

DIALOGO TRA LE CORTI E PRASSI APPLICATIVE: IL
PRECARIATO SCOLASTICO, IL MANDATO DI ARRESTO
EUROPEO E LA PRESCRIZIONE PENALE.

Intervento nella sessione presso la Corte cassazione del Seminario “60
anni dopo i Trattati di Roma. I diritti e i valori fondamentali nel dialogo
tra la Corte di giustizia e le Corti Supreme italiane”

Roma 26 maggio 2017

L'incontro di oggi pomeriggio si svolge su tre argomenti eterogenei, “precariato scolastico, mandato di arresto europeo e prescrizione”, collegati da un tema comune, quello del dialogo tra le Corti e delle prassi applicative.

Immagino che il filo rosso che lega i tre argomenti sia costituito dalla circostanza che tutti e tre hanno formato oggetto di un rinvio alla Corte di giustizia dell'Unione europea da parte di Corti costituzionali nazionali: i quesiti sul precariato scolastico e sulla prescrizione sono stati posti dalla Corte costituzionale italiana; quello sul mandato di arresto europeo dal Tribunale costituzionale spagnolo.

Molto si è parlato e si continua a parlare di dialogo tra le Corti, e domina un interrogativo: questo dialogo esiste effettivamente o è immaginario, e, se esiste, in cosa consiste ? In questi due giorni di lavori abbiamo avuto la prova evidente che il dialogo esiste, ma credo anche che un rapporto attraverso i provvedimenti, come quello che si è instaurato tra le Corti italiana e spagnola, da un lato, e la Corte di giustizia, dall'altro, nella sostanza possa essere considerato un dialogo.

È la forma, collaborativa e non antagonistica, in cui attraverso i diversi provvedimenti questo rapporto si è svolto e si sta svolgendo che consente di qualificarlo un dialogo.

Dei tre casi che ho ricordato due mi sembrano particolarmente significativi e sono quello spagnolo sul mandato di arresto europeo, cioè il caso Melloni, e quello italiano sulla prescrizione, cioè il caso Taricco.

Sono entrambi significativi perché nell'uno e nell'altro caso è venuta in questione un possibile contrasto del diritto dell'Unione europea con i principi delle Carte costituzionali spagnola e italiana.

Nel caso Melloni il Tribunale costituzionale spagnolo si è trovato in presenza di una questione relativa al mandato di arresto europeo.

Era stata richiesta dall'Italia la consegna di Stefano Melloni, condannato in contumacia alla pena di dieci anni di reclusione per bancarotta fraudolenta, e ricorrevano tutte le condizioni per accogliere la domanda, ma il Tribunale costituzionale riteneva che costituisse una violazione dell'art. 24 della Costituzione spagnola, per l'inosservanza dei principi del giusto processo, accogliere la richiesta di consegna di una persona condannata in assenza per un grave reato senza porre la condizione che il condannato fosse successivamente ammesso a chiedere la revisione della decisione.

Il Tribunale costituzionale spagnolo perciò aveva chiesto una pronuncia pregiudiziale relativa all'art. 4-*bis*, paragrafo 1, della decisione quadro sul mandato di arresto europeo (2002/584/GAI, come modificata dalla successiva decisione quadro 2009/299/GAI), per sapere, anche in applicazione dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, se uno Stato membro avrebbe potuto subordinare la consegna di una persona condannata in assenza alla condizione che la condanna potesse essere oggetto di revisione nello Stato membro emittente, garantendo così, in

base al diritto interno un livello di protezione più elevato di quello assicurato a livello europeo.

La risposta della Corte di giustizia è stata negativa.

La Corte con la sentenza del 26 febbraio 2013 ha escluso la possibilità di subordinare la consegna del condannato in assenza alla possibilità di una successiva revisione quando, come nel caso Melloni, ciò non è previsto dalla normativa sul mandato di arresto europeo. E ha ritenuto che l'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali consente ai giudici di applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali solo se l'applicazione non compromette il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione.

Il Tribunale costituzionale spagnolo, con la sentenza del 13 febbraio 2014, ha preso atto della decisione della Corte e ha rigettato il *recurso de amparo* di Stefano Melloni, consentendone la consegna incondizionata all'Italia.

Tuttavia, dopo aver riconosciuto che spetta alla Corte di giustizia assicurare che il diritto derivato dell'Unione rispetti i diritti fondamentali stabiliti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, il Tribunale costituzionale spagnolo ha ribadito che, quanto meno in ultima istanza, non può non spettargli il compito di assicurare la supremazia dei valori fondamentali della Costituzione spagnola, nel caso di contrasto insanabile tra questi ultimi e il diritto dell'Unione.

