

C'era una volta Taricco
I rapporti tra legalità in materia penale ed obblighi UE
dopo la parentesi Taricco.
*Note a margine della sentenza Dzivev, in causa C- 310/16**

Amedeo Barletta

SOMMARIO: 1. La vicenda giudiziaria, il procedimento penale in Bulgaria. – 2. La questione pregiudiziale. – 3. La decisione della Corte di giustizia. – 4. La riaffermazione della legalità, il ritorno alle origini. – 5. Una conclusione, naturalmente provvisoria.

Esauritasi la fase inaugurata dalla sentenza Taricco¹, una pronuncia della Corte di giustizia offre l'opportunità per un'ulteriore riflessione sul rapporto tra obblighi derivanti dal diritto UE e materia

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

¹ Sentenza della Corte di Giustizia dell'8 settembre 2015 in causa C-105/14, Taricco e a. Per una panoramica sulla decisione e sulla "saga" che ne è seguita, sino all'Ordinanza della Corte costituzionale n. 24 del 2017, si rinvia al volume collettaneo curato da Bernardi e Cupelli ed alla bibliografia ivi contenuta: A. Bernardi - C. Cupelli (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, 2017. Numerose anche le voci favorevoli all'approccio tenuto in quel caso dalla Corte, tra le più autorevoli si ricordano: F. Viganò, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di giustizia (sent. 8 settembre 2015 (Grande Sezione), Taricco, causa C-105/14*, in *Diritto penale contemporaneo*, 14 settembre 2015; F. Rossi, *La sentenza Taricco e l'obbligo di disapplicazione in malam partem di norme penali: tra integrazione europea e controlimiti*, in *RIDPP*, 2016. Per un utile ricapitolazione dell'intera vicenda sino al suo esito si rinvia anche a: G. Piccirilli, *The ' Taricco Saga': The Italian Constitutional Court continues its European journey*, in *European Constitutional Law Review*, 2018. Sul punto la bibliografia interna ed internazionale è comunque assai vasta.

C'era una volta Taricco. I rapporti tra legalità in materia penale ed obblighi UE dopo la parentesi Taricco. Note a margine della sentenza Dzivev, in causa C- 310/16

penale nazionale. Con la sentenza Dzivev (causa C-310/16) la Corte dell'Unione europea riafferma la centralità del principio di legalità nella materia penale inteso quale limite al primato del diritto UE e alla disapplicazione di norme statali incompatibili con i vincoli derivanti dal diritto dell'Unione; ciò anche nel delicato contesto della disciplina volta al contrasto delle frodi agli interessi finanziari dell'UE (nel caso di specie alle frodi in materia IVA)².

1. *La vicenda giudiziaria, il procedimento penale in Bulgaria*

La vicenda giudiziaria nell'ambito della quale è intervenuta la pronuncia della Corte di Giustizia è rappresentata da un procedimento penale bulgaro arrivato alla Corte di Lussemburgo per il tramite del rinvio pregiudiziale di un Tribunale penale specializzato della capitale Sofia (*Spetsializiran nakazatelen sad*).

La questione può essere riassunta in breve. Nell'ambito di una vasta indagine relativa a frodi IVA le autorità giudiziarie del paese (prima su richiesta di un organo amministrativo e successivamente dell'ufficio di Procura) autorizzavano un ampio utilizzo delle intercettazioni telefoniche.

Durante la pendenza delle indagini interveniva, però, una profonda e complessa riforma della disciplina delle intercettazioni telefoniche con l'individuazione di un diverso Giudice deputato all'autorizzazione degli ascolti; veniva conseguentemente individuata una diversa competenza giurisdizionale oltre all'introduzione di un rafforzato obbligo di motivazione del provvedimento autorizzativo degli ascolti telefonici.

Nell'ambito dell'indagine di cui al procedimento originario le intercettazioni, quelle immediatamente successive alla intervenuta vigenza della nuova disciplina nazionale, continuavano ad essere autorizzate sulla base della previgente normativa, per poi, solo nel corso ulteriore dello stesso procedimento, e quindi in epoca successiva

² Per un approfondimento sul dibattito connesso alla disciplina UE, in italiano, si rinvia al recente A. Venegoni, *La protezione degli interessi finanziari dell'Unione Europea*, Roma, 2018.

