



Tatiana Guarnier*

Corte costituzionale, Corti sovranazionali, giudici comuni e legislatore.

Lo scenario a seguito della sentenza n. 84 del 2021 della Corte costituzionale.**

SOMMARIO: 1. Premessa: un dialogo che corre su fili ad alta tensione. – 2. Il diritto al silenzio nel componimento fra sistemi. – 3. Le novità in tema di doppia pregiudizialità. In particolare: qualche notazione sulla pregiudiziale di validità e sulla sua valenza nel confronto fra le Corti. – 4. La vicenda Consob: prevenzione o elusione del confronto sui controlimiti? – 5. Le implicazioni interne della vicenda Consob. – 6. Qualche osservazione in chiave prospettica: nuove tensioni nel circuito giudici comuni-Corte costituzionale-Corte di giustizia.

1. Premessa: un dialogo che corre su fili ad alta tensione.

Tension is rising among Europe's highest courts, scriveva non più di qualche mese fa Daniel Sarmiento¹ con riferimento, tra le altre, alla recente vicenda che ha visto la nostra Corte costituzionale interpellare la Corte di giustizia dell'Unione europea per tentare di prevenire un possibile dissidio interpretativo intorno al cd. "caso Consob", ossia relativamente all'art. 14, par. 3, dir. 2006/3/CE, nella parte in cui non contempla il diritto al silenzio delle persone fisiche quando fornire informazioni all'autorità procedente possa comportare l'emersione di responsabilità per *insider trading*.

Per la verità, la tesi sostenuta nello scritto è che la nostra Corte costituzionale abbia individuato una propria via, un particolare atteggiamento (definito "seduttivo"²) per allentare ed affrontare questa tensione. Atteggiamento che la distinguerebbe dalle Corti supreme di altri Stati membri, che invece praticano una "pragmatica rassegnazione" dinnanzi all'incalzare delle competenze e del potere decisionale della Corte di giustizia³, così come da quelle Corti – di cui emblematico è l'esempio tedesco – che mostrano invece un atteggiamento riottoso (sterilmente riottoso, nell'ottica dell'Autore).

* Professoressa associata di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Camerino.

** Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

¹ Cfr. D. SARMIENTO, *The Consob Way – Or how the Corte Costituzionale Taught Europe (once again) a Masterclass in Constitutional Dispute Settlement*, in *EU Law Live*, Weekend Edition n° 54, 16 aprile 2021, https://issuu.com/eulawlive/docs/weekend_edition_54, 2.

² Così, *Op. cit.*, 5.

³ Il riferimento è alla Corte spagnola e a quella francese, ma potrebbero aggiungersi all'elenco almeno quella olandese e quella portoghese, che hanno mostrato nel corso del tempo grande condiscendenza nei confronti del principio del primato, dell'effettività del diritto eurounitario e dei conseguenti poteri della Corte del Lussemburgo.

Si tratta di tesi in certa misura condivisibile, specie nella parte in cui correttamente inquadra la particolare attitudine – persuasiva, argomentativa – della nostra Corte, l'autorevolezza della postura nel rivolgere le questioni interpretative al Giudice europeo quando la soluzione di quelle questioni abbia delle conseguenze sul piano costituzionale e, specialmente, sul piano dei diritti (ancor più quando siano coinvolti principi fondamentali o il nucleo essenziale – irriducibile – di garanzia dei diritti costituzionalmente previsti). Non del tutto convincente è, invece, l'ottimistica prospettiva che sembra trasparire dallo scritto, ovvero quella del pressoché sicuro successo di questo metodo: come si cercherà di argomentare in questo breve commento alla vicenda, la condivisione del plauso rivolto alla nostra Corte suprema per la raffinatezza di un argomentare capace di coprire con un guanto di seta un pugno di ferro⁴ non può non accompagnarsi ad una cauta ponderazione dei rapporti di forza in campo, che rendono l'operazione sempre passibile di sconfitta⁵ o che, detto in maniera meno forte, implicano necessariamente un atteggiamento collaborativo da parte della Corte di giustizia⁶.

Una certa cautela, inoltre, andrebbe prestata nel constatare l'allentamento della tensione determinato dal rinnovato successo nel componimento del conflitto⁷. Tale allentamento, di cui sicuramente la rilevata attitudine della Corte costituzionale italiana è fondamentale complice, è infatti, a ben vedere, solo apparente poiché ancora in gioco, più alla radice, è il riposizionamento del Giudice costituzionale nella trama delle relazioni con le Corti sovranazionali che, in atto da diverso tempo, è stato manifestato in maniera chiara nell'oramai famosissimo *obiter dictum* della sentenza n. 269 del 2017, ma che probabilmente può farsi risalire già all'ord. n. 207 del 2013, nella misura in cui quel primo riconoscimento della possibilità per la Corte costituzionale di rivolgersi in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia anche dalla sede incidentale può ritenersi un'apertura di dialogo con il Giudice del Lussemburgo proprio servente il recupero di una centralità del Giudice della costituzionalità nelle tematiche afferenti alla tutela dei diritti⁸.

⁴ Così, ancora, D. SARMIENTO, *The Consob Way*, cit., 6.

⁵ Si pensi, per fare solo qualche eclatante esempio, al caso *Filipiak*, in cui la Corte di Giustizia, con sent. del 19 novembre 2009, in causa C-314/08, ha affermato l'incompatibilità con il diritto europeo di alcune disposizioni già dichiarate incostituzionali dalla Corte costituzionale polacca, imponendone l'immediata disapplicazione, avverso la decisione della Corte suprema statale che aveva optato invece per un differimento degli effetti della dichiarata incostituzionalità; oppure al caso *Jozef Križan* (CGE, 15 gennaio 2013, in causa C-416/10) in cui la Corte europea ha affermato il potere del giudice comune di disapplicare, a seguito di rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di giustizia, una decisione della Corte costituzionale slovacca; oppure ancora al caso *Melloni* (CGE, 26 febbraio 2013, in causa C-399/11), che ha visto la Corte suprema spagnola soccombere nel confronto con quella europea, pur se la decisione dalla Corte di Giustizia implicava problemi di compatibilità con la Costituzione. In questi casi, certo, si conviene con l'Autore, non è stato utilizzato lo stile argomentativo che ha caratterizzato il dialogo fra la Corte costituzionale italiana e la Corte di giustizia, ma altrettanto vero è che non è dato sapere se un differente stile avrebbe prodotto differenti risultati.

⁶ In questo senso, fra gli altri, C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2019, 16.

⁷ Di "lieto epilogo", si è parlato in dottrina, a prima lettura della sentenza n. 84 del 2021: cfr. B. SBORO, *Il lieto epilogo del dialogo tra Corti sul diritto al silenzio: note minime a margine della sentenza n. 84 del 2021*, in *Diritti Comparati*, 5 luglio 2021.

⁸ Il punto è stato a più riprese sottolineato dalla dottrina che, già prima dell'apertura della Corte costituzionale al rinvio pregiudiziale dalla sede incidentale, ne evidenziava le potenzialità – e la necessità – sul particolare versante del confronto sulla tutela dei diritti (cfr. M. CARTABIA, *Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di «doppia pregiudizialità», comunitaria e costituzionale*, in *Foro italiano*, 1997, V, 222 ss.; F. SALMONI, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Diritto pubblico*, 2002, 508 ss.; F. SEMENTILLI, *Brevi note sul rapporto tra la Corte costituzionale italiana e la Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, 4783; A. BARBERA, *Corte costituzionale e giudici di fronte ai «vincoli comunitari»: una ridefinizione dei confini?*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, 337 s.; L. DANIELE, *Corte costituzionale e pregiudiziale comunitaria: alcune questioni aperte*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, 3551 ss.) e che, in seguito, ha salutato con favore il cambiamento della giurisprudenza della Corte sul punto (v., *inter alios*, M.P. IADICICCO, *Il precariato scolastico tra Giudici nazionali e Corte di Giustizia: osservazioni sul primo rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale italiana nell'ambito di un giudizio di legittimità in via incidentale*, in *Osservatorio AIC*, gennaio 2014, 11 ss.; A. BARBERA, *La Carta dei Diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, in *Rivista AIC*, 4/2017, 6 novembre 2017, 15; nonché, T. GUARNIER, *Rinvio pregiudiziale interpretativo e giudizio di legittimità costituzionale. Nuovi scenari e nuove prospettive nel crocevia sopranazionale*, in *Diritto e Società*, 2013, 237 ss.).

A questa tensione, che si rivolge verso l'esterno e che, sia pur non crescente, deve essere mantenuta quantomeno costante affinché i tentativi del nostro Giudice di indirizzare, se non di farsi artefice, delle convergenze ermeneutiche fra Corti apicali possano approdare al successo, occorre poi combinare una tensione *interna*, relativa all'impatto che il nuovo ruolo assunto dalla Corte costituzionale nel sistema costituzionale integrato esercita nel rapporto con gli altri poteri dello Stato. In particolare: nel rapporto con i giudici comuni, il cui potere di disapplicazione della normativa interna in contrasto con quella europea (in particolare, ma non solo, con la Carta dei diritti fondamentali), in una con il loro potere di richiedere chiarimenti interpretativi alla Corte di giustizia, viene (almeno in parte) eroso dalla nuova giurisprudenza in tema di doppia pregiudizialità; nel rapporto, poi, con il potere legislativo, che rischia invece di essere pretermesso, nell'attivazione di un confronto sull'attuazione dei diritti che si svolge e tende a risolversi tutto sul piano giurisprudenziale.

I fili di tensione, di *alta* tensione, sono dunque molti.

Il presente scritto intende percorrerli alla luce dell'analisi della sentenza della Corte costituzionale che chiude, dal versante interno, la "vicenda Consob".

2. Il diritto al silenzio nel componimento fra sistemi.

Quella della piena ed effettiva estensione del diritto al silenzio nei procedimenti tributari è una *vexata quaestio*, che il complesso delle decisioni culminate nella sentenza n. 84 del 2021 della Corte costituzionale lambisce solo in parte e che attiene alla necessità di declinare principi fondamentali e diritti inviolabili – quali quelli del giusto processo e delle garanzie di difesa – ad una speciale materia, quella tributaria, tradizionalmente ritenuta espressione di uno dei nuclei duri della sovranità dello Stato (che, per quanto progressivamente eroso sia a livello europeo, sia a livello internazionale, ancora ispira e richiede un atteggiamento cauto da parte delle istituzioni e delle Corti sovranazionali ed internazionali)⁹.

