



**Centro di Diritto Penale Europeo**  
di Catania

NUOVA SERIE

*Collana diretta da* Giovanni GRASSO - Anna Maria MAUGERI - Rosaria SICURELLA

**TUTELA PENALE  
DEGLI INTERESSI FINANZIARI  
DELL'UNIONE EUROPEA**

**STATO DELL'ARTE E PROSPETTIVE ALLA LUCE  
DELLA CREAZIONE DELLA PROCURA EUROPEA**

a cura di  
**Giovanni GRASSO - Rosaria SICURELLA**  
**Floriana BIANCO - Valeria SCALIA**

Tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione Europea : stato dell'arte e prospettive alla luce della creazione della procura europea / a cura di Giovanni Grasso ... [et al.]. - Pisa : Ius Pisa university press, 2018. - (Centro di diritto penale europeo di Catania. Nuova serie)

345.40268 (DW)

I. Grasso, Giovanni <1950- > 1. Finanza pubblica - Diritto penale comunitario.

CIP a cura del Sistema bibliotecario dell'Università di Pisa



Opera sottoposta a  
peer review secondo  
il protocollo UPI



With the support of the  
ERASMUS+ Programme  
of the European Union

Il presente volume è stato pubblicato grazie al finanziamento ottenuto dal *Centro di Diritto Penale Europeo* nell'ambito del programma Erasmus+ - Jean Monnet Activities n. 565738-EPP-1-2015-1-IT-EPPJMO-SUPPA dal titolo "*RElaunching the Centro as a leading cultural association to foster education and legal training in European Criminal Law*"

**Comitato scientifico:**

Gerhard Dannecker, Henri Labayle, Francesco Palazzo, John Vervaele, Luis Arroyo Zapatero.

**Revisori:**

Roberto Bartoli, Luigi Foffani, Valsamis Mitsilegas, Adán Nieto Martín, Vincenzo Mongillo, Giuseppina Panebianco, Raphaelae Parizot. Nel futuro si potranno aggiungere altri revisori.

© Copyright 2018 by IUS/ Pisa University Press srl  
Società con socio unico Università di Pisa  
Capitale Sociale Euro 20.000,00 i.v. – Partita IVA 02047370503  
Sede legale: Lungarno Pacinotti 43/44 – 56126, Pisa  
Tel. + 39 050 2212056 Fax + 39 050 2212945  
e-mail: [press@unipi.it](mailto:press@unipi.it)  
[www.pisauniversitypress.it](http://www.pisauniversitypress.it)

ISBN 978-88-3318-039-7  
Impaginazione: Ellissi

Finito di stampare nel mese di dicembre 2018  
da Tipografia Monteserra – Vicopisano (Pisa)  
per conto di Pisa University Press

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633.

Le riproduzioni effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi – Centro Licenze e Autorizzazione per le Riproduzioni Editoriali – Corso di Porta Romana, 108 – 20122 Milano – Tel. (+39) 02 89280804 – E-mail: [info@clearedi.org](mailto:info@clearedi.org) – Sito web: [www.clearedi.org](http://www.clearedi.org)

### *Disclaimer*

“The European Commission support for the production of this publication does not constitute an endorsement of the contents which reflects the views only of the authors, and the Commission cannot be held responsible for any use which may be made of the information contained therein”.

“Il supporto ricevuto dalla Commissione europea per la pubblicazione del presente volume non implica la condivisione dei contenuti di esso, che riflettono esclusivamente le opinioni degli autori. La Commissione non assume alcuna responsabilità per l'uso delle informazioni contenute nel volume”.



## SOMMARIO

Autori. ....	.IX
Prefazione. ....	.XI
Abbreviazioni. ....	XIII

### PARTE I - SEMINARI E CONFERENZE

#### Sezione I - *La protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea: dalla Convenzione PIF alla Direttiva PIF, passando per la sentenza Taricco*

Introduzione. Così lontana, così vicina. La tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea dopo la saga <i>Taricco</i> <i>Rosaria Sicurella</i> . . . . .	5
La protezione penale degli interessi finanziari dell'Unione europea nell'era post-Lisbona: la Direttiva PIF nel contesto di una riforma "di sistema" <i>Lorenzo Picotti</i> . . . . .	.17
La definizione del reato di frode nella legislazione dell'Unione dalla Convenzione PIF alla proposta di Direttiva PIF <i>Andrea Venegoni</i> . . . . .	.51
La corruzione nel quadro della direttiva sulla protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea <i>Valeria Scalia</i> . . . . .	75
La protezione penale degli interessi finanziari dell'Unione europea nell'ordinamento italiano <i>Ezechia Paolo Reale</i> . . . . .	.131
La sentenza Taricco della Corte di giustizia, tra effetti diretti delle norme del Trattato ed autonomia procedurale degli Stati membri <i>Grazia Vitale</i> . . . . .	.145

I riflessi della sentenza <i>Taricco</i> sull'ordinamento penale nazionale <i>Ernesto Lupo</i> . . . . .	175
---	-----

Sezione II - *Cooperazione giudiziaria e garanzie difensive. Le prospettive dischiuse dall'istituzione dell'Ufficio della Procura europea*

Controllo giurisdizionale dell'attività della pubblica accusa e protezione dei diritti della difesa nelle investigazioni transnazionali in materia di criminalità economica <i>Vania Patanè</i> . . . . .	199
--	-----

Prospettive alla luce dell'istituzione dell'EPPO con particolare riguardo al crimine organizzato: un (assai soggettivo) stato dell'arte <i>Lorenzo Salazar</i> . . . . .	213
--	-----

