



OSSERVATORIO L'ITALIA E LA CEDU N. 5/2021

2. IL *NEMO TENETUR SE DETEGERE* E IL DIALOGO TRA LE CORTI ITALIANE E LE CORTI INTERNAZIONALI

1. *Introduzione*

Con sentenza del 2 febbraio 2021 (Causa C-481/19), la Corte di giustizia ha riconosciuto l'esistenza, in capo alle persone fisiche, di un diritto al silenzio, tutelato dagli articoli 47, comma 2, e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), nell'ambito dei procedimenti innanzi alla Consob per gli illeciti amministrativi di abuso di mercato.

La vicenda alla base della pronuncia in esame trova origine in un procedimento amministrativo intentato, per abuso di informazioni privilegiate, in capo all'amministratore di una società che aveva portato all'imposizione di una pesante sanzione pecuniaria (ai sensi dell'art. 187 *quinquies decies* del Testo unico sulla finanza (T.u.f.)) per non avere risposto alle domande della Consob in merito a operazioni finanziarie sospette da lui compiute.

Egli aveva allora impugnato la decisione sanzionatoria dinanzi alla Corte di Cassazione italiana, sostenendo di aver esercitato il diritto fondamentale di non rispondere a domande da cui sarebbe potuta emergere la sua responsabilità (*nemo tenetur se detegere*, articoli 24 Cost. e 6 CEDU).

La complessità della questione risultava evidente. Infatti, essa presupponeva l'inquadramento giuridico del diritto al silenzio, con riferimento ai suoi limiti e presupposti, l'analisi di un tema in continua evoluzione giurisprudenziale quale la progressiva estensione dello statuto garantistico della pena all'illecito amministrativo di matrice CEDU (ci si riferisce al filone giurisprudenziale inaugurato dalla sentenza Corte EDU, sentenza 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*), nonché l'esigenza di garantire sia l'effettività del diritto europeo che i diritti fondamentali con cui esso possa entrare in collisione, posto che la norma del T.u.f., ivi censurata, era stata adottata in attuazione del diritto derivato europeo. A ciò si aggiunga che la lesione di un diritto fondamentale, quale il diritto al silenzio, tutelato sia nelle carte nazionali che in quelle sovranazionali, portava con sé il problema di chiarire in che ordine rivolgersi al giudice rispettivamente costituzionale e internazionale e sollevava, pertanto, la questione della c.d. doppia pregiudizialità. Più precisamente, era necessario stabilire se il diritto al silenzio – nei limiti in cui andasse riconosciuto – rientrasse tra le garanzie tipiche della pena *stricto sensu* che, in virtù della giurisprudenza della Corte europea dei diritti

dell'uomo (Corte EDU), devono essere estese anche a sanzioni formalmente non penali ma sostanzialmente afflittive. Una eventuale risposta affermativa avrebbe comportato il dubbio sulla legittimità costituzionale dell'art. 187 T.u.f.

Per tali ragioni, a partire dal giudizio svoltosi davanti alla Corte di Cassazione, sulla questione sono state interrogate – in ordine – la Corte costituzionale e la Corte di giustizia dell'Unione europea e poi di nuovo la Consulta.

La giurisprudenza della Corte EDU sulle sanzioni sostanzialmente punitive e sulla tutela da concedere al diritto al silenzio ha rappresentato il *trait d'union* delle relative pronunce. Il caso *de quo* sembra, pertanto, aver avviato quello che può essere considerato, a parere di chi scrive, un virtuoso esempio di dialogo tra corti e di interazione tra giurisprudenze nazionali e sovranazionali.

2. Il ricorso alla Corte costituzionale e la natura penale della sanzione alla luce della giurisprudenza della Corte EDU

La Corte di cassazione (Cass. civ., Sez. II, ord. n. 3831/2018), come anticipato, dopo aver rilevato la potenziale lesione del diritto al silenzio nel caso in esame, ha sollevato questione di legittimità costituzionale in relazione all'art. 187 T.u.f. che (nella versione *ratione temporis* applicabile) prevedeva una sanzione da 50.000 a un milione di euro a carico di chi non ottempera alle richieste della autorità CONSOB, senza che sia prevista alcuna eccezione in favore di chi sia sospettato di aver commesso un illecito.