La modulazione di quelle garanzie è stata determinata dalla particolare funzione della contribuzione pubblica nella vita dello Stato, intesa quale fondamentale strumento di tenuta economico-finanziaria, oltre che quale espressione di uno dei principali doveri costituzionali della popolazione ed estrinsecazione del principio di solidarietà inteso in senso verticale, ossia della partecipazione di ciascuno – in ragione della propria capacità contributiva – alla vita ordinamentale. Dal complesso di queste caratteristiche scaturisce una natura ibrida dell'accertamento amministrativo dell'assolvimento del dovere fiscale e una natura altrettanto incerta delle correlative posizioni soggettive, qualificate ora come interessi legittimi, ora come diritti soggettivi.

Non stupisce, allora, che uno degli elementi indubbiamente centrali della nozione di giusto processo in materia penale, quello del *nemo tenetur se detegere*, ovvero del diritto al silenzio inteso come diritto di un soggetto di non collaborare alla propria incriminazione¹⁰, non sia stato considerato *tout court* estendibile al procedimento tributario, essendosi invece ritenuto di dover previamente valutare se le peculiari caratteristiche dell'accertamento tributario comportino una diversa ponderazione anche di tale cruciale aspetto. In questo complesso quadro occorre inquadrare la disposizione oggetto del giudizio di legittimità costituzionale nella sentenza in commento. L'art. 187-*quinquiesdecies* del d.lgs. n. 58 del 1998 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria), nella

⁹ Cfr., criticamente, A. MARCHESELLI, *Il diritto al silenzio tra diritti fondamentali e doveri fondamentali in materia tributaria*, in *Consulta OnLine*, 2021, 7 giugno 2021, 454 ss.

¹⁰ Cfr. Corte edu, Grande Camera, 8 febbraio 1996, *John Murray v. United Kingdom*, § 45; Corte edu, 17 dicembre 1996, *Saunders v. United Kingdom*, § 68; Id., 21 dicembre 2000, *Heaney and McGuinness v. Ireland*, § 40; Id., 5 aprile 2012, *Chambaz c. Suisse*, § 52. Sul versante interno, v. Corte cost., sent. n. 361 del 1998 e ordd. nn. 291 e 485 del 2002; 202 del 2004. Sulla centralità del principio *nemo tenetur se detegere* per la caratterizzazione in chiave accusatoria del processo penale, v. la recente ricostruzione teorico-giurisprudenziale di G. FARES, *Diritto al silenzio, soluzioni interpretative e controlimiti: la Corte costituzionale chiama in causa la Corte di giustizia*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2020, 11 gennaio 2020, 57 ss.

versione applicabile *ratione temporis* ai fatti di cui era causa nel procedimento *a quo*, è stato introdotto dalla legge comunitaria per il 2004 (L. n. 62 del 2005) al fine di dare attuazione alla direttiva europea 2006/3/CE e sanziona il mancato tempestivo ottemperamento alle richieste della Consob e della Banca d'Italia o il procurato ritardo nell'esercizio delle funzioni dell'organo di vigilanza. *Punctum dolens* della disposizione è quello della riferibilità della previsione (e delle correlative sanzioni) a «chiunque», e dunque anche al soggetto cui la Consob contesti un abuso di informazioni privilegiate.

La Corte di Cassazione, II sez. civ., su ricorso di D.B. avverso le sanzioni lui irrogate dall'organo di vigilanza (e confermate dalla Corte d'Appello di Roma), ha ritenuto allora di dover interrogare la Corte costituzionale circa la compatibilità di questo complesso normativo e sanzionatorio con gli artt. 24, 111, 117, c. 1, Cost. (in relazione all'art. 6 CEDU e all'art. 14, par. 3, lett. g) del Patto internazionale sui diritti civili e politici) e con il combinato disposto degli artt. 11 e 117, c. 1, Cost. (in relazione agli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea). La Corte di Cassazione rilevava infatti che il procedimento di accertamento dell'illecito amministrativo in parola è prodromico alla possibile irrogazione sia di sanzioni propriamente penali, sia di sanzioni amministrative aventi natura sostanzialmente punitiva (la cui equiparazione alle sanzioni penali è ormai pacifica in giurisprudenza)¹¹. Per tale ragione, sulla scorta delle pronunce costituzionali che avevano ricavato dall'art. 24 Cost. il diritto di un imputato di non collaborare alla propria incriminazione¹², la Corte di Cassazione domandava alla Corte costituzionale se non fosse necessario estendere il diritto in parola ad un procedimento il cui esito è costituito dall'irrogabilità di tali sanzioni. L'estensione – si rilevava – doveva considerarsi suggerita anche dalle Carte internazionali ed europea richiamate, che prevedono il diritto al silenzio quale elemento caratterizzante del giusto processo ed il cui rispetto è imposto ora dall'art. 117, primo comma, Cost., ora dal combinato disposto degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.

Proprio quest'ultimo profilo è quello che interessa maggiormente il presente commento – e che ha attirato l'attenzione della dottrina costituzionalistica sulla vicenda – poiché la sussistenza di un doppio problema, di costituzionalità e di compatibilità, a diversi livelli, con il diritto dell'Unione, ha suggerito alla Corte costituzionale di fare ricorso al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea, proponendo (con l'ordinanza n. 117 del 2019) i seguenti quesiti: se l'art. 14, par. 3, della direttiva – in combinato con l'art. 30, par. 1, lett. b), reg. UE n. 596/2014 – potesse essere interpretato nel senso di consentire agli Stati membri di non sanzionare chi si rifiuti di rispondere a domande dell'autorità competente dalle quali possa emergere la propria responsabilità per un illecito punito con sanzioni amministrative di natura punitiva; se, in caso di risposta negativa, ciò non comportasse un problema di validità della norma per incompatibilità con gli artt. 47 e 48 CdfUE.

Diversi i profili di novità e di interesse di questo rinvio pregiudiziale rispetto ai precedenti e di cui, quindi, veniamo immediatamente ad occuparci.

¹¹ Cfr. la giurisprudenza che, a partire dall'individuazione dei cd. "criteri Engel", estende alle sanzioni amministrative (e al procedimento di accertamento della loro erogabilità) le garanzie tipiche della sanzionabilità penale: Corte edu, 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*. Com'è noto, è proprio in ambito tributario che quella giurisprudenza ha conosciuto rilevanti applicazioni, a partire dalla sentenza *Grande Stevens e a. c. Italia* (Corte edu, 4 marzo 2014), sulla quale si v., fra i numerosi altri commenti, F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta? (A margine della sentenza Grande Stevens della Corte edu)*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 3-4/2014, 30 giugno 2014, 219 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*, 3/2015, 10 luglio 2015. Quella giurisprudenza, in ambito tributario, ha poi trovato conferma nelle decisioni della Corte edu, 23 novembre 2006, *Jussila v. Finland*; 20 maggio 2014, *Nykänen v. Finland*; 20 maggio 2014, *Glantz v. Finland*; 27 novembre 2014, *Lucky Dev v. Sweden*, mentre ha incontrato un più timido riconoscimento nella giurisprudenza del Lussemburgo (cfr. CGE, Grande Sez., 26 febbraio 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, C-617/10). Per quanto concerne lo specifico aspetto del riconoscimento della natura punitiva delle sanzioni amministrative previste per l'abuso di informazioni privilegiate, cfr. Corte cost., sent. n. 68 del 2017.

¹² V. la giurisprudenza costituzionale menzionata alla nt. 11.

3. Le novità in tema di doppia pregiudizialità. In particolare: qualche notazione sulla pregiudiziale di validità e sulla sua valenza nel confronto fra le Corti.

I profili di novità della vicenda Consob in tema di doppia pregiudizialità sono due: uno relativo (che pertanto potrà essere trattato più rapidamente) e uno assoluto (che quindi merita qualche riflessione più approfondita).

Quanto al primo aspetto, è noto che, a seguito della sentenza n. 269 del 2017, la dottrina e i giudici comuni hanno dovuto affrontare il problema del carattere obbligatorio o meramente facoltativo della priorità della questione di costituzionalità rispetto a quella europea, affermata a partire da quella decisione in relazione ai casi in cui il parametro del controllo sia costituito dalla Carta europea dei diritti fondamentali. Mentre in dottrina si affermava, in via largamente maggioritaria, una lettura della decisione non priva di profili problematici, secondo la quale la pronuncia introduceva in questi casi un *obbligo* per il giudice comune di rivolgersi prioritariamente alla Corte costituzionale¹³, con l'effetto di poter interrogare la Corte di giustizia esclusivamente in relazione ad *altri profili*¹⁴, i giudici comuni, dal canto loro, avevano reagito in maniera non uniforme¹⁵, tanto che anche l'ordinanza di remissione tramite la quale la Corte di Cassazione ha promosso la

¹³ Si v., fra gli altri, D. TEGA, *La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso di rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 24 gennaio 2018; G. COMAZZETTO, *Cronaca di una svolta annunciata: doppia pregiudizialità e dialogo tra Corti, a un anno dalla sentenza n. 269/2017*, in *Federalismi.it*, 19 dicembre 2018, 23 e 32 ss. *Contra*, e per una disamina dei profili maggiormente critici di questa ricostruzione, si v. A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Diritti comparati*, 3/2017, 240 ss.; L.S. ROSSI, *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter 'creativi' (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea*, in *Federalismi.it*, 31 gennaio 2018, 6 ss.

¹⁴ Così, con formula che ha dato adito ad almeno altrettanti dubbi interpretativi, Corte cost., sent. n. 269 del 2017, § 5.2., sulla quale una risposta indiretta viene subito dopo dalla pronuncia della CGE, 20 dicembre 2017, *Global Starnet Ltd*, in causa C-322/16, ove si afferma la necessaria piena libertà del giudice circa i profili su cui interpellare la Corte di giustizia.