C'era una volta Taricco. I rapporti tra legalità in materia penale ed obblighi UE dopo la parentesi Taricco. Note a margine della sentenza Dzivev, in causa C- 310/16

all'entrata in vigore della nuova legge, intervenire, finalmente, l'autorizzazione dell'autorità giudiziaria designata dalla novella legislativa.

Il ritardo e le incertezze operative nell'applicazione della nuova disciplina erano determinati da un complesso quadro normativo per il cui chiarimento risultavano necessarie diverse pronunce delle massime giurisdizioni bulgare e nella specie della locale Corte di cassazione (*Varhoven kasatsionen sad*) che procedeva alla opportuna operazione nomofilattica.

Nella fase successiva, esaurita l'opera di chiarimento ermeneutico della nuova disciplina, nell'ambito del procedimento penale in questione riguardante il sig. Dzivev ed altri coimputati, veniva dunque ad essere valutata l'indispensabilità, ai fini del decidere, di alcune intercettazioni tra quelle autorizzate dal Giudice nel frattempo divenuto incompetente (ovvero le intercettazioni autorizzate secondo la vecchia disciplina ma in un momento in cui era già intervenuta la riforma).

Secondo il Tribunale nazionale operante il rinvio pregiudiziale la responsabilità penale degli imputati non avrebbe potuto essere provata senza l'utilizzazione delle intercettazioni acquisite "illegittimamente", conseguendone l'imprescindibile rilevanza della questione proposta in quanto pregiudiziale ad una corretta definizione del procedimento penale *a quo*.

2. La questione pregiudiziale

Il Tribunale bulgaro proponeva dunque alla Corte di giustizia dell'Unione una articolata questione pregiudiziale³.

³ Elaborata, nel suo nucleo centrale, nei termini che seguono:

«1) Se sia compatibile con:

– l'articolo 325, paragrafo 1, TFUE, ai sensi del quale gli Stati membri adottano misure tali da permettere una protezione efficace contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione;

– l'articolo 2, paragrafo 1, [della Convenzione PIF,] in combinato disposto con l'articolo 1, paragrafo 1, lettera b), [della medesima e] con l'articolo 2, paragrafo

C'era una volta Taricco. I rapporti tra legalità in materia penale ed obblighi UE dopo la parentesi Taricco. Note a margine della sentenza Dzivev, in causa C- 310/16

La questione appare sostanzialmente finalizzata a conoscere se l'art. 325 TFUE⁴ (la medesima norma dei Trattati UE invocata nella sentenza Taricco e nelle pronunce che a questa si sono succedute), quella che impone agli Stati membri di adottare ogni misura

1, lettera b), della decisione [2007/436], secondo cui ciascuno Stato membro prende le misure necessarie per assicurare un'efficace repressione dell'evasione dell'IVA;

– l'articolo 47, primo e secondo comma, della Carta, che garantisce il diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice precostituito per legge;

il fatto che ai sensi del diritto nazionale non possano essere utilizzate le prove ottenute con l'impiego di "metodi investigativi speciali", segnatamente attraverso intercettazioni telefoniche nei confronti di persone che successivamente sono state accusate di frode in materia di IVA, in quanto disposte da un giudice incompetente, tenendo conto a tale riguardo delle seguenti circostanze:

[...]

– l'utilizzo delle prove in discussione (conversazioni telefoniche degli imputati, la cui intercettazione è stata disposta da un giudice che aveva già perso la competenza in materia) riveste una fondamentale importanza ai fini di decidere sulla questione della responsabilità della persona che dirige un'organizzazione criminale, costituita al fine di compiere reati tributari di cui alla legge sull'[imposta sul valore aggiunto, nella versione vigente all'epoca dei fatti di cui al procedimento principale], e che istiga al compimento di reati tributari concreti, tenuto conto che è possibile emettere un verdetto di colpevolezza e una condanna solo se le conversazioni telefoniche possono essere utilizzate come prove; in caso contrario l'imputato dovrebbe essere prosciolto».