I poteri di controllo del giudice nazionale in materia di mandato di arresto europeo e di ordine europeo di indagine penale <i>Andrea Reale</i> . . . . .	221
---	-----

Verso uno "statuto europeo" delle garanzie difensive nelle procedure di cooperazione giudiziaria <i>Fabrizio Siracusano</i> . . . . .	261
---	-----

La proposta di regolamento che istituisce la Procura Europea: uno stato dell'arte <i>Lorenzo Salazar</i> . . . . .	275
---	-----

Garanzie e controllo giurisdizionale dell'attività del Pubblico ministero: <i>standards</i> sovranazionali e prospettive di creazione di una Procura europea <i>Gaetano De Amicis</i> . . . . .	285
---	-----

Il Pubblico Ministero Europeo e gli altri attori della cooperazione giudiziaria penale: i rapporti con Eurojust <i>Filippo Spiezia</i> . . . . .	297
--	-----

PARTE II - SAGGI BREVI

Le sinergie tra la Procura europea ed altri organismi nella protezione degli interessi finanziari dell'Unione <i>Giovanni A. Cannetti</i> . . . . .	325
---	-----

"Eppur si muove". Il lento cammino della direttiva relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione e la questione della sua base giuridica <i>Miranda Fidelbo</i> . . . . .	337
--	-----

---

La tutela degli interessi finanziari dell'Unione tra avanguardismi unionisti e sovranismi nazionali: basi giuridiche a confronto	
<i>Annalaura Malinconico</i> . . . . .	353





## AUTORI

Giovanni CANNETTI, *Alumno* della Scuola Superiore di Catania - Dottore in Giurisprudenza

Gaetano DE AMICIS, Magistrato - Consigliere della Corte di Cassazione

Miranda FIDELBO, Avvocato - Foro di Milano - Dottore di ricerca in Istituzioni e politiche presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore - sede di Milano

Ernesto LUPO, Primo Presidente Emerito della Corte di Cassazione

Annalaura MALINCONICO, Avvocato - Foro di Napoli

Vania PATANÈ, Ordinario di Diritto Processuale Penale presso l'Università degli Studi di Catania

Lorenzo PICOTTI, Ordinario di Diritto Penale presso l'Università di Verona

Andrea REALE, Magistrato - Ufficio GIP/GUP presso il Tribunale di Ragusa

Ezechia Paolo REALE, Avvocato - Foro di Siracusa - Segretario Generale del *Siracusa International Institute for Criminal Justice and Human Rights*

Lorenzo SALAZAR, Magistrato - Sostituto Procuratore Generale presso la Procura Generale presso la Corte di Appello di Napoli - Punto di contatto della Rete Giudiziaria Europea e Corrispondente nazionale per Eurojust

Valeria SCALIA, Ricercatore di Diritto Penale presso l'Università degli Studi di Catania

Rosaria SICURELLA, Ordinario di Diritto Penale presso l'Università degli Studi di Catania

Fabrizio SIRACUSANO, Associato di Diritto Processuale Penale presso l'Università degli Studi di Catania

Filippo SPIEZIA, Magistrato - Vicepresidente di Eurojust

Andrea VENEGONI, Magistrato presso l'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione.

Grazia VITALE, Associato di Diritto dell'Unione europea presso l'Università di Messina



## PREFAZIONE

Il presente volume, pubblicato grazie al contributo del programma *Erasmus+ - Azione Jean Monnet – Support to Association*, di cui è beneficiario il *Centro di Diritto Penale Europeo* di Catania dal 2015, raccoglie, nella prima parte, i testi delle relazioni e degli interventi presentati in occasione dei seminari e della Conferenza finale, organizzati nel corso dell'anno 2016 dal *Centro di Diritto Penale Europeo* di Catania, in collaborazione con l'Università degli Studi di Catania ed il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Catania, e aventi quale tematica comune la tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea. I vari contributi, per lo più aggiornati agli ultimi sviluppi registrati in materia, sono stati organizzati in due sezioni rispettivamente dedicate ad un *excursus* sul panorama normativo e giurisprudenziale in materia di protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea (dalla Convenzione alla Direttiva PIF, passando per la celeberrima sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea sul caso *Taricco*, intervenuta l'8 settembre 2015) ed all'analisi delle questioni concernenti la cooperazione giudiziaria e la salvaguardia delle garanzie difensive in relazione all'istituzione dell'EPPO. La seconda parte accoglie alcuni saggi brevi sui medesimi argomenti redatti da giovani studiosi sulla base di una *call for papers* lanciata dallo stesso *Centro di Diritto Penale Europeo*, e previamente sottoposti all'esame dei revisori scientifici della Collana.

Con la pubblicazione di tale volume, il *Centro di Diritto Penale Europeo* conferma l'impegno profuso sin dalla sua costituzione nello studio e nell'approfondimento delle variegate e complesse questioni poste dalla tematica della tutela degli interessi finanziari, in particolare quale punto di osservazione privilegiato ed avanzato degli sviluppi del *diritto penale europeo*. Esso ha in particolare inteso cogliere l'occasione per una prima riflessione sugli importanti interventi normativi recentemente registratisi in tale materia con l'adozione della Direttiva 2017/1731/UE (5 luglio 2017), relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione europea mediante il diritto penale, e del Regolamento 2017/1939/UE (12 ottobre 2017), concernente l'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea (EPPO), la cui competenza risulta al momento circoscritta ai reati previsti dalla predetta direttiva ed a quelli inestricabilmente a questi ultimi collegati (art. 86 TFUE).

