

Osservatorio sulla Corte di cassazione

Prescrizione del reato

La decisione

Prescrizione del reato - Interruzione della prescrizione - Limite all'aumento massimo del termine prescrizionale - Contrasto con l'art. 325 T.F.U.E. - Disapplicazione - Insussistenza (Cost., artt. 25, co. 2, 117; T.F.U.E., art. 325, §§ 1 e 2; C.p., artt. 2, 160, 161).

La disapplicazione degli artt. 160 e 161 c.p., nella parte in cui prevedono un limite massimo del termine prescrizionale nei casi di interruzione della prescrizione, non può operare qualora difetti in concreto uno dei requisiti previsti dalla sentenza "Taricco" della C.G.U.E. (nella specie, difettava il requisito della "gravità" della frode), ovvero qualora il termine prescrizionale fosse già interamente decorso al momento dell'emanazione della sentenza "Taricco", essendo così maturata una sorta di diritto quesito in capo all'imputato.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE QUARTA, 26 febbraio 2016 (ud. 25 gennaio 2016), CIAMPI, *Presidente* - PAVICH, *Estensore* - PINELLI, *P.G.* (conf.) - Tormenti e altri, ricorrenti.

Un nuovo recepimento della sentenza Taricco: la prescrizione del reato come "diritto quesito"

1. Con la sentenza in commento, la Suprema Corte di cassazione si è nuovamente occupata del *dictum* "Taricco" della Corte di Giustizia U.E. dell'8 settembre 2015¹, escludendo tuttavia in concreto la possibilità di disapplicare, nell'ambito del caso *sub judice*, gli artt. 160 e 161 c.p. in tema di interruzione della prescrizione.

¹ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, 8 settembre 2015, Taricco e altri, in *questa Rivista* online. Sulla sentenza "Taricco", cfr. RONCO, CARUSO, *Il principio di legalità*, in RONCO (a cura di), *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, III ed., Bologna, 2016, 30 ss. Inoltre, ci si permette rinviare a CIVELLO, *La sentenza "Taricco" della Corte di Giustizia UE: contraria al Trattato la disciplina italiana in tema di interruzione della prescrizione del reato*, in *questa Rivista* online, nonché ID., *Il "dialogo fra le quattro corti: dalla sentenza "Varvara" (2013) della CEDU, alla sentenza "Taricco" (2015) della CGUE*, in *questa Rivista* online, nonché 2015, n. 3, 783 ss.; DELLO RUSSO, *Disorientamenti sulla prescrizione dei reati fiscali a rilievo europeo tra Corte di Giustizia, Corte di cassazione e giudici di merito*, in *questa Rivista* online. Cfr. anche 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*, in www.penalecontemporaneo.it; VENEGONI, *La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell'unione in diritto penale nell'area della lotta alle frodi*, ivi; EUSEBI, *Nemmeno la corte di giustizia dell'Unione Europea può erigere il giudice a legislatore*, ivi.

Nel caso di specie, si procedeva per il reato di associazione per delinquere finalizzata al compimento di numerose violazioni finanziarie e di truffe ai danni dell'Erario.

Pur trattandosi di fattispecie analoghe a quelle oggetto della sentenza "Taricco", la Corte di cassazione ha escluso la possibilità di applicare ad esse il principio di diritto europeo, per due ordini di motivi.

In primis, la frode per cui si procedeva non poteva qualificarsi in termini di "gravità", come invece richiesto dalla Corte di Lussemburgo, tant'è che, in precedente grado di giudizio, si era esclusa l'aggravante del danno patrimoniale di rilevante gravità (art. 61, n. 7, c.p.).

«Al di là dell'intrinseca complessità del compito interpretativo così affidato al giudice nazionale, chiamato in sostanza a una valutazione d'impatto delle disposizioni di riferimento che esula dal caso concreto a lui affidato», afferma la Suprema Corte, «sembra in radice da escludere che nel caso di specie possa parlarsi di gravità nel senso indicato dalla Corte lussemburghese, avuto riguardo al sicuro ridimensionamento e alla non ancora definita entità dell'imposta di cui si assume l'evasione» (§ 7.3).

