

6 OTTOBRE 2021

Riflessioni sulla prima occasione di  
“dialogo” tra Corte costituzionale e  
Corte di Giustizia in casi di doppia  
pregiudizialità

di Paolo Gambatesa

Dottorando di ricerca in Diritto costituzionale  
Università degli Studi di Milano



# Riflessioni sulla prima occasione di “dialogo” tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia in casi di doppia pregiudizialità\*

di Paolo Gambatesa

Dottorando di ricerca in Diritto costituzionale  
Università degli Studi di Milano

**Abstract [It]:** Il contributo si propone di ripercorre le “tappe” del caso CONSOB con il duplice obiettivo di esaminare, da un lato, le ragioni sottese al rinvio pregiudiziale attivato dalla Corte costituzionale in un caso di c.d. doppia pregiudizialità e, dall’altro, gli effetti che tale scelta ha prodotto sul sistema multilivello di protezione dei diritti fondamentali.

**Abstract [En]:** The paper aims at retracing all “stages” of the CONSOB case to explore, on the one side, the reasons behind the preliminary ruling issued by the Constitutional Court in the context of the so-called “double prejudice”, and, on the other, the effects of this choice on the multilevel system of fundamental rights protection.

**Parole chiave:** Doppia pregiudizialità, Corte costituzionale italiana, Corte di Giustizia dell’Unione Europea, Diritti fondamentali, Tutela integrata

**Key words:** Double prejudice, Italian Constitutional Court, Court of Justice of the European Union, Fundamental Rights, Integrated protection

**Sommario:** 1. Premessa. 2. Le “coordinate” del caso CONSOB. 2.1. Uno sguardo al merito: il diritto al silenzio e i suoi riflessi sul caso in esame. 3. Il primo confronto: i profili eurounitari della questione di costituzionalità sull’art. 187-*quinquiesdecies* del T.U.F. 3.1. Le ragioni sottese alla rimessione della Suprema Corte. 3.2. Il rinvio pregiudiziale da parte del Giudice costituzionale (ord. n. 117 del 2019). 3.3. (... segue) Le problematiche sull’ordine dei quesiti pregiudiziali. 4. Il secondo confronto: la tutela costituzionale, internazionale ed europea del “diritto al silenzio”. 4.1. La sentenza della Corte di Giustizia *D.B. c. CONSOB* (C-481/19). 4.2. L’ accoglimento parziale e conseguenziale della Corte costituzionale (sent. n. 84 del 2021). 4.3. (... segue) Sulla scelta di *manipolare* e di non *intrepretare*. 5. Conclusioni: un dialogo funzionale alla tutela integrata dei diritti fondamentali.

## 1. Premessa

Con la sentenza n. 84 del 2021<sup>1</sup>, depositata lo scorso 30 marzo, termina positivamente il primo tentativo di “dialogo” tra la Corte costituzionale e la Corte di Giustizia nelle ormai note ipotesi di doppia

\* Articolo sottoposto a referaggio.

<sup>1</sup> Corte cost., sent. del 13 aprile 2021, n. 84, in G.U. n. 18, 1° Serie Speciale, del 05/05/2021, Pres. Coraggio – Rel. Viganò. Con i primi commenti di D. SARMIENTO, *The Consob Way - Or how the Corte Costituzionale Thought Europe (once again) a Masterclass in Constitutional Dispute Settlement*, in *EU Law Live*, n. 54, 2021, p. 2 ss.; nella medesima rivista si v. anche M. MARTINS PEREIRA, *Consob and the lessons learnt from the 'Taricco Saga'*, p. 9 ss. Sui profili di merito, sviluppati in connessione con la disciplina tributaria, si v. A. MARCHESELLI, *Il diritto al silenzio tra diritti fondamentali e doveri fondamentali in materia tributaria (spunti critici a margine di Corte cost. n. 84/2021)*, in *Consulta online*, n. 2, 2021, p. 454 ss.

pregiudizialità. Casi, quest’ultimi, tutt’altro che nuovi<sup>2</sup>, ma tornati sotto la lente attenta della dottrina<sup>3</sup> solo a seguito del noto *obiter dictum* della sentenza n. 269 del 2017<sup>4</sup>, che ne ha – sia pur solo parzialmente – cambiato gli originari “connotati”. Ora, infatti, il giudice comune che si trovi a dover far fronte al contrasto simultaneo tra la norma nazionale, da applicare nel giudizio, e le norme costituzionali ed eurounitarie, poste a presidio del medesimo diritto fondamentale, ha facoltà<sup>5</sup> di investire della questione

<sup>2</sup> Come autorevolmente afferma M. CARTABIA (in *Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di “doppia pregiudizialità”*, in *Il Foro it.*, 1997, VI, 222), di doppia pregiudizialità può iniziarsi a parlare già con il noto caso *Costa c. Enel*. In quell’occasione, infatti, il Giudice conciliatore – per mezzo della medesima ordinanza di rinvio – operava una duplice rimessione, da un lato, alla Corte costituzionale (cfr. sent. del 23 giugno 1965, n. 6, in G.U. n. 178 del 17/07/1995, Pres. Ambrosini - Rel. Papaldo), dall’altro, alla Corte di Giustizia delle allora Comunità Europee (cfr. sent. del 15 luglio 1964, *Flaminio Costa contro E.N.E.L.*, C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66).

<sup>3</sup> Tra le numerose tesi sviluppate dalla dottrina a commento dell’*obiter dictum* della sentenza n. 269 del 2017, per tutti, si v. M. D’AMICO, *L’Europa dei diritti: tra “aperture” e “chiusure”*, in A. PÉREZ MIRAS, G. M. TERUEL LOZANO, E. RAFFIOTTA, M. P. IADICICCO (a cura di), *Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española*, BOE, 2020, p. 403 ss., l’A. ne evidenzia l’“effetto dirimpente”, segnalando anche che “la nostra Corte costituzionale non pare mossa dalla volontà di «chiudere» il nostro ordinamento ai diritti protetti a livello sovranazionale, ma solo dalla volontà di non essere estromessa dai relativi giudizi, e allo stesso tempo dalla volontà di valorizzare la Costituzione italiana come fonte di tutela dei diritti fondamentali”; *contra*, A. RUGGERI (in *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell’orbita del sindacato accentratore di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell’Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Rivista di Diritti Comparati*, n. 3, 2017, p. 234 ss.) precisa che, sottesa alla “svolta” della decisione n. 269, vi sarebbe l’intento della Corte costituzionale di affermare un nuovo criterio di risoluzione delle antinomie di tipo *assiologico-sostanziale*, che fa perno sulla “carica di valore” espressa dalla norma UE, in luogo del precedente criterio *strutturale*, incentrato invece sul carattere autopplicativo delle norme UE. Inoltre, notazioni critiche sono avanzate anche da 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 questa rivista, n. 3, 2018, p. 2 ss.; D. GALLO, *Efficiacia diretta del diritto UE, procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze n. 269/2017 e 115/2018*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2019, p. 159 ss.; e da R. G. CONTI, *An, quomodo e quando del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia quando è “in gioco” la Carta dei diritti fondamentali UE. Riflessioni preoccupate dopo Corte cost. n. 269/2017 e a margine di Cass. n. 3831/2018*, in *giudicedonna.it*, n. 4, 2017. In senso più favorevole, l’*obiter* viene letto nel senso di “riconquista” del Giudice delle Leggi di un’area di tutela appartenente all’*identità costituzionale*, cfr. A. ANZON DEMMIG, *La Corte riprende il proprio ruolo nella garanzia dei diritti costituzionali e fa un altro passo avanti a tutela dei controlimiti*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 28 febbraio 2018; su analoghe tendenze, alcuni Autori parlano di rivendicazione, da parte della Corte costituzionale, del “diritto alla prima parola”, in particolare si v. A. GUAZZAROTTI, *Un “atto interruttivo dell’usucapione” delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sentenza n. 269/2017*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 18 dicembre 2017; si v. anche G. SCACCIA, *Giudici comuni e diritto dell’Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2017, p. 2948 ss. Quanto alle finalità del mutamento giurisprudenziale parte della dottrina non ha mancato di sviluppare tesi intorno al tema, più generale, del “declino dell’incidentalità”, ritenendo che la “deroga” posta con la sentenza n. 269 possa, a ben ragione, costituire una delle cause della riduzione del contenzioso costituzionale in via incidentale, per tutti, si v. R. ROMBOLI, *Dalla “diffusione” all’ “accentramento”: una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale (Nota a Corte cost. 31 maggio 2018, n. 115)*, in *il Foro it.*, 2018, p. 2226 ss; ID, *Il sistema di costituzionalità tra “momenti di accentramento” e “di diffusione”*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2, 2020, p. 1 ss.; 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 gennaio 2018, p. 4 ss. Quanto, invece, agli effetti dell’inversione delle pregiudizialità sui rapporti interordinamentali, G. REPETTO parla di “*monismo costituzionale rovesciato*” (in *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2017, p. 2960).

<sup>4</sup> Corte cost., sentenza del 7 novembre del 2017, n. 269, in G.U. n. 51, 1° Serie Speciale, del 20/12/2017, Pres. Grossi – Rel. Cartabia.

<sup>5</sup> Come noto, la Corte costituzionale in due pronunce successive ritorna sulla “regola 269” e chiarisce il carattere facoltativo della rimessione prioritaria in sede di giudizio di costituzionalità (sent. del 23 gennaio 2019, n. 20, in G.U. n. 9, 1° Serie Speciale, del 27/02/2019, Pres. Lattanzi – Rel. Zanon), cui si aggiunge la possibilità, senza alcuna limitazione, di procedere alla disapplicazione in caso di responso negativo del Giudice delle Leggi (sent. del 20 febbraio 2019, n. 63, in G.U. n. 13, 1° Serie Speciale, del 27/03/2019, Pres. Lattanzi – Rel. Viganò). Sulle “novità” relative alle pronunce

in prima battuta la Corte costituzionale. Ciò in luogo della precedenza che il giudice doveva accordare in ogni eventualità ai rimedi offerti dal diritto dell'Unione, secondo il noto schema *Simmenthal-Granital*<sup>6</sup>.

Le risposte fornite dai giudici comuni a questo nuovo indirizzo giurisprudenziale del Giudice costituzionale sono state le più variegate, e ad oggi sono state percorse quasi tutte le “strade” possibili. Ci sono stati, infatti, alcuni giudici comuni che hanno optato per la “strada nuova”, ovvero la rimessione degli atti alla Corte costituzionale<sup>7</sup>, altri invece hanno preferito la “vecchia”<sup>8</sup>, procedendo

---

citare si v., per tutti, A. RUGGERI, *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto euorunitario e diritto interno con una pronunzia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. sent. n. 20 del 2019)*, in *Consulta Online*, n. 1, 2019, p. 113 ss.; 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, p. 25 ss.; EAD, *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e rimessione alla Consulta e tra disapplicazione e rimessione alla luce della giurisprudenza “comunitaria” e costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2020, p. 296 ss. Con le pronunce citate la Corte costituzionale si collocherebbe in un sistema “a rete” di tutela dei diritti fondamentali, sul punto si v. le riflessioni di 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 questa rivista, n. 13, 2019, p. 2 ss.; mentre, S. CATALANO (in *Doppia pregiudizialità: una svolta ‘opportuna’ della Corte costituzionale*, in questa rivista, n. 10, 2019, p. 2 ss.) parla di un “nuovo patto” tra Corte costituzionale e giudici comuni; sul tema della facoltà del rinvio si v. anche S. LEONE, *Il regime della doppia pregiudizialità alla luce della sentenza n. 20 del 2019 della Corte Costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2019, p. 642 ss.; V. SCIARABBA, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la Corte costituzionale*, in *Consulta Online*, n. 3, 2019, p. 538 ss.; e da ultimo, S. BARBIERI, *Quel che rimane della sentenza n. 269 del 2017: il finale (non previsto?) di un tentativo di ri-accentramento*, in *Eurojus*, n. 2, 2021, p. 91 ss.

<sup>6</sup> Sulla giurisprudenza *Simmenthal-Granital*, per tutti, G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, CEDAM, Padova, Ed. VII, p. 198 ss.; N. ZANON (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, ESI, Napoli, 2006; e, più di recente, sulla “dottrina” *Granital* alla luce del nuovo corso della giurisprudenza costituzionale si v. G. TESAURO – P. DE PASQUALE, *La doppia pregiudizialità*, in F. FERRARIO – C. IANNONE (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 289 ss.; D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bononia University Press, Bologna, 2020, p. 184 ss., ed anche i numerosi contributi pubblicati in C. CARUSO – F. MEDICO – A. MORRONE (a cura di), *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bononia University Press, Bologna, 2020.

<sup>7</sup> Oltre a quella qui in commento, a titolo d'esempio, si possono prendere in considerazione le plurime rimessioni della Corte di Cassazione (sez. lav) in tema di bonus bebè (nn. 177, 178, 179, 180, 181, 182 in GU n. 44 del 2019, 188, 189 e 190 in GU n. 45 del 2019), le quali hanno dato origine al secondo rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale alla Corte di Giustizia (ord. dell'8 luglio 2020, n. 182, in G.U. n. 32, 1° Serie Speciale, 05/08/2020, Pres. Cartabia – Rel. Sciarra). In termini critici sui profili di merito legati al rinvio, si v. S. GIUBBONI, *L'accesso all'assistenza sociale degli stranieri alla luce (fioca) dell'art. 34 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (a margine di un recente rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2020, p. 1982 ss.; in chiave più favorevole possono leggersi i contributi di G. PISTORIO, *L'operatività multilivello della leale collaborazione. Nota all'ordinanza n. 182 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Nomos*, n. 1/2021, p. 1 ss.; D. GALLO – A. NATO, *L'accesso agli assegni di natalità e maternità per i cittadini di Paesi terzi titolari di permesso unico nell'ordinanza n. 182/2020 della Corte costituzionale*, in *Eurojus*, n. 4, 2020, p. 308 ss.