La questione è stata posta in relazione alla conformità con gli articoli 24, 111 e 117 Cost., quest'ultimo in riferimento all'articolo 6 CEDU e all'art. 14, comma 3, lett. g), del Patto internazionale sui diritti civili e politici nonché agli articoli 11 e 117 Cost., con riferimento all'articolo 47 CDFUE. È interessante notare come la Suprema Corte abbia, a fronte della contemporanea lesione del testo costituzionale e di carte internazionali, promosso prioritariamente l'incidente di costituzionalità così attenendosi alle indicazioni contenute nell'*obiter dictum* della sentenza n. 269/2017 con cui la Corte costituzionale richiedeva ai giudici *a quo* di rivolgersi ad essa in via prioritaria e, solo successivamente e per i profili non ancora esaminati, alla CGUE.

Tale aspetto verrà approfondito nelle osservazioni conclusive.

Occorre ricordare che l'ordinanza n. 117 del 2019 della Corte costituzionale ha, innanzitutto, chiarito che il diritto al silenzio dell'imputato, pur non godendo di espresso riconoscimento costituzionale è un «corollario essenziale dell'inviolabilità del diritto di difesa», e garantisce all'imputato la possibilità di rifiutare di sottoporsi all'esame testimoniale e, più in generale, di avvalersi della facoltà di non rispondere alle domande del giudice o dell'autorità competente per le indagini» (par. 7.1).

Tale diritto, per la Corte, è riconosciuto anche sul piano internazionale.

La Corte di Strasburgo, infatti, nonostante l'assenza di un riconoscimento esplicito del diritto in questione nel testo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) – a differenza di quanto previsto dall'art. 14, paragrafo 3, lettera g), del Patto internazionale sui diritti civili e politici – ha, in plurime occasioni, affermato che il «diritto a restare in silenzio e a non contribuire in alcun modo alla propria incriminazione» (Corte EDU, sentenza 25 febbraio 1993, *Funke c. Francia*, par. 44) si colloca al cuore della nozione di “equo processo” proclamata dall'art. 6, paragrafo 1, CEDU (*ex multis*, Corte EDU, sentenza 5 aprile 2012, *Chambaz c. Svizzera*, par. 52) trattandosi di un diritto strettamente connesso alla presunzione

di innocenza di cui all'art. 6, paragrafo 2, CEDU (sentenze 21 dicembre 2000, *Heaney e McGuinness c. Irlanda*, par. 40, e 17 dicembre 1996, *Saunders c. Regno Unito*, par. 68).

In secondo luogo, la Consulta si è interrogata sul se e in che misura tale diritto fosse applicabile anche nell'ambito di procedimenti amministrativi funzionali all'irrogazione di sanzioni di natura 'punitiva', secondo i noti criteri Engel (Corte EDU, sentenza 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*).

Può essere utile ricordare che la già citata sentenza *Engel* ha inaugurato una giurisprudenza decennale con cui si è affermato che lo spazio applicativo dei principi CEDU relativi alla materia penale non è quello dei reati e delle pene come definiti dagli ordinamenti nazionali degli Stati membri, ma è quello "autonomo" dei reati e delle pene come elaborati in sede CEDU. Più precisamente, la Corte EDU ha statuito che, al fine di stabilire la sussistenza di una «accusa in materia penale», occorre tener presenti tre criteri alternativi (i cosiddetti "criteri Engel"): qualificazione giuridica; natura della misura; natura e grado di severità della sanzione.

In presenza di uno di questi criteri, ma anche a fronte di una valutazione unitaria degli stessi, una misura, sebbene formalmente non penale, rientra nella materia penale in senso lato ed è da ritenersi meritevole delle garanzie originariamente riferite alla sola pena (Corte EDU, *Jussila c. Finlandia*, 23 novembre 2006).