In secondo luogo, precisa la quarta Sezione penale, la sentenza "Taricco" non può comunque applicarsi ai casi in cui la prescrizione si sia già interamente perfezionata, come avvenuto nel procedimento *de quo*.

Precisa, sul punto, la Cassazione: «non può non ravvisarsi [...] una sorta di "diritto quesito" dell'imputato all'estinzione del reato per il quale fosse già intervenuto il termine di prescrizione, diritto che non appare pregiudicabile per effetto di una forma atipica di *ius superveniens* come quella introdotta dalla Corte lussemburghese con la più volte citata pronunzia. In tal senso, appare ragionevole sostenere che la disapplicazione degli artt. 160 e 161 c.p., per assicurare la tenuta dei principi ispiratori del sistema penale nazionale (a cominciare dall'art. 25, co. 2, Cost.) e al tempo stesso il rispetto dell'ordinamento dell'Unione europea (art. 117, co. 1, Cost.), debba valutarsi rispetto ai fatti non ancora prescritti alla data della pubblicazione della sentenza Taricco (3 settembre 2015), fra i quali non rientra il caso in esame» (§ 7.4).

Inoltre, non ritenendo di poter applicare al caso *sub iudice* il principio di diritto "Taricco", la Suprema Corte ha dichiarato irrilevante la relativa questione di legittimità costituzionale sollecitata dalla difesa degli imputati, per violazione del principio di legalità.

2. La pronunzia prefata, con cui si è esclusa la possibilità di applicare in concreto il *dictum* "Taricco" per insussistenza del requisito della "gravità" connotante la frode finanziaria oggetto di giudizio, rappresenta l'occasione per meditare nuovamente sulla congruità di un tale parametro discrezionale, siccome sancito

to dalla Corte di Giustizia U.E.

Come già evidenziato in sede di commento alla sentenza europea, a noi pare che il *discrimen* tra “frode grave” e “frode non grave”, lungo il quale corre nientemeno che la decisione di applicare o disapplicare gli artt. 160 e 161 c.p. (in punto di “tetto massimo” della prescrizione) appaia assolutamente incerto ed evanescente, al pari dell’ulteriore criterio “statistico” assegnato alla cognizione del giudice (ossia il fatto che determinati reati siano soliti prescriversi, prima della sentenza irrevocabile, “in un numero *considerevole* di casi”), ponendo profondi dubbi di compatibilità con i principi fondamentali del nostro sistema costituzionale.

In primo luogo, un tale incerto requisito di “gravità”, dal quale dipende la “virtuale” imprescrittibilità del reato (per il caso di reiterazione nel tempo, senza limite di sorta, di plurimi atti interruttivi), sembra collidere manifestamente con il principio di tassatività e determinatezza, corollario della legalità, non potendosi far dipendere un requisito fondamentale, quale la concreta *punibilità* del reato, da un parametro non sufficientemente definito e delimitato dalla legge.

In ogni caso, anche a voler sostenere – ma noi non crediamo – che l’istituto dell’interruzione della prescrizione abbia natura processuale e non già penal-sostanziale, donde in ipotesi la sua non sottoposizione al principio di determinatezza, crediamo comunque che il *dictum* “Taricco” contrasti con un generale canone di uguaglianza e ragionevolezza (art. 3 Cost.): anche gli istituti di natura processuale, infatti, sebbene non soggiacciano al più rigoroso principio di legalità/tassatività *ex art. 25 Cost.*, devono comunque essere scolpiti dal legislatore – e, nel nostro caso, il “legislatore” sarebbe la Corte di Giustizia U.E.? – in modo sufficientemente preciso, chiaro e determinato. In caso contrario, ciascun giudice potrebbe interpretare a proprio arbitrio il concetto di “gravità” della frode, donde irragionevoli e ingiuste disparità di trattamento tra persone imputate del medesimo reato.

