

Rapporti tra Corti e retroattività della lex mitior

di **Giuseppe Tesaro**

Presidente Emerito della Corte Costituzionale

e

Patrizia De Pasquale

Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università LUM "Jean Monnet".

Giuseppe Tesauro* e Patrizia De Pasquale**

Rapporti tra Corti e retroattività della *lex mitior*

Sommario: 1. Premessa. – 2. Le sentenze “sovraniste” della Corte costituzionale. – 3. Un dialogo corretto tra giudice comune, Corte costituzionale e Corte di giustizia UE nella sentenza 63/2019 – 4. Il duplice fondamento del principio di retroattività favorevole. – 5. L’illegittimità costituzionale dell’art. 187 *bis* TUF. – 6. Un problema ancora aperto: *lex mitior* e *jus superveniens*.

1. La sentenza, resa dalla Corte costituzionale il 21 marzo scorso, n. 63, impone una riflessione aggiornata su due questioni che, da qualche tempo, impegnano tanto la dottrina quanto la giurisprudenza. Da un lato, infatti, la Corte ritorna opportunamente sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento dell’Unione europea e sul suo ruolo in caso di conflitto; dall’altro, affronta il tema spinoso delle sanzioni amministrative “punitive” e, superando un precedente orientamento, estende ad esse la garanzia della retroattività favorevole.

La questione di legittimità costituzionale era stata sollevata dalla Corte d’Appello di Milano, con riferimento all’art. 6, co. 2, del D. Lgs. 12 maggio 2015, n. 72, nella parte in cui ha modificato le sanzioni di cui all’art. 187 *bis* del TUF (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria). Tale disposizione, dando attuazione alla direttiva 2013/36/UE, aveva dichiarato inapplicabile la previsione di quintuplicazione delle sanzioni amministrative introdotta nel 2005 (c.d. dequintuplicazione), ripristinando la forbice edittale originaria, che prevedeva la sanzione pecuniaria da ventimila a tre milioni di euro, e confermando una lunga serie di modificazioni legislative.

La Corte di Appello aveva posto, altresì, in riferimento agli artt. 3 e 117, primo comma, Cost., quest’ultimo anche in relazione all’art. 7 della CEDU, questione di legittimità costituzionale della medesima disposizione nella parte in cui escludeva la retroattività della *lex mitior*, posticipandone l’efficacia. Più precisamente, il co. 2 dell’art. 6 del D. Lgs. 72/15 aveva introdotto una disposizione di diritto transitorio, stabilendo che le modifiche da esso apportate fossero applicabili alle violazioni commesse soltanto dopo l’entrata in vigore delle disposizioni adottate dalla Consob e dalla Banca d’Italia.

* Presidente Emerito della Corte Costituzionale.

** Professore ordinario di Diritto dell’Unione europea, Università LUM “Jean Monnet”.

Seguendo un percorso argomentativo molto lineare, la Corte ha dichiarato illegittima la disposizione suddetta, nella parte in cui esclude l'applicazione retroattiva delle modifiche apportate dal co. 3 della stessa disposizione alle sanzioni amministrative previste per l'illecito di abuso di informazioni. La Consulta segue un *iter* logico induttivo. Affronta, anzitutto, la questione generale dei rapporti tra gli ordinamenti, interno e dell'Unione europea, e il suo ruolo di verifica dei possibili profili di contrasto tra la normativa interna e le disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, come richiamata nell'ordinanza di rimessione, per poi soffermarsi sulla specifica questione della *lex mitior*.

2. Rispetto al primo profilo, chi aveva sperato che la discutibile e discussa sentenza “sovranista” della Corte costituzionale n. 269 del 2017 fosse destinata a rimanere isolata ed era rimasto in parte deluso dalla successiva sentenza n. 20/2019, di sicuro può tirare un sospiro di sollievo, leggendo la decisione della Corte oggetto delle presenti riflessioni. Per ben comprenderne la portata, occorre ricordare, sia pure molto brevemente, il percorso che la Corte costituzionale aveva compiuto prima di rivendicare la propria funzione di controllo accentrato anche sulla conformità “comunitaria” delle norme nazionali, cancellando così con poche righe, sul limitato ma rilevante tema del conflitto contestuale con la Costituzione e la Carta europea dei diritti fondamentali, una copiosa e consolidata giurisprudenza. Si trattava, più in generale, di un punto di arrivo a lungo meditato di un “dialogo” che per anni l'aveva vista contrapposta alla Corte di giustizia sui rimedi da adottare per risolvere almeno i problemi di incompatibilità tra una legge interna e una norma di diritto dell'Unione dotata di efficacia diretta¹.