Tale giurisprudenza ha avuto una portata applicativa molto ampia; varie sono infatti le sanzioni amministrative dotate di afflittività in termini sia di stigma (per la collettività), sia di conseguenze patrimoniali, ma anche personali, tali da tradursi in imposizioni nella sostanza penali. Come chiarito dalla stessa Consulta, i criteri Engel sono ormai, a tutti gli effetti, parte dell'ordinamento nazionale italiano. Il loro integrale recepimento sembra ad oggi incontrovertibile e la giurisprudenza nazionale si è piuttosto concentrata sulla concreta applicazione degli stessi, mettendo in discussione, di volta in volta, la natura sostanzialmente penale di alcune misure e interrogandosi su quali garanzie, previste per la pena *strictu sensu*, estendervi.

Ciò posto, nel caso in esame, la Corte costituzionale ha ammesso che le sanzioni amministrative previste nell'ordinamento italiano in materia di abuso di informazioni privilegiate costituiscono, in ragione della loro particolare afflittività, misure di natura "punitiva" (sentenze n. 63 del 2019, n. 223 del 2018 e n. 68 del 2017), così come ritenuto dalla Corte di giustizia UE (Grande sezione, sentenza 20 marzo 2018, in cause riunite C-596/16 e C-597/16, *Di Puma e Consob*, par. 38).

Essa ha pertanto concluso che fosse «plausibile il riconoscimento, in favore di chi sia incolpato di un tale illecito, dei medesimi diritti di difesa che la Costituzione italiana riconosce alla persona sospettata di avere commesso un reato, e in particolare del diritto a non essere costretto – sotto minaccia di una pesante sanzione pecuniaria, come quella applicata al ricorrente nel giudizio a quo – a rendere dichiarazioni suscettibili di essere utilizzate successivamente come elementi di prova a proprio carico» (*ibid.*, punto 7.1).

Tale conclusione trova, d'altronde, conferma nella giurisprudenza della Corte EDU che aveva già avuto modo di chiarire che la natura "punitiva" di una sanzione amministrativa chiama in causa l'intero spettro delle garanzie assicurate dalla CEDU per la materia penale, compresa quella del "diritto al silenzio" che si concretizzava nel diritto, di chi fosse incolpato di avere commesso un illecito, a non essere obbligato a fornire all'autorità risposte dalle quali potrebbe emergere la propria responsabilità (Corte EDU, 4 ottobre 2005, *Shannon c. Regno Unito*, par. 38-41; sentenza 5 aprile 2012, *Chambaz c. Svizzera*, par. 50-58). Coerentemente, la Corte aveva già riscontrato la violazione dell'art. 6 CEDU nel caso di un soggetto che, per

aver reiteratamente omesso di rispondere alle richieste di chiarimenti formulate dall'autorità che stava conducendo un'indagine amministrativa per illeciti tributari, era stato punito con sanzioni pecuniarie riqualficate come "punitive" (Corte EDU, sentenza 3 maggio 2001, *J. B. v. Svizzera*, parr. 63-71).

Il diritto al silenzio viene, così, ad aggiungersi alle garanzie applicabili alle sanzioni "sostanzialmente" penali anche nell'ordinamento italiano insieme, tra gli altri, al diritto alla c.d. *full jurisdiction* (diritto a che sulla fondatezza dell'accusa si pronunci un tribunale indipendente ed imparziale), al divieto del *ne bis in idem* (sul punto v. A. PROCACCINO, *Metamorfosi del ne bis in idem da "certezza del diritto" a "divieto di doppio processo" a "possibilità di procedimenti integrati"*, in D. CHINNICI, A. GAITO (a cura di) *Regole europee e processo penale*, p. 325 ss.) e al principio di irretroattività sfavorevole con i suoi corollari e, dunque, ai principi di prevedibilità e calcolabilità. Sotto tale punto di vista, l'ordinanza sembra, quindi, porsi in continuità con la precedente giurisprudenza e con una, ancor più recente, sentenza della Consulta che ha esteso alla sanzione amministrativa sostanzialmente penale anche il principio della cedevolezza del giudicato, nel caso in cui sia stata applicata una sanzione amministrativa sulla base di una norma poi dichiarata incostituzionale (Corte costituzionale, sentenza n. 68 del 2021).