¹⁵ Cfr. D. TEGA, *Il seguito in Cassazione della pronuncia della Corte costituzionale n. 269 del 2017: prove pratiche di applicazione*, in *Questione Giustizia*, 12 marzo 2018; L.S. ROSSI, *Il 'triangolo giurisdizionale' e la difficile applicazione della sentenza 269/17 della Corte costituzionale italiana*, in *Federalismi.it*, 1° agosto 2018, 5 ss.; M. MASSA, *Dopo la «precisazione». Sviluppi di Corte cost. n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2019. Particolarmente problematica, in tale contesto, la scelta della Corte d'Appello di Napoli di sollevare contemporaneamente le due pregiudiziali (cfr. B. SBORO, *Il primo "doppio rinvio" dopo la sentenza 269/2017 della Corte costituzionale. Brevi riflessioni su un'occasione mancata per nuovi sviluppi procedurali*, in *Federalismi.it*, 9 settembre 2020, 241 ss.; S. LEONE, *Doppia pregiudizialità: i rischi di un dialogo senza ordine*, in *Quaderni costituzionali*, 2021, 183 ss.), ma non del tutto sorprendente, né imputabile alla sent. n. 269, dal momento che un caso analogo si era verificato addirittura all'epoca dell'auto-isolamento della Corte costituzionale e del rifiuto a ritenersi giudice della pregiudiziale interpretativa (sulla vicenda, che aveva visto nel 2008 il Tribunale di Milano fare la medesima scelta, v. A. ROVAGNATI, *Nuove scelte giurisprudenziali in tema di doppia pregiudizialità (comunitaria e costituzionale)?*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, 717 s.; L. CAPPUCCIO, *La convivenza «more uxorio» tra Corte costituzionale e Corte di giustizia: uno strano caso di doppia pregiudiziale*, in *Foro italiano*, 2010, 3, 1, 804 ss.). Molto preoccupante, ancora, il rinvio pregiudiziale effettuato, con ord. n. 19598 del 2020, dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione in seguito ad una pronuncia della Corte costituzionale, ove si interroga la Corte di giustizia sulla compatibilità di *quella decisione*, e dell'interpretazione ivi sostenuta dell'art. 111, co. 8, Cost., con l'ordinamento europeo (sulla vicenda, v. R. BIN, *È scoppiata la terza "guerra fra le Corti"? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione*, in *Federalismi.it*, 18 novembre 2020; M. MAZZAMUTO, *Le sezioni unite della Cassazione garanti del diritto UE?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2020, 675 ss.; B. NASCIBENE, P. PIVA, *Il rinvio della Corte di Cassazione alla Corte di giustizia: violazioni gravi e manifeste del diritto dell'Unione europea?*, in *Giustizia Insieme*, 24 novembre 2020; M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020, ivi*, 30 novembre 2020; G. TROPEA, *Il Golem europeo e «i motivi inerenti alla giurisdizione» (Nota a Cass., Sez. un., ord. 18 settembre 2020, n. 19598)*, *ivi*, 7 ottobre 2020; G. MONACO, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia come tentativo della Cassazione di superare l'interpretazione dell'art. 111, comma 8, Cost., fornita dalla Consulta. In margine all'ordinanza delle Sezioni unite n. 19598 del 2020*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2021; V. CAPUZZO, *Il ruolo del rinvio pregiudiziale nella costruzione costituzionale europea: recenti tendenze nel dialogo orizzontale e verticale fra le Corti*, in *Diritto e Società*, 2021, 89 ss.; F. PROIETTI, F. SEVERA, *Giurisdizione, Costituzione e Corti: retrospettiva e prospettiva. A proposito di un recente rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, ivi*, 109 ss.).

questione di legittimità costituzionale in commento sollecitava un chiarimento sul punto¹⁶. *Medio tempore*, tuttavia, la Corte costituzionale aveva già avuto modo di offrire una risposta in merito, con le sentenze n. 20 e n. 63 del 2019, affermando l'*opportunità* di sollevare previamente la questione di legittimità, ma riconoscendo pure la libertà del giudice comune nella scelta dell'ordine in cui svolgere i due chiarimenti pregiudiziali, necessari per la risoluzione della controversia dinnanzi a lui pendente, oltre che relativamente ai profili sui quali interrogare il Giudice del Lussemburgo, evitando così che il nuovo indirizzo potesse essere oggetto di procedura di infrazione europea¹⁷. La Corte costituzionale, quindi, nell'ord. n. 117 del 2019, non ha fatto altro che confermare queste "precisazioni della precisazione", già effettuate negli immediati precedenti¹⁸. Sul punto è allora possibile fare rinvio ai numerosi contributi dottrinali che hanno analizzato i relativi profili problematici¹⁹, poiché la pronuncia in commento non sollecita, da questo punto di vista, riflessioni diverse o ulteriori.

Quel che, invece, merita forse una qualche – sia pur breve – riflessione aggiuntiva è la circostanza che, per la prima volta, la Corte costituzionale ha rivolto alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale *di validità*, accanto a – e a rinforzo della – questione pregiudiziale interpretativa.

Si tratta di novità importante, perché ha posto su un piano nuovo e diverso il dialogo – o, per meglio dire, il confronto – fra le due Corti.

Nella sent. n. 269/2017, come si sa, l'inversione dell'ordine delle pregiudiziali imposto – ordinariamente – dal requisito della rilevanza delle questioni di legittimità costituzionale²⁰ era stata motivata dalla particolare natura della CdfUE, dall'«impronta tipicamente costituzionale» della stessa (per usare le parole della Corte²¹), che impone di non chiudere *a priori* le porte del sindacato di

¹⁶ Cfr. A. RUGGERI, *Una prima, cauta ed interlocutoria risposta della Cassazione a Corte cost. n. 269/2017 (a prima lettura di Cass., II sez. civ., 16 febbraio 2018, n. 3831, Bolognesi c. Consob)*, in *Consulta OnLine*, 1/2018, 82 ss.

¹⁷ Cfr. D. GALLO, *Efficacia diretta del diritto UE, procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze n. 269/2017 e 115/2018*, in *Rivista AIC*, 4 marzo 2019, 235; L.S. ROSSI, *La sentenza 267/2019, cit.*, 6; G. SCACCIA, *Corte costituzionale e doppia pregiudizialità: la priorità del giudizio incidentale oltre la Carta dei diritti?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2, 2020, 321. È La Corte di Giustizia, infatti, a sostenere la compatibilità con il diritto dell'Unione di un ordine delle pregiudiziali che privilegi la questione di legittimità costituzionale, a condizione però che tale ordine non pregiudichi il potere del giudice comune di disapplicare il diritto interno in contrasto con la normativa UE direttamente applicabile e di interpellare, se del caso, il Giudice europeo per i chiarimenti interpretativi che ritenga necessari. Cfr. CGE, sentt. 22 giugno 2010, *Melki e Abdeli*, in cause riunite C-188/10 e C-189/10; 11 settembre 2014, *A c. B*, in causa c-112/13. Su questa giurisprudenza, fra i moltissimi, v. A. GUAZZAROTTI, *Rinazionalizzare i diritti fondamentali? Spunti a partire da Corte di giustizia UE, A c. B. e altri, sent. 11 settembre 2014, C-112/13*, in *Diritti comparati*, 2 ottobre 2014; R. MASTROIANNI, *La Corte di giustizia ed il controllo di costituzionalità: Simmenthal rivisited?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, 4089 ss.

¹⁸ Si v., in particolare, il § 2. *Cons. dir.* dell'ord. n. 117/2019, cit., in cui si afferma a chiare lettere che il potere della Corte costituzionale di decidere nel merito la questione lascia invariato il potere dei giudici comuni di sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea qualsiasi questione pregiudiziale a loro avviso necessaria, anche in seguito al procedimento incidentale di legittimità costituzionale, nonché il potere-dovere di disapplicare, ricorrendone i presupposti, la disposizione nazionale in contrasto con la Carta.

¹⁹ Cfr., oltre quelli sin qui richiamati, R. MASTROIANNI, *Da Taricco a Bolognesi, passando per la ceramica Sant'Agostino: il difficile cammino verso una nuova sistemazione del rapporto tra Carte e Corti*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018, 21 ss.; R.G. CONTI, *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s'ha da fare o no?*, in *Giustizia Insieme*, 4 marzo 2019; N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema a "rete" di tutela dei diritti in Europa*, in *Federalismi.it.*, 10 luglio 2019; G. PISTORIO, *L'operatività multilivello della leale collaborazione. Nota all'ordinanza n. 182 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Questa Rivista*, 1/2021, 14 ss.

²⁰ Cfr. Corte cost., ordd. nn. 536 del 1995, 319 del 1996, 108 e 109 del 1998, 249 del 2001, 85 del 2002, 62 del 2003, 454 del 2006, 284 del 2007, 415 del 2008, 100 del 2009, 227 del 2010, 75 del 2012, 216 del 2014. In queste pronunce la Corte ha costantemente affermato che la sollevazione di una questione di costituzionalità per la quale sia rilevante la soluzione di un dubbio interpretativo relativo a normativa europea autoapplicativa non è adeguatamente motivata in punto di rilevanza, dal momento che quel chiarimento potrebbe condurre il giudice *a quo* alla disapplicazione della normativa interna eventualmente in contrasto con il diritto europeo e, dunque, a non necessitare dell'ulteriore verifica di costituzionalità. Su questa giurisprudenza, v. R. BARATTA, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in *Giustizia civile*, 1996, 932 ss.; F. SORRENTINO, *È veramente inammissibile il doppio rinvio?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, 781 ss.

²¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 269 del 2017, § 5.2.

costituzionalità. Ove la Carta assurga a parametro del controllo delle disposizioni nazionali, diviene infatti necessaria una lettura sincronica – e, possibilmente, sintonica – della stessa con la Costituzione, al fine di valutare dove possa rinvenirsi il miglior standard di tutela fra i vari livelli di garanzia dei diritti²²; i diversificati punti di bilanciamento individuati da ciascuna Carta fra diritti, principi e interessi contrapposti; l'eventuale incursione in un'area intangibile – il nucleo essenziale – della tutela costituzionale del diritto di volta in volta coinvolto (e di quelli con esso bilanciati).

Il nostro Giudice rilevava, inoltre, in quell'occasione, che «le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento *erga omnes*»²³, di un ritorno al sicuro *accentramento* della decisione in capo a quello speciale “giudice”, competente e specializzato, che solo possiede il potere di annullare la legge in contrasto con diritti e principi fondamentali. La diffusione del controllo, affermata nel nostro ordinamento a partire dalla sentenza *Granital*, merita dunque, in questo ambito, di essere riponderata in funzione dell'affermazione ed effettiva attuazione di un altro principio, fondamentale sia per l'ordinamento interno, sia per l'ordinamento UE: quello della certezza del diritto.