Tale pubblicazione, insieme con l'organizzazione di seminari e conferenza finale ed il lancio della *call for papers*, si inserisce in un programma di attività svolte dallo stesso *Centro di Diritto Penale Europeo*, finanziate in seno al predetto programma *Erasmus+ - Azione Jean Monnet – Support to Association*, dall'icastico titolo *RElaunching the Centro as a leading cultural association to foster education and legal training in European Criminal Law*, che si propone di condurre, in una proficua collaborazione con l'Università degli Studi di Catania, un'opera di sensibilizzazione e formazione scientifica di elevato livello sui temi del *diritto penale europeo*, adottando una prospettiva teorico-pratica e necessariamente multilivello.

Giovanni Grasso - Rosaria Sicurella - Floriana Bianco - Valeria Scalia

## ABBREVIAZIONI

<i>ADPCP</i>	Anuario de derecho penal y de ciencias penales
<i>AfSI</i>	Affari sociali internazionali
<i>AgS</i>	Aggiornamenti sociali
<i>AJDA</i>	Actualité juridique. Droit Administratif
<i>AJIL</i>	American Journal of International Law
<i>AP</i>	Archivio Penale
<i>APC</i>	Archives de Politique criminelle
<i>CC</i>	Cultures et Conflits
<i>CDE</i>	Cahiers de droit européen
<i>CG</i>	Corriere giuridico (II)
<i>CI</i>	Comunità Internazionale (La)
<i>CJEL</i>	Columbia Journal of European Law
<i>CLRev</i>	Columbia Law Review
<i>CMLRev</i>	Common Market Law Review
<i>CP</i>	Cassazione Penale
<i>CPC</i>	Cuadernos de politica criminal
<i>Crim</i>	Criminalia
<i>CrimLF</i>	Criminal Law Forum
<i>CrimLRev</i>	Criminal Law Review
<i>CYELS</i>	Cambridge Yearbook of European Legal Studies
<i>DCI</i>	Diritto del commercio internazionale
<i>DCSc</i>	Diritto comunitario e degli scambi internazionali
<i>DDP</i>	Digesto delle discipline penalistiche
<i>DDPb</i>	Digesto delle discipline pubblicistiche
<i>DeG</i>	Diritto e Giustizia
<i>DF</i>	Diritto e formazione
<i>Dg</i>	Documenti e giustizia
<i>DInt</i>	Diritto dell'Internet
<i>DP</i>	Droit pénal
<i>DPb</i>	Diritto pubblico
<i>DPC</i>	Diritto penale contemporaneo
<i>DPCE</i>	Diritto pubblico comparato ed europeo
<i>DPP</i>	Diritto penale e processo
<i>DPXXXIsec</i>	Diritto penale XXI secolo
<i>DUe</i>	Diritto dell'Unione Europea

<i>DUcb</i>	I diritti dell'uomo - cronache e battaglie
<i>DU DI</i>	Diritti umani e diritto internazionale
<i>DVBl</i>	Deutsches Verwaltungsblatt
<i>ECLRev</i>	European Constitutional Law Review
<i>ECrimLRev</i>	European Criminal Law Review
<i>EE</i>	Europa Europe
<i>EJCrimeCLCJ</i>	European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice
<i>ELJ</i>	European Law Journal
<i>ELRev</i>	European Law Review
<i>EPL</i>	European Public Law
<i>EuR</i>	Europarecht
<i>EuZW</i>	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
<i>F Amb</i>	Foro Ambrosiano
<i>FI</i>	Foro italiano
<i>FILJ</i>	Fordham International Law Journal
<i>GA</i>	Goldammer's Archiv für Strafrecht
<i>GCost</i>	Giurisprudenza costituzionale
<i>GD</i>	Guida al Diritto
<i>GI</i>	Giurisprudenza italiana
<i>GM</i>	Giurisprudenza di merito
<i>GP</i>	Giustizia Penale (La)
<i>GUCE</i>	Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee
<i>GUUE</i>	Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea
<i>HRLJ</i>	Human Rights Law Journal
<i>ICLQ</i>	International and Comparative Law Quarterly
<i>IJPL</i>	International Journal of Procedural Law
<i>IP</i>	Indice Penale (L')
<i>JCMS</i>	Journal of Common Market Studies
<i>JCP</i>	La Semaine Juridique. Juris-Classeur Périodique
<i>JCrimL</i>	Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science
<i>JEPP</i>	Journal of European Public Policy
<i>JLS</i>	Journal of Legal Studies
<i>JOCE</i>	Journal officiel des Communautés européennes
<i>JTDE</i>	Journal des Tribunaux-Droit européen
<i>JZ</i>	Juristenzeitung
<i>KritV</i>	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
<i>LIEI</i>	Legal Issues of Economic Integration
<i>Lp</i>	Legislazione Penale
<i>MJECL</i>	Maastricht Journal of European and Comparative Law
<i>MLR</i>	Modern Law Review
<i>NJECL</i>	New Journal of European Criminal Law
<i>NJW</i>	Neuejuristischewochenzeitung
<i>NRDC</i>	Nuovissima rivista di diritto commerciale
<i>NssDI</i>	Novissimo Digesto Italiano