⁴ Secondo la norma citata: «1. L'Unione e gli Stati membri combattono contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione stessa mediante misure adottate a norma del presente articolo, che siano dissuasive e tali da permettere una protezione efficace negli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell'Unione. 2. Gli Stati membri adottano, per combattere contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari. 3. Fatte salve altre disposizioni dei trattati, gli Stati membri coordinano l'azione diretta a tutelare gli interessi finanziari dell'Unione contro la frode. A tale fine essi organizzano, assieme alla Commissione, una stretta e regolare cooperazione tra le autorità competenti. 4. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, previa consultazione della Corte dei conti, adottano le misure necessarie nei settori della prevenzione e lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, al fine di pervenire a una protezione efficace ed equivalente in tutti gli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell'Unione. 5. La Commissione, in cooperazione con gli Stati membri, presenta ogni anno al Parlamento europeo e al Consiglio una relazione sulle misure adottate ai fini dell'attuazione del presente articolo».

necessaria a lottare contro le frodi che ledono gli interessi finanziari dell'UE in osservanza dei principi di assimilazione (o di equivalenza) e di effettività⁵, sia in qualche modo di ostacolo alla norma nazionale che, innovando la disciplina sulle intercettazioni, abbia reso inutilizzabili gli ascolti effettuati secondo la disciplina prevista dalla previgente normativa, ovvero con autorizzazione resa da giudice divenuto nel frattempo incompetente (la questione è in breve quella relativa alla applicabilità della *Exclusionary Rule* nazionale considerata, nel caso di specie, idonea a pregiudicare una effettiva tutela degli interessi finanziari dell'Unione). Come è del resto possibile riscontrare immediatamente dalla sola lettura del quesito, la questione pregiudiziale appare strutturata in termini apparentemente complessi anche se, in fondo, il nocciolo della richiesta formulata dai giudici bulgari è ben chiaro. La domanda, infatti, può essere riformulata nei termini che seguono: può una norma contenuta nei Trattati - letta in combinato disposto con la Convenzione PIF (relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee), la Decisione 2007/436CE e la Direttiva 2006/112/CE (IVA) - determinare la disapplicazione di alcune norme interne in materia penale che, tra l'altro, risultano poste a tutela di diritti e valori fondamentali quali la riservatezza e la difesa della sfera individuale contro l'intrusione del potere pubblico?

In buona sostanza ed in termini estremamente semplificati è come se si fosse posta la questione di un possibile bilanciamento tra interessi contrastanti, ovvero, da un lato, l'effettività della tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea (così come previsti da una norma di diritto primario unionale) e, dall'altro, il rispetto della legalità interna in materia processual-penalistica, con effetti e ricadute evidentemente anche *in malam partem*, laddove fosse stata accolta l'interpretazione proposta dai giudici bulgari.

Si tratta di un dilemma costante per la tradizionale impostazione funzionalista del diritto comunitario, secondo una logica tipica dell'approccio dalla Corte UE: ovvero garantire l'effettività delle

⁵ Sulla individuazione della portata del citato art. 325 TFUE si veda anche, da ultimo, la Sentenza della Corte giust., 2 maggio 2018, C-574/15, *Scialdone*, punti 25 e 29.

C'era una volta Taricco. I rapporti tra legalità in materia penale ed obblighi UE dopo la parentesi Taricco. Note a margine della sentenza Dzivev, in causa C- 310/16

regole dell'integrazione comunitaria anche a discapito della legalità nazionale, che la *primauté* del diritto UE (in questo caso addirittura nelle forme del diritto primario contenuto nei Trattati) tradizionalmente sacrifica sull'altare del cosiddetto 'effetto utile'⁶.

Nel caso di specie la soluzione proposta dalla Corte lussemburghese pare ritornare al pieno riconoscimento di quella eccezionalità penalistica sempre ribadita, almeno sino alla vicenda Taricco, allorquando, invece, veniva preferita una soluzione del conflitto tra norma interna e regola UE, nella materia penale, quantomeno poco ortodossa rispetto al consolidato approccio ermeneutico⁷.