3. La richiesta della Corte costituzionale di rinvio pregiudiziale alla Corte del Lussemburgo

Tutto ciò posto, nella pronuncia in esame la Corte costituzionale ha, nondimeno, rilevato che il diritto dell'Unione sembrerebbe imporre, a carico degli Stati, l'obbligo di sanzionare la mancata collaborazione con le autorità di vigilanza sui mercati finanziari. Il censurato art. 187-*quinquiesdecies* del d.lgs. n. 58 del 1998 (nella versione *ratione temporis* applicabile), infatti, è stato introdotto nell'ordinamento italiano in esecuzione di uno specifico obbligo posto dalla direttiva 2003/6/CE, che costituisce a sua volta puntuale attuazione di un'analoga norma del regolamento (UE) n. 596/2014. Pertanto, prima di esprimersi sulla questione di legittimità costituzionale, la Corte ha ritenuto necessario – nell'ottica di dialogo tra corti – richiedere alla Corte di giustizia dell'UE «se quest'obbligo valga anche nei confronti di chi è sospettato di aver commesso un illecito, e se comunque sia compatibile con il 'diritto al silenzio' riconosciuto tanto dalla Costituzione italiana quanto dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (artt. 47 e 48 CDFUE) quando dalla CEDU (art. 6)». La richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'UE si giustificava poiché una eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale *in parte qua* dell'art. 187-*quinquiesdecies* avrebbe rischiato di porsi in contrasto con l'esigenza di assicurare effettività al diritto dell'Unione.

La Corte di giustizia ha, anzitutto, riconosciuto, anch'essa, la rilevanza del diritto al silenzio, tutelato dagli articoli 47, comma 2, e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE) - che sanciscono, segnatamente, il diritto a che la propria causa sia esaminata equamente e la presunzione di innocenza - e la sua operatività nell'ambito dei procedimenti pendenti a carico di persone fisiche per illeciti amministrativi di abuso di mercato innanzi alla Consob. Peraltro, la Corte ha subito premesso che, sebbene il rinvio pregiudiziale avesse come parametri gli articoli 47 e 48 della Carta, la questione investiva anche i diritti garantiti dall'articolo 6 CEDU. Infatti, la Corte ha riaffermato l'esistenza di una correlazione tra l'articolo 6 della CEDU e gli articoli 47 e 48 CDFUE. D'altronde, come noto, pur in mancanza di una formale adesione dell'Unione alla convenzione, i diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU vengono in rilievo in due modi: in quanto principi

generali dell'ordinamento dell'Unione (articolo 6, paragrafo 3, TUE) e tramite il meccanismo previsto dall'articolo 52, paragrafo 3, della Carta per cui i diritti previsti dalla CDFUE corrispondenti a diritti garantiti dalla Convenzione hanno un significato e una portata identici a quelli attribuiti a tali diritti da quest'ultima. La CGUE, dunque, ha dovuto tener conto dei diritti garantiti dall'articolo 6 della CEDU (corrispondenti a quelli garantiti dagli artt. 47 e 48 della Carta), come interpretati dalla Corte EDU, secondo la quale il diritto al silenzio costituisce una norma generalmente riconosciuta in ambito europeo, che si trova al centro della nozione di equo processo.

Per tali ragioni, i giudici di Lussemburgo hanno optato per una interpretazione convenzionalmente orientata della disciplina europea, bilanciando le sottese esigenze di tutela del mercato e di garanzia del diritto di difesa e dei suoi corollari. Più specificatamente, nella sentenza si legge che gli articoli 14, paragrafo 3, della Direttiva 2003/6/CE e 30, paragrafo 1, lettera b), del Regolamento (UE) n. 596/2014, in tema di abusi di mercato, letti alla luce degli articoli 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), devono essere interpretati nel senso che «essi consentono agli Stati membri di non sanzionare una persona fisica, la quale, nell'ambito di un'indagine svolta nei suoi confronti dall'autorità competente a titolo di detta direttiva o di detto regolamento, si rifiuti di fornire a tale autorità risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative aventi carattere penale oppure la sua responsabilità penale».