<sup>8</sup> Un esempio di immediata applicazione può rintracciarsi in Corte Cass., Sez. Lav., sent. del 17 maggio 2018, n. 12108. Nel caso segnalato la Cassazione, dopo aver sollecitato il giudizio della Corte di Giustizia (cfr. ord. del 7 febbraio 2018, *Maturi e a.*, C-142/17, ECLI:EU:C:2018:68), decide di procedere immediatamente alla disapplicazione della norma interna e, quindi, di non rimettere la questione alla Corte costituzionale, dato il carattere non vincolante dell'*obiter* (pt. 13). Sul punto si v. L. S. ROSSI, *Il triangolo giurisdizionale e la difficile applicazione della sentenza 269/17 della Corte costituzionale italiana*, in questa rivista, n. 16, 2018, p. 8 ss., e M. MASSA, *Dopo la «precisazione». Sviluppi di Corte cost. n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2, 2019, p. 4 ss. Quanto alle ordinanze di rinvio pregiudiziale, tra le altre, si v. Trib. di Milano, ord. del 5 agosto 2019, C-652/19, *Fallimento Consulmarketing* (cfr. Corte di Giust., sent. del 17 marzo 2021, C-652/19, ECLI:EU:C:2021:208), e Cons. di Stato, Sez. IV, ord. di rinvio pregiudiziale del 5 settembre 2019 (n. 6101), *Sisal SpA c. Agenzia delle Dogane e dei Monopoli, Ministero dell'Economia e delle Finanze*, C-721/19 (in particolare si v. pt. 12, lett. e.1), e.2) ed e.3), su cui si v. G. TESAURO – DE PASQUALE, *La doppia pregiudizialità*, cit., pp. 301-302).

immediatamente alla non applicazione o rinviando a Lussemburgo; ed infine vi è anche chi si è determinato nel senso di attivare simultaneamente entrambi i rimedi pregiudiziali<sup>9</sup>.

Nel novero delle rimessioni al Giudice delle Leggi rientra quella della II sez. civ. della Corte di Cassazione<sup>10</sup> che, già nel gennaio 2018, sollevava plurime questioni di costituzionalità, tutte impiegate sulla disciplina dell'illecito di abuso di informazioni privilegiate (art. 187-*bis* del T.U.F., d.lgs. del 24 febbraio 1998, n. 58)<sup>11</sup>. Disciplina quest'ultima che, in forza della sua matrice eurounitaria, risulta ad avviso del rimettente indubbiata di profili di incompatibilità non già solo con la Costituzione, ma anche con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (oltre che con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo).

Come noto, il Giudice costituzionale ha preferito posporre parte della sua decisione, sollecitando in sede pregiudiziale l'intervento della Corte di Giustizia<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> È questa la scelta operata dalla *Corte d'Appello di Napoli* (ord. di rinvio pregiudiziale del 18 settembre 2019, *Balga Srl*, C-32/20; ord. di rimessione alla Corte costituzionale, reg. ord. n. 39/2020, in G.U. n. 20, 1° Serie Speciale, del 13/05/2020) e dal *Giudice di pace di Lanciano* (ord. di rinvio pregiudiziale del 28 maggio 2020, *XX c. OO*, C-220/20; ord. di rimessione alla Corte costituzionale, reg. ord. n. 184/2020, in G.U. n. 53, 1° Serie Speciale, del 28/05/2020). Quanto alle duplici rimessioni del primo giudice *a quo*, è intervenuta prima la Corte di Giustizia con l'ord. del 4 giugno 2020, *Tj c. Balga*, C-32/20, ECLI:EU:C:2020:441, poi la Corte costituzionale con la sent. del 4 novembre del 2020, n. 254, in G.U. n. 49, 1° Serie Speciale, del 02/12/2020, Pres. Morelli – Rel. Sciarra (a margine della quale si v. S. LEONE, *Doppia pregiudizialità: i rischi di un dialogo senza ordine*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2021, p. 183 ss.). Mentre per quel che concerne le ordinanze del Giudice di pace di Lanciano, sino ad ora, si è espressa solo la Corte di Giustizia con l'ord. del 10 dicembre 2020, *XX c. OO*, C-220/20, ECLI:EU:C:2020:1022. In generale, critiche sulla scelta di operare rinvii, allo stesso tempo, alla Corte costituzionale e alla Corte di Giustizia sono avanzate da A. RUGGERI, *Sliding doors per la “doppia pregiudizialità” (traendo spunto da Corte App. Napoli, I Unità Sez. lav., 18 settembre 2019, in causa n. 2784 del 2018, XY c. Balga)*, in *GiustiziaInsieme*, 25 maggio 2020; su queste tendenze, privilegiano una soluzione in termini *alternativi* dei due rimedi pregiudiziali R. MASTROIANNI, *Sui rapporti tra Carte e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali*, *cit.*, p. 513 ss.; S. LEONE, *In che direzione va la nuova giurisprudenza costituzionale sui casi di violazione di diritto fondamentale a doppia tutela*, in C. CARUSO – F. MEDICO – A. MORRONE (a cura di), *Granital Revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bononia University Press, Bologna, 2020, p. 117 ss.; EAD, *Doppia pregiudizialità: i rischi di un dialogo senza ordine*, *cit.*; e P. GAMBATESA, *Sulla scelta di esperire simultaneamente la questione di legittimità costituzionale e il rinvio alla Corte di Giustizia nelle ipotesi di doppia pregiudizialità*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2, 2020, p. 150 ss. Mentre, letture più favorevoli sul *modus procedendi* in questione sono fornite da 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, p. 25 ss.; EAD, *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e rimessione alla Consulta e tra disapplicazione e rimessione alla luce della giurisprudenza “comunitaria” e costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2020, p. 312; R. G. CONTI, *An, quomodo e quando del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia quando è ‘in gioco’ la Carta dei diritti fondamentali UE*, *cit.*, p. 27 ss.

<sup>10</sup> Cass., sez. II civ., ord. di rimessione del 24 gennaio 2018, n. 3831, in G.U. n. 14, 1° Serie Speciale, del 4/4/2018, con commenti di 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, p. 2 ss.; D. TEGA, *Il seguito in Cassazione della pronuncia della Corte costituzionale n. 269 del 2017: prove pratiche di applicazione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 26 marzo 2018; L. S. ROSSI, *Il “triangolo giurisdizionale” e la difficile applicazione della sentenza 269/17 della Corte costituzionale italiana*, in questa rivista, n. 16, 2018, p. 2 ss.

<sup>11</sup> Sui profili di merito, per tutti, si v. G.L. GATTA, “*Nemo tenetur se detergere*” e *procedimento amministrativo davanti alla CONSOB per l'accertamento dell'abuso di informazioni privilegiate: la Cassazione solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 187-quinquiesdecies T.U.F.*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 4, 2018, p. 156 ss.

<sup>12</sup> Giova anticipare che oggetto del rinvio alla Corte di Giustizia sono solo una parte delle questioni sollevate dal giudice *a quo*, le altre (per la precisione, quelle aventi ad oggetto l'art. 187-*sexies* del T.U.F.) vengono definite con la sent. del 6 marzo 2019, n. 112, in G.U. n. 20, 1° Serie Speciale, del 15/05/2019, Pres. Lattanzi – Rel. Viganò.

Intento principale di queste considerazioni sul “caso CONSOB” sarà analizzare il “dialogo” fra Corte costituzionale e Corte di Giustizia nelle ipotesi di doppia pregiudizialità, tentando così di delineare i punti di “forza” e di “debolezza” di questa prima significativa esperienza giurisprudenziale. Pur nella consapevolezza che, in esame, vi è solo un tassello del complesso *puzzle* dei rapporti fra le Corti, rapporti improntati sul noto principio di leale cooperazione<sup>13</sup>, di cui questo caso rappresenta un primo interessante esempio.

## 2. Le “coordinate” del caso CONSOB

Il caso oggetto di studio trae origine nell’ambito di un procedimento avviato in opposizione ad una delibera<sup>14</sup> della Commissione Nazionale per le Società e per la Borsa<sup>15</sup>, con la quale venivano irrogate, a carico di D.B., una serie di sanzioni amministrative (pecuniarie ed accessorie)<sup>16</sup>, a motivo della commissione, da parte di quest’ultimo, dell’illecito di abuso di informazioni privilegiate.

Rigettato il ricorso in primo grado – la cui competenza, per queste controversie, spetta alla Corte d’Appello (art. 187-*septies*, comma 4, T.U.F.) –, viene presentato appello in Cassazione, la quale giudica rilevanti e non manifestamente infondate le questioni di costituzionalità (per la gran parte) proposte dell’appellante.

In particolare, le questioni sollevate possono essere divise in due gruppi.

Un primo gruppo fa perno sulla dubbia costituzionalità dell’art. 187-*sexies* del T.U.F. che, in caso di accertamento positivo circa la commissione dell’illecito citato, dispone in automatico, nell’ambito del procedimento amministrativo *ad hoc* avviato, la confisca per equivalente con riguardo al profitto dell’illecito e ai mezzi impiegati per commetterlo, ovvero sia all’intero prodotto dell’illecito<sup>17</sup>.

Con riferimento al secondo, invece, il dubbio di legittimità costituzionale si palesa con riferimento all’art. 187-*quinqüesdecies* del T.U.F., nella parte in cui prescrive una sanzione amministrativa pecuniaria per chiunque non ottemperi alle richieste dall’Autorità rese nell’ambito del sindacato ispettivo di quest’ultima, ricollegando così a tali condotte un regime sanzionatorio ritenuto dal remittente incompatibile con il

---

<sup>13</sup> Il suddetto principio, come noto, trova riferimento esplicito nell’art. 4, par. 3, ove si legge che “in virtù del principio di leale cooperazione, l’Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell’adempimento dei compiti derivanti dai trattati”.

<sup>14</sup> Delibera CONSOB, 8 maggio 2012, n. 18199, “Applicazione di sanzioni amministrative nei confronti del Sig. D.B. ai sensi degli articoli 187-*bis* e seguenti del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58”.

<sup>15</sup> D’ora in poi nel testo, “CONSOB” o “Commissione”, oppure “l’Autorità”.

<sup>16</sup> In particolare, venivano irrogate a carico del ricorrente, da un lato, sanzioni per 200.000 euro e 100.000 euro ai sensi dell’art. 187-*bis*, comma 1, lett. a) e c), T.U.F., dall’altro, anche una sanzione pecuniaria di euro 50.000 *ex* art. 187-*quinqüesdecies* T.U.F. per il comportamento assunto in sede di procedimento, la sanzione accessoria prescritta all’art. 187-*quater* T.U.F. ed infine veniva disposta anche la confisca per equivalente ai sensi dell’art. 187-*sexies* del T.U.F.

<sup>17</sup> In particolare, veniva sollecitato lo scrutinio della Corte sull’art. 187-*sexies* del T.U.F., per il sospetto contrasto con gli artt. 3, 42, e 117, comma 1, Cost., quest’ultimo con riferimento all’art. 1 del Primo Protocollo addizionale alla CEDU e – congiuntamente all’art. 11 Cost. – anche agli artt. 17 e 49 della CdUE.

principio *nemo tenetur se detergere*<sup>18</sup>. A fondamento di quest'ultima censura – come si avrà modo di analizzare più diffusamente nel proseguo di questa analisi – vengono invocati come parametri costituzionali gli artt. 24, 111 e 117 Cost., quest'ultimo con riferimento agli artt. 6 CEDU e 14, comma 3 del Patto internazionale dei diritti civili e politici (“PIDCP”), nonché agli artt. 11 e 117 in relazione all’art. 47 della Carta di Nizza.

Quanto agli esiti, sul primo gruppo di questioni la Corte si pronuncia *subito* (sent. n. 112 del 2019)<sup>19</sup>, mentre per la definizione del secondo gruppo decide di “attendere” la decisione della Corte di Giustizia, a tale scopo adita con l’ordinanza n. 117 del 2019<sup>20</sup>. Per mezzo di quest'ultima, infatti, la Corte costituzionale sottopone al vaglio del Giudice dell’Unione due quesiti pregiudiziali, uno d’interpretazione e (per la prima volta, anche) uno di validità, che vengono definiti con la sentenza del 2 febbraio 2021 (C-481/19)<sup>21</sup>, preceduta dalle Conclusioni dell’Avvocato Generale Priit Pikamäe<sup>22</sup>.

Alla pronuncia del Giudice unionale segue, da ultimo, la pronuncia n. 84 del 2021 della Corte costituzionale che “chiude” il caso CONSOB con la dichiarazione di illegittimità costituzionale (parziale)

---

<sup>18</sup> Sui profili processuali del principio *nemo tenetur se detergere* la letteratura scientifica è molto vasta, *ex multis*, O. MAZZA, *I protagonisti del Processo*, in AAVV, *Procedura Penale*, Giappichelli, Torino, IV ed., p. 125 ss.; E. AMODIO, *Diritto al silenzio o dovere di collaborazione? A proposito dell’interrogatorio dell’imputato in un libro recente*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, p. 411 ss.; ID, *Giusto processo, diritto al silenzio e obblighi di verità dell’imputato sul fatto altrui*, in *Cass. pen.*, n. 12/2001, p. 3578 ss.; C. BONZANO, *Nemo tenetur se detergere e procedimento amministrativo: per la Consulta, la sanzione “punitiva” impone il due process of law*, in *Processo penale e giustizia*, n. 6, 2019, p. 1448 ss.

<sup>19</sup> *Supra* nt. n. 12.