La sentenza Dzivev si pone, da questo punto di vista, in linea di continuità con alcune pronunce che hanno riassorbito la posizione innovativa espressa in Taricco (con riferimento alla praticabilità di una disapplicazione idonea a produrre effetti *in malam partem*) - particolarmente le sentenze M.A.S. e M.B. del 5 dicembre 2017 in causa C-42/17, Scialdone del 2 maggio 2018 in causa C-574/15 - offrendo alla Corte (seppure non nella formazione della Grande Camera) l'opportunità di far rientrare il parziale disorientamento prodotto dell'arresto Kolev e a., del 5 giugno 2018 in causa C-612/15, che aveva destato non poche perplessità lasciando aperta la via di una

⁶ Si tratta il principio in base al quale una determinata norma deve essere interpretata, di preferenza, in modo da favorire il raggiungimento dell'obiettivo in essa prefissato. Tale principio è spesso utilizzato dalla Corte di giustizia UE al fine di garantire l'effettività del processo di integrazione. È principio strettamente correlato al principio del primato del diritto UE (*primauté*) elaborato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in forza del quale ove si verifichi un caso di conflitto, di contraddizione o di incompatibilità tra norme di diritto UE e norme nazionali, queste ultime, anche se posteriori, sono disapplicate, senza che sia necessaria la richiesta della previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale. Per una analisi approfondita si veda: I. Ingravallo, *L'effetto utile nell'interpretazione del diritto dell'Unione europea*, Bari, 2017.

⁷ Va pur detto che già in occasione del caso Berlusconi (in causa C-387/02) nelle sue conclusioni presentate il 14 ottobre 2004 l'Avvocato generale Kokott aveva proposto una soluzione interpretativa meno attenta alle esigenze della legalità penale. Per una magistrale rilettura del rapporto tra primato del diritto UE, diritto nazionale e specificità dell'ambito penale si rinvia a: K. Lenaerts - T. Corthaut, *Of birds and hedges: the role of primacy in invoking norms of EU law*, in *European Law Review*, 2006, p. 287-315.

C'era una volta Taricco. I rapporti tra legalità in materia penale ed obblighi UE dopo la parentesi Taricco. Note a margine della sentenza Dzivev, in causa C- 310/16

interpretazione conforme manipolatrice o, comunque, la possibilità di una disapplicazione idonea ad incidere negativamente (*in malam partem*) sulla posizione del soggetto indagato o imputato, rendendo penalmente sanzionabili condotte non sanzionabili in ragione della applicazione di una disposizione nazionale, in tal mondo ritornando ad una impostazione simile a quella assunta nel caso Taricco⁸.

La vicenda in commento è dunque rilevante in quanto offre alla Corte UE l'occasione di riaffermare, in modo netto, i principi evocati anche nell'ambito dell'interlocuzione con la Corte costituzionale italiana (sempre nell'ambito della spinosa vicenda Taricco) con la sentenza M.A.S. e M.B., resistendo al tentativo, riproposto con la citata sentenza Kolev, di riaffermare il primato e l'efficacia conformatoria del diritto UE anche a discapito delle tradizioni costituzionali comuni e dei principi generali degli ordinamenti penali nazionali.

3. La decisione della Corte di giustizia

La sentenza della Corte di giustizia è stata preceduta da dense ed argomentate Conclusioni dell'Avvocato generale Michal Bobek le quali forniscono un pregevole tentativo ricognitivo delle relazioni tra obblighi di tutela UE e norme nazionali incidenti sulla materia penale, offrendo stimolanti spunti ricostruttivi. La sentenza della Corte si caratterizza, per altro verso e secondo uno stile tipico dell'Istituzione,

⁸ Nel caso citato (C-612/15), sempre originato da un rinvio pregiudiziale della giustizia penale bulgara, la Corte aveva ritenuto astrattamente disapplicabile la normativa interna che prevede una sorta di tagliola processuale per procedimenti penali non definiti dalla Procura entro un termine fisso, soprattutto quando la mancata definizione della fase di indagine fosse il risultato di pratiche ostruzionistiche e dilatorie poste in essere dalla difesa degli indagati. Nel caso di specie la Corte aveva sì invitato, in via prioritaria, lo Stato membro a predisporre una riforma della disciplina nazionale, lasciando però aperta la strada, almeno in astratto, ad una disapplicazione delle norme ritenute incompatibili con l'obbligo derivante dai Trattati UE. La sentenza si segnala anche per il richiamo operato, al par. 72, al principio della ragionevole durata dei procedimenti penali che pure La Corte ritiene che non debba essere legato a parametri temporali rigidi e generalmente prestabiliti.