<i>NStZ</i>	Neue Zeitschrift für Strafrecht
<i>PD</i>	Politica del Diritto
<i>PPG</i>	Processo penale e Giustizia
<i>QC</i>	Questione Criminale (La)
<i>QCost</i>	Quaderni Costituzionali
<i>QE</i>	Quaderni Europei
<i>QFior</i>	Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno
<i>QG</i>	Questione giustizia
<i>RAE</i>	Revue des Affaires Européennes
<i>RCDI</i>	Revista Critica de Derecho Inmobiliario
<i>RDCE</i>	Revista de Derecho Comunitario Europeo
<i>RDE</i>	Rivista di diritto europeo
<i>RDI</i>	Rivista di diritto internazionale
<i>RDIPP</i>	Rivista di diritto internazionale privato e processuale
<i>RDPCrim</i>	Revue de droit pénal et de criminologie
<i>RDUe</i>	Revue du Droit de l'Union européenne
<i>REDP/ERPL</i>	Revue européenne de droit public/ <i>European Review of Public Law</i>
<i>RGDP</i>	Revista general de derecho penal
<i>RIDC</i>	Revue internationale de droit comparé
<i>RIDP</i>	Revue internationale de droit pénal
<i>RIDPC</i>	Rivista italiana di diritto pubblico comunitario
<i>RIDPP</i>	Rivista italiana di diritto e procedura penale
<i>RIDU</i>	Rivista internazionale dei diritti dell'uomo
<i>RIEJ</i>	Revue interdisciplinaire d'études juridiques
<i>RIEJU</i>	Revue internationale d'études juridiques
<i>RMC</i>	Revue du Marché commun et de l'Union européenne
<i>RMUe</i>	Revue du Marché unique européen
<i>RP</i>	Revista penal
<i>RPCC</i>	Revista portuguesa de ciencias criminal
<i>RSC</i>	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
<i>RTDE</i>	Revue trimestrielle de droit européen
<i>RTDH</i>	Revue trimestrielle des droits de l'Homme
<i>RTDP</i>	Rivista trimestrale di Diritto Pubblico
<i>RTDPC</i>	Rivista trimestrale di diritto e procedura civile
<i>RTDPE</i>	Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia
<i>RUDH</i>	Revue universelle des droits de l'Homme
<i>RzNw</i>	Rzeczpospolita Newspaper
<i>SchwZStrafR</i>	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
<i>SI</i>	Studium iuris
<i>ULR</i>	Utrecht Law Review
<i>VVDStRL</i>	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
<i>YEurL</i>	Yearbook of European Law
<i>ZaöRV</i>	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
<i>ZIS</i>	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik

*ZRP*  
*ZStW*

Zeitschrift für Rechtspolitik  
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft



---

PARTE I  
SEMINARI E CONFERENZE



---

Sezione I

*La protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea:  
dalla Convenzione PIF alla Direttiva PIF,  
passando per la sentenza Taricco*



# INTRODUZIONE. COSÌ LONTANA, COSÌ VICINA. LA TUTELA PENALE DEGLI INTERESSI FINANZIARI DELL'UNIONE EUROPEA DOPO LA SAGA *TARICCO*

*Rosaria Sicurella*

SOMMARIO: 1. La tutela degli interessi finanziari dell'Unione, dal *Corpus juris* al Regolamento EPPO. - 2. La direttiva PIF, il regolamento EPPO e la tutela degli interessi finanziari dell'Unione dopo Lisbona: tra evoluzione e involuzione. - 3. La tutela degli interessi finanziari nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: tra reali esigenze di protezione e rischi di deriva promozionale.

## **1. La tutela degli interessi finanziari dell'Unione, dal *Corpus juris* al Regolamento EPPO**

L'adozione del Regolamento (UE)2017/1939 istitutivo della Procura europea (regolamento EPPO) entrato in vigore il 20 novembre 2017<sup>1</sup>, preceduta di poco più di due mesi dall'adozione della Direttiva (UE)2017/1371(direttiva PIF)<sup>2</sup>, segna una tappa significativa nell'evoluzione della tutela degli interessi finanziari dell'Unione, e riaccende i riflettori su questioni che, oggetto di vivaci dibattiti sul finire degli anni Novanta e l'inizio del nuovo millennio, sono state bruscamente soppiantate dalle pressanti problematiche poste in particolare da alcuni temi specialmente caldi quali quello relativo alla gestione dei flussi migratori e quello del contrasto al terrorismo.

<sup>1</sup> Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio, del 12 ottobre 2017, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea («EPPO»), GUUE L 283, 31 ottobre 2017, p. 155

<sup>2</sup> Direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 luglio 2017 relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale, GUUE L 198, del 28 luglio 2017, p. 29 ss.

Tuttavia, sebbene certamente non mediatizzata al pari di altri *dossiers*, la tematica della tutela degli interessi finanziari dell'Unione è rimasta centrale nell'agenda delle istituzioni europee.

L'iscrizione della figura della Procura europea nel titolo V del Trattato sul funzionamento dell'Unione ha senza dubbio rappresentato un punto di arrivo importante del dibattito svoltosi nel decennio precedente e innescato dalla pubblicazione del documento noto come il “*Corpus juris* per la protezione penale degli interessi finanziari dell'Unione europea” nel quale fa la sua apparizione la figura del Pubblico Ministero europeo quale organo inquirente con poteri di indagine sull'insieme dei territori degli Stati dell'Unione con riguardo ad un limitato novero di fattispecie esse stesse contenute nel documento in questione. Un tale esito è d'altronde tanto più significativo laddove esso conferma una delle più rilevanti novità introdotte nel Trattato costituzionale abbandonato dopo *l'impasse* provocato dai *referenda* francese e olandese, e che era stato preceduto da una sfortunata iniziativa della Commissione che in occasione della Conferenza intergovernativa convocata per la riforma del Trattato di Amsterdam aveva proposto, senza successo, l'iscrizione all'ordine del giorno di una modifica del trattato tesa ad introdurre una nuova disposizione, l'art. 280 *bis* TCE recante per l'appunto l'istituzione del Pubblico Ministero europeo.

