costituzionale, dichiarando l'illegittimità costituzionale della fattispecie che impone di sanzionare in via amministrativa chi si rifiuti di rispondere a domande dalle quali possa emergere la propria responsabilità per un illecito punito con sanzioni amministrative di natura "punitiva".

In alternativa, la Corte costituzionale avrebbe potuto dare ugualmente salvaguardia al diritto al silenzio, attraverso una pronuncia interpretativa di rigetto. Sul presupposto della nozione ampia di "materia penale" elaborata dalla Corte di Strasburgo, infatti, il giudice delle leggi avrebbe ben potuto affermare a livello domestico l'estensione nei procedimenti amministrativi sanzionatori della causa di non punibilità dell'esercizio del diritto di cui all'art. 51 c.p. Ciò sarebbe stato coerente con l'elaborazione dogmatica del diritto punitivo amministrativo che ha consentito il recepimento in questo ambito di molte delle garanzie del diritto penale (principio di legalità, divieto di retroattività, principio di colpevolezza)⁶⁷.

⁶⁶ Sul rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia da parte della Corte costituzionale v. M. P. CHITI, *La Consulta e il primo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia: verso il concerto costituzionale europeo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 961 ss.; F. VISMARA, *Rapporti tra Corte costituzionale italiana e giudice ordinario nella dinamica del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in *Dir. Un. eur.*, 2012, 309 ss.; A. RUGGERI, *Maggiore o minor tutela nel prossimo futuro per i diritti fondamentali?*, in *www.giurcost.org*, 2015, 1, 1 ss.; T. GUARNIER, *La Corte costituzionale: "organo giurisdizionale" dinanzi al suo primo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea. Contraddizione, apertura o "dissociazione"?*, in *Giur. cost.*, 2009, 39 ss.; A. DENUZZO, *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale nella vicenda dei marchi territoriali pubblici di qualità per la valorizzazione dell'economia rurale*, in *www.giurcost.org.*, 21.10.2014.

⁶⁷ T. PADOVANI, *Diritto penale*, 11^a ed., Milano, 2017, 17 ss.

Evidentemente, si è preferito non percorrere né l'una né l'altra strada, perché oggi il problema delle garanzie e del rispetto dei diritti è problema "globale", stante la dimensione multilivello del sistema di tutela dei diritti fondamentali, del quale fanno parte i diversi giudici ordinari interni, le diverse Corti costituzionali europee, la Corte di Strasburgo, la Corte di Lussemburgo⁶⁸.

Il diritto al silenzio è tema cruciale, com'è cruciale l'applicazione delle garanzie "penali" ai procedimenti sanzionatori amministrativi che la Corte europea dei diritti dell'uomo annovera nella "materia penale" di cui agli artt. 6 e 7 C.e.d.u.: sicché la Corte di Lussemburgo non può esimersi di fare la sua parte nella costruzione del sistema multilivello di salvaguardia dei diritti umani. Del resto, l'art. 267 TFUE accentra il controllo sui diritti e sulle libertà fondamentali in capo alla Corte di giustizia, tanto in sede di questione interpretativa che in sede di pregiudiziale di validità, e ciò consentirebbe al giudice europeo di presiedere alla corretta interpretazione della portata applicativa dei diritti fondamentali – fra i quali è senz'altro da ricomprendersi il diritto al silenzio – senza cedere il passo a istanze di carattere economico o di mercato, com'è invece finora per lo più avvenuto⁶⁹.

Non è detto, però, che il giudice dell'Unione offrirà una risposta soddisfacente al tema proposto. Più facile prevedere, invece, che verrà tenuta ferma la

⁶⁸ Sul carattere multilivello della tutela dei diritti fondamentali A. BARBERA, *Le tre Corti e la tutela multilivello dei diritti*, in P. BILANCIA – E. DE MARCO (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti. Momenti di stabilizzazione*, Milano, 2004, 89 ss.; V. ZAGREBELSKY, *I giudici nazionali, la Convenzione e la Corte europea dei diritti umani*, *ivi*, 99 ss.; E. DE MARCO, *La tutela «multilivello» dei diritti, tra enunciazioni normative e gaurentigie costituzionali*, *ivi*, 127 ss. A. RUGGERI, *La tutela «multilivello» dei diritti fondamentali, tra esperienze di normazione e teorie costituzionali*, in *Pol. dir.*, 2007, 317 ss. V. anche E. SELVAGGI, *Ne bis in idem e sentenza contumaciale*, in *Cass. pen.*, 2009, 1284.

Sull'obbligo di interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea, v., per tutti, G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, cit., 2012, 183 ss. Sugli aspetti problematici dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea in materia penale v. C. SOTIS, *La "mossa del cavallo". La gestione dell'incoerenza nel sistema penale europeo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, 498 ss.; V. MANES, *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti in malam partem*, in *Cass. pen.*, 2010, 105 ss.

⁶⁹ F. BRAVO, *Sul bilanciamento proporzionale dei diritti e delle libertà fondamentali*, in *Contratto e impresa*, 2018, 201 ss.

giurisprudenza elaborata in materia di diritto *antitrust*, tesa ad escludere l'applicabilità in tale ambito del diritto al silenzio⁷⁰.

Nel caso fosse confermata questa previsione, quali esiti decisori si apriranno per la Corte costituzionale?

Sulla base della teoria dei controlimiti, è agevole prevedere che in tal caso la Corte costituzionale non aderirà alle prospettive esegetiche lussemburghesi, ma preferirà prendere posizione a favore del riconoscimento diritto al silenzio. Non è da escludere, però, che per evitare inopportuni irrigidimenti esegetici, sarà preferito il *modus discensus* di una sentenza interpretativa di rigetto.