Fino al Trattato di Lisbona, che ha riconosciuto alla Carta di Nizza un rango pari ai Trattati dell'Unione europea con il nome di Carta europea dei diritti fondamentali, era alla Corte di giustizia che eravamo debitori, in assenza di norme dedicate, per la tutela dei diritti fondamentali, anche a seguito dei “moniti” al riguardo proprio della Corte costituzionale italiana (già in *Acciaierie San Michele* del 1965²) oltre che di quella tedesca. La ricchissima giurisprudenza del giudice dell'Unione, anche per effetto del parallelo spostamento del baricentro dell'intero sistema delle libertà fondamentali di circolazione, dalle merci alle persone in quanto tali, è stata accettata dagli Stati membri, prima silenziosamente, poi introducendo nel Trattato di Maastricht la formula della sentenza della Corte di giustizia *Internationale Handelsgesellschaft*³, secondo la quale i diritti fondamentali sono parte dei diritti che la Corte di giustizia è tenuta a tutelare. Posta con le modifiche di Lisbona alla pari dei Trattati, la Carta si è tuttavia vista espressamente stabilire i limiti della sua sfera di applicazione. Mentre prima di Lisbona i giudici richiamavano le norme della Carta di Nizza quasi come conforto spirituale in tutte le occasioni nelle quali riconoscevano un diritto fondamentale della persona, dopo Lisbona l'applicazione della Carta è stata limitata, per i giudici e le amministrazioni nazionali come per la Corte di giustizia, agli atti che rientrano nel suo “ambito di applicazione”, così

¹ Cfr., G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, a cura di P. De Pasquale e F. Ferraro, Napoli, 2018, p. 231 ss.; G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2009, p. 195 ss. e in *Scritti in onore di L. Carlassare*, Napoli, 2009, p. 393 ss.

² Corte costituzionale, sentenza del 16 dicembre 1965, n. 98.

³ Sentenza della Corte di giustizia del 17 dicembre 1970, causa 11/70.

come sancito dall'art. 51⁴. Ed è significativo che in questa stessa disposizione, dopo il limite dell'"attuazione del diritto dell'Unione" per gli atti degli Stati membri, sia stato ripetuto l'ennesimo richiamo alla mancata estensione con la Carta di compiti e competenze dell'Unione.

Ciò nonostante, un certo numero di giudici nazionali, lettori troppo rapidi di norme esterne, hanno ritenuto di fare un'applicazione generale della Carta, fino a chiederne con rinvio pregiudiziale l'interpretazione alla Corte di giustizia per pretesi contrasti di norme puramente interne. Il giudice dell'Unione ha senza esitazione respinto come inammissibili tali rinvii, richiamando precisamente i limiti dell'attuale sfera di applicazione della Carta⁵. Peraltro, tale tentativo di applicazione generale della Carta, pur collegandosi alla tentazione di sempre del controllo indirettamente diffuso di legittimità anche costituzionale attraverso la via del rinvio pregiudiziale a Lussemburgo, considerata la non infrequente coincidenza in tema di tutela di diritti fondamentali tra le norme costituzionali e le norme della Carta, era non solo con tutta evidenza errato, ma è fortunatamente in tempi brevi rientrato a seguito della ricordata giurisprudenza della Corte di giustizia.

Tanto è stato tuttavia sufficiente perché la Corte costituzionale italiana reagisse sul tema della doppia pregiudizialità, di legittimità costituzionale e di compatibilità con il diritto dell'Unione europea, e più in generale, in tempi di "sovranismo" neppure tanto nascosto, sul rapporto tra i due ordinamenti.

Com'è fin troppo noto a chi ha memoria, tale rapporto, dopo qualche passaggio critico nel dialogo tra la Corte costituzionale e la Corte di giustizia, ad esempio con le decisioni delle due Corti sul caso *Costa c. ENEL*⁶ degli anni sessanta, le decisioni degli anni settanta della Consulta *Frontini* e *Industrie Chimiche*⁷, nonché la *Simmenthal*⁸ del giudice dell'Unione, aveva trovato una stabilità, almeno sul piano pratico, con la sentenza *Granital* del 1984 della nostra Corte⁹, rimasta incontestata fino agli anni più recenti. Con la *Simmenthal*, in particolare, la Corte di giustizia ammonì che l'uniformità e l'efficacia delle norme comunitarie risultavano pregiudicate ove non avessero ricevuto applicazione immediata. Ciò richiedeva, pertanto, l'applicazione delle norme comunitarie già da parte del giudice comune in caso di conflitto. La Corte costituzionale italiana, con la sentenza *Granital*, seppe sapientemente utilizzare l'art. 11 della Costituzione per risolvere almeno una metà del problema, relativo alle norme dell'Unione provviste di effetto diretto. La delega di

⁴ Ma vedi, seppure in un senso meno esplicito, ma molto simile, la sentenza sopra citata *Internationale Handelsgesellschaft* del 1970 (nota precedente). In argomento, A. TIZZANO, *L'application de la Charte de droits fondamentaux dans les Etats membres à la lumière de son Article 51, paragraphe 1*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2014, p. 429 ss.; G. TESAURO, *The protection of fundamental Rights post-Lisbon*, in FIDE 2012, Congress Publications, p. 553 ss.

⁵ Tra le altre, v. le ordinanze della Corte di giustizia del 3 luglio 2014, causa C-92/14, *Tudoran*, punti 44 e 45; del 12 novembre 2010, causa C-339/10, *Estov*, punti 12 e 13; del 1° marzo 2011, causa C-457/09, *Chartry*, punto 22; la sentenza dell'11 ottobre 2007, causa C-117/06, *Möllendorf e Möllendorf-Niehuus*, punto 78 e giurisprudenza ivi citata.

⁶ Corte costituzionale, sentenza del 7 marzo 1964, n. 14; sentenza della Corte di giustizia del 15 luglio 1964, causa 6/64.

⁷ Corte costituzionale, sentenze del 27 dicembre 1973, n. 183 e del 30 ottobre 1975, n. 232, rispettivamente.

⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 9 marzo 1977, causa 106/77.

⁹ Corte costituzionale, sentenza dell'8 giugno 1984, n. 170.

competenze in settori determinati attribuita all'Unione, correttamente compresa tra le organizzazioni internazionali che perseguono obiettivi di pace (si ricorda la Dichiarazione Schuman del 9 maggio 1950), nel consentire alla Comunità di porre in essere atti incondizionati, pronti per l'applicazione e rispetto ai quali la posizione giuridica soggettiva dei singoli è tributaria diretta, determina secondo la Consulta l'incompetenza dell'ordinamento italiano e quindi "un passo indietro" rispetto all'applicazione della norma italiana contrastante nella fattispecie. Si eliminava così la necessità di sollevare la questione di legittimità costituzionale, che diventava inammissibile, e si attribuiva al giudice comune il potere-dovere di non applicare (o disapplicare, come si dice normalmente) la norma italiana. E se è vero che la non applicazione non equivale alla scomparsa della norma dall'ordinamento, è vero anche che la Corte costituzionale ha da tempo stabilito che l'interpretazione di una norma comunitaria da parte della Corte di giustizia vincola tutti i giudici, che abbiano o meno operato il rinvio, ed anche l'interpretazione resa in una procedura d'infrazione¹⁰, sì che qualche possibile confusione è stata ridotta veramente al minimo, come dimostra la prassi ultratrentennale che ne è seguita.

La sentenza *Granital*, poi, ha anche lasciato lo spazio dovuto al conflitto con una norma dell'Unione priva di effetto diretto, trattandosi di norma esterna il cui ingresso nel nostro ordinamento è dovuto ad una legge ordinaria, sì che il contrasto con una norma successiva pone una questione di legittimità costituzionale della legge di adattamento, da demandare al giudice delle leggi. In definitiva, *Granital* fu accolta con soddisfazione, se non altro perché riusciva a conciliare, almeno sul piano pratico, la posizione monista della Corte di giustizia con quella dualista del nostro ordinamento e quindi della Corte costituzionale. E grandi inconvenienti non sono emersi.

Neppure la riformulazione dell'art. 117, primo comma, della Costituzione ha poi mutato di molto il quadro appena ricordato relativamente al rapporto con il diritto dell'Unione, le cui norme provviste di effetto diretto sono rimaste comprese nella delega di competenza normativa dell'art. 11 Cost., mentre il contrasto con le norme sprovviste di quell'effetto rientrano nello schema di incidente di costituzionalità della legge di adattamento, alla luce dell'art. 117, primo comma, al pari di tutti i conflitti con norme esterne convenzionali. Com'è noto, la nostra Corte costituzionale ha avuto occasione di precisare il proprio orientamento al riguardo con le sentenze quasi gemelle del 2007, nn. 348 e 349¹¹. Punto rilevante è che la Corte ha escluso che la materia dei diritti fondamentali oggetto della CEDU implichi, al di là della delega di competenza alla Corte di Strasburgo limitata all'interpretazione delle sue disposizioni, una cessione o limitazione di sovranità ai sensi e con gli stessi effetti dell'art. 11 della Costituzione, ribadendo una giurisprudenza ben consolidata. In secondo luogo, la Corte ha con tutta evidenza anche negato, allo stato, la possibilità per il giudice comune di disapplicare la norma nazionale in contrasto con norme della CEDU, non potendosi a queste ultime attribuire effetto diritto "fino al punto da consentire al giudice la non applicazione della norma interna confliggente" (sent. 349/2007).

¹⁰ Corte costituzionale, sentenze del 23 aprile 1985, n. 113 e dell'11 luglio 1989, n. 389.

¹¹ Corte costituzionale, sentenza del 24 ottobre 2007.

Ed è questa la differenza rispetto alle norme dell'Unione europea provviste di effetto diretto, non consentendolo né il loro carattere né la struttura e gli obiettivi della Convenzione complessivamente considerata. Il giudice costituzionale ha sul punto utilizzato con ogni evidenza, in particolare con il richiamo alla “struttura e agli obiettivi” del contesto in cui le norme della CEDU si collocano rispetto a quelle dell'Unione, il criterio utilizzato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea fin dalla *Van Gend en Loos*¹² e mai contestato (si ricordi anche la giurisprudenza della Cassazione italiana sulle norme GATT).

In breve conclusione, quando il contrasto delle norme nazionali con norme esterne non provviste di effetto diretto non sia sanabile in via interpretativa, il giudice comune non potrà risolvere il conflitto autonomamente. Non potrà evidentemente applicare la norma nazionale, dato che la premessa è la sua incompatibilità con la norma convenzionale; né potrà, in luogo della norma nazionale, applicare la norma esterna, ma dovrà necessariamente sollevare la questione di legittimità costituzionale rispetto all'art. 117, primo comma.