In conclusione, secondo la Corte, la Direttiva 2003/6/UE e il Regolamento n. 596/2014 si prestavano a un'interpretazione conforme agli articoli 47 e 48 CDFUE ed era compito degli Stati membri garantire che, in conformità al diritto al silenzio, l'autorità competente non potesse sanzionare una persona fisica per il suo rifiuto di fornirle risposte da cui sarebbe potuta emergere la propria responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative aventi carattere penale (oltre che la sua responsabilità penale). Spetta, d'altronde, agli stessi Stati utilizzare il potere discrezionale a essi conferito per dare esecuzione al diritto dell'Unione in modo conforme ai diritti fondamentali (v., in tal senso, sentenza del 13 marzo 2019, causa C-635/17, E. contro *Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, punti 53 e 54).

4. La pronuncia della Corte costituzionale nel quadro del dialogo tra corti

Il caso è, infine, tornato di fronte al giudice delle leggi italiano che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 187-*quinquiesdecies* del D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, nella parte in cui esso si applicava anche a chi si fosse rifiutato di fornire alla Consob risposte da cui potevano emergere indizi in merito alla propria responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative di carattere punitivo.

La Consulta ha messo in risalto come l'interpretazione della Corte del Lussemburgo collimasse con la ricostruzione offerta dalla giurisprudenza nazionale. Tale diritto ha fondamento nell'art. 24 Cost., nell'art. 6 CEDU e negli artt. 47 e 48 CDFUE, questi ultimi nell'interpretazione che ne ha ora fornito la Corte di giustizia; esso può essere ricavato altresì dall'art. 14, paragrafo 3, lettera g), PIDCP. Tali norme, nazionali e sovranazionali, «si integrano, completandosi reciprocamente 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 sé stesso» (Corte cost., 30 aprile 2021 n. 84). In un tale contesto non solo il diritto derivato dell'Unione non impone allo Stato italiano di applicare una simile sanzione, ma – anzi – quest'ultima contrasta con un diritto fondamentale che gode di una tutela multilivello: su base regionale, su base nazionale e su base sovranazionale.

5. «Les exigences juridiques universelles»: *l'omogeneità dei beni giuridici tutelati come garanzia di una efficace tutela multilivello*

In chiusura, due sono gli aspetti che, a parere di chi scrive, meritano un approfondimento.

Innanzitutto, si evidenzia un ormai assodato recepimento della giurisprudenza CEDU, in tema di sanzioni sostanzialmente punitive, da parte delle corti italiane.

A seguito della adesione a questa diversa concezione di pena, d'altronde, i giudici nazionali, già da tempo, applicano principi penalistici, come l'irretroattività sfavorevole o il *ne bis in idem*, a strumenti considerati dall'ordinamento interno come misure di sicurezza (prima tra tutte la confisca per equivalente) o illeciti amministrativi (*tra cui* proprio l'illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate). La sentenza in commento, in tale ottica, aggiunge un tassello in più alle garanzie da applicare alle pene in senso sostanziale, ossia il diritto al silenzio, inserendosi in un contesto, appunto, consolidato.

La giurisprudenza *Engel*, più precisamente, viene inquadrata dalla dottrina italiana come giurisprudenza sovranazionale con effetti "limitativi" del diritto penale (in quanto ampliativa di diritti e garanzie dell'imputato) ma esplicante tale effetto in modo "quantitativo" e non "qualitativo".

Infatti, non vengono introdotti nuovi principi o diritti ma, al contrario, cambia la c.d. base applicativa di quelli già esistenti: tale base comprende oggi non solo la pena *stricto sensu* ma, anche, tutta una serie di misure eterogenee diversamente qualificate dall'ordinamento nazionale. Per tale ragione, probabilmente, sono state poche le occasioni di contrasto tra l'ordinamento interno e quello sovranazionale rispetto al recepimento di tale giurisprudenza. Un momento di tensione si è registrato con riferimento alla ben nota vicenda *Varvara* (Corte EDU, *Varvara c. Italia*, 29 ottobre 2013) che vale la pena ricordare.