6. I controlimiti nell'evoluzione giurisprudenziale: la prima fase "comunitaria"

Che la Corte costituzionale possa – o meglio debba – pronunciarsi a favore del riconoscimento del diritto al silenzio nel procedimento Consob, indipendentemente dall'eventuale contrario avviso manifestato dalla Corte di Lussemburgo, discende dalla "teoria dei controlimiti" che, come noto, è espressione usata per esprimere l'impossibilità per le norme internazionali e dell'Unione europea di violare i principi fondamentali della Costituzione⁷¹. In altre parole, la teoria in questione, elaborata dalla Corte costituzionale, considera i principi fondamentali e i diritti inviolabili dell'ordinamento nazionale come un limite all'ingresso di norme di un altro ordinamento⁷².

⁷⁰ Sui deficit di garanzie dei procedimenti sanzionatori punitivi v. E. BINDI, *L'incidenza delle pronunce della Corte EDU sui procedimenti sanzionatori delle autorità amministrative indipendenti*, in *Giur. cost.*, 2014, 3017 ss. In senso contrario, esclude che il procedimento di irrogazione delle sanzioni da parte della Consob contrasti con l'art. 6 C.e.d.u. TAR Lazio, sez. II, 27 novembre 2014 n. 11887, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 679 ss. Per considerazioni generali sulle garanzie processuali dell'illecito amministrativo v. M. NOBILI, *Osservazioni di carattere processuale penale sulla legge 689/81*, in *Pol. dir.*, 1981, 373.

⁷¹ La letteratura in materia è veramente sterminata, considerato che coinvolge studiosi di diverse discipline giuridiche. In questa nota e in quelle successive ci limiteremo ad indicare i lavori maggiormente utilizzati per esaminare il tema.

⁷² In tema si segnalano le efficaci osservazioni di C. PINELLI, *Controlimiti e principi supremi*, in *Giur. cost.*, 2019, 491 ss. il quale come, a fronte di una concezione unitaria e di locuzioni sinonime utilizzate nel linguaggio comune e nella prassi giurisprudenziale, fa notare come i controlimiti – usati più come mezzi di bilanciamento ed interazione fra le Corti che come strumento di minaccia di dissoluzione dei vincoli sovranazionali – non si sovrappongono e,

Questa giurisprudenza del giudice delle leggi ha radici risalenti alle pronunce relative a norme concordatarie e si è poi estesa sia alle norme del diritto internazionale (consuetudinarie e convenzionali) sia alle norme comunitarie (oggi dell'Unione)⁷³. In verità è rispetto alle norme appartenenti all'ordinamento dell'Unione che la questione dei controlimiti si è posta con particolare pregnanza, in ragione della peculiare attitudine di questo ordinamento a limitare la sovranità dello Stato.

Prima di riassumere le più importanti pronunce della Corte costituzionale in materia, giova precisare che la teoria dei controlimiti trae origine dallo sforzo della Corte di offrire copertura costituzionale al diritto comunitario, sia quello primario sia quello secondario, e in particolare al suo primato su quello interno, in assenza della scelta politica e legislativa di introdurre nella Costituzione italiana una "clausola europea", così come era stato fatto in altri Stati membri della Comunità⁷⁴. A ciò la Corte ha provveduto, dopo alcune difficoltà iniziali⁷⁵, attraverso una interpretazione estensiva e manipolativa dell'art. 11 della Costituzione in forza del quale, come è noto, il nostro Paese "consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace

pertanto, non coincidono necessariamente con i principi supremi quali limiti alla revisione costituzionale.

⁷³ Sulle origini della teoria dei controlimiti v. P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, 2015; G.P. DOLSO, *I contro limiti "comunitari" tra passato e presente*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 2/2017, 1 ss. Su ciò e anche oltre, v. M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995; A. TIZZANO, *Ancora sui rapporti tra corti europee: principi comunitari e i c.d. contro limiti costituzionali*, in AA.VV., *Diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2008, 483 ss.

⁷⁴ In effetti il principio del primato del diritto dell'Unione costituisce, sotto il profilo giuridico, l'elemento che maggiormente caratterizza l'ordinamento dell'Unione: un ordinamento che – come la Corte di giustizia ha da tempo affermato – è integrato nell'ordinamento giuridico degli Stati membri con la conseguenza che il diritto in esso prodotto deve essere osservato dai giudizi nazionali in quanto, per sua specifica natura, non può trovare un limite in provvedimenti interni senza che ne risulti scosso il fondamento giuridico stesso dell'Unione. In merito, il principale richiamo va fatto alla sentenza *Costa contro Enel*, 15 luglio 1964, causa 6/64 richiamata opportunamente nella Dichiarazione n. 17 sul primato adottata dalla Conferenza intergovernativa che ha elaborato il Trattato di Lisbona.

⁷⁵ Ci riferiamo alle posizioni assunte inizialmente dalla Corte costituzionale sul fenomeno dell'integrazione comunitaria e alla sua incidenza sull'ordinamento italiano con la sentenza n. 14/1964 nel caso *Costa c. Enel*, lo stesso che provocò la replica della Corte di giustizia, di cui alla sentenza citata nella nota precedente.

e la giustizia tra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo”⁷⁶.

La prima decisione nella quale la Corte enuncia la teoria dei controlimiti è la n. 183 del 1973 nel caso *Frontini*. Si tratta di una sentenza di particolare rilievo in quanto la Corte riconosce la conformità alla Costituzione dei poteri delle istituzioni comunitarie in quanto volti a favorire l’azione di un ente che, dotato di un proprio ordinamento giuridico (autonomo e indipendente), è uno “strumento di integrazione” tra gli Stati membri dello stesso. Ciò, in particolare e soprattutto, grazie all’art. 11 Cost. che permette l’“apertura dell’Italia alle più impegnative forme di collaborazione e organizzazione internazionale”. Attraverso tale disposizione la Corte giustifica il parziale trasferimento alle istituzioni comunitarie della funzione legislativa (il potere di emanare regolamenti caratterizzati dalla diretta applicabilità nell’ordinamento interno) che, se è vero che costituisce una limitazione della sovranità statale – comunque circoscritta in ragione del principio di attribuzione che limita le competenze alle materie espressamente individuate dal Trattato – trova però una compensazione nei poteri acquisiti dall’Italia in quanto parte di una comunità con la quale “è stato concretamente iniziato il processo d’integrazione degli Stati d’Europa”.