Sono, tutti questi, profili ampiamente studiati e dibattuti in dottrina a seguito delle pronunce che hanno segnato le tappe della “svolta” della Corte costituzionale in tema di doppia pregiudizialità e sui quali si tornerà oltre, quando si analizzeranno le conseguenze della giurisprudenza *de quo* sul rapporto con i giudici comuni. Più in ombra è invece rimasta un'ulteriore potenzialità del riconoscimento dell’“impronta costituzionale” della Carta dei diritti e della conseguente possibile inversione delle pregiudiziali, rimasta inespressa (quantomeno nel nostro ordinamento) sino all'ord. n. 117 del 2019: quella della possibilità di affrontare o presentare *in parallelo* una questione di validità, contemporaneamente interna ed europea. Non è affatto inconsueto, infatti, il caso che si è presentato all'attenzione della Corte costituzionale nella vicenda *Consob*, ossia quello di una normativa interna che entri in potenziale contrasto con la Carta dei diritti e che sia anche, contestualmente, a sua volta attuativa di direttiva europea. In questi casi occorre verificare se sia stato il legislatore statale, nell'attuare la direttiva, ad aver “generato” il problema di compatibilità con la Carta dei diritti ovvero se il germe di quella violazione si insidiasse già nella direttiva europea. Nella seconda eventualità, infatti, il legislatore interno si trova in una situazione dalla quale difficilmente può districarsi, tenuto, com'è, da vincolo di rilievo costituzionale, ad attuare la direttiva, e *parimenti* vincolato al rispetto della Carta dei diritti.

In questi casi, la violazione della Carta, se mediata e determinata dalla direttiva europea, deve essere allora risolta all'interno dell'ordinamento di riferimento, tramite l'annullamento della disposizione di diritto derivato incompatibile con quella primaria; oppure, com'è accaduto nel caso di specie, tramite un'interpretazione della disposizione gerarchicamente inferiore in maniera conforme a quella gerarchicamente superiore²⁴. Ciò perché, in siffatti casi, la violazione *statale* della CdfUE non fa altro che replicare una violazione *europea* della stessa.

Ecco allora che si aprono, in queste evenienze, nuovi orizzonti del confronto tra le Corti, che non sono certo sfuggiti alla Corte di Giustizia, né al nostro Giudice costituzionale. La prima, dal canto suo, aveva già rilevato nel caso *Melki*²⁵ che il ricorso all'incidente di costituzionalità – pur ammesso – non deve però precludere il sindacato europeo sulla validità (e dunque, in altri termini, non può concludersi con un annullamento della disposizione interna che impedisca al giudice comune di rivolgere alla Corte del Lussemburgo la relativa questione)²⁶. Bene ha fatto, quindi, la Corte

²² Almeno quando la fattispecie rientra nella discrezionalità legislativa statale, come si vedrà meglio *infra*, al par. 6.

²³ Così Corte cost., sent. n. 269 del 2017, *loc. ult. cit.*

²⁴ Cfr. Corte di Giustizia, sent. 2 febbraio 2021, *D.B. c. Consob*, in causa C-481/19.

²⁵ Cfr. CGE, *Melki*, cit., § 55.

²⁶ La sollevazione della pregiudiziale di validità è, peraltro, da ritenersi obbligatoria, alla luce della giurisprudenza europea che ritiene le questioni di validità di esclusiva pertinenza europea (cfr. CGE, 22 ottobre 1987, *Foto-frost*, in causa C-314/85).

costituzionale a sollevare essa stessa la questione di validità, poiché l'annullamento “a valle” della disposizione statale non avrebbe consentito al giudice *a quo* di occuparsi della possibile violazione “a monte” della Carta dei diritti da parte della direttiva (salvo che, proprio per via dell'annullamento, la Corte di Cassazione non si fosse sentita obbligata a verificare un'eventuale diretta applicabilità della direttiva e, dunque, a richiederne comunque un vaglio di validità).

Ma non è soltanto questa la ragione per la quale il rinvio pregiudiziale di validità, innestato nel percorso di gestione della doppia pregiudiziale, merita di essere menzionato (poiché il punto, come si vede, non è poi così netto come a una prima lettura della sentenza *Melki* potrebbe apparire). Quello su cui si vuole qui ritornare è piuttosto la questione della rilevata astuzia argomentativa (e della conseguente speciale efficacia persuasivo-“seduttiva”), che sembra presentare profili di novità rispetto ai precedenti episodi di rinvio pregiudiziale rivolti dalla nostra Corte costituzionale alla Corte di giustizia. Nella vicenda, infatti, il nostro Giudice ha condotto verso nuovi approdi la capacità, già altrove dimostrata, di ragionare sul piano non solo del diritto interno, ma anche di quello internazionale ed europeo, di ricercare sintonie fra le previsioni relative ai diritti e le giurisprudenze delle varie Corti, orientandole nella direzione auspicata (e richiesta dal disposto costituzionale), presentando infine al Giudice europeo i profili di incompatibilità che un'eventuale interpretazione difforme da quella prospettata potrebbe comportare per il sistema costituzionale di tutela dei diritti o per il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico (ovvero, secondo altro lessico, dell'identità costituzionale dello Stato).

Nel caso di specie, infatti, la rilevata possibile sintonia fra gli articoli costituzionali dedicati al giusto processo e al diritto di difesa, la relativa giurisprudenza costituzionale, le disposizioni e la giurisprudenza Cedu, le disposizioni e la giurisprudenza dell'Unione, si traducono nella prospettazione di una doppia – parallela, o multilivello – questione di validità, cosicché quella statale (che è ad un tempo una questione di costituzionalità interna ed europea) viene traslata nel suo riflesso o *pendant* sovranazionale, proprio sulla base della premessa che le due Carte di diritti sono in sintonia sul punto²⁷. Affrontare la questione di costituzionalità della norma statale, nella prospettazione della Corte, vuol dire, *ad un tempo*, affrontare la questione di validità della disposizione della direttiva attuata, così che il loro diviene un comune destino, del quale la Corte costituzionale si fa tessitrice, incidendo indirettamente non tanto e non soltanto sull'interpretazione del diritto *primario*, ma anche sull'interpretazione o – questa la novità – sul possibile annullamento del diritto *derivato* europeo²⁸.

Si è verificata, così, un'inversione dell'usuale direzione di incidenza delle decisioni delle Corti: siamo oramai avvezzi ad una Corte di giustizia che, per il tramite dell'interpretazione del diritto UE, indirizza le decisioni relative alla compatibilità del diritto interno con quelle interpretazioni; decisamente sorprendente è invece la capacità conquistata in pochi anni dalla nostra Corte di influenzare le determinazioni sulla normativa europea, non solo relativa ai diritti e ai principi (area che il Giudice della legittimità non ha mai lasciato del tutto sgombra dalla sua presenza), ma anche all'attuazione di quei diritti e principi, tramite disposizioni di diritto derivato. Si tratta di una conquista di non poco momento, poiché potrebbe consentire alla Corte costituzionale – se si darà un seguito a questa nuova apertura – di porre un significativo argine al rischio che le prestazioni di accentramento e di ricerca della certezza del diritto, minate dal sindacato diffuso, possano essere agli occhi dei giudici comuni integralmente sostituite dal sindacato europeo.

²⁷ Diversamente si atteggia, dunque, questo caso rispetto alla prospettazione della pregiudiziale di validità da parte del *Tribunal constitucional* spagnolo nel caso *Melloni*, che invece muoveva dal riscontro di una *divergenza* di contenuti fra Costituzione spagnola e del complesso normativo e giurisprudenziale europeo.

²⁸ Lo dimostra bene il caso *Digital Rights* (cfr. CGE, 8 aprile 2014, *Digital Rights Ireland*, in cause riunite C-293/2012 e C-594/12) in cui la Corte di giustizia ha disposto l'annullamento dell'intera direttiva europea sulla conservazione dei dati, per violazione del diritto alla *privacy* e alla tutela dei dati personali, sulla base di una pregiudiziale di validità avanzata dalla Corte costituzionale austriaca e dalla Corte suprema irlandese.

Per di più, nel fare questo, la nostra Corte ha occupato un ruolo decisivo nella composizione triangolare dei sistemi di diritti, portando al “livello” eurounitario la ricerca di una sintonia per molti versi già raggiunta nella relazione con il sistema Cedu²⁹. Non è un caso, a tal proposito, che la Corte di giustizia abbia argomentato l’interpretazione conforme alla CdfUE proprio muovendo – fra l’altro – dall’art. 52, par. 3, della Carta e dal “recepimento” tramite esso effettuato dei corrispondenti diritti garantiti dall’art. 6 CEDU, per come interpretato dalla Corte di Strasburgo.

A tal proposito, può in effetti rilevarsi che la strada della pregiudiziale di validità era stata già in altre occasioni tentata al fine di comporre le diverse tutele dei diritti accordate al livello eurounitario e convenzionale, senza però riuscire nell’impresa. Si pensa, ad esempio, al caso *J.N.*³⁰, in cui la Corte di Giustizia, interpellata dal Consiglio di Stato dei Paesi Bassi circa la compatibilità della normativa europea in materia di trattenimento amministrativo degli stranieri irregolari con l’art. 6 della Carta dei diritti fondamentali UE, domandava anche di vagliare il contenuto di quell’articolo in relazione all’“omologo” convenzionale – l’art. 5, par. 1(f) CEDU – in virtù della clausola di equivalenza di cui all’art. 52, par. 3, CdfUE. In quella circostanza, la Corte di giustizia aveva ribadito quanto già affermato in occasioni precedenti, ossia di poter svolgere il giudizio di validità solo alla luce della Carta dei diritti fondamentali europea, fintanto che l’Unione non aderirà alla CEDU³¹, schiudendo semmai le porte alla sola “parametricità interposta” delle norme e della giurisprudenza edu, per il tramite della clausola di equivalenza.

Si tratta di un tentativo che, in quel caso, non ha condotto verso la dichiarazione di invalidità – nonostante vi fosse più di un margine per giungere ad una decisione di annullamento alla luce della giurisprudenza edu³² – e che, nella vicenda che ci impegna in questo scritto, è stato portato avanti solo *ad adiuvandum*, quale sostegno ulteriore di una questione della quale, in prima battuta, si tenta una soluzione interpretativa (sia pur nelle forme dell’interpretazione conforme, e dunque secondo dinamiche che implicano un componimento fra fonti gerarchicamente sopra e sotto-ordinate). Ciò nonostante merita di essere segnalato e di essere seguito con una certa attenzione perché dietro questi ripetuti tentativi si può forse scorgere la “messa in prova” di un ulteriore strumento di confronto, dai diversi e molto più dirompenti potenziali effetti, non solo nelle dinamiche binarie del rinvio pregiudiziale, ma anche in quelle triangolari del componimento dei bilanciamenti con la giurisprudenza di Strasburgo. Quelle dinamiche triangolari, si badi, necessitano di essere tenute in adeguata considerazione non solo per cercare un più convincente equilibrio fra Corte di Giustizia e Corte costituzionale, ma anche perché un’eventuale soluzione della questione non soddisfacente nell’ottica di Strasburgo implicherebbe una responsabilità statale per violazione della Convenzione e aprirebbe spiragli di ricorso alla Corte edu, in linea con la sentenza *Bosphorus*³³. Indispensabile, dunque, che il Giudice statale si faccia direttore d’orchestra di tutti questi strumenti non sempre ben accordati.