<sup>20</sup> Corte cost., ord. di rinvio pregiudiziale del 6 marzo 2019, n. 117, in G.U. n. 20, 1° Serie Speciale, del 15/05/2019, Pres. Lattanzi – Rel. Viganò., a commento si v. di S. CATALANO, *Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità. Osservazioni a margine dell’opportuna scelta compiuta con l’ordinanza n. 117 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, n. 4, 2019, p. 157 ss.; A. ANZON DEMMIG, *Applicazioni virtuose della nuova “dottrina” sulla “doppia pregiudizialità” in tema di diritti fondamentali (in margine alle decisioni nn. 112 e 117/2019)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2019, p. 1417 ss.; nella medesima rivista anche G. SCACCIA, *Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e sindacato accentrato di legittimità costituzionale*, p. 1428 ss.; e da ultimo, B. SBORO, *Definendo il concorso di rimedi: le recenti vicende del “dialogo” tra Corti in materia di diritti fondamentali. Nota a Corte costituzionale, ordinanza n. 117 del 10 maggio 2019*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 1, 2021, p. 680 ss.; privilegiano anche l’analisi dei profili di merito B. NASCIMBENE, *Il divieto di bis in idem nella elaborazione della Corte di Giustizia dell’Unione Europea*, in *sistema Penale*, n. 4, 2020, p. 104 ss.; G. LASAGNI, *Prendendo sul serio il diritto al silenzio: commento a corte cost., ord. 10 maggio, n. 117*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 2, 2020, p. 135 ss.; e G. FARES, *Diritto al silenzio, soluzioni interpretative e controlimiti: la Corte costituzionale chiama in causa la Corte di Giustizia*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1, 2020, p. 57 ss.

<sup>21</sup> Corte Giust. [GS], sent. del 2 febbraio 2021, *DB c. Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)*, C-481/19, ECLI:EU:C:2021:84. A commento si v. L. MARIN, *Tradizioni costituzionali comuni costruite dal basso: la sentenza D.B. c. Consob sul diritto al silenzio*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2021, p. 227 ss., l’A. (p. 230) descrive la dinamica cooperativa tra Corti nei termini di “principio di *empatia istituzionale*”, il quale “ha il merito di impostare il dialogo su una linea d’onda armonica”; sulle stesse posizioni, E. BASILE parla (in *La Corte di giustizia riconosce il diritto al silenzio nell’ambito dei procedimenti amministrativi “punitivi”*, in *Sistema Penale*, 3 febbraio 2021) di “logica *bottom-up* nella tutela ‘multilivello’ dei diritti umani/fondamentali”. Sugli aspetti di merito dell’intera vicenda CONSOB si v. M. ARANCI, *Diritto al silenzio e illecito amministrativo punitivo: la risposta della Corte di Giustizia*, in *Sistema Penale*, n. 2, 2021, p. 73 ss.;

<sup>22</sup> Avv. Gen. Priit Pikamäe, conclusioni presentate il 27 ottobre 2020, *DB contro Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)*, C-481/19, ECLI:EU:C:2020:86, sui profili di merito, si v. A. SAKELLARAKI, *Halcyon Days for the Right to Silence: AG Pikamäe’s Opinion in Case DB v. Consob*, in *European Papers*, 14 gennaio 2021.

dell'art. 187-*quinquiesdecies*, cui si aggiunge l'incostituzionalità conseguenziale della medesima norma nella sua ultima versione (non applicabile *ratione temporis* nel giudizio *a quo*).

In conclusione, dei due gruppi di questioni descritti, solo il secondo sarà oggetto di analisi nel presente contributo. E pertanto il riferimento al “caso CONSOB” sarà operato prevalentemente con riguardo alle sole questioni poste dalla Corte di Cassazione sull'art. 187-*quinquiesdecies* T.U.F.

## 2.1. Uno sguardo al merito: il diritto al silenzio e i suoi riflessi sul caso in esame

A far da sfondo al caso CONSOB vi sono una serie di profili di merito relativi alla sanzione amministrativa pecuniaria *ex art. 187-quinquiesdecies* T.U.F., su cui fanno perno le questioni di legittimità costituzionale che in questa sede si intendono analizzare.

Occorre, anzitutto, affermare che la sanzione amministrativa in questione può colpire tutti quei soggetti (persone fisiche o giuridiche) nei cui confronti è stato avviato il procedimento amministrativo da parte della CONSOB, e presenta la specificità di essere disposta in virtù del comportamento assunto da tali soggetti nel corso dell'accertamento dell'illecito, e non già in forza della effettiva irrogazione della sanzione “principale”, ossia quelle relative all'abuso di informazioni riservate.

Ed infatti, le due “autonome” condotte che giustificano l'imposizione della sanzione amministrativa pecuniaria prescritta all'art. 187-*quinquiesdecies*<sup>23</sup> sono, alternativamente, (1) il non aver ottemperato tempestivamente alle richieste della Commissione, e (2) l'aver generato un ritardo alla CONSOB nell'esercizio delle sue funzioni ispettive e coercitive.

Dunque, da un lato, risulta ininfluenza che all'esito di questo accertamento la Commissione ritenga integrati gli estremi relativi all'illecito di *insider trading*; dall'altro, però, il fatto che l'Autorità amministrativa proceda per accertamento di *quell'illecito*, e non per altri<sup>24</sup>, assume particolare rilievo per le garanzie da applicare nell'ambito di *quel* procedimento amministrativo<sup>25</sup>.

In particolare, la garanzia processuale che rileva nel giudizio principale è quella riservata al soggetto sottoposto a procedimento di non cooperare alla propria incolpazione, corollario del diritto di difesa. Ed

---

<sup>23</sup> Come si avrà modo di precisare nel proseguito (*infra* §4.2.), la norma oggetto viene qui considerata nella sua versione in vigore al momento della commissione dell'illecito. Sulle novelle che intervengono con riferimento all'art. 187-*quinquiesdecies* si v. in particolare *infra* nt. 73.

<sup>24</sup> Cfr. C. DEODATO, *Sanzioni formalmente amministrative e sostanzialmente penale: i problemi procedurali connessi all'applicazione delle sanzioni Consob in materia di market abuse (e alcune soluzioni)*, in questa rivista, n. 23, 2019. L'A. (p. 5) sottolinea che non tutte le sanzioni amministrative pecuniarie disposte dalla CONSOB presentano il carattere sostanzialmente penale (si pensi, ad esempio, violazioni in tema di intermediazione finanziaria, *ex art. 190 e ss. T.U.F.*). Per queste sanzioni, pertanto, non emerge la necessità di applicare le garanzie proprie del processo penale. Si v., in particolare, la giurisprudenza della Corte di Cassazione citata dall'A. nella nota n. 4.

<sup>25</sup> Cfr. sent. *DB c. CONSOB*, C-481/19, cit. pt. 42. In tema di sanzioni amministrative ed estensione delle garanzie penalistiche si v. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Giuffrè, Milano, X ed., p. 214 ss.

in particolare, si tratta di una forma di (auto)difesa<sup>26</sup> passiva, che può esplicarsi in diverse e distinte modalità: dalla facoltà di non autoincriminarsi (*privilege against self incrimination*), alla possibilità di restare in silenzio di fronte a singole domande, sino alla facoltà di non essere interrogato (*right to be questioned*)<sup>27</sup>.

Come noto, la garanzia in questione opera, nelle sue varie declinazioni, nelle diverse fasi del processo penale, ma a detta del giudice *a quo* si troverebbe parimenti ad operare nell'ambito dei procedimenti attivati dalla CONSOB, in virtù del carattere sostanzialmente penale della sanzione che può essere inflitta all'esito degli stessi<sup>28</sup>. La disciplina dell'illecito in questione, però, non solo non consente l'esercizio di tale diritto, ma (addirittura) commina una sanzione per chi se ne avvale.

Nel giudizio *a quo*, infatti, il ricorrente lamenta l'illegittimità della sanzione amministrativa pecuniaria di 50.000 euro irrogata a motivo del suo comportamento dilatorio, concretizzatosi nell'aver più volte rinviato la data dell'audizione e per non aver, poi, risposto alle domande poste dalla Autorità una volta presentatosi.

In aggiunta, la disciplina degli illeciti di *market abuse* – qui d'interesse con riferimento esclusivo all'illecito di abuso di informazioni privilegiate – non si esaurisce con la previsione di sanzioni amministrative, ma è caratterizzata da un ben più solido “apparato” sanzionatorio (il c.d. *doppio binario sanzionatorio*)<sup>29</sup>. Potendo così le condotte di diffusione indebita di informazioni privilegiate essere oggetto di un processo e/o procedimento, rispettivamente penale e/o amministrativo, all'esito dei quali il giudice e/o la CONSOB possono irrogare una sanzione di tipo pecuniario da ventimila a tre milioni di euro (che, solo nel processo penale, può cumularsi con la pena della reclusione fino ad un anno)<sup>30</sup>.

Il tema del doppio binario sanzionatorio – che in questo contributo resterà parzialmente inesplorato – è stato oggetto di numerose pronunce delle Corti europee, che negli ultimi anni hanno avuto modo di consolidare le rispettive giurisprudenze ritenendo conformi al diritto convenzionale e dell'Unione tali sistemi sanzionatori. Ciò a patto che le sanzioni pecuniarie (di natura penale e/o amministrativa a carattere

<sup>26</sup> Così O. MAZZA, *I protagonisti del Processo*, cit., p. 126.

<sup>27</sup> *Ibid*, p. 127.

<sup>28</sup> A suggerire tale soluzione sono i noti insegnamenti che si devono alla giurisprudenza *Engels*, che impone di trattare come “penale” – e cioè applicando gli artt. 6 e 7 CEDU – ogni sanzione (anche amministrativa) che rientri in almeno uno dei tre noti criteri. Sul tema, per tutti, si v. F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Giappichelli, Torino, 2018.

<sup>29</sup> Cfr. Corte EDU, Sez. II, sent. del 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*, n. 18640/10; GC, sent. del 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia*, nn. 24130/11 e 29758/11. Per quel che concerne la Corte Giust., si v. le sentenze, tutte rese in data 20 marzo 2018, *Menci*, C-524/15, ECLI:EU:C:2018:197; *Garlsson Real Estate SA, en liquidation e a. contro Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)*, C-537/16, ECLI:EU:C:2018:193; e, *E. Puma e A. Zecca*, cause riunite C-596/16 e C-597/16, ECLI:EU:C:2018:192. Sul tema, per tutti, G.M. FLICK – V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? materia penale, giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2014, p. 1 ss.; 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*, n. 3-4, 2014, p. 219 ss.; e B. NASCIMBENE, *Ne bis in idem, diritto internazionale e diritto europeo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2 maggio 2018.

<sup>30</sup> In particolare, le disposizioni del T.U.F. che qui rilevano sono quelle di cui al capo II del Titolo I-bis (artt. 184-187).

afflittivo) comminate in forza del medesimo illecito risultino nel complesso proporzionate, e sussista il criterio della *sufficiente connessione sostanziale e temporale* tra i procedimenti<sup>31</sup>.

Inoltre, un elemento ulteriore che impatta sul diritto al silenzio concerne la connessione tra i procedimenti, amministrativo e penale, *ad hoc* instaurati per perseguire il medesimo illecito.

Questi, formalmente autonomi e distinti, sono improntati sulla reciproca collaborazione: all'art. 187-*decies*, comma 3, si legge: “La Consob e l'autorità giudiziaria collaborano tra di loro, anche mediante scambio di informazioni, al fine di agevolare l'accertamento delle violazioni delle disposizioni di cui al presente titolo capo III”.

Pertanto, il giudice rimettente ipotizza che l'assenza della garanzia in questione abbia anche delle possibili ripercussioni sul processo penale, ove invece l'imputato ha diritto di serbare silenzio con riguardo a quelle stesse informazioni.

Sul punto occorre anticipare che quest'ultima tesi trova accoglimento da parte del Giudice costituzionale, il quale osserva che “per quanto nell'ordinamento italiano non sia consentito utilizzare nel processo penale le dichiarazioni rese all'autorità amministrativa senza le garanzie del diritto di difesa, tra cui segnatamente l'avvertimento circa la facoltà di non rispondere, è ben possibile che tali dichiarazioni – ottenute dall'autorità amministrativa mediante la minaccia di sanzione per il caso di mancata cooperazione – possano in concreto fornire all'autorità stessa informazioni essenziali in vista dell'acquisizione di ulteriori elementi di prova della condotta illecita, destinati a essere utilizzati anche nel successivo processo penale contro l'autore della condotta”<sup>32</sup>.

### **3. Il primo confronto: i profili eurounitari della questione di costituzionalità sull'art. 187-*quinquiesdecies* del T.U.F.**

Esaurito l'esame dei profili di merito che fanno da sfondo alle questioni di costituzionalità prospettate dal giudice rimettente, occorre ora spostare il baricentro sull'analisi delle suddette questioni.

Ed in particolare, tale indagine si articolerà seguendo due differenti “strade”: la prima volta a mettere a confronto l'ordinanza di rimessione della Cassazione con quella di rinvio del Giudice delle Leggi; la seconda, invece, intende descrivere il differente approccio adottato dalle due Corti, di Giustizia (prima) e costituzionale (poi).

In altri termini, l'obiettivo dei due “confronti” menzionati è quello di vagliare gli aspetti positivi e negativi relativi al “dialogo” fra Giudice costituzionale ed eurounitario, ingaggiato dal Primo al fine di risolvere le

<sup>31</sup> *Ex multis*, sent. *A e B c. Norvegia*, *cit.* Sull'evoluzione del criterio menzionato si v. G. CALAFIORE, *La sentenza A e B c. Norvegia della Corte di Strasburgo ridimensiona la portata del principio ne bis in idem*, in *European Papers*, n. 2, 2017, p. 243 ss.

<sup>32</sup> Ord. n. 117/2019, *cit.*, n. 7.1. del *Considerato in diritto*, ult. cpv; nello stesso senso anche sent. n. 84/2021, *cit.*, n. 2.2. del *Considerato in diritto*, primo e secondo cpv.

questioni poste dal giudice di legittimità. Su questi presupposti, lo studio delle questioni di costituzionalità farà perno principalmente sui profili eurounitari.