Vero è che la Consulta aveva già con tutta evidenza voluto negare la possibilità di estendere oltre misura, cioè al di là dell'ipotesi di contrasto con le norme dell'Unione provviste di effetto diretto, dei Trattati (compresa oggi la Carta dei diritti fondamentali) o di diritto derivato, la competenza del giudice comune a disapplicare la norma italiana. Non era mancata, infatti, l'attenzione sul rischio, che l'attribuzione al giudice comune di un generale potere di disapplicare la norma interna contrastante con quella convenzionale esterna in materie di valenza costituzionale possa tradursi – in difetto dell'ipotesi di incompetenza dell'ordinamento limitato al contrasto con le norme dell'Unione con effetto diretto – in un controllo, indiretto ma diffuso, di costituzionalità. Ed è precisamente questo rischio che la Consulta aveva voluto evitare con la ricordata giurisprudenza degli anni ottanta e che invece è all'origine della sentenza n. 269/2017¹³, nella quale la Corte ha mostrato un orientamento del tutto diverso, in particolare rispetto alla giurisprudenza in tema di doppia pregiudizialità, ma con conseguenze almeno opinabili anche più generali, come si è accennato.

Anzitutto, tale nuovo orientamento, dopo una conferma di stile dei principi del diritto dell'Unione dell'effetto diretto e del primato, nonché della Carta dei diritti fondamentali come parte integrante di quel diritto, è sviluppato in un *obiter dictum* (punto 5.2 in diritto) non richiesto, eccentrico rispetto alla causa e alla decisione, sì che appare una forzatura artificiosa rispetto alle restanti motivazioni della sentenza¹⁴. La premessa è che “Una precisazione si impone alla luce delle trasformazioni che

¹² Sentenza della Corte di giustizia del 5 febbraio 1963, causa 26/62.

¹³ Corte costituzionale, sentenza del 14 dicembre 2017. Su tale orientamento innovativo, più ampiamente, v., sul sito della Corte costituzionale, A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo tra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, Relazione all'incontro di studio tra i Tribunali e le Corti costituzionali di Spagna, Portogallo, Francia e Italia, Siviglia 26-28 ottobre 2017.

¹⁴ In argomento, L. S. ROSSI, *La sentenza 269/17 della Corte costituzionale italiana: obiter creativi (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea*, www.federalismi.it, 2018. Sulle successive decisioni della Corte di Cassazione, prima conformi poi sempre meno, correttamente: S. VANNUCCINI, *Quis interpretabitur nei casi di doppia pregiudizialità? La precisazione della Corte costituzionale nella sentenza 269/2017 e le reazioni della Corte di Cassazione*, in *La Comunità internazionale*, 2019, p. 55. ss., sp. 66 ss., ivi anche i numerosi commenti alla decisione, in gran parte di costituzionalisti. Nel senso della non precettività della cosa detta incidentalmente dal Giudice delle leggi nella sentenza in discorso, Cassazione, 12018/2018, par. 13 e 12945 par. 9.

hanno riguardato il diritto dell'Unione europea e il sistema dei rapporti con gli ordinamenti nazionali dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona". Quali siano tali trasformazioni non è detto, né risulta in altro modo, se si eccettua la parificazione al rango dei Trattati della Carta di Nizza: per il resto, Lisbona, fino a prova del contrario, non ha inciso più di tanto sul rapporto tra diritto interno e i Trattati, sì che il rapporto con la Carta di sicuro non presenta diversità, se non per una sfera di applicazione stabilita esplicitamente in quanto pari a quella dei Trattati, dunque ridotta, come prima precisato. In breve, effetto diretto e primato, per quanto di ragione, restano quelli che erano prima di Lisbona, così come i principi della giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di diritti fondamentali trascritti nella Carta restano quelli di prima. Pertanto, non è affatto una novità che quei principi "intersecano in larga misura i principi garantiti dalla Costituzione" italiana e che, di conseguenza, "la violazione di un diritto della persona infranga, ad un tempo, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia quelle codificate dalla Carta dei diritti dell'Unione".

Sulla premessa dell'asserita novità di Lisbona, la Consulta trae poi alcune conseguenze. La prima è che le violazioni dei diritti della persona necessitano sempre di un intervento *erga omnes* da parte della stessa Corte costituzionale, chiamata a valutare sulla base "dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei", in modo da assicurare che i diritti garantiti dalla Carta "siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali comuni". Al riguardo, va ribadito che la necessità dell'intervento *erga omnes* anche relativamente ai casi di possibile e legittima disapplicazione della norma da parte del giudice comune, aveva già trovato soluzione nella giurisprudenza della stessa Corte con le sentenze n. 113 del 1985 e n. 389 del 1989, prima ricordate. Non si riescono, pertanto, a vedere ragioni nuove per buttare nel cestino la giurisprudenza *Simmenthal* e quella successiva di tutti gli Stati membri. Inoltre, il parametro di una norma dell'Unione, quando fosse rilevante, non può servire alla Corte costituzionale se non per chiedere al riguardo l'interpretazione della Corte di giustizia, che sola si è vista attribuire dagli Stati membri già con il Trattato originario il potere – e con esso il dovere, si badi – di interpretare le norme dell'Unione (attuale art. 19 del TUE), pena un difetto di quell'uniformità di interpretazione nell'intera Unione che rappresenta la funzione principale e ineliminabile del rinvio pregiudiziale. Diversamente, si rischierebbe un'interpretazione diversa per ogni Stato membro.