4. La vicenda Consob: prevenzione o elusione del confronto sui controlimiti?

Che gli strumenti dell’integrazione non siano sempre ben accordati, o che la musica suonata da ciascuno di loro possa non essere la stessa, è stato dimostrato in passato in varie circostanze. La più

²⁹ Lo rileva A. RUGGERI, *Ancora un passo avanti della Consulta lungo la via del “dialogo” con le Corti europee e i giudici nazionali (a margine di Corte cost. n. 117 del 2019)*, in *Consulta OnLine*, 2019, 13 maggio 2019, 246, con riferimento all’abbattimento del doppio binario sanzionatorio.

³⁰ Cfr. CGE, 15 febbraio 2016, *J.N. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, in causa C-601/15 PPU.

³¹ Cfr. CGE, 24 aprile 2012, *Kamberaj*, in causa C-571/10, § 62; CGE, Grande Sez., 26 febbraio 2013, *Åkerberg Fransson*, cit., § 44.

³² Per qualche chiarimento si v., se si vuole, T. GUARNIER, *Il caso J.N.: la pregiudiziale di validità può comporre i diversi livelli di tutela dei diritti?*, in *Quaderni costituzionali*, 2016, 380 ss.

³³ Cfr. Corte edu, Grande Camera, 30 giugno 2005, *Bosphorus Hava Jollari Turizm c. Irlanda*.

eclatante, per il nostro ordinamento, è stata ovviamente la “saga Taricco”, che ha visto la Corte costituzionale dover intervenire a moderare e chiedere il rimodellamento di una sentenza della Corte di giustizia che, se adempiuta dai nostri giudici, avrebbe intaccato il principio fondamentale di legalità in materia penale³⁴. Il successo di quella difficile impresa ha senz’altro confermato la bontà della scelta fatta dalla Corte costituzionale nel 2013 di entrare nei circuiti del dialogo con la Corte di Giustizia, poiché è facile immaginare che, se non avesse avuto a disposizione lo strumento del rinvio pregiudiziale interpretativo, la prospettazione del controlimito nel caso di specie avrebbe potuto assumere solo i toni dello scontro e non già quelli del confronto. Questo “precedente”, accanto alle rimarchevoli aperture che la Corte di Giustizia ha nel corso degli ultimi anni dimostrato nei confronti del riconoscimento del ruolo delle corti supreme nazionali in materia di diritti³⁵, hanno consentito alla Corte costituzionale, nel caso che in questa sede ci occupa, di presentare la questione interpretativa europea utilizzando toni più distesi (ma non per questo meno assertivi³⁶) rispetto al passato.

Com’è stato sottolineato in dottrina, infatti, l’aver potuto “toccare con mano” il peso che la Corte è in grado di esercitare tramite il rinvio pregiudiziale (e che i giudici comuni invece non avrebbero potuto esercitare), ha impresso un’ulteriore spinta propulsiva al suo ingresso a pieno titolo nell’area del confronto sui diritti, incoraggiandola a muovere ulteriori passi in questa direzione³⁷. Ha dimostrato, inoltre, l’efficacia di quel particolare metodo che gli osservatori internazionali, come si diceva in apertura, non hanno mancato di rilevare: un metodo che muove dalla ricerca di un’empatia con la Corte di giustizia, che rintraccia anche nell’ordinamento dell’Unione gli argomenti per trovare un terreno comune ed una soluzione condivisibile da parte di entrambi i Giudici³⁸.

Anche nella vicenda Consob, in effetti, lo schema è il medesimo, lo si vedeva poco sopra con riferimento alla questione di validità e lo si può senz’altro ribadire anche con riferimento alla questione di interpretazione: la nostra Corte non individua solo nelle disposizioni costituzionali e nella giurisprudenza interna gli argomenti per sostenere l’interpretazione prospettata, e le conseguenze sulle disposizioni primarie interessate, ma anche nella lettura della Carta dei diritti, alla luce delle sue Spiegazioni, nella giurisprudenza del Lussemburgo, nonché in quella di Strasburgo riferita al *pendant* convenzionale degli articoli della CdUE di riferimento. Nel fare ciò, si diceva, i toni sono addirittura più distesi del caso *Taricco*, poiché in questa circostanza il campo era sgombro da precedenti della Corte di giustizia avversi alla soluzione proposta dalla Corte costituzionale³⁹ e, dunque, quest’ultima è stata libera di esercitare *davvero* quel diritto alla “prima parola”⁴⁰ che si è autoattribuita proprio al fine di poter influenzare il corso della giurisprudenza europea.

I toni sono talmente distesi che in questo caso l’“arma” dei controlimiti – per anni rimasta “disinnescata” e poi solo “minacciata” – non è stata neppure sfoderata. Ciò, nonostante vi fossero dei margini perché la Corte costituzionale ponesse la questione su quel terreno⁴¹: l’argomentare sul

³⁴ Data la mole impressionante di contributi ad analisi del complesso giurisprudenziale menzionato, ci si deve limitare qui a rinviare a due lavori collettanei, che offrono ulteriori spunti di arricchimento bibliografico: A. BERNARDI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra Corti. L’ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, Jovene, 2017; e C. AMALFITANO (a cura di), *Primato del diritto dell’Unione europea e controlimiti alla prova della “saga Taricco”*, Milano, Giuffrè, 2018.

³⁵ Il riferimento è, evidentemente, alle già menzionate sentenze *Melki e Abdeli* e *A. c. B.*, accanto alle sentenze 4 giugno 2015, *Kernkraftwerke Lippe-Ens*, in causa C-5/14 e 20 dicembre 2017, *Global Starnet*, cit., in cui la Corte di giustizia ha ritenuto compatibile con l’ordinamento UE la priorità alla questione di costituzionalità nei casi di doppia pregiudiziale.

³⁶ Cfr. D. TEGA, *Il tono dell’ordinanza della Corte costituzionale n. 24 del 2017 e i suoi destinatari: narrowing the dialogue*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 6 marzo 2017, 1.

³⁷ In questo senso, quasi letteralmente, N. LUPO, *Con quattro pronunce*, cit., 7.

³⁸ In questi termini, D. SARMIENTO, *The Consob Way*, cit., 5.

³⁹ Sottolinea questo punto A. RUGGERI, *Ancora un passo avanti*, cit., 244.

⁴⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 20 del 2019.

⁴¹ Condivide l’idea che il rinvio pregiudiziale in oggetto celasse «la sostanza di un preannunciato “controlimito”» G. SCACCIA, *Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e sindacato accentratore di legittimità costituzionale. In margine all’ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2019*, in *Osservatorio costituzionale*,

punto della centralità del diritto al silenzio per l'ordinamento costituzionale, da un lato, e sulla necessità di accordare adeguate garanzie anche in presenza di sanzioni amministrative sostanzialmente punitive, dall'altro, è piuttosto serrato e non sembra lasciare molte alternative alla Corte di giustizia, se non quella di seguire la soluzione prospettata. Ciò, sia guardando alle questioni dal punto di vista esclusivamente interno, sia guardando alle questioni dalla prospettiva di Strasburgo.

Dal primo punto di vista, la Corte costituzionale afferma nell'ord. n. 117 del 2019, e ribadisce nella sent. n. 84 del 2021, che il diritto al silenzio dell'imputato costituisce un «corollario *essenziale* dell'*inviolabilità* del diritto di difesa» (corsivi aggiunti)⁴², sulla scorta di una pregressa giurisprudenza costituzionale che così, letteralmente, si era pronunciata in passato⁴³. Afferma poi che, pur non essendosi mai esplicitamente espressa sulla questione se tale diritto si estenda anche nell'ambito di procedimenti amministrativi funzionali all'irrogazione di sanzioni di natura punitiva, i precedenti su fattispecie analoghe depongono in questo senso⁴⁴. Dal secondo punto di vista, invece, la Corte costituzionale si fa portavoce e megafono della – oramai copiosa – giurisprudenza edu che ha espressamente esteso il diritto al silenzio, desumibile dall'art. 6 CEDU, ai procedimenti amministrativi⁴⁵.

Si stagiava abbastanza bene sullo sfondo, quindi, la prospettiva che una risposta negativa ad entrambi i quesiti pregiudiziali europei avrebbe fatto riemergere da sotto il “tappeto” delle questioni interpretativa e di validità la “polvere” della questione di costituzionalità riferita agli artt. 24 e 111 Cost. (oltre, forse, al 117 Cost.), alla quale, date le premesse, molto difficilmente la Corte costituzionale avrebbe potuto rispondere con un rigetto.

Eppure, i controlimiti non vengono mai menzionati, né la Corte sembra volersi far scudo di questo argomento per rinforzare la persuasività delle argomentazioni ed indirizzare la pronuncia europea. Non v'è dubbio, allora, che nel caso *Consob*, forse ancor più che nel caso *Taricco*, la Corte costituzionale abbia dato prova di saper intendere i controlimiti come un confine, certo, insuperabile, ma non per questo necessariamente terreno di scontro bellico (se non, più precisamente, come ultima trincea di una guerra di posizione), quanto piuttosto – per rimanere nella metafora – come luogo di esercizio del confronto diplomatico per la soluzione dei potenziali conflitti, preferibilmente prima della loro esplosione. Volendo, anche senza parlarne esplicitamente.

Tutto bene, dunque?

Non esattamente, perché dietro all'apparente sintonia raggiunta dalle due Corti in questo, come nei casi precedenti, si celano in realtà non poche distanze e perché quelle distanze dischiudono scenari non del tutto (anzi, tutt'affatto) pacificati. Sono distanze e scenari che emergono molto bene da un confronto fra le due sentenze conclusive della questione dal versante europeo e dal versante interno, come si vedrà nei paragrafi che seguono.

5. Le implicazioni interne della vicenda *Consob*.

6/2019, 5 novembre 2019, 170, mentre altri, più cautamente, affermano non fosse «del tutto improbabile l'azionamento dei controlimiti», alla luce del carattere notoriamente supremo del diritto di difesa (cfr. S. CATALANO, *Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità. Osservazioni a margine dell'opportuna scelta compiuta con l'ordinanza n. 117 del 2019 della Corte costituzionale*, *ivi*, 4/2019, 2 luglio 2019, 10). C. AMALFITANO, *Il dialogo*, cit., 25, opera dei *distinguo*, ritenendo che i controlimiti entrino in gioco solo in caso di mancata tutela di un diritto fondamentale e non di affermazione di una tutela del diritto più elevata di quella garantita dall'ordinamento dell'Unione.