### 3.1. Le ragioni sottese alla rimessione della Suprema Corte

In sede di rimessione alla Corte costituzionale, il giudice *a quo* censura in sostanza la mancata tutela del diritto al silenzio *anche* nell'ambito di un procedimento amministrativo al cui termine può essere irrogata una sanzione amministrativa "afflittiva". Ed in particolare, norma oggetto è quella impositiva di una sanzione amministrativa pecuniaria per chi dovesse decidere di non collaborare e/o ritardare l'attività ispettiva dell'Autorità amministrativa.

Le questioni si articolano con riguardo a diversi parametri costituzionali, sia "interni" che "esterni". Sui primi, viene invocata la tutela apprestata dagli articoli 24 e 111 Cost., posti a presidio rispettivamente, del diritto di difesa, corollario del diritto al silenzio, e del giusto processo, secondo cui le garanzie processuali poste nell'ambito di un procedimento amministrativo "a carattere penale" dovrebbero eguagliarsi a quelle fornite in un processo penale<sup>33</sup>.

Quanto, invece, a quelli "esterni" l'art. 117, comma 1, Cost. emerge come vettore per l'ingresso nel giudizio di costituzionalità degli artt. 6 CEDU, 14, comma 3, lett. g) del PIDCP e 47 della CdfUE (quest'ultimo invocato anche in relazione all'art. 11 Cost.).

I livelli di tutela cui può riferirsi il principio *nemo tenetur se detegere* risultano molteplici. Tra questi, il giudice di legittimità evidenzia una sostanziale *convergenza* sulla protezione del diritto al silenzio che si esplica sul piano convenzionale ed internazionale. In questo senso andrebbe, da un lato, la lettera dell'art. 14, comma 3, lett. g) del PIDCP che riconosce ad ogni individuo accusato in sede penale il diritto "a non essere costretto a deporre contro sé stesso od a confessarsi colpevole", e, dall'altro, la giurisprudenza convenzionale consolidatasi intorno all'art. 6 CEDU<sup>34</sup>, quale presidio del diritto di difesa. Infatti, con il caso *J.B. c. Svizzera* la Corte Edu ha ritenuto applicabile il diritto al silenzio anche nell'ambito di procedimenti amministrativi che possono culminare con l'infrazione di una sanzione pecuniaria a carattere punitivo.

---

<sup>33</sup> Prescindendo dalla peculiarità del carattere sostanzialmente penale che connota la sanzione amministrativa, e quindi di riflesso anche il procedimento amministrativo, l'art. 195, comma 2, T.U.F. sancisce che il procedimento sanzionatorio avviato dalla CONSOB è retto dal principio del contraddittorio e in questo vengono assicurate le garanzie difensive ai soggetti sottoposti a procedimento. Sul tema, *amplius*, W. TROISE MANGONI, *Il potere sanzionatorio della Consob. Profili procedurali e strumentalità rispetto alla funzione regolatoria*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 221 ss.

<sup>34</sup> Tra i precedenti della Corte EDU si v. sent. del 5 aprile 2012, *Chambaz c. Svizzera*, n. 11663/04; sent. del 8 febbraio 1996, *Murray c. Regno Unito*, n. 18731/91; sent. del 17 dicembre 1996 *Saunders c. Regno Unito*, n. 19187/91; sent. del 21 dicembre 2000, *Heaney e McGuinness c. Irlanda*, n. 34720/97; sent. del 3 maggio 2001, *J.B. c. Svizzera*, n. 31827/96; sent. del 4 ottobre 2005, *Shannon c. Regno Unito*, n. 6563/03; 8 ottobre 2002, *Beckles c. Regno Unito*, n. 44652/98.

Elementi di parziale *divergenza* potrebbero sorgere, invece, in relazione alla tutela eurounitaria, la quale risulta applicabile nel giudizio principale in forza della matrice europea delle norme nazionali sull'illecito di *insider trading*<sup>35</sup> (cfr. art. 51, par. 1, della CdfUE).

Occorre precisare che si tratta di una divergenza interpretativa dovuta ai confini, ancora incerti, del diritto di difesa *ex art.* 47 della Carta dei Diritti<sup>36</sup>.

Per il rimettente, le ragioni di tale incertezza poggiano principalmente su due aspetti<sup>37</sup>.

Il primo ha ad oggetto la potenziale violazione di alcune norme europee di diritto derivato in tema di *market abuse*. È questo il caso dell'art. 14, comma 3, della direttiva 2003/6/CE, in cui si richiede agli Stati Membri di “*fissa[re] delle sanzioni da applicare per l'omessa collaborazione alle indagini di cui all'art. 12*”. Per parte sua, la norma cui la disposizione citata fa rinvio precisa i poteri ispettivi e di vigilanza che spettano alla Autorità amministrativa nelle ipotesi in cui l'illecito oggetto di procedimento rientri nella sfera del *market abuse*, e tra questi, al par. 2 lett. b), compare anche la richiesta di “informazioni a qualsiasi persona, incluse quelle che intervengono successivamente nella trasmissione degli ordini o nell'esecuzione delle operazioni in questione, e ai loro mandanti e, se necessario, convocare e procedere all'audizione di una persona”.

Dalla lettura combinata degli artt. 14, par. 3, e 12, par. 2, lett. b) pare si evinca l'obbligo per gli Stati dell'Unione di introdurre una sanzione anche nei casi in cui il possibile autore dell'illecito amministrativo decida di non fornire all'Autorità informazioni in sede di audizione<sup>38</sup>. Ad un simile esito può giungersi

---

<sup>35</sup> Per la precisione la disciplina dell'illecito in questione può rintracciarsi nella direttiva europea 2003/6/CE, “relativa all'abuso di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato (abusi di mercato)”, trasposta poi con la legge comunitaria del 2004 (art. 9 della L. 18 aprile 2005, n. 62). Tale disciplina è oggi interamente sostituita dal Regolamento UE n. 596/2014, che rinnova e rafforza i molteplici obiettivi sottesi alla direttiva *Market Abuse* del 2003. Tra questi, a titolo di esempio, si può citare l'esigenza di assicurare l'integrità dei mercati finanziari, cui si somma l'intento di accrescere la fiducia degli investitori che operano nei mercati stessi (cfr. considerando n. 12 della dir. 2003/6/CE). Per una analisi sull'evoluzione storica della direttiva sul *market abuse* si v. G. RISSO, *Insider trading e direttiva market abuse: la nozione di «informazione precisa» torna al vaglio della Corte di Giustizia*, in *Eurojus*, 03 giugno 2015.

<sup>36</sup> M. D'AMICO, *Commento all'art. 47*, in R. BIFULCO – M. CARTABIA – A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti: Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Il Mulino, Bologna, 2001, p. 319 ss.; EAD, *Article 47: right to an effective remedy and to a fair trial*, in W.T.B. MOCK, G. DEMURO (a cura di), *Human Rights in Europe*, Carolina Academic Press, Durham, 2010.

<sup>37</sup> Cfr. ord. n. 3831/18, *cit.*, pt. 11.3.6

<sup>38</sup> Una conferma della lettura combinata sopra esposta può rintracciarsi nei *considerando* 37 e 38 della direttiva 2003/6/CE, ove si legge che “37. [i]l conferimento all'autorità competente di ogni Stato membro di un insieme minimo comune di strumenti e poteri forti garantirà l'efficacia della sua opera di vigilanza. [...]; 38. Al fine di garantire l'adeguatezza del quadro comunitario di contrasto agli abusi di mercato, ogni violazione dei divieti o degli obblighi fissati dalla presente direttiva dovrà essere tempestivamente scoperta e sanzionata. A tal fine le sanzioni dovrebbero essere sufficientemente dissuasive, proporzionate alla gravità della violazione e agli utili realizzati e dovrebbero essere applicate coerentemente”. E anche nei *considerando* 62 e 66 del regolamento n. 596/2014, che recitano così: “62. [i]l conferimento all'autorità competente di ogni Stato membro di una serie di strumenti, poteri e risorse adeguati garantirà l'efficacia della sua opera di vigilanza. Di conseguenza, il presente regolamento prevede, in particolare, una serie minima di poteri di vigilanza e di indagine che dovrebbero essere conferiti alle autorità competenti degli Stati membri conformemente al diritto nazionale [...]; 66. Se il presente regolamento specifica una serie minima di poteri che dovrebbero essere conferiti alle autorità competenti, tali poteri devono essere esercitati nell'ambito di un sistema giuridico nazionale completo che garantisca il rispetto dei diritti fondamentali, compreso il diritto alla tutela della vita privata. [...]”.

con riguardo agli articoli 30, par. 1, lett. b) e 23, par. 2, lett. b) del regolamento 596/2014, che a far data 6 luglio 2016 ha interamente sostituito la disciplina della direttiva 2003/6/CE.

Il secondo aspetto verte sul riconoscimento parziale del diritto a non incriminarsi da parte della Corte di Giustizia, che a partire dal 1989 ha riconosciuto lo *ius tacendi* solo con riguardo alle persone giuridiche<sup>39</sup>. E come ricorda il giudice *a quo*, nella giurisprudenza successiva, il Tribunale dell'Unione, sul presupposto che “[i]l riconoscimento di un diritto al silenzio assoluto, invocato dalla ricorrente, andrebbe infatti oltre quanto necessario per preservare i diritti della difesa”, ha specificato alcune “attenuazioni” a tale diritto, come “[i]l fatto di essere obbligati a rispondere ai quesiti di mero fatto posti dalla Commissione e di soddisfare le richieste della stessa di produzione di documenti preesistenti non è idoneo a costituire una violazione del principio del rispetto dei diritti della difesa o del diritto a un processo equo”<sup>40</sup>.

In altri termini, pur vero che in una prospettiva generale il diritto a non auto incolparsi sia stato ricollegato al diritto di difesa “europeo”, ma i dubbi sulla sua effettiva portata permangono.

La particolarità dell'ordinanza in commento si situa proprio nella scelta processuale adottata nella risoluzione di tali dubbi. E cioè nella preferenza accordata alla rimessione alla Corte costituzionale, in luogo del rinvio pregiudiziale al Giudice dell'Unione e dell'immediata disapplicazione della norma interna. La praticabilità di quest'ultima opzione non viene esclusa a priori, in virtù dei riconosciuti effetti diretti dell'art. 47 della CdfUE. A tale premessa il rimettente aggiunge la possibilità di colmare subito in sede interpretativa – per mezzo dell'art. 52, par. 3, della CdfUE<sup>41</sup> – le “incertezze” sulla effettiva portata del diritto al silenzio “europeo”, grazie al riferimento diretto agli approdi più significativi sul tema cui è giunta la Corte Edu. Ciò in forza della sostanziale identità del contenuto dispositivo degli artt. 47, par. 2, della CdfUE e dell'art. 6, par. 1, della CEDU.

Ora, secondo lo schema *Simmenthal-Granital*, in presenza di una norma della Carta attributiva di uno specifico diritto<sup>42</sup>, la Cassazione (in qualità di giudice di ultima istanza ai sensi dell'art. 267, par. 3, del TFUE<sup>43</sup>) avrebbe *dovuto*, tutt'al più, interrogare *in primis* la Corte di Giustizia sugli effetti diretti della norma, per poi eventualmente sollecitare il giudizio della Corte costituzionale nel caso questa fosse

<sup>39</sup> Cfr. Corte di Giust., sent. del 18 ottobre 1989, *Orkem c. Commissione*, C-374/87, ECLI:EU:C:1989:387.

<sup>40</sup> Tribunale UE, sentenza del 20 febbraio 2001, *Mannesmannröhren-Werke AG contro Commissione delle Comunità europee*, T-112/98, ECLI:EU:T:2001:61.

<sup>41</sup> L'art. 52, par. 3, CdfUE recita: “Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione”.

<sup>42</sup> Sulla distinzione principi e diritti della CdfUE, per tutti, si v. le riflessioni di A. BARBERA, *La Carta dei Diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2017, p. 1 ss., e A. O. COZZI, *Diretta applicabilità e sindacato accentratore di costituzionalità relativo alla violazione della Carta europea dei diritti fondamentali*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*, 2018, p. 1 ss.

<sup>43</sup> Sul tema dell'obbligo del giudice di ultima istanza si v. C. AMALFITANO, *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e rimessione alla Consulta e tra disapplicazione e rimessione alla luce della giurisprudenza “comunitaria” e costituzionale*, cit., p. 305 ss.

sprovvista di tali effetti. Tuttavia, decide di dar seguito all'*obiter dictum* della pronuncia n. 269, anticipando la rimessione al Giudice delle Leggi, e lasciando a questi la possibilità di adire il Giudice dell'Unione.

Infine, occorre precisare che il giudice di legittimità aderisce al nuovo indirizzo giurisprudenziale della Corte costituzionale, non senza però segnalare rilievi critici. Il riferimento è qui al tema degli "*altri profili*", cui la Corte costituzionale nell'*obiter* pare intendesse limitare il potere disapplicativo del giudice comune a seguito di una pronuncia di rigetto resa in prima battuta dallo stesso Giudice costituzionale.

Questo aspetto è oggetto di una attenta rimediazione da parte del Giudice delle Leggi già nelle pronunce immediatamente successive alla 269 del 2017<sup>44</sup>. In particolare, nelle sentenze nn. 20 e 63 del 2019<sup>45</sup>, la Corte offre una versione "temperata"<sup>46</sup> del nuovo orientamento, affermando che la rimessione prioritaria alla Corte costituzionale nei casi di doppia pregiudizialità non osta al "potere del giudice comune di procedere egli stesso al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, anche dopo il giudizio incidentale di legittimità costituzionale, e – ricorrendone i presupposti – di non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al suo esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta"<sup>47</sup>.

### 3.2. Il rinvio pregiudiziale da parte del Giudice costituzionale (ord. n. 117 del 2019)

Le questioni di costituzionalità avanzate dalla Corte di Cassazione sull'art. 187-*quinquiesdecies* vengono dapprima esaminate nell'ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2019.