Secondo il Tribunale costituzionale il caso Melloni, tutto considerato, non avrebbe comportato una lesione di questi valori fondamentali, perché sarebbe stata possibile una mera violazione indiretta del diritto a un processo equo (cioè, se ho ben capito, una violazione da parte dell'Italia, se a Melloni non fosse stata consentita la revisione della sentenza) e l'estensione della tutela di tale diritto rispetto a una giurisdizione straniera può essere più ridotta di quella che deve essere assicurata nell'ambito

della giurisdizione spagnola. Tale tutela può limitarsi ad abbracciare soltanto un nucleo di garanzie elementari, che costituiscono l'essenza del "giusto processo", secondo un'accezione diffusa nelle giurisdizioni europee.

Credo si possa concludere che nel caso Melloni il dialogo tra il Tribunale costituzionale spagnolo e la Corte di giustizia è stato utile ed efficace, perché ha prodotto una soluzione condivisa, quella della consegna incondizionata in applicazione della normativa sul mandato di arresto europeo, dando al tempo stesso modo alle due Corti di precisare le rispettive posizioni.

Ora mi siano consentite alcune considerazioni sul caso Taricco.

Com'è noto, investita di un rinvio pregiudiziale sul regime della prescrizione, che era risultato tale da impedire in molti casi la condanna di persone imputate di gravi frodi in materia di IVA, la Corte di giustizia dell'Unione europea, con la sentenza 8 settembre 2015 in causa Taricco, aveva ritenuto che questa situazione potesse pregiudicare gli obblighi imposti agli Stati membri dall'art. 325, paragrafi 1 e 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea.

Perciò, secondo la Corte di giustizia, «nell'ipotesi in cui detta normativa nazionale impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, o in cui preveda, per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell'unione europea», il giudice nazionale, una volta verificata l'esistenza di queste circostanze, «è tenuto a dare piena efficacia all'art. 325, paragrafi 1 e 2, del TFUE, disapplicando, all'occorrenza, le disposizioni nazionali» che lo impediscono, e nel nostro caso quindi disapplicando gli artt. 160 e 161 del codice penale.

Questa decisione ha originato nei giudici e nella dottrina italiani una quantità di dubbi, sia sulla compatibilità della regola della sentenza Taricco con il principio posto dall'art. 25 della Costituzione, sia sulle modalità di applicazione: ci si è chiesti quando una frode deve considerarsi grave; quando il numero di casi di frode grave prescritti può stimarsi considerevole; come può fare il giudice a stabilire quanti di questi casi si sono verificati e quale è la loro percentuale rispetto a tutti quelli trattati.

E ancora ci si è chiesti se le frodi prescritte prima della sentenza Taricco siano ancora perseguibili e per lo più si è risposto negativamente, ritenendosi che in tali casi il reato debba considerarsi estinto. Ma anche questa opinione è apparsa contestabile, considerando che, se alla sentenza si riconosce una mera funzione interpretativa, la regola Taricco va ricondotta direttamente all'art. 325 del TFUE, e non alla sentenza, che si è limitata a dichiararla, questa non può costituire un punto di riferimento per stabilire se si è verificata la prescrizione.

Se è l'art. 325 del TFUE a comportare una diversa regolamentazione della prescrizione, per stabilire se questa si è o no verificata prima che gli artt. 160 e 161 c.p. siano divenuti, come vuole la regola Taricco, inapplicabili è al momento dell'entrata in vigore dell'art. 325 del Trattato, e non al momento della pronuncia della sentenza, che occorrerebbe fare riferimento.

Ma la questione principale ovviamente è quella relativa alla compatibilità della "regola Taricco" con l'art. 25, secondo comma, Cost.

E la questione è stata sottoposta alla Corte costituzionale dalla Corte di appello di Milano e dalla Corte di cassazione, prospettando l'illegittimità costituzionale dell'art. 2 della legge 2 agosto 2008, n. 130 sulla ratifica del Trattato di Lisbona «nella parte in cui autorizza alla ratifica e rende

esecutivo l'art. 325, paragrafi 1 e 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) ... , come interpretato dalla sentenza della Grande Sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea 8 settembre 2015 in causa C-105/14, Taricco».

La formula dell'art. 25, secondo comma, Cost., «Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso» è diversa da quelle dell'art. 49, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, e dell'art. 7, paragrafo 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Secondo queste disposizioni «Nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso».

Mentre queste disposizioni fanno specifico riferimento al reato e alla pena, l'art. 25 Cost. riguarda più generale la punibilità («nessuno può essere punito»), categoria giuridica che nella sua ampiezza non può non comprendere anche la prescrizione. Questa infatti, una volta maturata, impedisce l'applicazione della pena.

Anche per tale ragione si può ritenere che nel nostro ordinamento la prescrizione sia un istituto di natura sostanziale e non, come in altri ordinamenti, processuale.