C'era una volta Taricco. I rapporti tra legalità in materia penale ed obblighi UE dopo la parentesi Taricco. Note a margine della sentenza Dzivev, in causa C- 310/16

per una motivazione piana ed assai scarna che, nel ribadire la giurisprudenza della Corte, richiama il dovere del giudice nazionale di garantire l'effettività del diritto dell'Unione europea ed il dovere per gli Stati membri di reprimere le violazioni degli obblighi derivanti dal diritto unionale e la repressione delle frodi agli interessi finanziari UE, in maniera efficace, dissuasiva ed almeno equivalente a quanto avviene per le frodi lesive degli interessi nazionali. La Corte non rinuncia però ad offrire una soluzione assai interessante ed utile per una riflessione più ampia quanto a rispetto delle previsioni nazionali poste a tutela di diritti fondamentali e identità costituzionale dell'Unione europea oltre che degli Stati membri⁹.

Gli obblighi derivanti dal diritto UE non si spingono, infatti, secondo la Corte, sino al punto di imporre la disapplicazione di norme nazionali poste a tutela di diritti di rilevanza costituzionale e ricompresi nel novero di quelli tutelati dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

La sentenza, dunque se da un lato ribadisce il valore dei Trattati e il principio della preminenza del diritto UE sul diritto nazionale che giunge, secondo un'impostazione ormai acquisita e non certo posta in discussione, sino alla disapplicazione della norma interna incompatibile con il diritto UE, dall'altro sancisce, questa volta in una maniera che appare chiara ed inequivoca, come il principio di legalità sia intimamente connesso a quello dello Stato di diritto e sia posto, proprio dall'art. 2 del Trattato UE, a fondamento dell'intero processo di integrazione europea.

Conseguentemente la disapplicazione della norma interna, secondo la suprema istanza giurisdizionale dell'Unione, non può

⁹ Sul punto specifico della tutela delle identità costituzionali nei rapporti tra ordinamenti si veda: A. Ruggeri, *Rapporti interordinamentali e conflitti tra identità costituzionali (traendo spunto dal caso Taricco)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, p. 115-127. Si veda anche: A. Saiz Arnaiz - C. Alcobarro Llivina (eds.), *National Constitutional Identity and European Integration*, Cambridge, 2013. Per una ricostruzione ampia dei rapporti tra diritto UE e materia penale interna si rinvia a quanto già sostenuto in: A. Barletta, *La legalità penale tra diritto dell'Unione europea e Costituzione*, Napoli, 2011. Sul punto anche C. Sotis, *Il diritto senza codice: uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007 e V. Manes, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012.

C'era una volta Taricco. I rapporti tra legalità in materia penale ed obblighi UE dopo la parentesi Taricco. Note a margine della sentenza Dzivev, in causa C- 310/16

spingersi sino alla disapplicazione della norma nazionale che, dando attuazione a principi costituzionali ripresi anche dalla Carta dei diritti fondamentali della UE, disciplina l'esercizio del potere pubblico individuando limiti e garanzie legali con riferimento alle possibili intrusioni negli ambiti di libertà individuale già ricompresi nel catalogo dei diritti riconosciuti (e garantiti) nel sistema costituzionale UE.

Tornando all'idea di bilanciamento cui si è fatto cenno in precedenza, è come se la Corte si ponesse il problema della praticabilità di un bilanciamento tra art. 2 TUE e art. 325 TFUE, stabilendo di non poter anteporre la pur giusta necessità di protezione degli interessi finanziari della UE all'identità costituzionale del processo di integrazione europea ben delineata dall'art. 2 del Trattato UE, seguendo un'impostazione non troppo dissimile da quella fatta emergere dalla Corte costituzionale italiana nella vicenda aperta dall'ordinanza n. 212 del 2016 e conclusasi con la sentenza n. 115 del 2018 (il riferimento è agli interventi della Consulta che, richiamando le ragioni dell'identità costituzionale della Repubblica italiana, è giunta sino a paventare l'applicazione dei c.d. controlimiti al fine di sollecitare almeno una parziale revisione da parte della Corte del Kirchberg, delle posizioni da questa assunte nella citata vicenda Taricco).