La seconda conseguenza è, secondo la Corte, che laddove una legge fosse oggetto di dubbi di legittimità tanto in riferimento alla Costituzione italiana, quanto in relazione alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione in ambito di rilevanza europea, si dovrebbe sollevare la questione di legittimità costituzionale. Tuttavia, resterebbe ferma, secondo la Consulta alla stregua della sentenza *Melki*¹⁵ della Corte di giustizia, la facoltà dei giudici comuni di interrogare, ove necessario, la Corte di giustizia in via pregiudiziale e, all'occorrenza, "disapplicare, al termine del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, la disposizione legislativa nazionale in questione che abbia superato il vaglio di costituzionalità, ove, per altri profili, la ritengano contraria al diritto dell'Unione". Vale appena opporre che gli incisi "al termine del giudizio incidentale di legittimità costituzionale" e "per altri profili", svuotano

¹⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 22 giugno 2010, causa C-188/10.

quasi del tutto la libertà del giudice di operare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, libertà che è l'elemento principale dell'istituto del rinvio pregiudiziale e base del sistema complessivo di controllo giurisdizionale disegnato dai Trattati dell'Unione fin dalle origini. Tra l'altro, resta da vedere quale rinvio pregiudiziale sia dato al giudice comune di fare quando la Corte costituzionale avesse dichiarato l'illegittimità della legge nazionale, per ciò stesso eliminandola dall'ordinamento. A voler tacere, infine, dell'obbligo del giudice comune, quando solleva una questione di legittimità costituzionale, di rappresentare la rilevanza almeno plausibile della questione, in principio da escludere quando il giudice rimettente dubitasse della compatibilità comunitaria di quella legge, dunque della sua applicabilità¹⁶.

Non molto diversa è la posizione, sostenuta dal giudice costituzionale nella sentenza 20/2019¹⁷, ove si pronuncia sui principi della direttiva controversa in ragione dei manifesti legami con quelli enunciati dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, che intersecano, a loro volta, principi e diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione. E ribadisce l'opportunità che il sindacato accentrato di legittimità costituzionale permetta alla Corte costituzionale di giudicare alla luce di parametri costituzionali interni e anche di quelli europei, secondo l'ordine più idoneo alla soluzione della controversia.

Anche questa sentenza ha suscitato più di una perplessità, nonostante il riconoscimento di stile del valore aggiunto della giurisprudenza del giudice dell'Unione¹⁸, soprattutto perché, ancora una volta, non tiene conto che l'interpretazione e l'applicazione della Carta riposano su un sistema giurisdizionale complesso, incentrato sul rinvio pregiudiziale. È per quanto il suo contenuto possa assomigliare, anche sino a sovrapporsi, a quello di una Costituzione nazionale, la Carta rimane pur sempre una fonte distinta e autonoma, né la sua interpretazione può essere "attratta" dalle Corti costituzionali degli Stati membri nella sfera di competenze di queste ultime. Il giudice competente ad interpretare la Carta rimane la Corte di giustizia dell'Unione europea e nessuna Corte costituzionale può di conseguenza avocare a sé tale potere, invocando in astratto le proprie tradizioni costituzionali e senza operare un rinvio pregiudiziale d'interpretazione a Lussemburgo.

Va tuttavia salutato con favore che nella sentenza n. 20/2019 sia stato almeno restituito al giudice comune il potere di operare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia non soltanto "per altri profili" rispetto a quelli valutati dal giudice costituzionale, come nel precedente sopra ricordato.

3. Con l'ultima sentenza, la Consulta sembra riportare ordine e offrire maggiori certezze rispetto alle incertezze che i due precedenti ricordati avevano determinato. Insomma, la Corte fa un passo indietro e restituisce il dialogo con la Corte UE agli schemi ed ai criteri definiti dalle sentenze *Granital* e *Simmenthal*, nonché alle

¹⁶ G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, cit.

¹⁷ Corte costituzionale, sentenza del 23 gennaio 2019, n. 20, punto 2.

¹⁸ Cfr., tra gli altri, C. SCHEPISI, *La Corte costituzionale e il dopo Taricco. Un altro colpo al primato e all'efficacia diretta?*, in *Il diritto dell'Unione europea. Osservatorio europeo*, dicembre 2017, pp. 1-18; V. PICCONE, *A prima lettura della sentenza della Corte di cassazione n. 4223 del 21 febbraio 2018. L'interpretazione conforme come strumento di "sutura" post Corte costituzionale n. 269/2017*, in *Rivista di diritti comparati*, 2018, pp. 298-329.

meno remote decisioni della Corte di giustizia di trasparente reazione alla sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana¹⁹.

Infatti, la decisione del 21-27 marzo u.s. ribadisce sì che, nelle ipotesi di doppia pregiudizialità non può essere ad essa “precluso l’esame nel merito delle questioni di legittimità costituzionale sollevate con riferimento sia a parametri interni, anche mediati alla normativa interposta convenzionale, sia – per il tramite degli artt. 11 e 117, primo comma Cost. – alle norme corrispondenti della Carta che tutelano, nella sostanza, i medesimi diritti”. Ma subito dopo, aggiunge che la sua competenza non esclude quella del giudice comune di sollevare questione di pregiudizialità e precisa che tale possibilità sussiste anche dopo il giudizio incidentale di legittimità costituzionale e (ove mai se ne fosse dubitato) che il giudice può disapplicare la norma interna in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta.

Ancorché la Consulta dichiara di porsi nel solco tracciato dalla sentenza n. 269/2017, è evidente il significativo distacco rispetto a quel precedente. Infatti, non soltanto viene meno l’accentramento di giudizio rivendicato in quella sede, ma soprattutto al giudice comune si riconosce il potere di disapplicare la norma nazionale in contrasto con la norma dell’Unione dotata di effetto diretto; e, in caso di dubbio, di rinviare in prima battuta alla Corte di giustizia o anche dopo aver rimesso la questione alla Corte costituzionale.