L'art. 25 Cost. esprime per noi un principio supremo non solo perché sancisce la regola fondamentale della irretroattività, ma anche e soprattutto perché pone il vincolo della riserva assoluta di legge in materia penale, richiedendo che le scelte relative alla punibilità vengano assunte esclusivamente dal legislatore mediante norme sufficientemente determinate.

Perciò anche per la prescrizione nel nostro ordinamento costituzionale il principio di stretta legalità è assolutamente insuperabile.

La determinazione delle regole in materia è rimessa esclusivamente al legislatore, in considerazione del grado di allarme sociale provocato dal reato e dell'idea che, trascorso del tempo dalla sua commissione, si attenuino le esigenze di punizione e maturi per l'autore il diritto all'oblio (sentenza n. 23 del 2013).

E deve trattarsi di regole ben determinate.

Oltre alla certezza del diritto e alla prevedibilità delle decisioni, che pure rilevano, sono in questione, da un lato, il principio democratico, che vuole nella materia penale l'intervento di un legislatore, e, dall'altro, i limiti rigorosi della funzione giurisdizionale.

Il giudice non è legittimato a operare scelte basate su valutazioni discrezionali, anche se finalizzate a un risultato predeterminato, come può essere quello di dare attuazione all'art. 325, paragrafi 1 e 2, del TFUE.

È vero che questo articolo, per contrastare le frodi in danno degli interessi finanziari dell'Unione, richiede misure dissuasive ed efficaci e in ogni caso uguali a quelle adottate contro le frodi in danno degli interessi finanziari dei singoli Stati, ma è anche vero che per l'ordinamento costituzionale italiano non può essere il giudice a stabilire quali debbano essere tali misure.

La Corte costituzionale, con l'ordinanza n. 24 del 2017, non ha messo in discussione la regola che la Corte di giustizia ha desunto dall'art. 325 del TFUE, ma per la mancanza di determinatezza di questo articolo ha solo ravvisato un impedimento di ordine costituzionale alla sua applicazione diretta da parte del giudice, riconoscendo che resterebbe in ogni caso ferma la responsabilità della Repubblica italiana per avere omesso di approntare un efficace rimedio contro le frodi fiscali in danno degli

interessi finanziari dell'Unione e in particolare per avere compreso temporalmente l'effetto degli atti interruttivi della prescrizione.

Ciò considerato, com'è noto, la Corte costituzionale ha posto alla Corte di giustizia tre questioni concernenti il dovere del giudice di applicare la regola enunciata dalla sentenza Taricco «anche quando ... sia priva di una base legale sufficientemente determinata».

Così il dialogo è ancora in corso e ora deve continuare con la decisione della Corte di giustizia.

I casi Melloni e Taricco presentano aspetti diversi. La questione posta dalla Corte spagnola riguardava una regola della decisione quadro, e quindi del diritto europeo, alla quale veniva contrapposta una diversa regola nazionale; quella rappresentata dalla Corte italiana riguarda più semplicemente l'applicabilità da parte del giudice di una regola europea non contestata ma che, non essendo sufficientemente determinata, rimette al giudice la sua determinazione, in contrasto con la riserva di legge.

I due casi però hanno una caratteristica comune, quella di riguardare la materia penale, una materia che per gli ordinamenti costituzionali è particolarmente sensibile.

La struttura del sistema penale sia sostanziale sia processuale è andata in genere stratificandosi nel tempo e i suoi principi sono entrati nelle Carte costituzionali, caratterizzandole e acquisendo al loro interno un ruolo fondamentale.

Al sistema delle garanzie penali gli Stati tendono a riconoscere un carattere identitario; essi si qualificano e si identificano attraverso quelle garanzie di cui vanno orgogliosi, nella convinzione che scandiscano il loro livello di civiltà.

Ovviamente per l'Italia l'elemento identitario non è rappresentato dalla natura sostanziale, anziché processuale, della prescrizione, ma dal principio, affermato dall'art. 25 Cost., della riserva assoluta di legge

relativa a tutte le norme con le quali è disciplinato il regime della punibilità (e non solo a quelle che prevedono reati e pene), con i corollari della necessità che la fattispecie sia puntualmente determinata e che la sua applicazione non sia retroattiva.

In conclusione credo perciò che, al di là delle questioni, relative ai singoli principi che dagli Stati vengono considerati supremi e alla regola dell'art.53 della Carta dei diritti fondamentali, sull'applicabilità della maggiore tutela eventualmente assicurata dall'ordinamento nazionale, c'è sullo sfondo una questione più generale. Occorre stabilire se e a quali condizioni, in applicazione dell'art. 4, paragrafo 2, del Trattato sull'Unione europea, possono riconoscersi in quei principi i connotati di una «identità nazionale insita nella ... struttura fondamentale» dello Stato (questa è la formula dell'art. 4, paragrafo 2), che appunto per tale qualità meritano una considerazione derogatoria anche da parte dell'Unione.