<sup>44</sup> In termini critici sul tema de "gli altri profili" si v. A. RUGGERI, *Dopo la sent. n. 269 del 2017 della Consulta sarà il legislatore a fare da paciere tra le Corti?*, in *Consulta online*, n. 1, 2018, p. 157, ove si legge: "È singolare, tuttavia, che non ci si avveda del fatto che – perlomeno in non pochi casi – non si capisca quali possano essere questi ulteriori "profili", dal momento che già nella ordinanza di remissione alla Consulta il giudice comune indica quali sono, a suo avviso, i soli "profili" rilevanti per il caso, specifica cioè sotto quali aspetti la norma di legge appare sospetta di violare, a un tempo, la Costituzione e la Carta dell'Unione"; criticità sono evidenziate anche da E. SCODITTI, *Giudice costituzionale e giudice comune di fronte alla carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea dopo la sentenza costituzionale n. 269 del 2017*, in *il Foro it.*, 2018, p. 406 ss. *Contra*, si v. G. SCACCIA, *Evoluzione o rivoluzione nei rapporti fra diritto nazionale e diritto dell'Unione Europea? A margine della sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Il Processo*, 2018, p. 267-268, e S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta 'opportuna' della Corte costituzionale*, *cit.*, p. 26 ss., gli A. concordano nel ritenere che a seguito di una pronuncia di rigetto sarebbe più opportuno che il giudice *a quo*, intenzionato a non applicare la norma interna, promuova un rinvio pregiudiziale per far accertare alla Corte di Giustizia la fondatezza dei "persistenti" profili di incompatibilità, che riguarderanno (per forza di cose) solo il diritto dell'Unione.

<sup>45</sup> Sent. nn. 20 e 63 del 2019, *cit.* Per riferimenti bibliografici sul tema dell'attenuazione del rigore della "regola" enunciata nell'*obiter* si v. *supra* nt. 5; mentre, sui profili di merito si v., per la sentenza n. 20, I. A. NICOTRA, *Privacy vs trasparenza, il Parlamento tace e il punto di equilibrio lo trova la Corte*, in questa rivista, n. 7, 2019, e C. SICCARDI, *La prevenzione della corruzione e la promozione della trasparenza nel mondo dell'Università e della ricerca*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 8 maggio 2019, p. 15 ss.; per la pronuncia n. 63, G. TESAURO – P. DE PASQUALE, *Rapporti tra Corte e retroattività della lex mitior*, in *AISDUE*, I, 2019, p. 27 ss.; e C. NARDOCCI, *Quando la Corte costituzionale "vuole decidere": sulla retroattività in mitius della sanzione amministrativa, ma su base "costituzional-convenzionale"?*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n. 3, 2019, p. 1615 ss.

<sup>46</sup> L'espressione è di C. AMALFITANO, *in primis*, in *Il dialogo tra giudice comune, Corte di Giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, *cit.*

<sup>47</sup> Così sent. n. 63/2019, *cit.*, n. 4.3. del *Considerato in diritto*, terzo cpv; cfr. sent. n. 20/2019, *cit.*, n. 2.3. del *Considerato in diritto*, secondo cpv.

Il primo aspetto da cui bisogna prendere le mosse concerne il ridimensionamento dei “confini” della questione. Il giudice di legittimità formulava il suo dubbio di legittimità costituzionale sull’art. 187-*quinquiesdecies* T.U.F. “nella parte in cui detto articolo sanziona la condotta consistente nel *non ottemperare tempestivamente* alle richieste della CONSOB o nel *ritardare l’esercizio delle sue funzioni* anche nei confronti di colui al quale la medesima CONSOB, nell’esercizio delle sue funzioni di vigilanza, contesti un abuso di informazioni privilegiate”<sup>48</sup>.

La Corte costituzionale circoscrive la questione solo alla prima delle due condotte descritte dalla norma, ritenendo “che il dubbio di legittimità costituzionale prospettato si risolve essenzialmente nell’interrogativo se sia costituzionalmente legittimo sanzionare, ai sensi dell’art. 187-*quinquiesdecies* del d.lgs. n. 58 del 1998, chi si sia rifiutato di rispondere a domande dalle quali sarebbe potuta emergere la propria responsabilità, nell’ambito di un’audizione disposta dalla CONSOB nell’esercizio delle sue funzioni di vigilanza”. Ciò in quanto, “[...] il “diritto al silenzio”, fondato sulle norme costituzionali, europee e internazionali invocate, [non può] di per sé legittimare il rifiuto del soggetto di presentarsi all’audizione disposta dalla CONSOB, né il suo indebito ritardo nel presentarsi alla stessa audizione, purché sia garantito – diversamente da quanto avvenuto nel caso di specie – il suo diritto a non rispondere alle domande che gli vengano rivolte durante l’audizione stessa”<sup>49</sup>.

Precisati i “confini” entro cui si articolerà il Suo intervento, il Giudice delle Leggi mostra di condividere le censure mosse con riferimento all’art. 24 Cost, sia pur non dichiarando immediatamente l’illegittimità costituzionale.

Ed in particolare, da un lato, conferma che il diritto al silenzio trova protezione al livello costituzionale, in quanto “corollario essenziale dell’inviolabilità del diritto di difesa” caratterizzante la stessa *identità costituzionale italiana*. Dall’altro, aggiunge che il suddetto diritto trova applicazione anche nei casi in cui esso venga invocato nei procedimenti amministrativi volti a comminare una sanzione pecuniaria di tipo “afflittivo”.

La Corte costituzionale, dunque, giunge allo stesso approdo cui era pervenuta la Corte Edu, ma rileva che un eventuale accoglimento rischierebbe di porsi in contrasto con il diritto dell’Unione, dal momento che – come aveva puntualizzato il giudice *a quo* – vi sono norme di diritto derivato (quali, gli artt. 14, par. 3, della direttiva 2003/6/CE e 30, par. 1, lett. b) del Regolamento n. 596/2014) che richiedono agli Stati Membri l’introduzione di obblighi sanzionatori a carico di quei soggetti che non collaborino con l’Autorità, nell’ambito dell’esercizio delle funzioni di vigilanza di quest’ultima.

<sup>48</sup> Ord. n. 3831/2018, cit., pt. 11.1, enfasi aggiunta.

<sup>49</sup> Ord. n. 117/2019, cit., n. 4 del *Considerato in diritto*, primo e secondo cpv. Sul punto la dottrina ha avuto modo di sottolineare il c.d. *principio di graduabilità delle garanzie processuali*, secondo cui il diritto al silenzio troverebbe differente applicazione a seconda della tipologia del procedimento e della fase dello stesso; sul tema si v. C. BONZANO, *Nemo tenetur se detergere e procedimento amministrativo*, cit., p. 1451 ss.

Ed è proprio per la presenza di questa “distonia”<sup>50</sup> che la Corte sospende il suo giudizio e pone due quesiti pregiudiziali al Giudice dell’Unione: il primo di interpretazione e il secondo di validità.

In prima battuta, si chiede se le disposizioni di diritto derivato citate, da cui peraltro ha origine lo stesso art. 187-*quinquiesdecies*, possano essere interpretate nel senso che si consente agli Stati membri di non comminare sanzioni per coloro i quali decidano di rifiutarsi di rispondere o prendere parte all’interrogatorio dell’Autorità amministrativa, da cui potrebbe derivare una responsabilità di tali soggetti per un illecito punibile con sanzione amministrativa “afflittiva”.

In subordine, nel caso la Corte di Giustizia definisca il primo quesito nel senso che osti al diritto dell’UE una disciplina nazionale che non preveda sanzioni in caso di “silenzio”, allora, si chiede di valutare la compatibilità delle suddette norme di diritto derivato con le norme della CdfUE, in tema di diritto di difesa (artt. 47 e 48), che ai sensi della stessa Carta (art. 52, parr. 3 e 4) vanno interpretati alla luce della CEDU e delle tradizioni costituzionali comuni.

Un primo interessante profilo che emerge dalla lettura dell’ord. n. 117 concerne il “tono” del rinvio. E cioè se sottesa alla scelta di rimettere gli atti a Lussemburgo vi sia un mero intento dialogico, volto a sollecitare solo un confronto sullo standard di tutela del diritto al silenzio; oppure, vi sia anche l’implicita “minaccia” del ricorso all’utilizzo dei *controlimiti*<sup>51</sup>, che potrebbero essere azionati laddove lo scrutinio della Corte di Giustizia non dovesse concludersi nel senso dell’identità tra la tutela costituzionale e quella eurounitaria.

Quest’ultima eventualità non viene espressamente menzionata dal Giudice costituzionale, ma parte della dottrina non ha mancato di leggerla in filigrana. In particolare, tale lettura potrebbe ancorarsi al richiamo all’*identità costituzionale* italiana che la Corte opera quando riconosce l’inviolabilità del diritto di difesa *ex* art. 24 Cost., cui inerisce il diritto al silenzio.

---

<sup>50</sup> A. ANZON DEMING, *Applicazioni virtuose della nuova “dottrina” sulla “doppia pregiudizialità” in tema di diritti fondamentali*, *cit.*, p. 1424.

<sup>51</sup> Il binomio “dialogo” e “controlimiti” consente di fare richiamo alla saga *Taricco* (su cui, *amplius*, C. AMALFITANO (a cura di), *Primato dell’Unione Europea e controlimiti alla prova della “Saga Taricco”*, Giuffrè, Milano, 2018), la quale non ha mancato di influenzare successive scelte del Giudice costituzionale, come quella assunta con l’*obiter* della sent. n. 269. Sulla connessione tra *Taricco* e “regola 269”, si v., nella curatela citata i contributi di M. D’AMICO, *Tra legislatore, Corte costituzionale e giudici comuni: alcune riflessioni intorno alle ricadute interne della sentenza Taricco II della Corte di giustizia*, p. 240 ss., e di B. RANDAZZO, *Le Corti e la fascinazione del “dialogo”: tra cooperazione e negoziazione. A margine della vicenda Taricco e dintorni*, p. 293 ss.; in argomento si v. anche R. ROMBOLI, *Dalla “diffusione” all’ “accentramento”: una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale*, *cit.*; in chiave critica, v. C. AMALFITANO, *Rapporti di forza tra Corti, sconfinamento di competenze e complessivo indebolimento del sistema UE?*, in *La legislazione penale*, 4 febbraio 2019; e D. GALLO, *Efficacia diretta del diritto UE, procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze n. 269/2017 e 115/2018*, *cit.*

In questa prospettiva, viene ipotizzato che la Corte costituzionale con l'ordinanza n. 117 abbia invitato il Giudice europeo a conformarsi allo standard di tutela garantito dall'ordinamento nazionale, che nel caso di specie, tra l'altro, è pari a quello convenzionale<sup>52</sup>.

In altre parole, dietro un apparente dialogo la Corte sembra voglia rivendicare “il massimo livello di tutela [del] parametro nazionale”, ragion per cui se il Giudice europeo non si dovesse “adeguare”, sarebbe, poi, l'Unione a trovarsi a garantire uno stesso diritto fondamentale con una minore “intensità”<sup>53</sup>.

Sullo stesso solco dell'ultima tesi esposta si collocano altri commentatori, secondo cui il richiamo all'identità costituzionale abbia ristretto “il margine di apprezzamento” dei Giudici di Lussemburgo, i quali nel decidere dovranno tenere in conto dell'eventuale applicazione dei *controlimiti* da parte del Giudice costituzionale<sup>54</sup>.

Tuttavia, il richiamo all'*identità costituzionale italiana* ha sollecitato anche letture differenti da quelle sino qui prospettate.

In particolar modo, l'iniziativa del rinvio pregiudiziale sarebbe riconducibile ad una tendenza al dialogo, sempre più improntata allo spirito di leale cooperazione che deve animare le Corti in un sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali<sup>55</sup>. E sulla scorta di questo presupposto, dunque, l'angolo prospettico da cui “vedere” il richiamo all'identità costituzionale è quello della *partecipazione*, che si concretizza attraverso il contributo alla conoscenza della “tradizione costituzionale italiana”, che è parte delle tradizioni costituzionali comuni<sup>56</sup>.

In definitiva, sia che si opti per l'una o per l'altra lettura, non può però non evidenziarsi che l'atteggiamento della Corte costituzionale in relazione al dialogo con la Corte di Giustizia sia più di tipo collaborativo, piuttosto che difensivo; ciò proprio in virtù del fatto che il Giudice delle Leggi sia “alla ricerca di standard comuni, e condivisi, di tutela dei diritti fondamentali nello spazio giuridico europeo”<sup>57</sup>.

### 3.3. (... segue) Le problematiche sull'ordine dei quesiti pregiudiziali

Un secondo profilo d'interesse dell'ordinanza in esame riguarda il fatto che la Corte costituzionale pone per la prima volta anche un quesito pregiudiziale di validità.

---

<sup>52</sup> F. BIONDI, *Quale dialogo tra le Corti?*, in questa rivista, n. 18, 2019, p. 14.

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> Cfr. G. SCACCIA, *Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sindacato accentrato di legittimità costituzionale*, cit., p. 143 e 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*, cit., p. 165-166.

<sup>55</sup> A. ANZON DEMING, *Applicazioni virtuose della nuova “dottrina” sulla “doppia pregiudizialità” in tema di diritti fondamentali*, cit., p. 1425.

<sup>56</sup> *Ibidem*.

<sup>57</sup> In questi termini si è espresso in sede scientifica il Giudice F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2019, p. 495.

Nell'ottica di un miglioramento della *qualità* del dialogo fra Giudice costituzionale e Giudice dell'Unione, l'aspetto citato risulta di particolare interesse, e per questo sollecita alcune ulteriori riflessioni.