La qualificazione della confisca urbanistica, ex art. 44 co. 2 del d.P.R. 380/2001, come pena, alla luce dei criteri *Engel*, comportava, secondo la Corte EDU, l'impossibilità di applicare tale misura in assenza di una condanna dell'imputato. La Corte aveva così censurato la prassi italiana di disporre la confisca anche nei processi penali conclusi con l'estinzione del reato per intervenuta prescrizione. Ciò posto, in dottrina e in giurisprudenza (ad esempio, Cass. Sez. III, 20 maggio 2014, n. 20636) si sostenne che un tale orientamento EDU, presumibilmente mosso dalla volontà di tutelare il diritto di proprietà (sacrificato per effetto dell'applicazione della confisca) potesse contrastare con altri principi costituzionali italiani: patrimonio storico e artistico, ambiente salubre, ecosistema. Nell'ordinamento italiano, infatti, alla CEDU è stato riconosciuto (esplicitamente nelle cosiddette sentenze gemelle: Corte cost. n. 347-348 del 2007) rango di norma interposta, che trova la propria garanzia costituzionale, non nell'art. 10 Cost., ma nell'art. 117 Cost. Pertanto, la CEDU, al pari degli altri accordi internazionali, entra nell'ordinamento italiano con lo strumento di adattamento *ad hoc* a patto che rispetti l'intero impianto costituzionale e non solo i principi fondamentali, come avviene per esempio nel caso del diritto europeo.

D'altro canto, nella sentenza 28 giugno 2018, resa nel caso *GIEM e altri c. Italia*, essa certificò la legittimità della misura ablatoria disposta nei casi di prescrizione, purché all'esito

di un giudizio di merito che avesse accertato i profili di responsabilità dell'imputato, avallando così l'interpretazione "adeguatrice" della sentenza *Varvara* fornita dai giudici italiani.

Anche in tale contesto, il dialogo tra le corti, costituito dalla reciproca concessione di spazi nella interpretazione dei diritti fondamentali, ha consentito di comporre il contrasto. Più in generale, la vicenda analizzata mostra come un efficace dialogo tra corti nazionali, regionali e internazionali riposi il più delle volte su standard sostanziali condivisi, ai quali si accompagna una tutela multilivello agevolmente coordinata.

Peraltro, è interessante rilevare come la vicenda si inserisca nel dibattito della c.d. doppia pregiudizialità in tema di diritti fondamentali.

Il trattato di Lisbona ha rappresentato una svolta in tema di tutela comunitaria dei diritti fondamentali. Con tale trattato, infatti, si è "comunitarizzata" la Carta di Nizza, assegnandole valore pari ai trattati istitutivi. Qualcuno ha intravisto in tale scelta anche la volontà di "comunitarizzare" i c.d. contro-limiti, posto che i limiti generalmente evocati, rispetto al recepimento del diritto sovranazionale, attengono proprio ai diritti inalienabili della persona, oltre che al principio di attribuzione e al principio dell'identità costituzionale, secondo una terminologia cara soprattutto alla Corte cost. tedesca (sul punto v. S. CASSESE, *Ordine giuridico europeo e ordine nazionale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, pp. 319-422). Quanto al riflesso di tale scelta in tema di rapporto tra corti, si può ritenere che un atto lesivo di un diritto fondamentale (quasi sempre) violi allo stesso tempo la Costituzione e la Carta di Nizza. Ed ecco che si pone il problema del rimedio esperibile: il giudice nazionale si trova di fronte all'alternativa di andare davanti al giudice delle leggi a chiedere la dichiarazione di incostituzionalità o davanti al giudice europeo e, a fronte del rilevato contrasto, disapplicare il diritto interno.

L'atteggiamento della Corte costituzionale italiana si è rivelato, a tal proposito, altalenante: in un primo momento essa ha adottato un atteggiamento di *self-restraint*, riconoscendo il valore della Carta di Nizza come "Costituzione europea" ed esortando i giudici interni a ricorrere in via prioritaria al giudice sovranazionale. In caso di "doppia pregiudizialità", infatti, la questione di compatibilità comunitaria era considerata "un prius logico e giuridico rispetto alla questione di costituzionalità", investendo "la stessa applicabilità della norma censurata e, pertanto, la rilevanza di detta ultima questione" così come affermato nella sentenza n. 284 del 2007, oltre che, implicitamente, in una serie di ordinanze di inammissibilità o di restituzione atti.