Tralasciando i diversi aspetti sui quali la Corte si sofferma e che rappresentano un passo in avanti nel processo di avvicinamento con la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di rapporti tra l’ordinamento italiano e quello comunitario, merita attenzione l’ultima parte della pronuncia che riguarda proprio la teoria dei controlimiti. La Corte ritiene, anzitutto, infondati i dubbi sollevati dall’ordinanza di rimessione del Tribunale di Torino circa una carenza di controllo giurisdizionale per la tutela dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione ai cittadini. Ciò in quanto l’ordinamento comunitario ha “uno speciale sistema di tutela

⁷⁶ L’art. 11 della Costituzione, come tantissimi studi hanno evidenziato, fu pensato per favorire l’ingresso dell’Italia alle Nazioni Unite e, quindi, le limitazioni di sovranità cui fa riferimento sono quelle di carattere territoriale necessarie per favorire l’adempimento di obblighi in relazione alle norme della Carta dell’ONU che prevedono misure di carattere militare. Fra i tanti contributi in materia, v. quelli raccolti in N. RONZITTI, *L’art. 11 della Costituzione – Baluardo della vocazione internazionale dell’Italia*, Napoli, 2013.

giurisdizionale caratterizzato dalla pienezza delle funzioni attribuite alla Corte di giustizia⁷⁷. Sul punto, in realtà, la Corte non fa altro che ribadire l'ampiezza della tutela giurisdizionale che l'ordinamento comunitario assicura contro gli atti delle sue istituzioni eventualmente lesivi di diritti o interessi dei singoli⁷⁸. La Corte passa, quindi, ad analizzare nel merito le limitazioni di sovranità legislativa discendenti dal Trattato, cui l'Italia ha consentito, definendole come riguardanti materie concernenti i rapporti economici, quasi a volerne circoscrivere l'importanza nella prospettiva di poter affermare, subito dopo, che sarebbe difficile per un regolamento comunitario "incidere in materia di rapporti civili, etico-sociali, politici, con disposizioni contrastanti con la Costituzione italiana". La stessa sottolinea, inoltre, che "in base all'art. 11 della Costituzione sono state consentite limitazioni di sovranità unicamente per il conseguimento delle finalità ivi indicate; e deve quindi escludersi che siffatte limitazioni, concretamente puntualizzate nel Trattato di Roma - sottoscritto da Paesi i cui ordinamenti si ispirano ai principi dello Stato di diritto e garantiscono le libertà essenziali dei cittadini -, possano comunque comportare per gli organi della C.E.E. un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana". Insomma, sia il carattere particolare e limitato delle materie sulle quali sono state ammesse le limitazioni di sovranità, sia la comune caratterizzazione degli ordinamenti degli Stati membri della CEE finalizzata al rispetto dello Stato di diritto e dei diritti fondamentali fanno sì che l'esercizio del potere "legislativo" da parte delle istituzioni comunitarie non possa porsi in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano. Tuttavia, qualora dovesse mai presentarsi una interpretazione in tal senso di quei poteri - la Corte la definisce "aberrante" -, "in tale ipotesi sarebbe sempre assicurata la garanzia del sindacato giurisdizionale di questa Corte sulla perdurante compatibilità del Trattato con i predetti principi fondamentali".

⁷⁷ Sent. n. 183/1973, *Frontini*, § 9 del *Considerato in diritto*. La Corte fa espresso riferimento alle diverse funzioni svolte dalla Corte di giustizia così come previste dagli (allora) articoli 164 e seguenti del Trattato sulla Comunità economica europea.

⁷⁸ V. la sent. n. 98/1965.

Una tappa ulteriore e significativa in materia di rapporti tra diritto comunitario e diritto interno, con conseguenze rilevanti anche sotto il profilo della teoria dei controlimiti, è costituita dalla sentenza 170/1984 nel c.d. caso *Granital*. In questa pronuncia, la Corte provvede a ulteriori aggiustamenti rispetto alla giurisprudenza della Corte di giustizia, in quanto, dopo aver ribadito alcuni aspetti relativi al rapporto tra i due ordinamenti (autonomi e distinti, ma anche coordinati tra di loro, secondo la ripartizione di competenze stabilita e garantita dal Trattato), riconosce la competenza del giudice comune ad assicurare l'applicazione dei regolamenti comunitari rispetto alle leggi ordinarie con essi incompatibili. In questa sentenza il punto relativo ai controlimiti trova ulteriore specificazione nella parte in cui la Corte riafferma, comunque, il proprio ruolo rispetto al tema dei rapporti tra ordinamenti. Lo fa ribadendo – attraverso il richiamo alla sentenza *Frontini* – che “la legge di esecuzione del Trattato possa andar soggetta al suo sindacato, in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana” qualora dovesse presentarsi “l'improbabile” esercizio di un potere “legislativo” da parte delle istituzioni comunitarie che andasse contro quei principi e quei diritti, ma anche “precisando” che nel giudizio di costituzionalità “[v]anno denunciate [...] quelle statuizioni della legge statale che si assumano costituzionalmente illegittime, in quanto dirette ad impedire o pregiudicare la perdurante osservanza del Trattato, in relazione al sistema o al nucleo essenziale dei suoi principi”. Si tratta di una situazione, quindi, nella quale “la Corte sarebbe [...] chiamata ad accertare se il legislatore ordinario abbia ingiustificatamente rimosso alcuno dei limiti della sovranità statale, da esso medesimo posti, mediante la legge di esecuzione del Trattato, in diretto e puntuale adempimento dell'art. 11 Cost.”: una situazione del tutto diversa da quella della compatibilità tra norma interna e regolamento che la sentenza *Granital* stessa attribuisce alla competenza del giudice comune.