A ciò si aggiunga che, come è noto, gli istituti del processo penale, se non soggiacciono al principio di legalità *ex art. 25 Cost.* – sono comunque coperti dalla riserva di legge statale *ex art. 117, co. 2, lett. l), Cost.*, dal che deve ricavarci non solo l’impossibilità di un intervento, *in subiecta materia*, di una fonte legislativa regionale ma, in ogni caso, la necessità che gli istituti medesimi vengano sufficientemente “perimetrati” dal legislatore, in modo da soddisfare e non vanificare la *riserva legis* sancita dalla Carta costituzionale.

Infine, il *dictum* “Taricco” sembra porsi in contrasto con lo stesso art. 101, co. 2, Cost., secondo cui «i giudici sono soggetti soltanto alla legge»: invero, l’avverbio “soltanto” non deve intendersi in senso riduttivo o limitativo (quasi a volere sminuire, nella sua portata, la soggezione alla legge), ma, anzi, in senso *rafforzativo*, e cioè ribadendo il fondamentale principio democratico della sot-

tomissione dell'ordine giudiziario al potere politico del legislatore (e, a monte, al popolo sovrano: cfr. artt. 1, co. 2, e 101, co. 1, Cost.) e a null'altro che ad esso.

Se così è, come è, subordinare il calcolo della prescrizione del reato ad una "intima" valutazione di gravità della frode da parte del giudicante significa, a nostro parere, sterilizzare il fondamentale portato garantista sotteso al citato art. 101 Cost., di fatto rendendo il singolo magistrato "legislatore" del caso concreto, non più soggetto (soltanto) alla legge ma facitore attivo della legge medesima.

Evidentemente, il tema *de quo* pone con urgenza all'ordine del giorno la necessità di una profonda revisione dell'istituto della c.d. "disapplicazione" della legge nazionale (per la ben nota "primazia" del diritto dell'Unione), quantomeno nella materia penale e nei casi di disapplicazione *in malam partem*, anche considerato il tradizionale approccio *self-restraint* sino ad oggi adottato dalla Consulta nella materia penale: sarebbe, infatti, alquanto singolare che un potere – quale quello della "caducazione" *in malam partem* di una norma penale – che sino ad oggi è stato tendenzialmente declinato dalla Corte Costituzionale in ragione della riserva di legge e della separazione dei poteri, venga addirittura devoluto alla cognizione individuale e *inter partes* del singolo magistrato penale.

3. Vi è poi un secondo aspetto affrontato dalla Suprema Corte nella sentenza prefata: afferma, infatti, la Cassazione che la sentenza "Taricco" si potrebbe applicare retroattivamente, anche a fatti commessi prima dell'emanazione della pronuncia europea, ma a condizione che le relative fattispecie di reato non si fossero già interamente prescritte alla data di emanazione della "Taricco" (3 settembre 2015), configurandosi in quest'ultimo caso una sorta di "diritto quesito" in capo all'imputato.

Pur condividendo sostanzialmente l'esito di un tale ragionamento, e cioè l'irretroattività della sentenza "Taricco", noi ci permettiamo dissentire dai passaggi logico-argomentativi che hanno condotto a tale conclusione.

La prescrizione del reato è stata da sempre considerata, nel nostro ordinamento, quale istituto di carattere sostanziale, e non meramente procedurale, non solo per la sua collocazione "topografica" nel Codice sostantivo, ma anche e soprattutto per il fatto che essa va ad incidere non già, *in rito*, sulla mera azione penale, bensì sul reato come entità sostanziale, così che la relativa improcedibilità dell'azione penale non pare derivare da un semplice fatto di natura processuale, ma dalla più radicale caducazione, per l'appunto, dell'illecito sostanziale. Per tale ragione, noi crediamo non solo che la sentenza "Taricco" rappresenti una profonda anomalia nel tessuto delle fonti, come già avemmo a dire in sede

di primo commento (poiché il giudice europeo finì per ingerirsi indebitamente in scelte di politica generale che, noi crediamo, spettano solo al legislatore nazionale), ma che, in ogni caso, il relativo *dictum* non può in alcun modo retroagire rispetto a fatti compiuti antecedentemente alla sua emanazione; ciò a prescindere del fatto che la prescrizione fosse o meno maturata in data antecedente alla sentenza europea.