Su un piano teorico, la dottrina eurounitaria ha evidenziato le *asimmetrie* tra le due tipologie di rinvio pregiudiziale<sup>58</sup>. Prima fra tutti, quella sull'oggetto dei rinvii, che emerge già dalla lettera dell'art. 267, par. 1, del TFUE. A tal proposito, risulta ammissibile il ricorso allo strumento pregiudiziale interpretativo sia per i Trattati (inclusa anche la CdfUE) che per gli atti di diritto derivato; mentre oggetto del rinvio di validità possono essere solo quest'ultimi. Al contrario, le norme nazionali non sono (formalmente) oggetto di nessuna tipologia di rinvio, anche se è indiscusso il loro rilievo nell'ambito del rinvio interpretativo.

Dunque, le norme unionali di diritto derivato giocano un ruolo, seppur diverso, in entrambi i rinvii. In quello di validità ne viene valutata la legittimità con la fonte UE gerarchicamente superiore (i Trattati o la CdfUE), invece in quello di interpretazione la Corte di Giustizia interpreta le disposizioni europee tenendo conto anche del contesto nazionale, ove queste devono essere applicate<sup>59</sup>.

Volgendo, ora, l'attenzione ai quesiti posti nella ordinanza n. 117 del 2019, il Giudice costituzionale chiede alla Corte di Giustizia di compiere un doppio scrutinio: il primo volto all'esame interpretativo delle disposizioni di diritto derivato (artt. 14, par. 3, della direttiva 2003/6/CE e 30, par. 1, lett. b) del Regolamento n. 596/2014) alla luce del diritto nazionale (art. 187-*quinquiesdecies* T.U.F.); il secondo, da effettuarsi in caso di risposta negativa, mira a sollecitare un giudizio di validità delle norme di diritto derivato rispetto a quelle della CdfUE (artt. 47 e 48), quali parametri di legittimità.

In altri termini, è chiaro che l'intento di subordinare il quesito sulla validità a quello interpretativo ha come scopo quello di evitare lo scrutinio sulla legittimità ove venga fornito un responso positivo al primo. Tuttavia, si ritiene che, anche in quest'ultima eventualità, il quesito potrebbe comunque essere scrutinato, non operando in automatico l'assorbimento. Tecnica cui, invece, si potrebbe ricorrere se fosse posto in subordine il quesito di interpretazione. Ed infatti, se il Giudice dell'Unione dovesse prioritariamente esaminare la validità del diritto derivato, e dovesse concludere tale accertamento in senso negativo, sarebbe poi inutile fornire la sua interpretazione dal momento che tale norma non sarebbe più suscettibile di applicazione nel giudizio principale.

Inoltre, il tema del cumulo dei quesiti ha dei riflessi anche sull'intero sistema della doppia pregiudizialità.

---

<sup>58</sup> F. FERRARIO – F. ROLANDO, *Asimmetrie tra rinvio pregiudiziale di interpretazione e di validità*, in F. FERRARIO – C. IANNONE (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 17 ss.

<sup>59</sup> Tuttavia, come sottolinea autorevole dottrina, sottesa al rinvio pregiudiziale di interpretazione vi è in sostanza una richiesta di scrutinio di validità della norma interna, sul punto, si v. R. ROMBOLI, *Caro Antonio ti scrivo (cos' mi distraigo un po')*. In dialogo con il *Ragguelpensiero sul tema della "doppia pregiudizialità"*, in *Consulta online*, n. 3, 2019, p. 649.

Ci si riferisce in particolare all'*obiter dictum* espresso dalla Corte di Giustizia nella decisione *Melki e Abdell*<sup>60</sup>. La decisione eurounitaria, nota per i tre criteri cui il Giudice dell'UE ha subordinato la conformità al diritto dell'Unione dei meccanismi nazionali di scrutinio prioritario da parte delle Corti costituzionali nazionali, al punto 55 precisa anche quanto segue.

“Qualora [...] il carattere prioritario di un procedimento incidentale di controllo della legittimità costituzionale si concluda con l'abrogazione di una legge nazionale che si limita a recepire le disposizioni imperative di una direttiva dell'Unione, a causa della contrarietà di detta legge alla Costituzione nazionale, la Corte [di Giustizia] potrebbe, in pratica, essere privata della possibilità di procedere, su domanda dei giudici del merito dello Stato membro interessato, al controllo della validità di detta direttiva con riguardo agli stessi motivi relativi alle esigenze del diritto primario, segnatamente dei diritti riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, alla quale l'art. 6 TFUE conferisce lo stesso valore giuridico che riconosce ai Trattati”.

Questa affermazione non assume rilievo per la risoluzione dei quesiti posti dalla *Cour de cassation* nel caso *Melki*<sup>61</sup> (l'art. 78-2, quarto comma, del codice di procedura penale francese non era, infatti, una norma adottata in ordine alla trasposizione di una direttiva dell'UE), ma lo stesso non può dirsi per il caso CONSOB. L'art. 187-*quinquiesdecies*, difatti, viene introdotto con la legge comunitaria del 2004 (l. 18 aprile 2005, n. 62), al cui art. 9 recepisce la direttiva 2003/6/CE.

Pertanto, la Corte di Lussemburgo, in ipotesi come il caso CONSOB, ritiene necessario esprimersi per prima sulla validità della norma dell'Unione, su cui si fonda la norma nazionale oggetto della questione di costituzionalità, ciò proprio in virtù delle ripercussioni che tale norma unionale ha per tutti gli Stati membri.

In conclusione su questo profilo, nella prospettiva della leale cooperazione tra le Corti, può leggersi in chiave positiva la scelta della Corte costituzionale di affiancare un rinvio di validità ad uno di interpretazione. Ne risulta così rafforzata la teoria del “dialogo”, il cui ricorso non si giustifica più solo con riferimento all'esame più approfondito della norma europea, ai fini della sua applicazione nel giudizio principale, ma anche in relazione ai potenziali effetti che lo scrutinio sulla legittimità di tale norma potrà avere sull'intero ordinamento di tutti gli Stati dell'Unione.

---

<sup>60</sup> Corte Giust., sent. del 22 giugno 2010, *Melki e Abdell*, cause riunite C-188/10 e C-189/10, ECLI:EU:C:2010:363. Per un approfondimento sulla pronuncia *Melki* e sull'*obiter dictum* citato si v. F. DONATI, *I principi del primato e dell'effetto diritto del diritto dell'Unione in un sistema di tutele concorrenti dei diritti fondamentali*, in questa rivista, n. 12, 2020 e D.U. GALETTA, *Autonomia procedurale e dialogo costruttivo fra i giudici alla luce della sentenza Melki*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2011, p. 223 ss.

<sup>61</sup> Sul caso *Melki* e, più in generale, sulla riforma francese relativa all'introduzione della *question prioritaire de constitutionnalité* da sollevare in via incidentale al *Conseil Constitutionnel* si v. per tutti, S. CATALANO, *La question prioritaire de constitutionnalité in Francia: analisi di una riforma attesa e dei suoi significati per la giustizia costituzionale italiana*, ESI, Napoli, 2016, p. 162 ss.

#### 4. Il secondo confronto: la tutela costituzionale, internazionale ed europea del “diritto al silenzio”

Come è stato già anticipato sopra (§ 3), focus del secondo confronto saranno le “tappe” finali del caso CONSOB, ovvero la sentenza del 2 febbraio 2021 della Corte di Giustizia (§ 4.1.) e la decisione della Corte costituzionale del 13 aprile 2021, n. 84 (§ 4.2.).

##### 4.1. La sentenza della Corte di Giustizia *D.B. c. CONSOB (C-481/19)*

Con la sentenza *D.B. c. CONSOB* la Corte di Giustizia entra per la prima volta nel merito di rinvio pregiudiziale operato in ipotesi di doppia pregiudizialità<sup>62</sup>.

Ai fini di queste considerazioni, l’aspetto di maggiore interesse concerne la particolare scelta del Giudice di Lussemburgo di riformulare le questioni pregiudiziali proposte con l’ord. n. 117 del 2019.

Ed in particolare, nella pronuncia in esame i quesiti vengono fusi in un’unica domanda pregiudiziale: “se l’articolo 14, paragrafo 3, della direttiva 2003/6 e l’articolo 30, paragrafo 1, lettera b), del regolamento n. 596/2014, letti alla luce degli articoli 47 e 48 della Carta, debbano essere interpretati nel senso che essi consentono” l’applicazione del diritto al silenzio nei procedimenti amministrativi che possono sfociare nell’inflizione di una sanzione pecuniaria a carattere punitivo<sup>63</sup>. Sul punto, si noti, inoltre, che anche l’Avvocato Generale Priit Pikamäe nelle sue conclusioni auspicava la riformulazione dei quesiti pregiudiziali<sup>64</sup>.

L’iter argomentativo seguito dalla Corte di Giustizia si sviluppa in due parti: nella prima (pt. 35-48) viene chiarita l’interpretazione degli artt. 47 e 48 della CdfUE in relazione al diritto a non autoincriminarsi, e sulla scorta di tale esegesi, nella seconda parte (pt. 49-56) viene fornita l’interpretazione delle disposizioni di diritto derivato invocate nel rinvio.

Quanto alla prima parte, il Giudice dell’Unione ritiene che la garanzia per le persone fisiche di serbare silenzio in procedimenti amministrativi, quale quello attivato dalla CONSOB per l’illecito di informazioni privilegiate, trovi fondamento negli articoli 47, par. 2, e 48 della CdfUE<sup>65</sup>. E sulla portata di tale garanzia

---

<sup>62</sup> Dopo l’*obiter dictum* della pronuncia n. 269 del 2017, il Giudice dell’UE si è trovato a giudicare i rinvii pregiudiziali operati in (presunte) ipotesi di doppia pregiudizialità: il primo è quello promosso dalla Corte d’Appello di Napoli, *cit.*, *supra* nt. 9, il secondo è quello del Giudice di pace de L’Aquila (ord. del 19 settembre 2018, causa C-618/18, *G. Di Girolamo*), deciso dalla Corte di Giustizia con l’ord. del 17 dicembre del 2019, C-618/18, *G. Di Girolamo c. Ministero della Giustizia*, ECLI:EU:C:2019:1090. Entrambi i rinvii terminano con pronunce di inammissibilità, le quali oltre a non trattare il merito delle censure mancano di precisare la sua “posizione” sul nuovo *modus procedendi* del giudice costituzionale, sul tema si v. P. GAMBATESA, *Le sorti incerte della non ancora ben definita “regola” pretoria del Giudice delle Leggi in tema di doppia pregiudizialità*, in corso di pubblicazione nella raccolta Atti del Seminario Italo-spagnolo (V ed., 14 e 15 dicembre 2020).

<sup>63</sup> Sent. *DB c. CONSOB*, C-481/19, *cit.*, pt. 34

<sup>64</sup> Conclusioni Avv. Generale Priit Pikamäe, *cit.*, pt. 39 ss.

<sup>65</sup> Nella motivazione del profilo in esame sono numerosi i richiami alla giurisprudenza della Corte EDU in tema di diritto al silenzio così come protetto dall’art. 6 CEDU (cfr. pt. 38-40).

viene condivisa la ricostruzione fornita dalla Corte costituzionale, e cioè il diritto a non autoincriminarsi, invocabile in procedimenti amministrativi “punitivi”, deve riferirsi alla possibilità di non replicare alle domande rivolte, non potendo, dunque, “giustificare qualsiasi omessa collaborazione con le autorità competenti, qual è il caso di un rifiuto di presentarsi ad un’audizione prevista da tali autorità o di manovre dilatorie miranti a rinviare lo svolgimento dell’audizione stessa” (pt. 41)<sup>66</sup>.

Ciò premesso, la Corte procede, poi, all’esame degli artt. 14 par. 3, della direttiva 2003/6 e 30, par. 1, lett. b), del regolamento n. 596/2014, con l’obiettivo di “verificare se tali disposizioni del diritto derivato dell’Unione si prestino ad essere *interpretate in conformità* al suddetto diritto al silenzio” (enfasi aggiunta).

A ben vedere, il tipo di scrutinio che la Corte si appresta a compiere in questa seconda parte della decisione non è meramente interpretativo, ma è di validità. Ciò in quanto la Corte valuta la legittimità delle norme di una direttiva e di un regolamento, utilizzando come parametro di validità la Carta di Nizza.

Tale secondo scrutinio ha esito positivo nel senso che tra le diverse interpretazioni che è possibile attribuire alle disposizioni di diritto derivato la Corte privilegia quella che non si pone in contrasto con il diritto al silenzio, tutelato dalle norme parametro della Carta dei Diritti<sup>67</sup>. Riecheggia, anche fuori dai confini nazionali, il noto insegnamento della pronuncia n. 356 del 1996 della Corte costituzionale, secondo cui “*le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali*”<sup>68</sup>.

Dunque, anche in ambito eurounitario si conferma<sup>69</sup> l’idea secondo cui la dichiarazione della illegittimità di una norma resta l’*extrema ratio*, in quanto deve intervenire nel caso non sia possibile risolvere il contrasto in sede interpretativa. Volendo assegnare una “etichetta” a tale decisione della Corte dell’UE, si potrebbe,

---

<sup>66</sup> In chiave critica sullo spazio applicativo del diritto al silenzio si v. A. MARCHESALLI, *Il diritto al silenzio tra diritti fondamentali e doveri fondamentali in materia tributaria*, cit., p. 459.

<sup>67</sup> Ed in particolare, ai par. 51 e 52 della sent. *DB c. CONSOB*, C-481/19, cit., si legge quanto segue. “51. Per quanto riguarda, anzitutto, l’articolo 14, paragrafo 3, della direttiva 2003/6, esso stabilisce che gli Stati membri devono determinare le sanzioni applicabili in caso di omessa collaborazione nell’ambito di un’indagine svolta ai sensi dell’articolo 12 di detta direttiva. Quest’ultimo articolo precisa che, in tale contesto, l’autorità competente deve poter richiedere informazioni a qualsiasi persona e, se necessario, convocare e procedere all’audizione di una determinata persona. 52. Se certo i termini delle due disposizioni di cui sopra non escludono, in maniera espressa, che l’obbligo imposto agli Stati membri di stabilire le sanzioni applicabili in un caso siffatto si applichi anche in caso di rifiuto, da parte di una persona sottoposta ad audizione, di fornire alla suddetta autorità risposte che siano suscettibili di far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative aventi carattere penale oppure la sua responsabilità penale, nulla nella formulazione dell’articolo 14, paragrafo 3, della direttiva 2003/6 osta neppure ad un’interpretazione di tale disposizione secondo cui detto obbligo non si applica in un caso siffatto”.