Nella successiva sentenza *Fragd*, n. 232/1989, la Corte costituzionale ha, altresì, affermato la propria competenza a verificare, attraverso il controllo di costituzionalità della legge di esecuzione dell'allora Trattato sulla Comunità

europea, se una norma dello stesso Trattato – così come applicata e interpretata dalle istituzioni e dagli organi comunitari – non contrasti con i principi fondamentali del nostro ordinamento o non violi i diritti inviolabili della persona umana. Nel caso in questione, la Corte doveva pronunciarsi sulla compatibilità con l'art 24 Cost. dell'art. 177 del TCE, oggi art. 267 TFUE, in relazione agli effetti nel tempo delle sentenze pronunciate ai sensi di tale disposizione in materia di validità degli atti delle istituzioni europee⁷⁹. Anche in tale circostanza, la Corte, pur ribadendo la "qualità" del sistema comunitario di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi dei singoli e che "i diritti fondamentali desumibili dai principi comuni agli ordinamenti degli Stati membri costituiscono [...] parte integrante ed essenziale dell'ordinamento comunitario", sottolinea che "ciò non significa che possa venir meno la competenza di questa Corte a verificare, attraverso il controllo di costituzionalità della legge di esecuzione, se una qualsiasi norma del Trattato, così come essa è interpretata ed applicata dalle istituzioni e dagli organi comunitari, non venga in contrasto con i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale o non attenti ai diritti inalienabili della persona umana". Ciò in quanto "quel che è sommamente improbabile è pur sempre possibile" e che "inoltre, va tenuto conto che, almeno in linea teorica generale, non potrebbe affermarsi con certezza che tutti i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale si ritrovino fra i principi comuni agli ordinamenti degli Stati membri e quindi siano compresi nell'ordinamento comunitario"⁸⁰.

7. (segue) La fase eurounitaria

Nella giurisprudenza successiva all'istituzione dell'Unione, la Corte ha sostanzialmente confermato i propri orientamenti in materia, anche se non sono mancati sviluppi ulteriori che hanno suscitato un notevole dibattito; su un paio di essi conviene fare qualche considerazione.

⁷⁹ La disposizione in questione prevede, come è ampiamente noto, il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per l'interpretazione dei trattati e sulla validità e l'interpretazione degli atti delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione.

⁸⁰ V. § 3.1 del *Considerato in diritto*.

Il primo riguarda la sentenza n. 238 del 22 ottobre 2014. Si tratta di una pronuncia di grande rilevanza in quanto, per la prima volta, la Corte applica la teoria dei controlimiti a difesa di un principio supremo dell'ordinamento quale quello della tutela giurisdizionale (artt. 2 e 24 Cost.)⁸¹. La sentenza trae origine da una vicenda relativa alle decisioni di alcune Corti che negavano l'immunità dalla giurisdizione civile alla Germania facendo prevalere il diritto delle vittime al risarcimento dei danni subiti dai crimini nazisti. Come è noto la Germania era ricorsa alla Corte internazionale di giustizia (CIG) lamentando la violazione da parte dell'Italia della norma consuetudinaria sull'immunità dalla giurisdizione. La CIG accoglieva il ricorso della Germania e condannava l'Italia a far in modo di privare di qualsivoglia effetto i giudicati delle Corti italiane⁸². L'Italia provvedeva in tal senso, stabilendo l'obbligo per i giudici italiani di rilevare in qualsiasi grado e stadio dei processi il difetto di giurisdizione e di revocare le sentenze civili già passate in giudicato⁸³. La questione veniva, però, riaperta dal Tribunale di Firenze che investiva la Corte costituzionale, in particolare della questione circa la compatibilità con il nostro ordinamento della norma internazionale consuetudinaria sull'immunità degli Stati stranieri dalla giurisdizione civile recepita attraverso l'art. 10 Cost. Ebbene, con la citata sent. n. 238/2014 si affermava, anzitutto, che la norma consuetudinaria, in virtù del rinvio di cui all'art. 10, ha rango equivalente a quello costituzionale e che, in caso di contrasto con altre norme e principi del nostro ordinamento costituzionale, spetta esclusivamente al giudice delle leggi provvedere al bilanciamento tra gli interessi e i valori in conflitto. In secondo luogo, veniva precisato che i principi fondamentali dell'ordinamento,

⁸¹ In dottrina, fra i tanti, v. L. GRADONI, *Corte costituzionale e Corte internazionale di giustizia in rotta di collisione sull'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile*, in sidiblog.org; P. DE SENA, *Spunti di riflessione sulla sentenza 238/2014 della Corte costituzionale*, in sidiblog.org; D. RUSSO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 238 del 2014: la Consulta attiva i "controlimiti" all'ingresso delle norme internazionali lesive del diritto alla tutela giurisdizionale*, in *Osservatorio sulle fonti.it*. V., anche, A. TANZI, *Un difficile dialogo tra Corte internazionale di giustizia e Corte costituzionale*, in *La Comunità Internazionale*, 2015, 13 ss.

⁸² Corte internazionale di giustizia, sent. 3 febbraio 2012, *Jurisdictional Immunities of State (Germany v. Italy)*, ICJ Reports, 2012. In dottrina, L. GRADONI – A. TANZI, *Immunità dello Stato e crimini internazionali tra consuetudine e bilanciamento: note critiche a margine della sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012*, in *La Comunità Internazionale*, 2012, 203 ss.

⁸³ Cfr. art. 3, L. 14 gennaio 2013 n. 5.

come quello inerente alla tutela giurisdizionale, costituiscono un “limite all’ingresso” di norme consuetudinarie con essi contrastanti, in quanto costituiscono “elementi identificativi e irrinunciabili dell’ordinamento costituzionale”. In tali casi la norma consuetudinaria non entra nell’ordinamento e, pertanto, non vi spiega alcun effetto. Nella sostanza, per la Corte il conflitto tra la norma interna di adattamento (art. 10 Cost.) della consuetudine internazionale (la norma sull’immunità dalla giurisdizione) e il principio supremo dell’ordinamento costituzionale (il diritto alla tutela giurisdizionale, artt. 2 e 24 Cost.) non si è mai determinato per il mancato funzionamento del meccanismo di adattamento conseguente all’attivazione dei controlimiti dell’ordinamento italiano.