Inoltre, nonostante la consapevolezza che «i diritti fondamentali garantiti nell'ordinamento giuridico dell'Unione si applicano in tutte le situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione, ma non al di fuori di esse» (v. *ex multis* Corte di giustizia, 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åkerberg Fransson*), la giurisprudenza nazionale si era mostrata "generosa" estendendone la portata a situazioni prive di un effettivo collegamento con il diritto comunitario (v. B. NASCIBENE, 'Il principio di attribuzione e l'applicabilità della Carta dei diritti fondamentali: l'orientamento della giurisprudenza', in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, p. 49).

Con la svolta concretizzatasi nell'*obiter dictum* della sentenza n. 269/17, tuttavia, la Corte ha manifestato di volersi riappropriare del suo originale ruolo di giudice dei diritti fondamentali. Le motivazioni di questo cambio di atteggiamento vanno ricercate, almeno in parte, nella volontà della Consulta di non sentirsi esautorata o, comunque, esclusa dal dialogo sui diritti fondamentali che da sempre rappresentano la vocazione naturale delle Corti costituzionali. Inoltre, la Corte ha basato la propria posizione sulla convinzione che la dichiarazione di incostituzionalità con effetti *erga omnes* e la conseguente eliminazione della norma illegittima dall'ordinamento rappresentassero una tutela di gran lunga più efficace

rispetto alla mera disapplicazione nel caso concreto. Nella sentenza citata si legge, infatti, che: “le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento *erga omnes* di questa Corte». (punto 4 del Considerato in diritto).

Più precisamente, con tale *obiter dictum* la Corte ha elaborato la c.d. teoria della doppia pregiudizialità affermando che laddove fosse venuta in rilievo la violazione di un diritto fondamentale tutelato sia dalla Costituzione che dalla Carta di Nizza il giudice *a quo* avrebbe dovuto rivolgersi prima alla Corte costituzionale e solo successivamente, e per soli motivi o profili diversi da quelli già esaminati dalla Consulta, alla Corte di giustizia UE. Tale concezione del controllo di legittimità - che riserva alla CGUE uno spazio solo residuale - era stato espresso in dottrina nelle tesi sostenute dal professor Barbera (v. A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo tra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Quad. cost.*, n. 1/2018, pp. 153 ss.).

Il tutto, peraltro – si legge nel testo della sentenza– «*in linea con gli orientamenti più recenti della Corte di giustizia*» e «*in un quadro di costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia*» (punto 5.2. del Considerato in diritto), Si noti che il principio di leale collaborazione come strumento per assicurare la massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico, rappresenta un *leit-motiv* di questo nuovo orientamento giurisprudenziale.

Questa ricostruzione è stata criticata in dottrina da molti, i quali hanno messo in evidenza come il carattere prioritario della questione di costituzionalità rischiasse di minare la *primauté* del diritto comunitario (v. *ex multis*, D. GALLO, *Efficacia diretta del diritto UE, procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze n. 269/2017 e 115/2018*, in *www.rivistaaic.it*, 2019, p. 159 ss. ove si parla di “snaturamento e un’erosione dei due principi costituzionali del diritto UE deputati a governare i rapporti tra ordinamento europeo e ordinamenti nazionali: primato ed effetto diretto»). D’altronde, la Corte di giustizia, trovatasi a sindacare la legittimità di un sistema come quello francese, dove la questione di costituzionalità è prioritaria *ex lege*, aveva già avuto modo di affermare che l’obbligo di sollevare in via prioritaria la questione di costituzionalità è compatibile con il diritto europeo solo laddove consenta al giudice di proporre contemporaneamente il rinvio pregiudiziale e di fare, più in generale, tutto ciò che ritiene necessario per tutelare il diritto leso.

Ciò posto, nella successiva giurisprudenza, la Corte costituzionale italiana ha adeguato la sua posizione. Smorzando la regola precedentemente enunciata, la Consulta sembra prospettare il carattere prioritario della questione di costituzionalità come non obbligatorio ma piuttosto preferibile (v. Corte cost., n. 63 del 2019 e Corte cost., n. 20 del 2019, par. 2.3, ove si sottolinea anche che «la sopravvenienza delle garanzie approvate dalla CDFUE rispetto a quelle della Costituzione italiana genera, del resto, un concorso di rimedi giurisdizionali, arricchisce gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali e, per definizione, esclude ogni preclusione»).