Peraltro, l'argomento speso dalla Suprema Corte onde escludere la retroattività della "Taricco" ai reati già prescritti, pur conducendo ad una giusta conclusione (cioè l'irretroattività della "norma" più sfavorevole), appare in qualche modo fallace, in quanto sembra fondarsi sulla presunta tutela di una "aspettativa" dell'imputato circa l'esistenza di un tetto massimo del *tempus* prescrizione (una sorta di "diritto quesito", per usare le stesse parole della Cassazione).

Orbene, *in primis*, l'argomento sembra provare troppo, poiché a questo punto anche l'imputato di un reato commesso prima della "Taricco", ma non ancora prescritto alla data del 3 settembre 2015, potrebbe egualmente ritenersi titolare di un qualche "affidamento" circa la sussistenza di un calmere massimo del tempo di prescrizione.

In secundis, la tesi della Cassazione sembra postulare una certa concezione "soggettiva" della prescrizione, come se essa tutelasse una qualche aspettativa "psicologica" del reo il quale, una volta compiuto un reato, avrebbe diritto affinché l'ordinamento tuteli una sua intima "aspettativa".

Sennonché, una tale ricostruzione sembra contrastare con la natura ontologicamente oggettiva della prescrizione, la quale è destinata ad operare in relazione a un determinato fatto di reato, in quanto oggettivamente compiuto in un certo momento storico, a prescindere da qualsivoglia aspettativa o affidamento in capo al soggetto agente e, per l'appunto, per il solo decorrere inesorabile del tempo.

In definitiva, anche a noi pare ingiusto fare retroagire la sentenza "Taricco" ai fatti compiuti prima di essa (fossero, però, essi già prescritti o meno alla data del 3 settembre 2015); ciò, tuttavia, non già per ragioni di carattere soggettivo o personale, ma in ossequio al generale e oggettivo principio di legalità e irretroattività.

Gli è, dunque, che un reato, in quanto commesso in una certa data, finirà per prescriversi entro un certo termine di prescrizione vigente alla data del fatto, ma non già per motivi di "affidamento" (il reo, infatti, non può guadagnare o capitalizzare diritti aventi fonte in sé illecita), bensì per ragioni di oggettiva e intrinseca razionalità del sistema.

A ciò si aggiunga che l'istituto della prescrizione merita di essere attentamente (ri)meditato nella sua più profonda radice concettuale, vale a dire come strumento di oggettiva stabilizzazione giuridica e riappacificazione sociale, a tutela

di ogni e qualsivoglia imputato, colpevole o innocente che sia, e non certo quale mero istituto di carattere premiale a “tutela” dei colpevoli.

Certo, invece, che se esso viene inteso in quest’ultimo modo e se, dunque, l’irretroattività della disposizione più sfavorevole viene a fondarsi sulla mera tutela di un “diritto quesito”, ciò finisce per determinare, a valle, una nutrita serie di aporie, poiché non pare – in effetti – ragionevole che l’ordinamento tuteli una qualche “aspettativa” avente fonte in un fatto illecito e, dunque, intrinsecamente immeritevole di una tutela giuridica.

Va, dunque, ribadito con fermezza che il proscioglimento per intervenuta prescrizione non rappresenta una pronunzia liberatoria che corrisponda a un diritto soggettivo, un interesse o un’aspettativa dell’imputato colpevole, ma costituisce più semplicemente una oggettiva “valvola di sfogo” del sistema, il quale non è in alcun modo in grado di tollerare una virtuale imprescrittibilità dei delitti (salvo casi particolarissimi); e ciò anche in conformità a un interesse generale della comunità politica, che non può “permettersi” di tenere pendenti i procedimenti penali *sine die*, e non già e non solo ad un mero interesse di fatto (invero, giuridicamente irrilevante) in capo al singolo imputato.

4. C’è un’ultima considerazione che la sentenza in commento ci suggerisce di formulare.

Come noto, la sentenza “Taricco” si fonda sulla presunta contrarietà tra gli artt. 160 e 161 c.p. e l’art. 325 T.F.U.E.; giova, allora, tornare brevemente al testo di tale disposizione del Trattato, la quale recita: «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. 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».