Il secondo sviluppo giurisprudenziale al quale facciamo riferimento è alla ben nota ordinanza n. 24 del 26 gennaio 2017 nel caso “*Taricco*” che rappresenta l’evoluzione più recente della giurisprudenza della Corte in materia di controlimiti in relazione all’ordinamento dell’Unione europea⁸⁴. L’ordinanza trova la sua origine in una sentenza della Corte di giustizia del 2015, pronunciata nell’ambito di un procedimento di rinvio pregiudiziale promosso dal Tribunale di Cuneo, nella quale veniva stabilito che l’art. 325 TFUE va interpretato nel senso di imporre ai giudici nazionali di non applicare la normativa penale in materia di prescrizione quando ciò impedisce la repressione di reati tributari suscettibili di ledere gli interessi finanziari dell’Unione⁸⁵. La Corte di Cassazione (III sez. pen.) e la Corte d’appello di Milano, chiamate ad applicare la decisione in questione in alcuni procedimenti per reati tributari, sollevavano dubbi sulla sua compatibilità con alcuni principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale, in particolare con il principio di irretroattività della legge penale (art. 25, c. 2, Cost.) in quanto la modifica della normativa sulla prescrizione imposta dalla sentenza della Corte di giustizia nel caso *Taricco* sarebbe stata applicata a fatti avvenuti prima della pubblicazione di

⁸⁴ Come si diceva, l’ordinanza della Corte è stata ampiamente commentata in dottrina. Senza pretesa di completezza, cfr. M. LUCIANI, “*Intelligenti pauca*”. Il caso *Taricco* torna (catafratto) a Lussemburgo, in *Giur. cost.*, 2017, 535 ss.; R. CALVANO, *Una questione pregiudiziale al quadrato... o forse al cubo: sull’ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 1/2017, 301 ss. L’indicazione di altri tra i più significativi contributi è, ad ogni modo, contenuta in premessa al testo dell’ordinanza sul sito www.giurcost.org.

⁸⁵ C. giust. UE, Grande Sezione, 8 settembre 2015, causa C-105-14.

detta sentenza. Pertanto, le autorità giurisdizionali in questione avevano sollevato la questione di costituzionalità dell'ordine di esecuzione del Trattato di Lisbona. La Corte costituzionale ha preferito, tuttavia, non applicare direttamente la teoria dei controlimiti ma ha preferito investire la Corte di giustizia della questione attraverso un rinvio pregiudiziale volto ad ottenere, nella sostanza, la conferma della compatibilità di tale dottrina con i Trattati istitutivi dell'Unione europea, in linea con l'idea che lo stesso ordinamento dell'Unione è capace di includere dei tassi di diversità necessari a preservare l'identità nazionale insita nella struttura fondamentale di uno Stato membro⁸⁶.

Nella sua successiva sentenza, la Corte di giustizia – pur non pronunciandosi in termini generali sulla compatibilità con il diritto dell'Unione della dottrina dei controlimiti – ha precisato la portata della precedente pronuncia nel caso *Taricco* stabilendo che l'obbligo di disapplicare la normativa italiana sulla prescrizione non sussiste allorché tale disapplicazione è suscettibile di comportare una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene⁸⁷.

La Corte di giustizia ha, in particolare, riconosciuto che un esito interpretativo di una norma di legge (nel nostro caso, il citato art. 325 TFUE) non conforme al principio di determinatezza in campo penale non può avere cittadinanza nel nostro ordinamento giuridico. Valorizzando questa inequivoca statuizione, con ulteriore e susseguente pronuncia la Corte costituzionale ha puntualizzato ancora che “la violazione del principio di determinatezza in materia penale sbarra la strada senza eccezioni all'ingresso della “regola Taricco” nel nostro ordinamento”, rilevando l'insussistenza di ipotesi di contrasto fra ordinamenti dal momento che l'inapplicabilità della predetta “regola Taricco” è imposta in modo convergente tanto dalla nostra Costituzione quanto dallo stesso diritto dell'Unione⁸⁸. È

⁸⁶ V., in particolare, il ragionamento svolto dalla Corte al § 6 dell'ordinanza.

⁸⁷ Cfr. C. giust. UE, 5 dicembre 2017, causa C-42/17.

⁸⁸ In questi termini Corte cost., 31 maggio 2018 n. 115, che ha riscontrato il duplice vulnus al principio di determinatezza della fattispecie e al principio di irretroattività della pena e, in sostanza, di legalità penale sostanziale enunciato con formula di particolare ampiezza dall'art. 25, comma 2, Cost., e nel cui alveo costituzionale rientra un istituto, come quello in esame, che incide sulla punibilità della persona, riconnettendo al decorso del tempo l'effetto di impedire l'applicazione della pena: in proposito, la sentenza rimarca come il principio di legalità penale

interessante notare come qui la Corte – sul presupposto che i giudici *a quibus* hanno ritenuto la “regola Taricco” come contrastante con i principi supremi dell’ordine costituzionale dello Stato – precisi senza esitazioni che la sua eventuale applicazione “violerebbe gli artt. 25, comma 2, e 101, comma 2, Cost. e non potrebbe perciò essere consentita neppure alla luce del primato del diritto dell’Unione”. In definitiva, la Corte costituzionale – “cui spetta in via esclusiva il compito di accertare se il diritto dell’Unione è in contrasto con i principi supremi dell’ordine costituzionale e in particolare con i diritti inalienabili della persona” (§ 8 del *Considerato in diritto*)⁸⁹ – esclude che una norma di matrice europea, che non ponga precetti adeguatamente definiti per poter essere applicati dal giudice e percepiti in modo chiaro ed immediato dai destinatari, possa costituire una base legale accettabile secondo i principi costituzionali sia interni che eurounitari⁹⁰.

In casi come quello da ultimo descritto viene sfumata, in pratica, la centralità dei principi strutturali dell’ordinamento nazionale – e, segnatamente, della riserva di legge da cui discendono i corollari della determinatezza ed irretroattività⁹¹ – per cui

sostanziale rappresenti la premessa costituzionale inderogabile cui il legislatore ha l’obbligo di attenersi nel modulare attraverso un ragionevole bilanciamento tra il diritto all’oblio e l’interesse a perseguire i reati fino a quando l’allarme sociale indotto dal reato non sia venuto meno.