L'approfondimento delle questioni nel “Libro Verde sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una procura europea”<sup>3</sup>, pubblicato di lì a poco dalla Commissione, avrebbe poi preparato il campo all'introduzione di un'apposita previsione nel testo del trattato costituzionale. Sebbene sensibilmente meno ambiziosa, la disposizione dell'art. 86 TFUE – che diversamente da quanto previsto nella proposta della Commissione alla Conferenza di Nizza, ma analogamente a quanto già previsto all'art. III-274 del Trattato costituzionale, non istituisce un tale ufficio ma conferisce al Consiglio la competenza a procedere a tale istituzione tramite regolamento adottato all'unanimità – senza dubbio si colloca tra le più rappresentative del trattato quale più evoluta definizione dell'Unione quale spazio di libertà sicurezza e giustizia.

La pubblicazione, il 17 luglio 2013 della proposta di regolamento istitutivo dell'EPPPO, ha dato il via ad un negoziato irto di ostacoli con cui le Presidenze dell'Unione che si sono succedute nei quattro anni intercorsi hanno dovuto confrontarsi. L'adozione del regolamento EPPPO apre una nuova fase destinata a concludersi nel 2021 durante la quale gli Stati membri partecipanti (ad oggi 22) saranno chiamati ad attuare tutti gli interventi necessari a consentire lo svolgimento dell'azione del nuovo ufficio inquirente europeo, sia sul piano legislativo

<sup>3</sup> COM(2001)715 final.

che su quello dell'ordinamento giudiziario, con una serie di iniziative 'a cascata' dal notevole impatto sull'assetto complessivo di ciascun ordinamento.

Alquanto accidentato si è altresì rivelato il negoziato sulla direttiva Pif. La proposta, com'è noto, riprendeva ampiamente il testo già presentato dalla Commissione nove anni prima allorquando la stessa aveva voluto (quasi provocatoriamente) rilanciare la questione all'epoca ancora sopita circa la legittimità di direttive recanti obblighi di penalizzazione, adottando una serie di direttive, nei settori dell'ambiente e della proprietà intellettuale, oltre che per l'appunto in materia di interessi finanziari, recanti l'obbligo per gli Stati di elevare ad illecito penale alcune delle condotte previste.

L'impatto di una tale competenza dell'Unione sulle scelte di penalizzazione degli Stati in settori cruciali delle politiche criminali nazionali, e soprattutto il possibile impatto su poteri e prerogative delle rispettive autorità fiscali, spiega la strenua resistenza degli Stati mostrata in occasione del negoziato sulla proposta di direttiva Pif, che ha visto nella questione dell'inserimento tra le frodi coperte dalla direttiva delle frodi all'IVA il punto di scontro più acceso, avviato poi alla soluzione dalla pronuncia della Corte di Giustizia nel caso *Taricco*<sup>4</sup>.

Percepita dai più come questione distante dalle questioni calde e pressanti con cui è chiamata a confrontarsi oggi la politica – e la politica criminale in particolare –, lontana dal 'cuore' del diritto penale quale strumento di tutela di interessi fondamentali e di contro espressione, come criticamente denunciato anche da insigni studiosi, di una preoccupazione esclusiva di autotutela da parte delle istituzioni europee, recante peraltro con sé preoccupanti involuzioni delle principali direttrici del pensiero penalistico moderno, la tutela degli interessi finanziari dell'Unione si conferma quale tematica centrale non solo nell'assetto ordinamentale dell'Unione ma altresì nella più ampia dinamica del processo di integrazione tra ordinamenti.

Invero, non appare ad oggi più dubitabile la rilevanza delle risorse finanziarie dell'Unione quale strumento vitale non solo per l'esistenza e il mantenimento dell'impianto istituzionale della costruzione europea ma altresì per l'attuazione di tutte le politiche europee. Ben oltre l'originario circoscritto obiettivo dell'attuazione del mercato comune, queste abbracciano oggi settori essenziali per il cittadino, quali l'ambiente e la sicurezza, oltre ai molti rilevanti settori collegati alle libertà di circolazione; cosicché la lesione delle risorse finanziarie europee finisce per produrre significativi riflessi negativi sui cittadini europei, non solo in ragione del fatto che essa mette a rischio l'attuazione delle suddette politiche,

<sup>4</sup> Corte di giustizia (Grande Sezione), sent. 8 settembre 2015, causa C-105/14, EU:C:2015:555.

ma altresì perché in ragione della regola che vuole il bilancio europeo sempre in pareggio, finisce con l'imputare agli Stati (e quindi all'insieme dei contribuenti europei), eventuali ammanchi nelle entrate.

L'impatto sugli ordinamenti interni che l'attuazione delle recenti iniziative normative è destinata a produrre, e che non potrà non coinvolgere anche profili generalissimi e di sistema (come dimostrato dalla vicenda al centro del ben noto caso *Taricco*) non potrà se non confermare non solo la centralità della tematica ma altresì la sua fisiologica commistione con questioni cruciali per gli equilibri interni dei sistemi nazionali.