4. La riaffermazione della legalità, il ritorno alle origini

Ne discende, come distillato ultimo, un principio tanto lineare quanto decisivo per la tutela dei principi dello stato di diritto e per il corretto atteggiarsi delle relazioni tra diritto UE e materia penale interna, ovvero quello secondo cui «il potere repressivo non può essere esercitato, in linea di principio, al di fuori dei limiti legali entro cui un'autorità è autorizzata ad agire secondo il diritto dello Stato membro cui essa è soggetta»¹⁰, con la conseguenza che il diritto UE (anche quello dei Trattati) non può mai essere invocato al fine di giustificare un esercizio del potere di reprimere e di punire dello Stato

¹⁰ Paragrafo 35 della sentenza in commento, in causa C- 310/16.

C'era una volta Taricco. I rapporti tra legalità in materia penale ed obblighi UE dopo la parentesi Taricco. Note a margine della sentenza Dzivev, in causa C- 310/16

che esondi dai limiti e dai vincoli imposti dal diritto interno, quando al diritto dello Stato membro è demandata la regolazione della materia in questione e manca una equivalente disciplina unitaria.

La disapplicazione e la preminenza del diritto europeo vanno dunque sempre "accordati", resi sintonici, con la supremazia della legalità quale tutela e garanzia dei diritti individuali, a cospetto della pretesa sanzionatoria e repressiva, anche quando questa è esercitata col fine di garantire la piena effettività degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione europea.

Così rielaborato il principio di legalità *lato sensu* penale in ambito UE, la Corte pare richiamare alcuni primordiali principi ispiratori della costruzione comunitaria e che hanno funto da cerniera del sistema di relazioni tra diritto interno e diritto sovranazionale allorquando è venuta in gioco la pretesa punitiva; ci riferiamo ai principi richiamati a partire dalla celebre sentenza *Kolpinghuis*, secondo cui «una direttiva non può avere l'effetto, di per sé e indipendentemente da una norma giuridica di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o di aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle sue disposizioni»¹¹. Principio, quello della giurisprudenza *Kolpinghuis*, ribadito, con specifico riferimento all'Italia, nelle successive sentenze *Berlusconi*¹² e *Caronna*, allorquando la Corte ha avuto modo di affermare che: «il principio della legalità delle pene, quale consacrato dall'articolo 49, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, vieta di sanzionare penalmente un tale comportamento, anche nel caso in cui la norma nazionale sia contraria al diritto dell'Unione»¹³.

L'impostazione accolta dalla Corte nella sentenza in commento pare così rielaborare a fondo la controversa parentesi determinata dalla sentenza *Taricco*, ponendosi alla ricerca di un equilibrio costituzionalmente più tollerabile dei rapporti tra diritto penale e necessità dell'integrazione europea.

¹¹ Corte giust., 8 ottobre 1987, C-80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, par. 14. Vedi anche C Corte giust., 11 giugno 1987, C-14/86, *Pretore di Salò*; C Corte giust., 26 settembre 1996, C-168/95, *Arcaro*.

¹² C Corte giust., Grande Camera, 3 maggio 2005, C-387/02, *Berlusconi et al.*

¹³ Corte giust., 28 giugno 2012, C-7/11, *Caronna*, par. 55.

C'era una volta Taricco. I rapporti tra legalità in materia penale ed obblighi UE dopo la parentesi Taricco. Note a margine della sentenza Dzivev, in causa C- 310/16

I principi enunciati dalla Corte nel caso Taricco erano sembrati, infatti, consentire - sulla base di alcuni equivoci interpretativi acuiti anche da una argomentazione non proprio chiara e lineare dell'ordinanza di rinvio pregiudiziale - la realizzazione, sulla base delle previsioni inserite nei Trattati UE, di consistenti e gravi effetti *in malam partem*, idonei a travolgere principi di rilevanza costituzionale quali la legalità con i suoi corollari della determinatezza, tassatività e irretroattività.