⁸⁹ Parla di “monologo” della Corte sull’esclusività del proprio compito, L. SANSONE, *I rapporti tra ordinamenti: dal dialogo tra Corti al “monologo” della Corte costituzionale italiana*, in L. Daniele – A. Buratti (a cura di), *Principi generali del diritto, diritti fondamentali e tutela giurisdizionale: nuove questioni*, Milano, 2019, 224.

⁹⁰ Per un commento alla decisione, *ex multis*, A. CELOTTO, *Ritorno al passato sui controlimiti*, in *Giur. cost.*, 2018, 1318 ss.; C. PINELLI, *Controlimiti e principi supremi*, cit., 491 ss.; A. RUGGERI, *Taricco, amaro finale di partita*, in *www.giurcost.org*; S. POLIMENI, *Il caso “Taricco” e il gioco degli scacchi: l’“evoluzione” dei controlimiti attraverso il “dialogo” tra le Corti, dopo la sent. cost. n. 115/2018*, in *Oss. cost.*, 2018, n. 2; D. ACHILLE, *Primato del diritto europeo e tutela dei diritti fondamentali nel sistema costituzionale integrato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, II, 1890 ss.; B. GUASTAFERRO, *“Derubricare” i conflitti costituzionali per risolverli: sezionando il caso “Taricco”*, in *Quad. cost.*, 2018, n. 2, 441 ss. Circa l’ordine di trattazione, da parte del giudice *a quo*, della questione di legittimità costituzionale e della pregiudiziale comunitaria, è da segnalare per la sua rilevanza la sentenza 14 dicembre 2017 n. 269, che ha ... In tema si vedano, tra gli altri, G. SCACCIA, *L’inversione della “doppia pregiudiziale” nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 25.1.2018 e L. FEDERICI, *Recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale tra teoria dei controlimiti e norme internazionali*, in *Oss. cost.*, 3/2018, spec. 104 ss.

⁹¹ Come si legge nel § 4 del *Considerato in diritto*, la Corte di cassazione quale autorità rimettente aveva ritenuto violato “l’art. 25, secondo comma, Cost. per i profili della riserva di legge in materia penale, posto che il regime della prescrizione cesserebbe di essere legale, della

il controllo limite non opera se non in via mediata o di puro fatto e, al tempo stesso, alla censurata disposizione eurounitaria – nella specie l'art. 325 TFUE – viene sostanzialmente negata la produzione di un effetto diretto nel sistema giuridico dello Stato membro⁹².

Probabilmente, sono stati proprio i precedenti del caso Taricco a orientare il giudice delle leggi verso la rimessione alla Corte di Giustizia della questione concernente il diritto al silenzio. Non solo, come già riferito nel paragrafo 5, si intende propiziare l'*overruling* della Corte di Lussemburgo; ma, nel caso assai probabile che non si riesca in questo intento, la Corte costituzionale italiana ha inteso individuare un complesso percorso in esito al quale l'eventuale riconoscimento del diritto al silenzio, nel diritto interno italiano concernente il procedimento Consob, non apparisse – nella prospettiva eurounitaria – come uno strappo all'ordito giurisprudenziale di diverso tenore elaborato dalla Corte di giustizia.

8. Economia sociale di mercato e regole

Qualunque sarà la soluzione finale, merita di essere segnalato un dato.

determinatezza, a causa della genericità dei concetti di «grave frode» e di «numero considerevole di casi», intorno ai quali ruota la “regola Taricco”, e del divieto di retroattività, considerato che i fatti addebitati agli imputati sono anteriori all'8 settembre 2015, data di pubblicazione della sentenza Taricco”.

⁹² «Come dire, insomma, che se si chiede alla normativa dell'Unione di fare un passo indietro, sacrificandosi rispetto a discipline di diritto interno con essa incompatibili, non lo si fa in nome di un principio *tipicamente ed esclusivamente* nazionale bensì in nome di tradizioni comuni che entrano a comporre gli stessi “principi generali” dell'Unione. Dunque, non si richiede un bilanciamento tra istanze facenti capo, rispettivamente, all'ordinamento sovranazionale ed a quello del *singolo* Stato membro bensì tra istanze che fanno *tutte* capo all'Unione, siccome “coperte” da principi che compongono la struttura di quest'ultima»: è quanto efficacemente A. RUGGERI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e le tecniche decisorie idonee ad assicurarne la efficacia ed effettività*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2018, 29. A sua volta, F. GUELLA, *Ci può essere dialogo tra le Corti senza leale cooperazione tra i legislatori? Dal caso Taricco bis al sindacato di costituzionalità “in suppletiva” sulla legge penale*, in *DPCE online*, 2018/1, 56, fa notare come l'approfondimento dei parametri di cui agli artt. 4, par. 2, TFUE e 53 della Carta dei diritti «avrebbe fatto emergere la radicale divergenza di impostazioni – dualista e monista – seguite dalla giurisprudenza nazionale ed europea, forzando le due Corti a convergere o su una concezione dei controlli “accentrata” in capo all'ordinamento dell'Unione (preclusiva di riserve di sovranità legittimate in ottica dualista), o ad un riconoscimento esplicito delle dottrine elaborate dalle Corti costituzionali nazionali in tema di principi supremi (con rinuncia da parte dell'Unione ad una visione monista dell'ordinamento europeo, e riconoscimento di legittime “rottture” interne al processo di integrazione)».

L'applicabilità o meno delle garanzie "penali" nel procedimento amministrativo che sanziona le violazioni finanziarie è un aspetto del più generale problema di quali debbano essere oggi le regole del mercato. È questo un tema decisivo nelle democrazie contemporanee, che attinge alle stesse radici politiche e giuridiche – e dunque costituzionali – dei sistemi legali dei diversi Paesi, condannati dalla globalizzazione delle relazioni socio-economiche a interferire l'uno con l'altro e a combinarsi fra di loro. La struttura a rete del sistema multilivello di salvaguardia dei diritti umani⁹³ non può fare a meno di confrontarsi con le regole del mercato e di ciò pare essere consapevole la Corte costituzionale, promuovendo l'individuazione di una soluzione condivisa e valevole in ambito eurounitario e, dunque, rispetto a orizzonti applicativi che trascendono i confini dei singoli Stati.