⁴² Cfr. Corte cost. ord. n. 117 del 2019, § 7.1. *Cons. dir.*; Id., sent. n. 84 del 2021, § 3.2. *Cons. dir.*

⁴³ In particolare, Corte cost., ordd. nn. 291 e 485 del 2002 e 202 del 2004.

⁴⁴ Il riferimento è a Corte cost., sentt. nn. 78 del 1967; 196 del 2010; 104 del 2014; 276 del 2016; 68 del 2017; 121 e 213 del 2018; 63 del 2019; 96 del 2020 e 28 del 2021.

⁴⁵ V., oltre alla giurisprudenza citata *supra*, in nt. 11-12, Corte edu, sentt. 25 febbraio 1993, *Funke c. Francia*, § 44.

Vi è un altro angolo prospettico dal quale è indispensabile osservare la vicenda Consob: quello interno. Da questa visuale, infatti, la pronuncia n. 84 del 2021 assume significati ulteriori e per certi versi differenti, segnando un'ulteriore tappa del processo di progressivo ricollocamento del Giudice costituzionale nelle sempre più intricate trame di relazione con i poteri dello Stato, che ci ha reso testimoni, specialmente nel corso degli ultimi anni, di un certo attivismo della Corte. Da un lato, vi sono le tensioni verso il ri-accentramento del sindacato costituzionale, che concernono oramai i più disparati ambiti, andando dall'attenuazione dell'onere di ricerca di interpretazione costituzionalmente conforme, alla rimodulazione della dottrina delle "rime obbligate", alla rielaborazione del criterio di rilevanza in termini meno forti (tale da consentire, ad esempio, una più ampia accessibilità al sindacato di legittimità anche in zone franche o coni d'ombra della giurisprudenza costituzionale), alla rimeditazione della giurisprudenza sulla "ridondanza". Dall'altro lato, vi sono i segnali di un atteggiamento schiettamente collaborativo nei confronti del legislatore, come testimoniato dal frequente ricorso ai moniti e – soprattutto – dall'invenzione della tecnica dell'"incostituzionalità prospettata"⁴⁶.

La contestualità di tutti questi mutamenti, di pari passo con la riformulazione della giurisprudenza *Granital*, non può certo essere casuale e, anzi, impone agli osservatori il tentativo di una lettura d'insieme o, quantomeno, di una valutazione delle implicazioni di quest'ultima giurisprudenza *anche* alla luce del riposizionamento che la Corte costituzionale sta attuando, in questo ultimo turno d'anni, nei rapporti con i giudici comuni e con il legislatore.

Guardiamo, quindi, al rapporto con i giudici comuni, che il complesso decisionale in commento – e in particolar modo la sentenza conclusiva della vicenda – stabilizza e, per certi versi, fortifica. Da questo versante, ne risulta infatti confermata l'idea, già esplicitata nell'*obiter dictum* della sentenza n. 269 del 2017, che le violazioni dei diritti della persona non possono essere adeguatamente affrontate dai giudici comuni, tramite il ricorso alla disapplicazione, per almeno due ordini di ragioni.

La prima: nell'ipotesi di una disapplicazione orientata al caso concreto, il giudice può essere tentato (e la prassi dimostra che spesso lo è) di piegare la lettura delle disposizioni in tema di tutela di diritti in maniera tale da accordare la più ampia garanzia del diritto soggettivo di volta in volta lesa. Invece, le valutazioni relative ai diritti e ai principi richiedono uno spettro di analisi capace di andare oltre il caso concreto, sottoposto all'attenzione del giudice, per svolgere ponderate riflessioni sulle esigenze del bilanciamento con altri diritti, interessi, valori e principi, in nome anche (e nelle moderne società il punto si fa sempre più cruciale) della garanzia del principio del pluralismo⁴⁷. In questi ambiti, allora, la "specializzazione" di alcune Corti (come la Corte di Strasburgo) o il carattere astratto del sindacato (come, seppur con importanti correttivi, quello della nostra Corte costituzionale) offrono garanzie di una capacità di ponderazione più equilibrata fra tutte le istanze in gioco⁴⁸ e di una – indispensabile – attitudine a pensare le decisioni in "maniera universalizzabile".

⁴⁶ Su tutti questi profili si v., *ex multis*, G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017; R. ROMBOLI, *Dalla «diffusione» all'«accentramento»: una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Il Foro italiano*, 2018, I, 2226 ss.; E. MALFATTI, *La tendenza a un nuovo accentramento*, in AA.VV., *Rileggendo gli aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1987-2019)*, Torino, Giappichelli, 2020, 243 ss.; F. MODUGNO, *Le novità della giurisprudenza costituzionale*, in *Lo Stato*, 2020, 101 ss.; R. ROMBOLI, *Il sistema di costituzionalità tra "momenti di accentrimento" e "di diffusione"*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 26 maggio 2020; D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, Bononia University Press, 2020; nonché i contributi raccolti nel fascicolo tematico n. 3/2021 di *Federalismi.it*.

⁴⁷ Cfr., da ultimo, R. BIN, *Perché Granital serve ancora*, in C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE (a cura di), *Granital Revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bologna, Bononia University Press, 2020, 16 ss.

⁴⁸ Cfr. J.H.H. WEILER, *L'Unione e gli Stati membri: competenze e sovranità*, in *Quaderni costituzionali*, 2000, 5 ss.; F. SEMENTILLI, *Brevi note sul rapporto tra la Corte costituzionale italiana e la Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, 4771 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Le Corti costituzionali, le Costituzioni democratiche, l'interdipendenza e l'indivisibilità dei beni costituzionali*, in *Astrid Online*, 22 aprile 2006, 13.

Quest'esigenza, lungi dall'essere solo interna, concerne anche le relazioni fra i diversi livelli di tutela dei diritti, nella misura in cui la ricerca del più elevato standard di protezione di uno di essi non può essere effettuata isolatamente, ma necessita di essere svolta alla luce degli altri diritti per come tutelati dalle *diverse* Carte, così che può darsi l'ipotesi in cui il maggiore standard di protezione di un diritto offerto dalla Costituzione nazionale, in linea con la Carta dei diritti (e la conseguente possibile soluzione disapplicativa della norma interna in contrasto con esse), riduca il livello di protezione di un altro diritto, maggiormente protetto a livello europeo⁴⁹. Non è facile, allora, né probabilmente possibile, rinunciare ad un intervento delle Corti apicali specializzate in materia di diritti e principi. Cosa che, peraltro, la Corte di Giustizia sembra aver riconosciuto nel corso del tempo in varia maniera: in una prima fase, praticando un certo *self restraint* in materia⁵⁰; in seguito, riconoscendo esplicitamente la compatibilità con gli obblighi europei, in deroga alla giurisprudenza *Simmmenthal*, della priorità della questione di costituzionalità in questi ambiti, sia pur con le cautele già sopra ricordate.

La seconda ragione è invece legata alle migliori prestazioni in termini di certezza del diritto che è capace di offrire un intervento *erga omnes*, eventualmente di annullamento delle norme statali in contrasto con le Carte dei diritti. Su questo punto, però, occorre soffermare un secondo l'attenzione perché, inteso in maniera netta e perentoria, implicherebbe un'esclusione totale dei giudici comuni dalla possibilità di "maneggiare" diritti che entrerebbe in contrasto con gli obblighi europei di rispetto dei principi del primato e della leale collaborazione, ogniqualvolta sia in gioco il diritto europeo autoapplicativo. Tanto è vero che, come si vedeva sopra, la nostra Corte costituzionale ha dovuto rimodulare e ammorbidire la svolta del 2017, nel senso di non accordare un carattere obbligatorio alla sollevazione prioritaria della questione di costituzionalità, anche in caso di contrasto con disposizioni della Carta dei diritti direttamente applicabili, pur precisando che rimane comunque la scelta *più opportuna* da compiersi.

È tutta qui, allora, la sintesi del nuovo rapporto delineato con i giudici comuni: se le disposizioni parametro della CdfUE non sono autoapplicative, essi *devono* rivolgersi alla Corte costituzionale, com'è sempre stato; se le disposizioni parametro della CdfUE sono autoapplicative, *sarebbe bene* si rivolgessero comunque alla Corte costituzionale, organo in grado di assicurare un sindacato che vada oltre il caso concreto e di offrire – eventualmente interpellando la Corte di giustizia per i dovuti riscontri – una soluzione valida *erga omnes*; ma, anche in quest'ultimo caso, se entrano in gioco i controlimiti, il giudice comune torna a *doversi* rivolgere alla Corte costituzionale perché dirima la questione (anche qui, com'è sempre stato).

Se tanto è vero, allora forse la portata dell'innovazione introdotta a partire dal 2017 è semplificabile nel senso dell'ammissione di un sindacato costituzionale nell'area di autoapplicabilità della Carta di Nizza che non incida sui controlimiti e nel senso della possibilità/opportunità dell'inversione dell'ordine delle pregiudiziali in tutti i casi. Tutto ciò incide, certo, sul potere di disapplicazione dei giudici comuni e di sollevazione, da parte loro, del rinvio pregiudiziale interpretativo, ma non in maniera così forte e netta come in principio si era prospettato, bensì nella direzione della richiesta di una leale collaborazione dei giudici comuni con la Corte costituzionale nell'area della tutela dei diritti.

E sul punto, a seguito degli assestamenti che hanno interessato la giurisprudenza di entrambi i livelli ordinamentali interessati, le due Corti supreme sembrano procedere di pari passo e senza particolari frizioni.

Quel che invece emerge dalla sentenza n. 84 del 2021 in maniera piuttosto chiara e netta sono le diverse potenzialità dell'intervento *erga omnes* nel sindacato sui diritti. Ad un immediato raffronto fra i due dispositivi delle pronunce della Corte di Giustizia e della sentenza conclusiva dal versante

⁴⁹ Lo rileva, correttamente E. GIANFRANCESCO, *Some considerations on the juridical value of the Charter of fundamental rights before and after the Lisbon Treaty*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 13, con riferimento ai casi *Viking*, *Laval* e *Riiffert*.

⁵⁰ Cfr. V. FERRERES COMELLA, *Constitutional Courts and Democratic Values. A European Perspective*, New Haven & London, Yale University Press, 2009, 130.

interno, emerge infatti la differenza fra le decisioni delle due Corti: mentre la prima opta per il componimento interpretativo del potenziale conflitto fra direttiva e Carta dei diritti, individuando una interpretazione conforme che consente di intendere la direttiva europea in maniera compatibile con il diritto al silenzio, la nostra Corte non può (o non vuole) procedere nello stesso senso e ritiene invece necessario procedere all'annullamento parziale della disposizione interna attuativa della direttiva.