Non si prospetta più un rimedio escludente ma un rimedio concorrente. Più precisamente, la Consulta afferma che, in un’ottica di più efficace tutela e di leale collaborazione tra corti, sia più opportuno rimetterle la questione così che essa stessa possa poi interloquire con la Corte di giustizia. Così facendo, la Corte mostra di essere consapevole del fatto che il giudice *a quo* debba considerarsi sempre libero di ricorrere direttamente alla CGUE, non potendo tale facoltà essere in alcun modo pregiudicata e, pur continuando a rivendicare un ruolo centrale in tema di diritti fondamentali, sembra porsi in un’ottica di dialogo e collaborazione intergiudiziaria.

La dinamica auspicata dalla Corte costituzionale è proprio quella verificatasi nel caso in esame. Tanto che la sentenza n. 117/2019 è stata accolta dalla dottrina come «applicazione virtuosa della nuova dottrina sulla ‘doppia pregiudizialità’ in tema di diritti fondamentali» (v. A. ANZON DEMMING, *Applicazioni virtuose della nuova “dottrina” sulla “doppia pregiudizialità” in tema di diritti fondamentali (in margine alle decisioni nn. 112 e 117/2019)*, in *Osservatorio AIC*, 2019, p. 179 ss.).

A fronte della lesione del diritto al silenzio, di cui è, come detto, riconosciuto fondamento in entrambe le carte, le Sezioni Unite hanno, seguendo le indicazioni appena esposte, scelto di adire la Corte costituzionale.

La stessa, in effetti, si è successivamente rivolta alla Corte di giustizia la quale ha poi, per l'appunto, fornito una interpretazione che permettesse di rispettare, al contempo, la Costituzione italiana, la Carta di Nizza e la giurisprudenza CEDU.

In conclusione, per tutto quanto esposto, in un contesto storico in cui gli attriti tra corti sembrano sempre più frequenti e in cui alcune sentenze sembrano aver messo in dubbio la stessa *primauté* del diritto europeo (v. R. ADAM, *Il controlimite dell’ultra vires e la sentenza della Corte costituzionale tedesca del 5 maggio 2020*, in *Il Diritto dell’Unione europea*, 2020, p. 9 ss.) e che sembrano dar vita ad un vero e proprio filone di c.d. sovranismo giudiziario (v. G. RUOTOLO, *Hail To the King! Sovranismo giudiziario e Corte di giustizia dell’Unione europea: alcune considerazioni a margine del caso Weiss*, in M.L. TUFANO, S. PUGLIESE, M. D’ARIENZO (a cura di) *Sovranazionalità e sovranismo in tempo di Covid-19*, Bari, 2021, p.121 ss., in cui l’A. inserisce il fenomeno del c.d. sovranismo giudiziario in quello più ampio del c.d. populismo giuridico), la vicenda sembra fornire un positivo esempio di dialogo tra corti, ove nessuna di esse abdica al proprio ruolo pur riconoscendo il valore dell’altra. Ci si può chiedere, allora, quale sia la ragione in un tale successo. La risposta si può presumibilmente individuare nel perseguimento di un obiettivo comune: la tutela del medesimo bene giuridico/diritto fondamentale. Infatti, se si parte dal presupposto che, come autorevole dottrina ha evidenziato, la ragione profonda di possibili fenomeni di resistenza delle Corti costituzionali e supreme, rispetto alla corti sovranazionali, va ricercata non nella semplice discordanza di norme, bensì, nella diversità del bene protetto allora *a contrario* si può affermare che l’omogeneità del diritto tutelato nonché del *quantum* di tutela da assicurare allo stesso, soprattutto nel bilanciamento con altri diritti, sia la chiave per garantire una effettiva tutela multilivello dei diritti fondamentali dell’uomo che «représentent les ‘exigences juridiques universelles’ autour desquelles se développe la communication entre les différents ordres juridiques et les juridictions correspondantes» (M. ARCARI, *En guise de... complément. Dialogue, dialectique ou conflit des juridictions?* in M. ARCARI, L. BALMOND, *Le dialogue des juridictions dans l’ordre juridique international: entre pluralisme et sécurité juridique*, Napoli, 2014, p. 319 ss.).

GIULIA ROMANO