Al riguardo, la Consulta chiarisce che, qualora investita dal giudice comune dovesse decidere per l’illegittimità costituzionale della disposizione ritenuta in contrasto con la Carta, la conseguenza sarebbe “l’eliminazione dall’ordinamento, con effetti *erga omnes*, di tale disposizione”. In questo caso e soltanto in questo caso – è fin troppo ovvio – il giudice *a quo* non potrà più promuovere rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Qualora, invece, il giudice rimettente dovesse chiedere la verifica di costituzionalità di una disposizione, manifestando un dubbio quanto alla corretta interpretazione di norme dell’Unione e un contrasto con queste ultime, la questione pregiudiziale di legittimità costituzionale sarebbe inammissibile, in quanto il dubbio sulla compatibilità della norma nazionale rispetto al diritto dell’Unione andrebbe risolto immediatamente con l’ausilio della Corte di giustizia, prima che sia sollevata la questione di legittimità costituzionale, pena l’irrelevanza della questione stessa²⁰.

4. Altrettanto importante è la seconda parte della sentenza, nella quale la Consulta, esaminando nel merito la questione sottopostole, riporta al centro dell’attenzione del dibattito scientifico il principio di retroattività della legge penale più favorevole. Principio che, negli ultimi anni, è stato oggetto di importanti pronunce, sia della medesima Corte sia delle Corti europee, che ne hanno affrontato gli aspetti

¹⁹ Sentenze della Corte di giustizia del 20 dicembre 2017, causa C-322/16, *Global Starnet*; del 24 ottobre 2018, causa C-234/17, *XC e a. c. Austria*, punti 42-45; del 10 dicembre 2018, causa C-621/18, *Wightman*. La Cassazione non ha mancato di rilevare il contrasto tra la sentenza 269/2017 della Corte costituzionale con tale giurisprudenza della Corte di giustizia, di poco successiva. V. Cassazione, sentenza del 21 febbraio 2018, n. 4223, par. 4, sulla quale V. PICCONE, *op. cit.*, p. 203 ss. Esplicito il rifiuto di seguire la 269/17 in Cassazione, sentenze 12108 del 17 maggio 2018, parr. 12-14 e 12945 del 24 maggio 2018, parr. 8-10.

²⁰ Corte costituzionale, sentenza del 18 luglio 2014, n. 216; G. TESAURÒ, *Costituzione e norme esterne*, cit., p. 195 ss.

cruciali, quali le questioni che ne definiscono il fondamento, il rango, i limiti e la portata. Ma che, soprattutto, hanno dato luogo ad un ripensamento sui suoi caratteri più controversi.

Come è noto, l'assenza di un espresso riconoscimento del principio in parola nella Carta costituzionale, quantunque non abbia impedito di attribuirgli rilevanza costituzionale, ne ha condizionato l'individuazione del parametro-fonte e, di conseguenza, la portata. Specificamente, è stato ritenuto – e la stessa Consulta lo riafferma nella sentenza *de qua* – che esso ha sì fondamento nella Costituzione, ma non nell'art. 25, co. 2, bensì nell'art. 3, rappresentando un corollario del principio di eguaglianza. Infatti, tale disposizione, vietando ogni forma di irragionevole discriminazione tra situazioni eguali, non può che ricomprendere anche la retroattività della *lex mitior* ed assicurarne l'efficacia vincolante nei confronti del legislatore. Infatti, il trattamento sanzionatorio per i medesimi fatti deve essere eguale, “a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della norma che ha disposto l'*abolitio criminis* o la modifica mitigatrice”²¹. Ciò proprio perché l'applicazione automatica ed inderogabile di un trattamento penale non più in vigore a condotte ad esso ascrivibili porrebbe in grave rischio l'eguaglianza assicurata dall'art. 3 Cost.

Sulla questione del rango da attribuire alla retroattività favorevole è significativamente intervenuto anche il diritto internazionale e dell'Unione europea; peraltro, i *dicta* della Corte di Lussemburgo e di quella di Strasburgo sono stati recepiti ed utilizzati dalla Consulta come criteri-guida dell'interpretazione del principio nell'ordinamento italiano.

In particolare, si ricorda che la Corte di giustizia, già da tempo, ne ha sottolineato la valenza costituzionale, affermando che il “principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite, (...) fa parte delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri (...) e deve essere considerato come parte integrante dei principi generali del diritto comunitario che il giudice nazionale deve osservare quando applica il diritto nazionale adottato per attuare l'ordinamento comunitario”²². Attualmente, esso trova espressa previsione nell'art. 49, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: “Se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima”. Tale disposizione ricalca, anche nel tenore letterale, l'art. 15 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, in vigore dal 1976.

Nella CEDU, il principio della retroattività favorevole è stato invece desunto in via interpretativa dall'art. 7. Infatti, nella sentenza *Scoppola*²³, la Corte EDU ha ritenuto che tale disposizione non sancisce soltanto il principio della irretroattività delle leggi penali più severe, bensì, implicitamente, anche quello della retroattività della legge penale meno severa²⁴.