Ora, noi stentiamo a credere che la tutela degli interessi finanziari dell’Unione transiti primariamente attraverso la comminazione delle sanzioni penali.

A ben vedere, dietro il *dictum* “Taricco” sembra celarsi una diffusa tendenza che potremmo chiamare “pan-penalistica”, che vede nel ricorso alla sanzione penale una qualche panacea a tutti i mali del sistema giuridico.

È evidente, invece, che – per usare i termini adoperati dall’art. 325 T.F.U.E. – l’evasione fiscale si combatte non tanto e non già con la sanzione penale *ex post*, bensì con una giusta ed equilibrata politica di controlli di carattere amministrativo, primi fra tutti gli strumenti recuperatori di natura tributaria, i quali non solo appaiono sovente assai più efficaci ed efficienti rispetto alla pena de-

tentiva, ma prescindono altresì in gran parte dall'accertamento di una responsabilità penale di carattere personale.

Una volta, dunque, riconosciuta la natura essenzialmente residuale e sussidiaria della sanzione penale in materia di violazioni finanziarie, è evidente che i singoli Paesi sono chiamati a combattere l'evasione fiscale con i numerosi e articolati strumenti, anche di carattere extrapenale.

E per stabilire se uno Stato membro stia combattendo in modo adeguato i fatti che ledono le finanze europee, non possiamo limitarci a guardare, con il microscopio, nemmeno la disciplina generale della prescrizione, ma addirittura quel particolarissimo profilo che è il tetto massimo in caso di interruzione; dobbiamo guardare, con il grandangolo, l'intero sistema giuridico, comprensivo delle misure non sanzionatorie e sanzionatorie e, all'interno di queste ultime, delle sanzioni penali, amministrative e tributarie. Cosa che evidentemente né i giudici del Lussemburgo né i giudici nostrani sembrano intenzionati a fare.

Se la legge prevede già adeguate sanzioni avverso i delitti finanziari – e sull'adeguatezza della pena edittale la Corte di Lussemburgo non si è minimamente pronunciata –, e se il relativo *tempus* prescrizione (calcolato *per relationem*) deve reputarsi altrettanto congruo e proporzionato, è evidente che il regime “periferico” dell'interruzione della prescrizione esula manifestamente da un tale piano di “adeguatezza sanzionatoria”, attenendo esclusivamente alle discrezionali scelte di politica generale formulate, una volta per tutte, dal legislatore.

A ben vedere, peraltro, la previsione di un termine massimo della prescrizione corrisponde ad un altro principio fondamentale del sistema, che né la sentenza Taricco né la Suprema Corte sembrano avere adeguatamente esaminato, vale a dire la ragionevole durata del processo.

È chiaro, dunque, che la tutela degli interessi finanziari dell'Unione deve necessariamente contemperarsi con un tale canone generale sancito dall'art. 111 Cost. e dall'art. 6 C.E.D.U., con la conseguenza che, nel prevedere un “tetto massimo” del *tempus* prescrizione, il legislatore non sta affatto sacrificando gratuitamente i diritti dell'Erario comunitario, ma sta semplicemente ribadendo un irrinunciabile diritto di civiltà, vale a dire la necessità di contemperare la “ragion di Stato” con i diritti e le garanzie dei cittadini.

Da tale punto di vista, l'insistenza con cui la Corte di Lussemburgo ha inteso tutelare i (soli) interessi finanziari dell'Unione, disinteressandosi completamente ai diritti umani del cittadino e dell'imputato (legalità, irretroattività, giusto processo, ragionevole durata del processo) – diritti tutelati, come noto, anche dalla Convenzione E.D.U. e dalla Corte di Strasburgo – è emblematica delle profonde aporie che possono derivare dall'intreccio, spesso inestricabile, fra diritto interno, diritto comunitario e diritti umani internazionalmente ricono-

sciuti.

Il tutto appare ulteriormente complicato dal fatto che, come ben noto, l'Unione Europea, nonostante l'art. 6.2 del Trattato U.E., non ha ancora formalmente aderito alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, il che genera non poche criticità sul piano dell'equilibrio fra istituzioni e tra fonti di rango primario e sovra-primario.

GABRIELE CIVELLO