Una tale opzione interpretativa veniva però contrastata dall'intervento puntuale e deciso della Corte costituzionale italiana¹⁴ che induceva, come accennato, lo stesso giudice dell'Unione a tornare sui suoi passi¹⁵.

La Sentenza che qui si commenta, resa in causa C-310/16 il 17 gennaio 2019, oltre a riaffermare la centralità della legalità, pare anche, seguendo sul punto le indicazioni contenute nelle Conclusioni dell'Avvocato generale, promuovere una nozione autonoma di materia penale che si sottragga alla distinzione dimostratasi sovente sfuggente tra norma processuale e norma sostanziale, riaffermando in maniera esplicita come il limite al primato del diritto UE sia sempre e comunque costituito dal rispetto delle norme interne poste a tutela dei diritti e dei principi fondamentali, ancor più se riconosciuti anche dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE, allorquando una adeguata tutela non sia approntata nella disciplina dell'Unione.

Si determina in tal modo, nelle materie non oggetto di armonizzazione e regolamentazione unitaria a livello UE, una sinergia sintonica tra norme nazionali e principi fondamentali europei, volta a garantire sempre la prevalenza dei diritti fondamentali, prevalenza da perseguire anche rispettando le diverse regolamentazioni nazionali¹⁶.

¹⁴ Sentenza della Corte costituzionale, 10 aprile 2018, n. 115.

¹⁵ Nella causa della Corte giust., 5 dicembre 2017, C-42/17, *M.A.S. e M.B.*

¹⁶ Secondo una logica interpretativa volta a garantire il pluralismo costituzionale; cfr. M. Maduro, *Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action*, in N. Walker (ed.), *Sovereignty in Transition*, Oxford, 2003. Si veda anche G. Martinico, *Corti costituzionali (o supreme) e "disobbedienza funzionale"*, in *Diritto pen. contemporaneo*, 2015. Sul punto si rinvia anche a L. Mancano, *The Right to Liberty in European Union Law and Mutual Recognition in Criminal Matters*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2018, p. 1-24.

Amedeo Barletta

C'era una volta Taricco. I rapporti tra legalità in materia penale ed obblighi UE dopo la parentesi Taricco. Note a margine della sentenza Dzivev, in causa C- 310/16

5. Una conclusione, naturalmente provvisoria

Una riflessione ed un contributo di analisi ulteriore che è possibile trarre dalla decisione, letta anche alla luce del filone giurisprudenziale richiamato, attiene, inoltre, alla struttura costituzionale dell'Unione ed al modo in cui questa si atteggia in un ambito, quale quello penale, laddove assurgono ad una posizione centrale, rappresentando un tradizionale "punto di faglia", le grandi questioni del processo di integrazione, ovvero quelle connesse al rispetto e alla tutela dei diritti fondamentali e delle tradizioni costituzionali nazionali, oltre che del rapporto tra primato del diritto UE e tollerabilità costituzionale interna di un tale primato.

La sentenza pare infatti sostenere, e tale lettura è ancora più facilmente evincibile grazie alle Conclusioni dell'Avvocato generale, la tesi secondo cui diritti fondamentali e principi generali del diritto UE prevalgono sempre sul diritto secondario (ma anche primario come nel caso di specie) dell'Unione e che, nei casi in cui il diritto UE non preveda norme idonee a garantire e tutelare diritti e principi fondamentali riconosciuti dallo stesso ordinamento sovranazionale, la garanzia e la tutela di quei diritti non può che essere demandata alle norme nazionali all'uopo predisposte.

E' il caso della vicenda in commento in cui la tutela della riservatezza e delle conversazioni private - materia sicuramente interna all'ambito riconosciuto e tutelato dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea - non è assistita da adeguata disciplina a livello sovranazionale né risulta adottata una normativa europea di armonizzazione della materia, ragion per cui la Corte si risolve a ritenere non derogabili le norme nazionali (nel caso in questione si tratta di una norma di centrale rilevanza per tutti i sistemi processual-penalistici come la *Exclusionary Rule* riferita alle prove illegittimamente acquisite).