Tutt'altro che lontana, la tutela degli interessi finanziari è pertanto questione assolutamente vicina, che impone attenta considerazione da parte di tutte le autorità nazionali.

## **2. La direttiva PIF, il regolamento EPPO e la tutela degli interessi finanziari dell'Unione dopo Lisbona: tra evoluzione e involuzione**

La conclusione nel 2017 dei negoziati relativi all'adozione dei due principali strumenti normativi aventi ad oggetto la tutela degli interessi finanziari dell'Unione consegna un quadro normativo fatto di luci ed ombre.

Le vicende legate all'adozione della direttiva Pif mostrano emblematicamente, più di quanto possa dirsi con riguardo ad ogni altro strumento normativo adottato nel medesimo periodo, la distanza tra le (più ottimistiche) letture in chiave evoluzionista delle disposizioni del Trattato adottato a Lisbona da più parti prospettate all'indomani della sua adozione, e la reale capacità/intensità di condizionamento di tali disposizioni allorquando calate nella dinamica erosiva del negoziato politico. La modifica di base giuridica pretesa dal Consiglio alla sua prima lettura della proposta adottata dalla Commissione sulla base dell'art. 325 TFUE e portata poi sul ben diverso binario dell'art. 83.2 TFUE che prefigura ambiti e incisività di intervento dell'Unione ben meno significativi – e ciò in ragione di una (asserita) specialità (e quindi prevalenza) di tale ultima disposizione quale disposizione del trattato deputata in via esclusiva a dettare forme e condizioni dell'intervento del legislatore europeo in materia penale –, rappresenta senza dubbio l'episodio più emblematico della 'incapacità di resistenza' di prospettive interpretative anche ampiamente condivise la cui estromissione rischia altresì di tradursi in una certa flessione dell'*acquis* in materia.

Quanto al regolamento EPPO, il testo definitivamente adottato vede espunte le proposte più incisive, e soprattutto risulta significativamente intaccare il carattere di sovranazionalità dell'azione del nuovo organismo che ne avrebbe di contro dovuto rappresentare la cifra distintiva rispetto a realtà già consolidate, quali



Eurojust. Non solo. Le molte limitazioni ed esclusioni che costellano l'azione della costituenda Procura europea, motivate da una (malintesa) pretesa aderenza ai canoni della sussidiarietà comunitaria, rischiano in verità di erodere significativamente l'effetto utile della creazione di un tale ufficio, laddove il mantenimento della relativa azione in una dimensione prevalentemente nazionale, ancorata a valutazioni operate dalle autorità nazionali di indagine, finisce inevitabilmente con il mantenere al tempo stesso ampi margini di movimento ad una criminalità *lato sensu* economica in genere ingegnosamente organizzata e in grado di continuare a beneficiare dei limiti imposti alle autorità giudiziarie dal persistente *patchwork* normativo sul piano del diritto penale sostanziale come processuale (inteso qui come relativo alle regole chiamate a presidiare l'attività di indagine).

Tuttavia, nonostante le molte ombre e le aspettative deluse, è indubbio il salto di qualità che il 'combinato disposto' dei due strumenti è destinato ad imprimere non solo nello specifico settore della tutela degli interessi finanziari ma più in generale rispetto all'attuale realtà dell'integrazione penale europea.

In particolare, se con riguardo alla direttiva Pif merita innanzitutto sottolineare le nuove potenzialità che, ben oltre i timidi progressi comunque iscritti nel quadro normativo (con riguardo alla nozione di interessi finanziari, alla definizione di funzionario, o al primo impulso di armonizzazione in materia di prescrizione, solo per fare qualche esempio), scaturiscono dalla vincolatività delle relative disposizioni (nonché dalla relativa modificabilità, in chiave migliorativa, mediante procedura legislativa ordinaria), con riguardo al regolamento EPPO deve riconoscersi come la creazione della prima autorità giudiziaria inquirente a vocazione sovranazionale iscriva una dinamica nuova nell'ordinamento europeo. Nonostante le molte lacune e criticità imputabili al testo del regolamento quale uscito dal negoziato in Consiglio, la creazione di un ufficio inquirente europeo quale già oggi concepito realizza un'ulteriore fondamentale tappa in quel processo di integrazione che, nel perseguimento dell'obiettivo di uno spazio unico di libertà, sicurezza e giustizia, si vuole logicamente votato alla graduale emancipazione da forme più o meno tradizionali di cooperazione e alla transizione a forme sempre più incisive e penetranti di integrazione anche nel settore della giustizia penale.

Senza entrare nel merito delle articolate scelte operate nei due testi normativi (che saranno l'oggetto di approfondite indagini nei contributi raccolti in questo volume), un dato emerge tuttavia incontestabile, e questo è proprio la 'vicinanza' delle questioni coinvolte ad interessi cruciali e comunque a tematiche oltremodo sensibili per i cittadini europei.

Quanto alla direttiva, intitolata alla tutela penale degli interessi finanziari, questa è evidentemente ben lungi dall'interessare un settore esclusivamente specialistico e circoscritto, andando sin d'ora a coinvolgere ambiti molto diversi e

significativi nella definizione delle politiche criminali nazionali (e sensibili per i cittadini europei) quali corruzione, riciclaggio, reati fiscali, reati doganali. Non vi è poi chi non veda come le rigorose (e per certi versi problematiche) limitazioni fissate nella direttiva (e confermate dal regolamento EPPO) quanto alla riconducibilità delle frodi all’IVA nell’ambito delle frodi agli interessi finanziari europei, per le quali possa incardinarsi la competenza della costituenda Procura europea (e in particolare la duplice condizione che queste si inseriscano in “sistemi fraudolenti transfrontalieri”, interessanti due o più Stati membri, e comportino un danno complessivo non inferiore a 10 milioni di euro) riflettano le potenzialità dirompenti (e le conseguenti preoccupazioni degli Stati) di un’armonizzazione indiretta nel settore tributario, e il conseguente impatto non solo sulla struttura e le opzioni di base delle politiche fiscali nazionali, ma altresì l’organizzazione, i poteri e la natura delle autorità tributarie.