Lampante diviene, così, il “vantaggio ordinamentale” del ricorso prioritario alla Corte costituzionale: se il giudice *a quo* avesse interrogato preliminarmente il Giudice europeo, la sua risposta (a voler ammettere che sarebbe stata identica, anche senza l'intervento del Giudice costituzionale) gli avrebbe consentito di procedere autonomamente, disapplicando la normativa interna in contrasto con la direttiva e con la Carta dei diritti, ovvero interpretando la normativa interna in maniera conforme al diritto al silenzio, in parallelo con la decisione del Lussemburgo. Un identico risultato, insomma, per il caso di specie; una maggiore incertezza per tutti i casi analoghi, pendenti e futuri, con l'effetto di una potenziale disparità di trattamento fra essi.

Ma v'è di più, perché questa decisione consente alla Corte costituzionale di consegnare – ostentatamente – al legislatore uno spazio di manovra e di discrezionalità nell'attuazione ed implementazione del diritto al silenzio, declinandolo in funzione delle specificità dei procedimenti interessati. Afferma esplicitamente la Corte, al par. 5. del *Considerato in diritto*, che spetta «primariamente al legislatore la più precisa declinazione delle ulteriori modalità di tutela di tale diritto – non necessariamente coincidenti con quelle che vigono nell'ambito del procedimento e del processo penale – rispetto alle attività istituzionali della Banca d'Italia e della CONSOB, in modo da meglio calibrare tale tutela rispetto alle specificità dei procedimenti che di volta in volta vengono in considerazione, nel rispetto dei principi discendenti dalla Costituzione, dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dal diritto dell'Unione europea». Si potrebbe aggiungere pure che un intervento legislativo sia necessario anche per prevedere le condotte che integrano fattispecie coperte dal diritto al silenzio, essendovi dubbi in dottrina se, ad esempio, il ritardo nella risposta possa esservi *tout court* accomunato o se meriti una differente disciplina.

Sono dunque almeno due (forse tre) le considerazioni che suscita questo spazio di discrezionalità espressamente lasciato al legislatore. Da un lato, la constatazione che si tratta di uno spazio che non si sarebbe aperto in caso di disapplicazione o di interpretazione conforme della normativa interna e che sollecita a guardare a questo ulteriore elemento come ad uno dei profili che sostengono l'opportunità di un intervento preventivo della Corte costituzionale (poiché maggiormente compatibile con gli equilibri fra i poteri dello Stato). Dall'altro, la verifica che, in caso di disapplicazione da parte del giudice della normativa interna, non vi sarebbe stata un'altra “regola” europea da applicare al caso concreto, ad onta dell'affermata – e non discussa dalla nostra Corte – natura autoapplicativa del diritto al silenzio. Congiunta a questo profilo appare pure l'affermazione (dal basso) di uno spazio di discrezionalità e di manovra nell'attuazione del diritto al silenzio anche a seguito della direttiva e del regolamento europeo, e dunque, secondo i dettami della sentenza *Fransson*, la rivendicazione della permanente rilevanza del parametro costituzionale.

A queste ultime considerazioni si dedicherà lo spazio delle osservazioni conclusive.

6. Qualche osservazione in chiave prospettica: nuove tensioni nel circuito giudici comuni-Corte costituzionale-Corte di giustizia.

Rimangono allora, infine, da svolgere solo poche riflessioni, in chiave ipotetico-prospettica, se è vero che quello che si scorge all'orizzonte (e che, forse, in controtuce già traspare dalla lettura di molti dei casi che si sono sin qui analizzati) è la possibilità di uno spostamento (o un allargamento) del terreno dello scontro da quello relativo ai contenuti delle disposizioni delle Carte e dei

bilanciamenti ivi operati, a quello dei criteri di determinazione delle rispettive aree di competenza (tutti, è bene ricordarlo, ricavati in via pretoria⁵¹).

Ci si riferisce – come si vedeva in chiusura del precedente paragrafo – non più solo alla questione dell’ambito di applicazione della Carta di Nizza, di cui all’art. 51 CdfUE, invero di non semplicissima determinazione, ma già a più riprese affrontata dalla nostra Corte⁵², quanto soprattutto alla decisione sui casi di diretta applicabilità della Carta dei diritti (che innesca particolari – se pur non più esclusivi – circuiti fra giudici comuni e Corte di Lussemburgo) e a quella relativa alla sussistenza o meno di un margine di discrezionalità statale nell’attuazione della normativa derivata (che preclude, secondo il Giudice europeo, il riferimento alla tutela costituzionale dei diritti, fatta salva la consueta eccezione dei controlimiti).

Sono questi ultimi, quindi, i punti su cui è necessario spendere qualche parola.

Quanto alle decisioni in tema di diretta applicabilità della Carta dei diritti fondamentali europea, è piuttosto evidente, negli ultimi anni, un deciso cambio di attitudine, sia della dottrina, sia della giurisprudenza. Se all’alba del riconoscimento della piena efficacia giuridica della Carta si dava quasi per scontato che le relative disposizioni, dal contenuto ancor più vago ed essenziale di quelle che le Carte costituzionali usualmente dedicano ai diritti (soprattutto in punto di limiti previsti per ciascuno di essi)⁵³, si nutrissero necessariamente dell’applicazione normativa e giurisprudenziale, sia europea, sia statale⁵⁴ (anche alla luce dell’art. 52, par. 4, CdfUE, che richiede di interpretare i diritti in essa contenuti «in armonia» con le tradizioni costituzionali comuni⁵⁵), da qualche tempo va invece emergendo l’idea di una differenziazione fra diritti e principi contemplati dalla Carta (sulla scorta dell’art. 52, par. 5, CdfUE e delle relative Spiegazioni) che renderebbe operante una sorta di presunzione di autoapplicabilità dei diritti e di non autoapplicabilità dei principi⁵⁶.

⁵¹ Cfr. M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell’interpretazione delle clausole finali della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione europea*, in *Rivista AIC*, 3/2017, 16 luglio 2017.

⁵² Cfr., per tutti, D. SARMIENTO, *Who’s afraid of the Charter*, cit., 1272 ss.; R. MASTROIANNI, *Da Taricco a Bolognesi*, cit., 3 ss., nonché il dibattito aperto a seguito della sentenza n. 80 del 2011 della Corte costituzionale (v., per tutti, A. GUAZZAROTTI, *I diritti fondamentali dopo Lisbona e la confusione del sistema delle fonti*, in *Rivista AIC*, 3/2011, 4 settembre 2011, 5 ss.; E. CANNIZZARO, *Diritti “diretti” e diritti “indiretti”: i diritti fondamentali tra Unione, CEDU e Costituzione italiana*, in *Il diritto dell’Unione europea*, 2012, 23 ss.).

⁵³ V. P. CARETTI, *I diritti fondamentali nell’ordinamento nazionale e nell’ordinamento comunitario: due modelli a confronto*, in *Diritto pubblico*, 2001, 939 ss.; U. DE SIERVO, *I diritti fondamentali europei ed i diritti costituzionali italiani (a proposito della Carta dei diritti fondamentali)*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, 157 ss.; L. TRUCCO, *Tecniche di normazione e tutela dei diritti fondamentali nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in AA.VV., *Tecniche di normazione e tutela dei diritti fondamentali*, Torino, 2007, 317 ss.

⁵⁴ Cfr. E. GIANFRANCESCO, *Some considerations*, cit.; C. SALAZAR, *A Lisbon Story: la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea da un tormentato passato... a un incerto presente?*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 21 dicembre 2011, 20 ss.; M. CARTABIA, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona: verso nuovi equilibri?*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2010, 221 ss.; G. STROZZI, *Il sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali dopo Lisbona: attualità e prospettive*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2011, 837 ss.; A. BARBERA, *La Carta dei diritti*, cit., 7 ss.

⁵⁵ Il punto è più volte sottolineato da M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze*, cit. e G. REPETTO, *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2017, 2958.

⁵⁶ Cfr., sul punto, A.O. COZZI, *Diretta applicabilità e sindacato accentratore di costituzionalità relativo alla violazione della Carta europea dei diritti fondamentali*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1° febbraio 2018. Sulla base di questa distinzione, in effetti, la Corte di cassazione ha fondato la sua argomentazione circa la diretta applicabilità dell’art. 47 CdfUE nell’ordinanza n. 3831/2018, dalla quale tutta la “vicenda Consob” ha tratto origine. Spunti critici in proposito possono essere rinvenuti in D. TEGA, *Il seguito in Cassazione*, cit. Per un’attenta analisi delle condizioni dell’autoapplicabilità, in ottica non solo europea, ma anche interna e internazionale, v. A. GUAZZAROTTI, *L’autoapplicabilità delle norme. Un percorso costituzionale*, Napoli, Jovene, 2011; con riferimento specifico all’ordinamento dell’Unione v. D. GALLO, *L’efficacia diretta del diritto dell’Unione Europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, Giuffrè, 2018; ID., *Efficacia diretta del diritto UE, procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze n. 269/2017 e 115/2018*, in *Rivista AIC*, 1/2019, 4 marzo 2019, 220 ss.; ID., *Effetto diretto del diritto dell’Unione europea e disapplicazione, oggi*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2019, 2 ss.

E anche la Corte di Giustizia, dal canto suo, recupera possibili spazi di intervento mediante un sempre più frequente riconoscimento di efficacia diretta (anche orizzontale) a disposizioni dei trattati e della CdfUE⁵⁷, quasi a controbilanciare le aperture prima ricordate, non incontrando su questo versante alcuna opposizione da parte dei nostri giudici. Si ricorderà, ad esempio, che anche il caso *Taricco* affondava le radici sull'assunto dell'autoapplicabilità dell'obbligo per gli Stati membri di imporre sanzioni efficaci e dissuasive avverso le frodi che ledano interessi finanziari dell'Unione; assunto che avrebbe potuto essere messo in questione⁵⁸, ma che la nostra Corte ha accettato come presupposto del confronto. Osservazioni analoghe potrebbero svolgersi anche in relazione al caso, meno controverso, che occupa la nostra attenzione: la tesi che il diritto al silenzio, per come ricavato dagli artt. 47 e 48 della CdfUE, sia direttamente applicabile non viene minimamente sottoposta a scrutinio. In altre parole, la Corte costituzionale (almeno per il momento) ammette che la statuizione circa ciò che è direttamente applicabile (e ciò che non lo è) appartiene ad un'area di competenza europea, anche quando "i fatti" dimostrano il contrario: quando, come nel caso di specie, occorre rinviare al legislatore affinché eserciti la necessaria opera di chiarimento e di delineazione delle differenti discipline che ciascuna fattispecie concreta necessita, tenendo conto delle peculiarità del procedimento di accertamento fiscale rispetto al processo penale e delle differenti condotte in cui può integrarsi il diritto al silenzio.