<sup>68</sup> Corte cost., sent. del 14 ottobre 1996, n. 356, pubblicata in G.U. del 30 ottobre 1996, 1° Serie Speciale, n. 44, Pres. Ferri – Rel. Zagrebelsky, qui citato n. 4 del *Considerato in diritto*, secondo cpv. Sul “nuovo corso” della giurisprudenza costituzionale in tema di interpretazione conforme si v., per tutti, T. GROPPI, *Il ri-accentramento nell’epoca della ri-centralizzazione. Recenti tendenze dei rapporti tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in questa rivista, n. 3, 2021, p. 128 ss.

<sup>69</sup> Il precedente giurisprudenziale richiamato sul punto è sent. del 14 maggio, *M. e a.*, C-391/16, C-77/17, C-78/17, EU:C:2019:403, ed in particolare al pt. 50 della sent. *DB c. CONSOB*, C-481/19, cit., si rinvia al pt. 77.

ancora una volta, mutuare dalla giustizia costituzionale italiana la tipologia decisoria delle *sentenze interpretative di rigetto*.

In altri termini, la Corte di Giustizia fondendo i due quesiti pregiudiziali ne scompagina anche l'ordine di esame proposto dalla Corte costituzionale e lo scrutinio sulla validità diviene strumentale a quello sull'interpretazione. Ciò in quanto il Giudice dell'Unione: a) *in primis* ancora agli artt. 47, par. 2, e 48 della CdfUE il diritto per le persone fisiche di non procedere alla proprio auto-incolpazione nell'ambito di procedimenti amministrativi a carattere "punitivo"; b) per poi, scrutinare la validità delle norme di diritto derivato invocate alla luce della CdfUE e concludere tale scrutinio nel senso che tali norme non impongono obblighi sanzionatori a carico degli Stati membri nelle ipotesi in rilievo nel giudizio principale. Viene, così, fornita anche una risposta implicita al quesito interpretativo, il quale dovrà risolversi ritenendo che non osta al diritto UE una norma interna che non punisce chi non fornisce informazioni da cui può derivare la sua responsabilità.

In sintesi, da questa pronuncia si evince che la tutela "eurounitaria" del diritto al silenzio è eguale a quella fissata al livello costituzionale e convenzionale.

Tuttavia, dall'impianto tecnico-argomentativo della Corte di Lussemburgo resta fuori la "*tradizione costituzionale*"<sup>70</sup>, così come esplicitata dal Giudice delle Leggi nell'ord. n. 117 del 2019. Pur precisando, che anche se vi fosse stata menzione della suddetta tradizione costituzionale, il risultato finale non sarebbe cambiato (ciò proprio in virtù della sostanziale convergenza delle tutele che, su più livelli, entrano in gioco).

Inoltre, da un punto di vista meramente formale, vi è traccia di tale "esclusione" dal *reasoning* della Corte di Giustizia già da una prima lettura del quesito riscritto. Infatti, nella formulazione originaria del secondo quesito, quello di validità, la Corte costituzionale domandava la valutazione della legittimità degli articoli della direttiva e del regolamento "con gli articoli 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, *anche alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di articolo 6 CEDU e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri*" (corsivo aggiunto). Mentre nel quesito riscritto dalla Corte di Lussemburgo, scompaiono i riferimenti alla CEDU e alle tradizioni costituzionali comuni ("se l'articolo 14, paragrafo 3, della direttiva 2003/6 e l'articolo 30, paragrafo 1, lettera b), del regolamento n. 596/2014, letti alla luce degli articoli 47 e 48 della Carta, debbano essere interpretati nel senso che [...]").

---

<sup>70</sup> In tema di tradizioni costituzionali comuni, *ex multis*, O. POLLICINO, *Corte di Giustizia e giudici nazionali: il moto "ascendente", ovvero la incidenza delle "tradizioni costituzionali comuni" nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell'Unione*, in *Consulta online*, 2015, n. 1, p. 242 ss.

## 4.2. L' accoglimento parziale e consequenziale della Corte costituzionale (sent. n. 84 del 2021)

Restituiti gli atti al Giudice costituzionale, Questi con la sentenza n. 84 del 2021 dichiara la illegittimità parziale dell'art. 187-*quinquiesdecies* del T.U.F., per la violazione degli artt. 24, 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 6 CEDU e 14, par. 3, lett. g), PIDCP<sup>71</sup>, nonché agli artt. 11 e 117, comma 1, Cost. in relazione all'art. 47 CdfUE, “nella parte in cui si applica anche alla persona fisica che si sia rifiutata di fornire alla CONSOB risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative di carattere punitivo, ovvero per un reato”<sup>72</sup>.

In altri termini, trova dignità di diritto fondamentale, sul piano costituzionale e sovranazionale, lo *ius tacendi* che rientra non già solo nelle garanzie dell'imputato in un processo penale, ma anche in quelle che l'ordinamento fornisce ai soggetti chiamati a rispondere in sede amministrativa di illeciti che sfociano in sanzioni pecuniarie “afflittive” secondo i noti criteri *Engels*.

Inoltre, la Corte decide di estendere l'illegittimità costituzionale anche alla versione attualmente in vigore della norma oggetto, formalmente estranea al *thema decidendum* per via del fatto che le ultime novelle legislative sono intervenute successivamente ai fatti oggetto dell'illecito di abuso di informazioni privilegiate<sup>73</sup>. Tali modificazioni, in particolare, estendono l'applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria *de qua* anche all'ambito delle funzioni di vigilanza della Banca d'Italia, e perciò senza incidere in maniera significativa sull'attualità della rilevanza<sup>74</sup>.

L'identità di *ratio* delle novelle legislative rispetto alla sua precedente formulazione, oggetto nel giudizio di costituzionalità, giustifica una estensione del *thema decidendum* da parte della Corte costituzionale, che trova esito nell'illegittimità consequenziale della medesima norma.

In sintesi, la “fortuna” del giudizio incidentale<sup>75</sup> la si apprezza considerando i benefici derivanti dall'espunzione, con effetti *erga omnes*, di più norme nazionali che non assicurano il diritto al silenzio, la cui tutela risulta, ora, cristallizzata in norme costituzionali, eurounitarie, convenzionali ed internazionali.

<sup>71</sup> Sul tema dei Trattati internazionali come norma interposta nel giudizio di costituzionalità, ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost., si v. S. LEONE, *Il regime della doppia pregiudizialità alla luce della sentenza n. 20 del 2019 della Corte Costituzionale*, cit., p. 646 ss. (in particolare, nt. 17).

<sup>72</sup> Sent. n. 84/2021, cit., lett. a) del dispositivo.

<sup>73</sup> In particolare, quanto alle novelle legislative legate all'art. 187-*quinquiesdecies*, il d.lgs 3 agosto 2017, n. 129 ha disposto: con l'art. 5, comma 3, lettera a) la modifica comma 1; con l'art. 5, comma 3, lettera b), l'introduzione di nuovi commi all'art. in esame (i commi 1-*bis*, 1-*ter*, 1-*quater*); infine, con l'art. 10, commi 2 e 13, la modifica dei commi 1, 1-*bis*, 1-*ter*, 1-*quater*. Il primo comma dell'art. 187-*quinquiesdecies*, nella sua versione attualmente in vigore, recita: “Fuori dai casi previsti dall'articolo 2638 del codice civile, è punito ai sensi del presente articolo chiunque non ottempera nei termini alle richieste della Banca d'Italia e della Consob, ovvero non coopera con le medesime autorità al fine dell'espletamento delle relative funzioni di vigilanza, ovvero ritarda l'esercizio delle stesse” (corsivo aggiunto).

<sup>74</sup> Cfr. sent. n. 84/2021, cit., n. 2 del *Considerato in diritto*, e ord. n. 117/2019, cit., n. 2 del *Considerato in diritto*, nn. 5 e 6.

<sup>75</sup> Cfr. M. CARTABIA, *La fortuna del giudizio di costituzionalità in via incidentale*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 481 ss. In particolare, l'A. (p. 499) osserva che “il giudizio incidentale come strumento di tutela dei diritti fondamentali facilita il compito del giudice, chiamato a rispettare questa struttura relazionale dei diritti, perché lo colloca al crocevia tra le esigenze del caso singolo e quelle dell'ordinamento in generale. In quanto proveniente da uno specifico giudizio, la questione in via incidentale giunge alla Corte arricchita di tutta quella problematicità della

Ne consegue, in una prospettiva di *fusione degli orizzonti interpretativi*<sup>76</sup>, che, “[t]utte queste norme, nazionali e sovranazionali, «si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione» (...), nella definizione dello standard di tutela delle condizioni essenziali del diritto di difesa di fronte a un’accusa suscettibile di sfociare nell’applicazione di sanzioni a contenuto comunque punitivo, che non possono non comprendere il diritto – con le parole dell’art. 14, paragrafo 3, lettera g), PIDCP – a «non essere costretto a deporre contro se stesso»<sup>77</sup>.

#### 4.3. (... segue) Sulla scelta di *manipolare* e di non *interpretare*

Occorre, da ultimo, porsi alcuni interrogativi: perché la Corte costituzionale non ha concluso il suo scrutinio sul caso CONSOB con una pronuncia *interpretativa di rigetto*, ponendosi in linea con il *decisum* europeo? e, avendo invece optato per una dichiarazione di illegittimità costituzionale parziale e consequenziale, qual è il ruolo giocato dalla manipolazione all’esito del “dialogo” fra Giudice costituzionale e Giudice dell’UE?

La Corte di Lussemburgo, dopo aver interpretato le disposizioni di diritto derivato da applicarsi nel giudizio principale alla luce della Carta dei Diritti, afferma che, ora, incombe sugli Stati membri assicurare l’attuazione degli obblighi risultanti dalla direttiva 2003/6/CE e dal regolamento n. 596/2014.

Le soluzioni adottabili dalla Corte costituzionale per conformarsi a tali obblighi sarebbero stati due: avrebbe potuto fornire l’interpretazione costituzionalmente conforme della disposizione oggetto, senza dover intervenire con una pronuncia di accoglimento; oppure, manipolare la disposizione con effetti *erga omnes*, e quindi con scopo *ricostruttivo*<sup>78</sup> modificando la stessa in senso conforme alla tutela costituzionale e sovranazionale.

La Corte privilegia la seconda opzione e la ragione la si può rintracciare in un’altra pronuncia, la n. 63 del 2019, ove si legge che “[l]addove però sia stato lo stesso giudice comune a sollevare una questione di legittimità costituzionale che coinvolga anche le norme della Carta, questa Corte non potrà esimersi, eventualmente previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, dal fornire una risposta a tale

---

situazione individuale, (...); in quanto destinata a sfociare in una decisione di portata generale *erga omnes*, la questione viene decisa dalla Corte tenendo conto anche delle implicazioni che essa può dispiegare nell’ordinamento nel suo complesso e su altri diritti individuali in particolare”.

<sup>76</sup> Il riferimento è alle autorevoli riflessioni della Giudice S. SCIARRA, esposte in sede scientifica in *Lenti bifocali e parole comuni: antidoti all’accentramento nel giudizio di costituzionalità*, in questa rivista, n. 3, 2021, p. 37 ss. In particolare, sulla prospettiva richiamata nel testo si v. p. 51, ove si legge quanto segue. “Con l’intenzione di guardare avanti, si riconosce che la Corte costituzionale ha svolto un ruolo da protagonista immettendosi nella rete dei giudici comuni e puntando a una ‘fusione degli orizzonti interpretativi’. La convinzione, che assume contorni sempre più netti, è che la CDFUE sia ‘materialmente’ parte del nostro sistema giuridico e con essa occorra confrontarsi all’interno di un ‘diritto comune giurisprudenziale”.

<sup>77</sup> Sent. n. 84/2021, *cit.*, n. 3.5. del *Considerato in diritto*, terzo cpv.

<sup>78</sup> G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2018, Vol. II, p. 230.

questione con gli strumenti che le sono propri: strumenti tra i quali si annovera anche la dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione ritenuta in contrasto con la Carta (e pertanto con gli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.), con conseguente eliminazione dall'ordinamento, con effetti erga omnes, di tale disposizione<sup>79</sup>.

In definitiva, quindi, la Corte costituzionale, con i suoi *strumenti*, intende fornire un valido contributo alla protezione sistemica dei diritti fondamentali, consentendole così, da un lato, di garantire un ruolo alla tutela costituzionale in questo sistema composito di tutele, dall'altro, di *partecipare*, per parte sua, alla costruzione di una *identità comune europea*.

Queste finalità appaiono di riflesso nella tecnica decisoria adottata dalla Corte.

D'altronde, se avesse optato per una sentenza interpretativa di rigetto, la disposizione sarebbe rimasta "intatta" e non avrebbe beneficiato del *quid pluris* dato dagli effetti *erga omnes*, propri delle decisioni di accoglimento della Corte costituzionale. E in tale ipotesi gli effetti di una pronuncia di rigetto non sarebbero stati dissimili da quelli che sarebbero derivati dalla immediata non applicazione dell'art. 187-*quinquiesdecies* ad opera del giudice comune.

In aggiunta, una decisione interpretativa di rigetto sarebbe stata incompatibile con la lettera della disposizione oggetto, dal momento che l'attuale formulazione dell'art. 187-*quinquiesdecies* non consente *ictu oculi* una lettura che faccia venir meno la sanzione amministrativa pecuniaria prescritta.