Del resto, i diritti dei soggetti attori del mercato hanno assunto una pregnanza tale da meritare tutele omogenee a quelle tipicamente riconosciute agli individui nei confronti dell'Autorità, perché la libertà d'impresa e l'economia sociale di mercato sono tra i principali pilastri della costruzione europea.

L'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali riconosce «la libertà d'impresa, conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali»⁹⁴; l'art. 3 § 3 del Trattato sull'Unione Europea, invece, stabilisce che l'Unione si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa basato «su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva». Quest'ultima formula, enunciata nel Trattato di

⁹³ Parla di struttura "a rete" M. CARTABIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, in A. BALSAMO – R. E. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea*, cit., 54 s. Di "Costituzione reticolare *right based*" parla invece A. CARDONE, *Tutela dei diritti, Costituzione europea e giustizia costituzionale: alcuni spunti per un modello integrato*, in *Dir. pubbl.*, 2005, 365 ss.

⁹⁴ Nel senso che la libertà d'iniziativa economica espressamente tutelata nell'art. 41 Cost. debba intendersi quale libertà d'impresa si veda V. BUONOCORE, *Iniziativa economica privata e impresa*, in V. BUONOCORE (a cura di), *Iniziativa privata e impresa nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 9. In senso marcatamente contrario a tale prospettiva v., però, C. LAVAGNA, *Costituzione economica e socialismo*, Bologna, 1977, 69 ss., secondo il quale la lettera dell'art. 41 Cost., in particolare i suoi commi secondo e terzo, avrebbero reso compatibile con il nostro quadro costituzionale l'eventuale introduzione di un modello di produzione socialista. Per la considerazione che il sistema costituzionale, alla luce dei più recenti principi giurisprudenziali e sulla spinta della globalizzazione dei mercati, sembra essersi spostato progressivamente verso una visione economica più vicina al liberismo a matrice americana v. U. MATTEI – A. GALLARATI – S. PUGNO – A. ROSBOCH, *I monopoli pubblici, i Giudici delle leggi e la Costituzione economica neo-liberista*, in R. DI RAIMO – V. RICCIUTO (a cura di), *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 37.

annessione della Germania Est alla Repubblica federale tedesca⁹⁵ allo stesso modo in cui essa è ora consacrata nell'art 3 § 3 del Trattato dell'Unione, definisce un concetto di primo piano nella storia del pensiero giuridico-economico. L'economia sociale di mercato costituisce uno dei miti fondativi della democrazia tedesca del secondo dopoguerra⁹⁶, mai messo seriamente in discussione e, anzi, rilanciato come fondamento della riunificazione delle due Germanie nel 1990⁹⁷. Un mito esportato con successo, sul quale si sono concentrate le riflessioni attorno al rafforzamento dell'unità europea, concernendo fra l'altro i termini del suo allargamento a est e l'individuazione dei valori fondativi dell'identità dell'Unione europea.

La formula risale all'acceso dibattito sulla costituzione economica che la rinata democrazia tedesca avrebbe dovuto adottare all'indomani del crollo del nazionalsocialismo. La matrice teorica della *Soziale Marktwirtschaft* è l'*Ordoliberalism* della "Rivista Annuale dei Sistemi Economici e Sociali" fondata, appunto, in Germania da Walter Eucken e Franz Böhm nel 1948.

Sul piano politico e giuridico, la locuzione "economia sociale di mercato" fu coniata da Alfred Müller-Armack⁹⁸ il quale, incaricato di definire le linee di politica economica del governo Adenauer, con tale espressione intendeva descrivere la situazione in cui i principi del libero mercato, in particolare la proprietà privata e la libertà di contrarre, sono affiancati da interventi statali minimi, volti a condizionare le libertà economiche solo nella misura in cui ciò sia indispensabile per evitare i fallimenti del mercato.

⁹⁵ All'epoca, l'esplicito riconoscimento dell'economia sociale di mercato fortemente competitiva valeva, tra l'altro, a segnare una netta soluzione di continuità per l'ordinamento della Repubblica Democratica tedesca che, unitamente agli altri Paesi socialisti dell'ex blocco sovietico firmatari del Patto di Varsavia, era tutto imperniato sul ripudio dell'economia di mercato e sull'adesione ai principi economici del comunismo reale.

⁹⁶ A. M. PETRONI, *L'economia sociale di mercato: una visione liberale*, in R. DE MUCCI E K. R. LEUBE (a cura di), *Un austriaco in Italia*, Soveria Mannelli, 2012, 297 ss.

⁹⁷ A. SOMMA, *L'economia sociale di mercato. 1. Il fascino della terza via: torna di moda un passato mai passato*, in *Biblioteca della libertà*, 2009, n. 2, 2, consultabile on line.

⁹⁸ F. FELICE, *Liberalismo personalistico ed economia sociale di mercato*, in R. DE MUCCI E K. R. LEUBE (a cura di), *Un austriaco in Italia*, cit., 260. Per un'esposizione sintetica ma completa degli aspetti caratterizzanti l'economia sociale di mercato nella visione dell'inventore di tale formula v. A. MÜLLER-ARMACK, *L'economia sociale di mercato come modello di società*, in AA.VV., *Economia sociale di mercato*, Roma, 1980, 137 ss.

I fondamenti dell'economia sociale di mercato sono essenzialmente quattro e possono essere così riassunti: 1) l'idea che un mercato libero e ben funzionante sia la migliore premessa per il benessere sociale; 2) l'idea che un mercato concorrenziale abbandonato a se stesso tende a generare monopoli e cartelli che contrastano con il benessere sociale; 3) l'idea che gli abusi di posizione dominante nuocciano al mercato e vanno evitati o, se non si è riusciti ad evitarli, repressi; 4) l'idea che compito dello Stato è quello di far funzionare il mercato che è sempre una creazione artificiale e che solo se ben governato può generare benessere⁹⁹.