Parzialmente connesso a queste riflessioni è, poi, il tema del margine di discrezionalità del legislatore statale: con le – speculari – sentenze *Melloni* e *Åkerberg Fransson*, la Corte del Lussemburgo ha interpretato la clausola di maggior favore di cui all'art. 53 CdfUE in una maniera peculiare rispetto all'uso che normalmente, di analoghe clausole, le Corti fanno con riferimento ad altre Carte di diritti. È stato in dottrina osservato, in proposito, che il carattere *sui generis* dell'ordinamento dell'Unione (ordinamento di fonti autonome e sovraordinate rispetto a quelle degli Stati nazionali) si manifesta in quest'ambito rendendo l'art. 53 "qualcosa di più" di una "*minimum standard clause*", avvicinandola piuttosto ad una regola di risoluzione dei conflitti fra fonti nell'area dei diritti fondamentali⁵⁹. Ciò, almeno, nella lettura della Corte di giustizia, la quale ha affermato che, laddove il diritto dell'Unione non lasci margine di discrezionalità agli Stati membri, il parametro di riferimento per la tutela dei diritti è la Carta di Nizza; laddove invece gli Stati abbiano un margine di discrezionalità nell'attuare gli obblighi UE, il punto di riferimento tornano ad essere pure le Carte nazionali, purché lo *standard* di tutela dalle stesse assicurato sia superiore a quello europeo.

La *ratio* di questa giurisprudenza è legata a doppio filo con le ragioni dell'uniformità dell'applicazione e dell'interpretazione del diritto europeo all'interno degli Stati membri, della sua

⁵⁷ Fra queste, ad esempio, vi sono l'art. 47 CdfUE (cfr. Corte conti, sez. riunite in sede giurisdizionale, ord. n. 1 del 26 aprile 2012); l'art. 50 CdfUE (così, almeno, Gip Milano, dec. n. 1795 del 21 novembre 2011); il divieto di discriminazione (CGE, Gr. Sez., 19 gennaio 2010, *Küçükdeveci*, in causa C-555/07; Trib. Udine, sez. lav., 29 giugno 2010). A questi, occorre poi aggiungere i casi in cui è stato riconosciuto l'effetto diretto della Carta nei rapporti orizzontali: cfr. CGE, sent. 14 gennaio 2014, *Association de médiation sociale*, in causa C-176/12; CGE, 17 aprile 2018, *Egenberger*, in causa C-414/16, dove si dichiara l'effetto diretto dell'art. 21 CdfUE con riguardo alla non discriminazione sulla base della religione e delle convinzioni personali; Id., 6 novembre 2018, *Bauer*, in cause riunite C-569/16 e C-570/16 e Id., 6 novembre 2018, *Max Planck-Gesellschaft*, in causa C-684/16, dove si riconosce l'effetto diretto dell'art. 31, par. 2, CdfUE sul diritto alle ferie annuali retribuite. Ma non può non menzionarsi anche il caso di controversia in ordine alla diretta applicabilità di direttiva (in particolare, in punto di discriminazioni fondate sull'età) che ha visto contrapporsi apertamente la Corte di giustizia (sent. 19 aprile 2016, *Dansk Industri*, in causa C-441/14) e la Corte suprema danese (6 dicembre 2016, *Ajos*).

⁵⁸ Come fa, ad esempio, R. BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, in *Rivista di diritto penale contemporaneo*, 4 luglio 2016; A. BARBERA, *La Carta dei diritti*, cit., 14 s. Sul punto, v. anche P. FARAGUNA, *Il caso Taricco: controlimiti in tre dimensioni*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, Jovene, 2017, 359 ss. che vi scorge il potenziale (non attuato) per affrontare i controlimiti – alla tedesca – anche nella dimensione del rispetto delle competenze da parte degli organi europei.

⁵⁹ Così, espressamente, D. SARMIENTO, *Who's afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts and the New Framework of Fundamental Rights Protection Europe*, in *Common Market Law Review*, 2013, 1288.

effettività e dell'effetto utile, ma, guardandola con gli occhi degli ordinamenti nazionali, pone un'enorme mole di problematiche con riguardo al rispetto non tanto dell'area dei controlimiti (sulla quale da sempre gli Stati si sono riservati uno spazio di manovra), quanto dei "comuni" riscontri di un maggior standard di tutela di un diritto a livello statale, oltre che in ordine ai necessari bilanciamenti con gli altri diritti e principi che entrano in relazione con quello di volta in volta interessato, che vengono così attratti nel monopolio della Corte di giustizia, per il tramite dei test di proporzionalità e di rispetto delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri⁶⁰.

Ebbene, con riferimento a questa problematica, non si può trascurare la portata potenzialmente dirompente della pronuncia n. 20 del 2019, con la quale è stata riconosciuta la possibilità per il giudice comune di invertire l'ordine delle pregiudiziali anche quando una norma europea *di diritto derivato* partecipi della "stessa natura" della Carta dei diritti (nella specie, quando quella normativa sia assunta a modello per la delineazione dei contenuti della Carta): portata diversa perché dai contorni più incerti e in grado di intercettare molte più disposizioni direttamente applicabili del diritto eurounitario, potenzialmente in varia maniera collegate all'attuazione di un diritto contemplato dalla CdfUE o adottate a riferimento al momento della redazione della Carta⁶¹. Tramite questa ulteriore "finestra" di intervento, accanto a quella della pregiudiziale di validità (che, come si è visto, consente alla Corte di influire anche sulle determinazioni relative al diritto derivato con efficacia potenzialmente *erga omnes*), la Corte costituzionale potrebbe, insomma, riservarsi un (sia pur contenuto) spazio di intervento anche in quella delicata area definita dalla giurisprudenza del Lussemburgo come area "non discrezionale" o di "completa determinazione europea", ribaltando lo schema affermato dalla Corte di Giustizia. Si inizia così, infatti, ad erodere, anche dal basso – ovvero, dal lato di quella normativa che, eventualmente, possa esaurire la discrezionalità statale nell'attuare gli obblighi UE – il monopolio che la Corte di Giustizia si era costruita intorno al sindacato sul rispetto dei diritti. E si sposta ancora un po' il terreno del possibile futuro scontro con il Giudice europeo.

D'altro canto, guardando a questa giurisprudenza nel suo complesso, anche il compito dei giudici comuni diventa più complesso perché, prima di poter decidere se possano o debbano rivolgersi (anche) alla Corte costituzionale, essi sono chiamati a verificare se la disposizione della Carta dei diritti interessata sia o meno direttamente applicabile oppure – e le due questioni, non sono affatto sovrapponibili, né confondibili, come invece a volte accade – se la normativa primaria europea di riferimento lasci o meno margini di discrezionalità al legislatore statale per la sua attuazione. A tali fini, in assenza di precedenti, il giudice comune potrebbe aver bisogno di interpellare la Corte di giustizia perché chiarisca il quadro.

⁶⁰ Si v., sul punto, a mero titolo esemplificativo, L.F.M. BESSELINK, *Entrapped by the Maximum Standard: On Fundamental Rights, Pluralism and Subsidiarity in the European Union*, in *Common Market Law Review*, 35, 1998, 629 ss.; A. RUGGERI, *La Corte di giustizia, il primato incondizionato del diritto dell'Unione e il suo mancato bilanciamento col valore della salvaguardia dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali nel loro fare "sistema" (nota minima a Corte giust., Grande Sez., 26 febbraio 2013, in causa C-399/11, Melloni c. Ministero Fiscal)*, in *Diritti comparati*, 2 aprile 2013; C. AMALFITANO, *Mandato d'arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4 luglio 2013; D. SARMIENTO, *Who's afraid of the Charter*, cit., 1291 ss.; M. IACOMETTI, *Il caso Melloni e l'interpretazione dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea tra Corte di giustizia e Tribunale costituzionale spagnolo*, in *Osservatorio AIC*, ottobre 2013; E. MARTINI, *L'europizzazione dei controlimiti alla prova del dialogo tra le Corti: i casi Melloni e Taricco*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 29 maggio 2018.

⁶¹ Cfr., per un'analisi delle problematiche di questa estensione, A. RUGGERI, *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronunzia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. sent. n. 20 del 2019)*, in *Consulta OnLine*, 2019, 25 febbraio 2019, 113 ss.; G. BRONZINI, *La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale italiana verso un riavvicinamento all'orientamento della Corte di giustizia?*, in *Questione Giustizia*, 4 marzo 2019; R. CONTI, *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE*, cit.; O. POLLICINO, G. REPETTO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 20 del 2019. A ciascuno il suo: ancora sui rapporti tra Corte e tra Corti*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, 434 ss.; S. LEONE, *Il regime della doppia pregiudizialità alla luce della sentenza n. 20 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 3/2019, 23 settembre 2019; nonché i contributi raccolti in C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE (a cura di), *Granital Revisited?*, cit., 37 ss.

Ma, una volta interrogata sull'efficacia della normativa (primaria o fondamentale) avrebbe poco senso non interpellarla anche nel merito dell'interpretazione o dell'eventuale questione di validità, dal momento che, venuta meno la priorità *obbligatoria* della questione di legittimità, le ragioni dell'*opportunità* di quella precedenza possono essere facilmente controbilanciate da quelle di economia processuale e di ragionevole durata del processo.

È facile pronosticare, allora, che il prossimo terreno di conflitto possa essere allargato, se non spostato altrove, coinvolgendo anche i giudici comuni: dal versante della Corte di giustizia, potrebbero incontrarsi resistenze in caso di indebita estensione dell'area del diritto eurounitario derivato "attratto" nella sfera di rilevanza costituzionale; dal lato della Corte costituzionale, potrebbero verificarsi resistenze in caso di indebita estensione delle disposizioni sui principi e i diritti cui venga riconosciuta efficacia autoapplicativa; dal lato dei giudici comuni, potrebbero rivendicarsi spazi di autonomia nei confronti dell'una e dell'altra (tramite il sostegno all'affermazione della discrezionalità statale, nei confronti della prima; tramite il sostegno della diretta applicabilità, nei confronti della seconda).

Ma non è questo il caso delle pronunce sul caso Consob, ove tutti questi campi di tensione non vengono attivati. Almeno, non esplicitamente.