²¹ Corte costituzionale, sentenza del 23 novembre 2006, n. 394.

²² Sentenza della Corte di giustizia del 28 aprile 2011, causa C-61/11 PPU, *El Dridi*. V. anche sentenza del 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi e a.*, punti 67-69, nonché del 11 marzo 2008, causa C-420/06, *Jager*, punto 59.

²³ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, n. 10249/03.

²⁴ Cfr. V. MAIELLO, *Il rango della retroattività della lex mitior nella recente giurisprudenza comunitaria e costituzionale italiana*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008, p. 1614 ss. V. anche Corte costituzionale, sentenza del 23 novembre 2006, n. 393.

Nella sentenza in esame, dopo aver richiamato il duplice fondamento del principio, la Consulta dichiara che la *ratio* della regola è “identificabile in sostanza nel diritto dell’autore del reato ad essere giudicato, e se del caso punito, in base all’apprrezzamento attuale dell’ordinamento relativo al disvalore del fatto da lui realizzato, anziché in base all’apprrezzamento sotteso alla legge in vigore al momento della sua commissione”. Pur tuttavia, avendo collocato il principio di retroattività *in mitius* tra i corollari dell’eguaglianza/ragionevolezza, i giudici costituzionali non hanno potuto connotarlo in termini di garanzia rigida, ma semplicemente di principio “tendenziale”, suscettibile cioè di deroghe, in presenza – ovviamente – di motivi ragionevoli. In buona sostanza, la deroga deve risultare giustificata dalla necessità di tutelare interessi dotati di pari rilevanza, sulla base di un sindacato positivo di ragionevolezza.

5. Il *quid novi* della decisione risiede però nell’ampio respiro europeista delle argomentazioni a sostegno della decisione ed anche nella definitiva estensione della retroattività della legge più favorevole alle sanzioni amministrative pecuniarie che hanno carattere punitivo. Invero, i giudici costituzionali danno attuazione, elaborandola in maniera più sofisticata e precisa, la soluzione a cui erano pervenuti già nella sentenza n. 193/2016, dove avevano affermato che il principio della retroattività della *lex mitior* fosse applicabile a “singole e specifiche discipline sanzionatorie” ed in particolare a “quelle che, pur qualificandosi come amministrative ai sensi dell’ordinamento interno”, fossero qualificabili come “punitive” alla luce dei noti criteri *Engel*²⁵.

In tale ottica, dopo aver ribadito che le disposizioni della CEDU possono essere applicate anche nei casi in cui non sono state già oggetto di pronunce della Corte EDU²⁶, la Consulta ha scrutinato l’art. 187 *bis* TUF sulla base del “complesso dei principi enucleati dalla Corte di Strasburgo” ed altresì della giurisprudenza della Corte di giustizia. Anzi, a ben vedere, essa ha ripreso le motivazioni espresse da quest’ultima, in due recenti pronunce aventi ad oggetto l’art. 187 *bis* TUF, per sostenere la qualificazione “penale” della sanzione controversa. Precisamente, i giudici di Lussemburgo hanno ricordato che, sebbene nel diritto nazionale il procedimento che ha condotto all’irrogazione della sanzione sia qualificato come procedimento amministrativo, la natura penale di questa deve essere dedotta alla luce degli altri due criteri *Engel*. E che entrambi risultano soddisfatti, giacché la sanzione non ha soltanto lo scopo di risarcire il danno causato dall’illecito, ma persegue anche una finalità repressiva, prevedendo che chiunque abbia commesso manipolazioni del mercato sia punito con una sanzione amministrativa pecuniaria da ventimila a cinque milioni di euro, sanzione che in talune circostanze può essere aumentata fino al triplo o fino al maggiore importo di dieci volte il prodotto o il profitto conseguito dall’illecito; e proprio l’onerosità della sanzione rispetto

²⁵ Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza dell’8 giugno 1976, n. 5100/71, *Engel e altri c. Paesi Bassi*. P. DE PASQUALE, *Il divieto di ne bis in idem ed i reati tributari*, in G. CAGGIANO (a cura di), *Integrazione europea e sovranazionalità*, Bari, 2018, p. 294 ss.

²⁶ Corte costituzionale, sentenza del 7 aprile 2017, n. 68. Cfr., per un commento, F. VIGANÒ, *Un’altra deludente pronuncia della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative “punitive”, in Diritto Penale Contemporaneo*, 10 aprile 2017.

al prodotto o al profitto conseguito con le manipolazioni di mercato le conferiscono un grado di gravità molto elevato²⁷.

La Consulta fa sue tali valutazioni e, evidenziando che la sanzione in esame eccede il valore del profitto conseguito dall'autore dell'illecito, peraltro oggetto di separata confisca, ne sottolinea la carica afflittiva e la finalità di deterrenza: in breve, la natura di sanzione punitiva. Di conseguenza, estende a tale sanzione la garanzia della retroattività favorevole, anche perché – giustamente osserva – il vincolo dell'eguaglianza/ragionevolezza (art. 3 Cost.) rende inammissibile continuare a sanzionare un fatto che nell'ordinamento giuridico ha perso il proprio carattere di illiceità, o a punirlo sulla base di una misura divenuta eccessiva e perciò sproporzionata. In queste ipotesi, le sanzioni sarebbero cioè illegittime, salvo che non esista una positiva giustificazione nel riconoscimento di controinteressi di pari valenza costituzionale idonei a bilanciare la deroga al vincolo dell'art. 3 Cost.²⁸