In altri termini, alla base dell'economia sociale di mercato vi è la convinzione che occorra organizzare i mercati "dal di fuori" e che le "istituzioni" (intese sia come apparati dello Stato che come gruppi sociali organizzati, ma anche come norme socialmente condivise e regole abitudinarie di transazione) devono essere il perno dell'impegno politico volto a mantenere viva l'economia di mercato e a far sì che il suo operare s'avvicini il più possibile all'ideale teorico dei mercati concorrenziali¹⁰⁰. Questo perché il funzionamento dei mercati e della concorrenza impone di organizzare e regolare i primi e proteggere la seconda.

È indubbio che l'irrogazione di sanzioni amministrative può essere funzionale a tale scopo, perché rende la prospettiva di punizione certa e vicina nel tempo. Al contempo, però, iniziative sanzionatorie male indirizzate possono sortire conseguenze esiziali per la tenuta economico-finanziaria di imprese, che magari soltanto in una fase più avanzata del procedimento potranno vedere riconosciuta la piena liceità del proprio contegno. Pertanto, l'art. 16 della Carta dei diritti e l'art. 3 § 3 del Trattato sull'Unione Europea valorizzano l'esigenza che l'ordinamento

⁹⁹ Nel senso che tra i meriti dell'*Ordoliberalism* ci sia proprio l'intuizione del fatto che solo un'adeguata regolamentazione giuridica consente di assicurare la vitalità e l'efficienza del sistema economico v. F. FELICE, *L'economia sociale di mercato*, Soveria Mannelli, 2008, 21 ss. Per una rassegna dei più importanti testi in cui è illustrata nei dettagli la concezione dell'economia sociale di mercato – in relazione alle specifiche contingenze concrete, per lo più problematiche, della Germania del dopoguerra – v. L. ERHARD, *La politica economica della Germania. Per una economia sociale di mercato*, Garzanti, 1963, *passim* e, in particolare, 69 ss., 99 ss., 132 ss., 283 ss.

¹⁰⁰ Nel senso che il compito dello Stato nell'economia sia quello di garantire i diritti e le libertà fondamentali dei soggetti economici e di salvaguardare un sistema concorrenziale efficiente v. J. OELINGER, *Fondamenti del sistema economico*, in AA.VV., *Economia sociale di mercato*, cit., 31.

salvaguardi il mercato aperto e concorrenziale¹⁰¹ anche attraverso la punizione di ogni scelta imprenditoriale volta ad avvantaggiare l'impresa secondo metodi illegali¹⁰², purché siano assicurati adeguati spazi alla difesa. Le imprese e il mercato, infatti, quali attori di un complesso apparato volto a produrre e distribuire ricchezza, costituiscono una delle condizioni di benessere sociale e, proprio per questo, meritano di essere tutelati sul piano difensivo perché l'attuazione delle prerogative difensive è il miglior antidoto per sventare il rischio dell'irrogazione di sanzioni a soggetti che non hanno commesso l'illecito contestato.

In altri termini, sottoporre a sanzione amministrativa punitiva chi non si sia effettivamente avvalso di condotte meritevoli di punizione può provocare danni economici e sociali ingenti che l'ordinamento deve prevenire. Proprio in ragione dell'esigenza "costituzionale" che i pubblici poteri si esimano da atti e atteggiamenti persecutori male indirizzati occorre che l'ordinamento appresti tutte le garanzie necessarie a "minimizzare" tale rischio, attraverso gli istituti di garanzia che sono stati sperimentati nell'esperienza plurisecolare del procedimento penale.

Allo stesso modo in cui le garanzie del diritto e della procedura penale servono a scongiurare arbitri ed abusi del potere giudiziario ai danni degli individui, l'estensione di tali prerogative nel diritto punitivo amministrativo ha la funzione di assicurare proprio l'efficienza di quest'ultimo.

¹⁰¹ Favorevole a rinvenire una tutela costituzionale del mercato anche prima della riforma del titolo V e del Trattato di Lisbona G. GUARINO, *Pubblico e privato nell'economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, in AA.VV., *La Costituzione economica*, cit., 41. Secondo l'Autore, l'art. 11 Cost., additando come obiettivo costituzionale la formazione di ordinamenti sovranazionali senza preclusioni di materie e con estensibilità all'economia, mostrerebbe l'implicita apertura alla primazia del mercato rispetto agli interventi pubblici in materia economica, che non devono mai essere tali da vulnerare l'autonomia privata e da pregiudicare il funzionamento fisiologico del mercato.

¹⁰² L. FOFFANI, «Sicurezza» dei mercati e del risparmio: il diritto penale dell'economia di fronte alle tensioni della «modernità», in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, vol. III, Napoli, 2011, 1921 ss., il quale sottolinea come la percezione sociale dell'attualità e pericolosità della criminalità economica sia di molto aumentata, probabilmente in ragione della sua maggiore aggressività e diffusione testimoniata dalle molteplici vicende giudiziarie che in Europa e negli Stati Uniti hanno riguardato noti complessi aziendali.

Infatti, solo il riconoscimento di adeguate tutele alle prospettive della difesa evita che eventuali improvvise iniziative sanzionatorie amministrative possano fiaccare in modo irreversibile la tenuta economica di un'impresa sana che ha operato senza violare le regole.

Il sistema economico ha bisogno di un sistema sanzionatorio effettivo ed efficiente, in grado di sostenere ed incentivare nelle imprese virtuose processi di produzione della ricchezza ancorati a successi di mercato e non riconducibili ad incrementi dei propri profitti di natura illecita. Proprio alla costruzione di esso pare destinata l'apprezzabile scelta della Corte costituzionale di propiziare in sede eurounitaria il riconoscimento del diritto al silenzio fra i *fundamenta* delle garanzie del procedimento sanzionatorio amministrativo.

dirittifondamentali.it