## 5. Conclusioni: un dialogo funzionale alla tutela integrata dei diritti fondamentali

Il caso CONSOB costituisce, dunque, un esempio di "dialogo" *costruttivo*, che ha agevolato, anzitutto, il confronto tra i plurimi livelli di tutela di un medesimo diritto fondamentale, ma ha anche consentito al Giudice costituzionale di definire le questioni di costituzionalità sollevate con una soluzione *integrata*.

È questo un risultato che – sia pur nella sua versione "temperata"<sup>80</sup> – si deve alla "svolta" che la Corte costituzionale ha voluto imprimere al sistema dei rapporti tra l'ordinamento nazionale e quello eurounitario per mezzo della nuova giurisprudenza sul concorso delle questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea).

Con l'obiettivo di esprimere la *prima parola*<sup>81</sup>, infatti, il Giudice costituzionale riesce non solo a *dire la sua*, ma anche a coordinare l'intero processo di tutela integrata dei diritti fondamentali, potendo, poi, all'esito

<sup>79</sup> Sent. 63 del 2019, n. 4.3. del *Considerato in diritto*, quarto cpv.

<sup>80</sup> Sui criteri che potrebbero orientare la "scelta" del giudice comune circa la Corte da adire in via incidentale/pregiudiziale, si v. C. AMALFITANO, *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e rimessione alla Consulta e tra disapplicazione e rimessione alla luce della giurisprudenza "comunitaria" e costituzionale*, cit., p. 296 ss., e A. O. COZZI, *Sindacato accentrato di costituzionalità e contributo alla normatività della Carta europea dei diritti fondamentali a vent'anni dalla sua proclamazione*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 3, 2020, p. 664 ss.

<sup>81</sup> Così sent. 20/2019, cit., n. 2.3. del *Considerato in diritto*, primo cpv.

di tale processo – se è il caso ad esigerlo – espungere con effetti *erga omnes* la norma nazionale che dovesse porsi in contrasto con tale tutela.

Rispetto al passato, dunque, gli effetti “rafforzati” di una pronuncia di accoglimento si avrebbero anche con riguardo ai diritti protetti dalla Carta di Nizza, consentendo così una più certa applicazione al livello nazionale dello stesso diritto primario dell’Unione.

Seguendo le tendenze descritte, dunque, la soluzione “integrata” del caso in esame, può leggersi nel prisma delle, più ampie e dettagliate, tesi di autorevole dottrina sulla tutela complessa dei diritti fondamentali che viene a delinearsi nell’ambito dello *spazio giudiziario europeo*<sup>82</sup>.

Ed in particolare, sul presupposto che il perimetro di quest’ultimo sia in continua espansione, per le sempre più numerose controversie legate alla protezione dei diritti che vengono portate davanti alle Corti europee, occorre segnalare la mancanza di altrettanta “univocità” nelle risposte di giustizia che tali Corti forniscono. Mancano, *in primis*, strumenti di raccordo che consentano un effettivo coordinamento tra le decisioni, e gli effetti delle stesse, rese dai diversi giudici, nazionali ed europei, di volta in volta chiamati in causa.

Ciò si pone a discapito del “riconoscimento di un nucleo uniforme nella tutela di certi diritti”, che esige “la presenza di regole comuni [...] divenut[e] imprescindibili per evitare incoerenze innegabili”<sup>83</sup>.

Nella prospettiva delineata, il caso CONSOB, e il *seducente* “dialogo”<sup>84</sup> tra Giudice costituzionale e Giudice eurounitario sotteso alla soluzione dello stesso, “irrobustiscono”<sup>85</sup> lo stesso spazio giudiziario, al cui interno, ora, vi è una comune protezione del diritto al silenzio per gli individui cui può essere irrogata una sanzione amministrativa a carattere “afflittivo”.

---

<sup>82</sup> Ci si riferisce in particolare alle tesi di M. D’AMICO sviluppate in numerosi scritti, fra cui, *Le politiche europee in materia di “libertà, sicurezza e giustizia”*, in *Rassegna di Diritto Pubblico Europeo*, 2004, p. 99 ss.; EAD, *Trattato di Lisbona: principi, diritti e “tono costituzionale”*, in M. D’AMICO, P. BILANCIA (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, Giuffrè Editore, 2009; EAD, *Lo spazio giudiziario europeo e la tutela complessa dei diritti*, in *Italian Review of Legal History*, n. 3, 2017; EAD, *L’Europa dei diritti: tra “aperture” e “chiusure”*, *cit.*

<sup>83</sup> M. D’AMICO, *Lo spazio giudiziario europeo e la tutela complessa dei diritti*, *cit.*, p. 52.

<sup>84</sup> Cfr. D. SARMIENTO, *The Consob Way - Or how the Corte Costituzionale Thought Europe (once again) a Masterclass in Constitutional Dispute Settlement*, *cit.* In prospettiva comparata, l’A. segnala la presenza del “*the gost of irrelevance*” che aleggerebbe in Europa tra le Alte Corti dei Paesi membri, dal momento che “the Court of Justice has turned into the supreme court of the land”. Tra i diversi approcci sviluppati dalle Corti costituzionali nazionali per far fronte al ruolo imperante della Corte di Giustizia, quello italiano (desumibile dalla pronuncia *Consob*) potrebbe essere definito come un “*seductive approach*”, il quale “shows that the Court of Justice can and is willing to rectify when issues of national identity are at stake”. In altri termini, il risultato dell’approccio “italiano” (qui definito come “*The Consob Way*”) nel sistema costruito su plurimi livelli di tutela sarebbe quello di una maggiore valorizzazione (e quindi, condivisione) dell’identità costituzionale, di cui si nutre (o quanto meno, dovrebbe nutrirsi) la stessa interpretazione delle fonti europee di diritto primario (e tra queste, *in primis*, la CdfUE).

<sup>85</sup> *Ibidem*.

Ne consegue, su un piano generale, una conferma: l’“agorà europea”<sup>86</sup> dei diritti fondamentali necessita dello strumento dialogico, il quale assume carattere funzionale rispetto alla stessa tutela integrata<sup>87</sup>. E il raggiungimento di questo risultato suggerirebbe, quindi, di considerare *de jure condendo* la Corte costituzionale come “giurisdizione nazionale” tenuta al rinvio pregiudiziale, ai sensi quindi del paragrafo *terzo* dell’art. 267 del TFUE<sup>88</sup>.

In verità, da un punto di vista formale, nel primo rinvio pregiudiziale indirizzato a Lussemburgo, il Giudice delle Leggi si è già definito giudice di ultima istanza<sup>89</sup>; pur tuttavia, nell’*obiter dictum* della pronuncia n. 269 del 2017, la Corte afferma che una volta adita in prima battuta dal giudice comune in ipotesi di doppia pregiudizialità, poi, “giudicherà alla luce dei parametri interni ed *eventualmente* di quelli europei (ex artt. 11 e 117 Cost.), secondo l’ordine di volta in volta appropriato”<sup>90</sup>.

In altri termini, i parametri interni ed europei sono potenzialmente in un rapporto di *alternatività*<sup>91</sup>, così che alla Corte costituzionale sia consentito di fondare l’accoglimento sui soli parametri costituzionali, cui

---

<sup>86</sup> *Ibidem*.

<sup>87</sup> In argomento si v. le autorevoli riflessioni F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, cit., p. 489 ss.

<sup>88</sup> Il tema dell’*obbligo* a procedere al rinvio alla Corte di Giustizia da parte del giudice di ultima istanza è oggetto di due recenti rinvii pregiudiziali, attualmente pendenti. Il primo è stato promosso dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione sul caso *Randstad*, ord. n. 19598 del 18 settembre 2020, C-497/20. A commento della quale si v. le osservazioni critiche di M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell’ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, in *Giustizia insieme*, 30 novembre 2020; R. BIN, *È scoppiata la terza “guerra tra le Corti”? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione*, in questa rivista, 18 novembre 2020; B. CARAVITA, *La Cassazione pone in discussione la Costituzione davanti al diritto europeo?*, Postilla a S. BARBARESCHI – L.A. CARUSO, *La recente giurisprudenza costituzionale e la Corte di Cassazione «fuori contesto»: considerazioni a prima lettura di ord. Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, in questa rivista, 4 novembre 2020. *Contra* v. G. TESAURO, *L’interpretazione della Corte costituzionale dell’art. 111, ult. comma: una preclusione impropria al rinvio pregiudiziale obbligatorio*, in questa rivista, n. 34, 2020, p. 237 ss.; B. RANDAZZO, *Il ‘riaccostamento’ del giudizio costituzionale nella prospettiva di un sistema integrato di giustizia costituzionale*, in questa rivista, n. 3, 2021, p. 150 ss.; B. NASCIMBENE – P. PIVA, *Il rinvio della Corte di Cassazione alla Corte di Giustizia: violazioni gravi e manifeste del diritto dell’Unione europea?*, in *GiustiziaInsieme*, 24 novembre 2020; e da ultimo, G. AGRATI – A. CIPRANDI – R. TORRESAN, *Il rinvio pregiudiziale nel “caso Randstad”: riflessioni critiche sul fragile primato del diritto dell’Unione europea*, in *AISDUE*, III, 2021, p. 58 ss.; Il secondo rinvio a Lussemburgo è del Consiglio di Stato, ord. n. 2327 del 18 marzo 2021 (C-261/21), con prime note di R. PAPPALARDO, *La corsa al dialogo nella discordia sulla giurisdizione (nota a Cons. St., ord. 18 marzo 2021, n. 2327)*, in *GiustiziaInsieme*, 6 aprile 2021; e nella medesima rivista, si v. B. NASCIMBENE – P. PIVA, *Rinvio pregiudiziale e garanzie giurisdizionali effettive. Un confronto fra diritto dell’Unione e diritto nazionale*, 30 luglio 2021.

<sup>89</sup> Ci si riferisce a Corte cost., ord. di rinvio pregiudiziale del 3 luglio 2013, n. 207, in G.U. n. 30, 1° Serie Speciale, del 24/07/2013, Pres. Gallo – Rel. Mattarella, ed in particolare all’ultimo “ritenuto” si legge: “... che deve ritenersi che questa Corte abbia la natura di «giurisdizione nazionale» ai sensi dell’art. 267, terzo comma, del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea anche nei giudizi in via incidentale”.

<sup>90</sup> Sent. n. 269 del 2017, cit., n. 5.2. del *Considerato in diritto*, terzo cpv. Lo stralcio riportato viene definito un “passaggio oscuro” da 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*, cit., p. 26.

<sup>91</sup> Così A. CARDONE, *Dalla doppia pregiudizialità al parametro di costituzionalità: il nuovo ruolo della giustizia costituzionale accentrata nel contesto dell’integrazione europea*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1, 2020, p. 58. L’A. critica questa impostazione e sul tema sviluppa la tesi del “parametro costituzionale misto”, “che integr[a] Costituzione italiana e Carta UE ai limitati fini del controllo di legittimità costituzionale del diritto interno. Anche le norme della Carta, infatti, sono “diritto costituzionale interno”, per cui si deve ritenere che non sia possibile distinguere logicamente e cronologicamente lo scrutinio in base al parametro interno rispetto al sindacato sulla base del parametro europeo: legalità costituzionale interna e legalità costituzionale europea non costituiscono due circuiti alternativi, ma rappresentano gli elementi contestualmente

seguirebbe in automatico l'assorbimento di quelli europei<sup>92</sup>. E l'eventualità che il Giudice costituzionale non esamini i profili europei<sup>93</sup>, impedisce dunque di poter considerare Questi come un giudice nazionale su cui incombe l'obbligo del rinvio a Lussemburgo.

Sino ad oggi, sul tema dell'esame dei parametri non si sono registrati mutamenti giurisprudenziali; pur tuttavia, il caso CONSOB segnala un'importante tendenza: l'esame dei parametri europei risulta *sostanzialmente necessario* per la soluzione delle questioni di legittimità costituzionale poste al Giudice delle Leggi in ipotesi di doppia pregiudizialità. Infatti, da un lato, nella pronuncia n. 112 del 2019 tutti i parametri (nazionali e sovranazionali) concorrono a fondare l'accoglimento del gruppo di questioni sollevate sull'art. 187-*sexies* T.U.F.; dall'altro, nella ordinanza n. 117 del 2019, la Corte costituzionale ritiene fondate le censure mosse con riferimento agli artt. 24 Cost. e 6 CEDU, ma ciò nonostante non accoglie immediatamente le questioni, non lasciando così operare la tecnica dell'assorbimento per i parametri unionali.

In definitiva, quest'ultima eventualità, benché in astratto non si possa escludere con certezza, pare sia in realtà di difficile concretizzazione, e la ragione si situa proprio nell'approccio integrato su cui si sta assestando la giurisprudenza costituzionale in tema di doppia pregiudizialità, che, attraverso l'azione combinata di *Corti* e *Carte*, mira ad assicurare una maggiore e più uniforme protezione dei diritti fondamentali.

---

costitutivi di una nuova "legalità costituzional-europea", la cui esistenza non può essere disconosciuta senza revocare in dubbio l'integrazione del parametro di costituzionalità che si realizza proprio per il tramite degli artt. 11 e 117, comma 1, Cost."

<sup>92</sup> Per riprendere le esatte parole di autorevole dottrina (cfr. A. RUGGERI, *Il giudice e la "doppia pregiudizialità": istruzioni per l'uso*, in questa rivista, n. 6, 2021, p. 266), l'ipotesi descritta finirebbe per generare "un cortocircuito non agevolmente superabile", dal momento che "[l]a Corte dell'Unione non sarà, dunque, interpellata e, perciò, non si saprà mai se avrebbe potuto insorgere un conflitto tra le Corti".

<sup>93</sup> Per la precisione, come osserva M. MASSA (in *La prima parola e l'ultima. Il posto della Corte costituzionale nella tutela integrata dei diritti*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 3, 2019, p. 756), "l'accoglimento toglierebbe comunque dal tappeto la norma sospetta di incompatibilità con la CDF (anche se, proprio per questo, impedirebbe ulteriori approfondimenti sui profili europei)".