Invero, la declaratoria di illegittimità costituzionale poggia sulla valutazione finale operata dalla Consulta in merito alla resistenza delle deroghe al vaglio della ragionevolezza. Eliminando ogni possibile dubbio, la Corte sostiene che, tutt'al più, il sospetto di irragionevolezza riguarda “la mancata generalizzata previsione della retroattività delle modifiche sanzionatorie *in melius* (...)”. E controinteressi che possano giustificarla – aggiunge – non sono ravvisabili nell’“esigenza di «evitare ripercussioni negative su procedimenti sanzionatori in corso», posto che l'influenza della *lex mitior* sui procedimenti sanzionatori non ancora conclusi al momento della sua entrata in vigore è la conseguenza necessaria del principio di retroattività della *lex mitior* stessa”.

La Corte costituzionale conclude dichiarando, in via consequenziale, l'illegittimità costituzionale della disciplina transitoria dettata dall'art. 6, co. 2, D.lgs. 72/2015, nella parte in cui esclude l'applicazione retroattiva del trattamento nuovo e più favorevole all'illecito di abuso di informazioni privilegiate.

6. Non vi è dubbio che la pronuncia segni un mutamento di rotta, reso evidente dalla circostanza che, per la prima volta, viene adottato un dispositivo di accoglimento che amplia la sfera di efficacia retroattiva di una *lex mitior*, attraverso una ricostruzione fedele all'approccio sostanzialista della Corte EDU e di quella di Lussemburgo. Peraltro, se si considera che – sulla scorta della giurisprudenza di Strasburgo – è sufficiente che sia presente anche uno solo dei criteri *Engel* per attrarre la sanzione nella sfera delle garanzie penalistiche e che, in generale, ai sensi della legge 689/1981, le sanzioni amministrative hanno natura e funzione eminentemente afflittiva²⁹, è facile ipotizzare che la retroattività delle legge favorevole sia una garanzia da riconoscere a tutte le sanzioni amministrative pecuniarie, ma altresì a quelle interdittive ed a quelle accessorie.

La svolta della Consulta avrebbe potuto essere, però, ancora più significativa, se soltanto essa avesse fatto un ulteriore passo in avanti e avesse rinviato gli atti al giudice rimettente per il vaglio di rilevanza dello *jus superveniens*, quantunque – va

²⁷ Sentenze della Corte di giustizia del 20 marzo 2018, cause riunite C-596/16 e C-597/16, *Di Puma e altri*, punto 38; C-537/16, *Garlsson Real Estate SA*, punto 28 e seguenti.

²⁸ M. SCOLETTA, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte Costituzionale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2 aprile 2019.

²⁹ Cfr., ad esempio, E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2017, p. 362 ss.

detto – la conclusione nel merito sarebbe rimasta inalterata. Infatti, va rammentato che, l'art. 4, co. 9 del D.Lgs. 107/2018, recante norme di adeguamento al regolamento 596/2014, relativo agli abusi di mercato, ha modificato per l'ennesima volta il trattamento sanzionatorio previsto per tale illecito, tenendo fermo il minimo edittale di ventimila euro, ma innalzando il massimo da tre a cinque milioni di euro, salva la possibilità di ulteriori aumenti, ai sensi del co. 5 dell'art. 187 *bis* TUF.

Nello specifico, la Corte costituzionale ha lapidariamente constatato che la nuova disciplina – non prevedendo nulla in merito alla sua applicazione nel tempo – può valere soltanto per il futuro.

Nondimeno, così facendo, ha applicato sì correttamente l'art. 11 delle Preleggi che, come noto, non riconosce alcun effetto retroattivo alle leggi, ma ha manifestato poca coerenza con quanto stabilito subito dopo. Invero, se – come detto – essa ha voluto affermare l'estensione della garanzia della retroattività della *lex mitior*, nel pieno rispetto dei *dicta* delle Corti europee, è pur vero che la stringata motivazione a quest'ultimo riguardo della Corte suscita più di una perplessità. Soprattutto perché nella sentenza *Scoppola*, il giudice di Strasburgo aveva chiarito che, “se la legge penale in vigore al momento della perpetrazione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato”. Sicché sarebbe stato più coerente valutare l'art. 187 *bis* TUF anche alla luce della novella del 2018 o quantomeno farvi riferimento, anche se – nella fattispecie – la determinazione del *quantum* di sanzione pecuniaria non sarebbe mutata, giacché tanto nella legge del 2015 quanto in quella del 2018 il minimo edittale è fissato a ventimila euro: la differenza si registra soltanto con riguardo al massimo, la prima prevedendolo in tre milioni, la seconda in cinque milioni.

D'altro canto, l'imbarazzo della Corte è comprensibile, considerato l'assordante silenzio del legislatore sul punto; tuttavia, i numerosi pregi della decisione rischiano di essere messi in ombra dalle ricadute di questa mancanza di ulteriore precisazione e dalla prevedibile nuova questione di legittimità costituzionale, che potrà essere sollevata in relazione agli illeciti amministrativi di abuso di mercato commessi tra il 2005 e il 2015 e non sanzionati con il minimo edittale.

Ma tant'è, si ribadisce, i nodi possono essere sciolti anche a piccoli passi.