Quanto alla costituenda Procura europea, evidenti appaiono le conseguenze che sull’organizzazione dell’ordinamento giudiziario e sui relativi poteri (e pertanto indirettamente per tutti i cittadini) produce la partecipazione degli Stati al nuovo ufficio inquirente europeo, destinato ad operare essenzialmente attraverso procuratori nazionali, investiti del ruolo di “procuratori europei delegati” ma dotati di nuove competenze e poteri da esercitarsi in totale indipendenza dai vertici nazionali e sotto la direzione esclusiva della cabina di regia europea (l’ufficio centrale della Procura europea rappresentato dal Collegio e le Camere permanenti). E ciò in particolare per quei sistemi riguardo ai quali l’attuazione dell’ufficio inquirente europeo quale iscritto nel regolamento impone un radicale ripensamento del modello di riferimento del proprio ordinamento giudiziario, sia che si tratti di ripensare il ruolo di un *prosecutor* originariamente sprovvisto di poteri di indagine (essenzialmente in mano agli organi di polizia o, in certi settori, ad autorità amministrative specializzate) e soggetto in forme più o meno stringenti al controllo del potere esecutivo; o viceversa di un ruolo inquirente sprovvisto di poteri decisionali circa il definitivo esercizio dell’azione penale e il rinvio a giudizio spettanti ad un giudice dell’istruzione del processo.

### **3. La tutela degli interessi finanziari nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: tra reali esigenze di protezione e rischi di deriva promozionale**

L’angolo visuale che più di ogni altro conduce a confutare radicalmente l’idea di una lontananza della tematica della tutela degli interessi finanziari non solo per il legislatore nazionale ma altresì per i cittadini europei è probabilmente quello assicurato dalla lettura della più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Non solo trovano in questa particolare e pregnante riscontro gli obblighi di tutela, sempre più incisivi, discendenti in tale settore in capo agli Stati, ma come da più parti denunciato, la stessa appare altresì mostrare una spregiudicatezza, che si vorrebbe giustificata dalla centralità del bene degli interessi finanziari, che avrebbe portato il giudice europeo financo a innovare rispetto alla propria consolidata giurisprudenza circa i limiti ad una possibile incidenza *in malam partem* del diritto dell'Unione sulla posizione del singolo.

Al netto delle valutazioni *tranchantes* espresse da molti circa l'avvenuto travalicamento da parte della Corte di Giustizia dei principi consolidati in materia di rapporti tra ordinamenti (UE e nazionale), e l'asserita violazione dell'identità nazionale – il cui rispetto è elevato dal trattato, all'art. 4.2 TUE, a principio 'costituzionale' dell'Unione –, è tuttavia indubbio che tale giurisprudenza sia andata al cuore delle più spinose questioni dell'integrazione europea nella materia penale, che queste riguardino gli ambiti di possibile incidenza del diritto dell'Unione, e in particolare la possibilità di un'incidenza anche sulle categorie di parte generale, o piuttosto la portata di principi generali del diritto penale.

La ormai nota *saga Taricco*, inaugurata con la sentenza pronunciata dalla Corte di Giustizia nell'omonimo caso e successivamente scandita dalle sentenze succedutesi con ritmo incalzante della Corte costituzionale italiana e ancora della stessa Corte di Giustizia in risposta alla prima, nonché dalle 'diramazioni' nazionali rappresentate dalle sentenze dei giudici di merito e di legittimità chiamati a declinare (e 'armonizzare') il *decisum* delle due Corti – manifestazione plastica di un confronto teso e 'esistenziale' che solo apparentemente può considerarsi concluso dopo la sentenza n. 115/2108 pronunciata dalla Corte costituzionale italiana, – fotografa un momento cruciale nei rapporti tra ordinamento dell'Unione e ordinamenti nazionali che non tarderà ad accendere nuove tensioni in un prossimo futuro.

Nella sentenza pronunciata dalla Corte di Giustizia nel caso *Taricco*, com'è a tutti noto, dal riconoscimento dell'art. 325 TFUE quale disposizione "precisa ed incondizionata" e pertanto dotata di effetto diretto, la Corte fa discendere l'obbligo per il giudice di non applicare la normativa italiana relativa ai limiti posti al prolungamento del termine prescrizione a seguito di atti interruttivi, "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". Inutile ricordare in questa sede la generale levata di scudi, e le reazioni financo scomposte dinnanzi alla possibilità dischiusa dalla

sentenza di una disapplicazione da parte del giudice che potesse tradursi in una modifica *in peius*, operata per via giudiziale, della disciplina relativa alla durata del termine prescrizionale in caso di atti interruttivi; disapplicazione, in verità, tutt'altro che automatica e dalla quale risultavano dalla Corte di Lussemburgo comunque esclusi gli imputati dei processi pendenti. Evidente tuttavia la contrapposizione frontale delineatasi a partire da tale sentenza tra una collocazione della materia oggetto della pronuncia – la disciplina relativa agli atti interruttivi della prescrizione – nell'alveo garantistico del principio di legalità, come sostenuto da giurisprudenza costituzionale consolidata, e di contro una collocazione al di fuori dell'ombrello garantistico del *nullum crimen* europeo quale inteso dalla Corte di Lussemburgo.