Amedeo Barletta

C'era una volta Taricco. I rapporti tra legalità in materia penale ed obblighi UE dopo la parentesi Taricco. Note a margine della sentenza Dzivev, in causa C- 310/16

Si tratta in fondo, *ex adverso*, della medesima logica posta alla base della fondamentale sentenza Melloni¹⁷ della Corte di giustizia; nel caso di specie la Corte ha ritenuto di poter superare il livello di tutela approntato da una norma di rango costituzionale interno solo sul presupposto che il diritto fondamentale in questione (diritto di difesa e partecipazione al procedimento penale nel caso Melloni) trovava precisa e dettagliata disciplina nella regolamentazione europea (Decisione quadro sul Mandato di arresto europeo e disciplina del processo *in absentia*, nel caso di specie).

Ne risulta un sistema per cui la tutela dei diritti fondamentali rimane obiettivo primario della Corte secondo gli strumenti di volta in volta approntati dalla regolazione unionale o, in via sussidiaria, dalla disciplina nazionale, in tutti i casi in cui la disciplina europea risulti ancora carente o inadeguata.

È come se la Corte riconoscesse, in assenza di unificazione o armonizzazione, i principi e le regole elaborate a livello nazionale quali strumenti di tutela dei principi e dei diritti riconosciuti dall'Unione, facendo prevalere queste norme nazionali sulle regole del diritto derivato ma anche del diritto originario (almeno quando non attuative di principi fondamentali).

Viene in tal modo superato il paradigma Taricco in favore di una regola generale di prevalenza dei principi fondamentali di cui all'art. 6 TUE, oltre che delle identità costituzionali degli Stati membri richiamate all'art. 4 TUE.

Conseguentemente se ne deduce che la disciplina attuativa dei principi costituzionali nazionali può essere non applicata solo in presenza di una adeguata regolamentazione, a livello europeo, dei diritti ricompresi nella Carta. La legalità nazionale (nel senso di regola nazionale) diviene dunque derogabile solo in presenza di una disciplina unitaria, nell'ipotesi quindi in cui la legalità nazionale sia sostituita da una corrispondente legalità UE posta a tutela di diritti e principi fondamentali.

Si tratta di garantire sempre l'effettività dei diritti fondamentali, stabilendo che in assenza di un equilibrio condiviso non vengano

¹⁷ Sentenza della Corte giust., Grande Camera, 26 febbraio 2013, C- 399/11, *Melloni*.

penalizzati principi, regole e tradizioni costituzionali degli Stati membri e che si proceda nella ricerca continua di un equilibrio tra integrazione, armonizzazione e tutela dei diritti individuali.

È questa una aspirazione ancor più irrinunciabile alla vigilia dell'entrata in vigore di un segmento di sistema penale tendenzialmente unificato quale è quello disegnato dal Regolamento UE istitutivo dell'Ufficio del pubblico ministero europeo (EPPO)¹⁸. Con l'istituzione dell'Ufficio del pubblico ministero europeo l'Unione si dota, infatti, di un embrione di sistema penale unico (fattispecie penali integralmente definite dal diritto UE) la cui effettività viene affidata al lavoro di una struttura unificata, la Procura europea, responsabile della piena e uniforme applicazione, in tutto il territorio dell'Unione, di un *corpus iuris* di norme penali unico e al tempo stesso coordinato con i sistemi processuali nazionali, con la conseguente interazione, secondo uno schema sinora inedito, di norme europee e norme nazionali nella materia penale, con il conseguente probabile accentuarsi di tensioni e conflitti tra obblighi europei e tradizioni costituzionali nazionali.

ABSTRACT: This analysis focuses on the case law of the Court of Justice of the European Union and on the interactions between European Union Law and National Criminal Law. The central point of the paper is about the role of principle of legality also interpreted as fundamental principle of the system and limit to the same Primacy of the European Union law.

KEYWORDS: European Union Law, Constitutional Law, Criminal Law, European Court of Justice, Legality

Amedeo Barletta – Dipartimento di Giurisprudenza, Università LUISS Roma (abarletta@luiss.it)

¹⁸ Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio, del 12 ottobre 2017, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea («EPPO»).