L'esigenza *lato sensu* politica di incidere sul negoziato all'epoca in corso sulla proposta di direttiva PIF è in grado di spiegare (ma certamente non di giustificare) una certa 'forzatura' e il carattere apodittico di alcuni passaggi salienti del ragionamento della Corte nella parte della sentenza relativa alla natura dell'art. 325 TFUE. Passaggi argomentativi che la Corte si risolve a non precisare nella successiva sentenza *MAS & MB*<sup>5</sup>, in cui la stessa si limita a confermare i due approdi fondamentali della sentenza *Taricco* quanto all'effetto diretto dell'art. 325 TFUE e altresì la riconducibilità delle frodi all'Iva alla nozione di interessi finanziari.

Non deve in proposito scandalizzare parlare di politicità delle decisioni della Corte: la dimensione politica in senso alto (mai disancorata dalla stretta applicazione del diritto) è connaturata alle decisioni di ogni Corte suprema, e tanto più alle decisioni di un giudice quale la Corte di Giustizia 'creatore' di diritto, alla cui giurisprudenza si deve la prima affermazione e la progressiva definizione di alcuni dei tratti costitutivi più significativi – e politicamente sensibili – dell'ordinamento europeo e il cui intervento, ancora una volta, in questa occasione era inteso – e altresì atteso – quale intervento volto a superare l'*impasse* in cui si trovava il negoziato sulla proposta di direttiva PIF, in particolare relativamente all'esclusione dell'IVA dalla categoria degli interessi finanziari (sostenuta all'epoca dalla maggioranza degli Stati ma strenuamente avversata dal Parlamento europeo). A dover essere denunciato, riguardo alla sentenza *Taricco*, è piuttosto il dato per cui una tale politicità abbia chiaramente prevalso sulla necessaria cura nella ricostruzione di un discorso giustificativo solido e puntuale, e altresì frutto di un'attenta considerazione (e a monte di una piena presa di coscienza) dell'estrema sensibilità delle questioni in gioco per l'ordinamento interessato *in primis* ma più in generale per la tenuta complessiva delle relazioni interordinamentali.

<sup>5</sup> Corte di giustizia (Grande Sezione), sent. 5 dicembre 2017, causa C-42/17, EU: C:2017:936.

Ma la questione più controversa, e conflittuale, come d'altronde chiaramente emerso a partire dalla ordinanza n.24/2017 della Corte costituzionale italiana parte proprio dal punto di arrivo del ragionamento della Corte europea sull'art 325 TFUE, e le conseguenze che la stessa prefigura: in breve la non applicazione della normativa interna incompatibile anche allorquando essa possa determinare una situazione deteriore.

Senza voler passare nuovamente in rassegna le letture per lo più aspramente critiche di un tale *decisum*, tutte improntate ad una contrapposizione netta tra logica efficientista-funzionale (ritenuta ispirare in modo assorbente la posizione della Corte di Lussemburgo) e garanzie del singolo – che trovano di contro una naturale composizione nella consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia nella quale la considerazione delle garanzie si pone sempre quale limite agli effetti/conseguenze deducibili dalla logica efficientista – merita qui rilevare come anche le letture più concilianti della sentenza, tese ad escludere l'operatività del *decisum* della Corte di Lussemburgo non solo rispetto agli imputati nei processi pendenti, ma altresì rispetto agli autori di fatti commessi prima della pubblicazione della sentenza della Corte (in applicazione d'altronde di quel principio di prevedibilità delle conseguenze giuridiche affittive del proprio agire iscritto nel *nullum crimen* europeo) debbano fare i conti con la questione madre che il discorso fin qui sviluppato sottende: quello della 'sfasatura', della non perfetta corrispondenza e sovrapponibilità tra l'ambito del *nullum crimen* europeo e l'ambito della legalità penale quale delimitato dalla consolidata giurisprudenza costituzionale.

Questione assolutamente cruciale, questa, ed anzi 'essenziale' per il futuro perseguimento del processo di integrazione, e infatti assurta ad oggetto principale dei quesiti di ampissimo respiro posti dalla nostra Corte costituzionale nell'ordinanza 24/2017 cui la Corte di Lussemburgo ha dato risposta nella sentenza pronunciata nel caso *M.A.S. & M.B.* Una risposta, quella della Corte di Giustizia, che appare in verità debole, rinunciando ad una soluzione in grado di 'conciliare' la sfasatura tra legalità europea, non inclusiva della prescrizione, e legalità penale interna, ritenuta di contro abbracciarla, tramite un ancoraggio forte alla Carta dei diritti fondamentali, e precisamente attraverso il recupero di istanze potenzialmente affievolite dal mancato riconoscimento dell'applicabilità dell'art. 49 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione attraverso la considerazione di altri diritti in questa sanciti quali quelli afferenti al giusto processo e alla equa trattazione della causa, attraverso i quali il singolo potrebbe vedere tutelato l'affidamento nel fatto che lo Stato non modifichi le regole che presiedono in generale alle condizioni di rilevanza e di trattamento della punibilità, e che potrebbe escludere la problematica retroattività sfavorevole degli effetti della "regola *Taricco*".

Di contro, nella decisione della Corte di Lussemburgo nel caso *M.A.S & M.B.*, sebbene la formula del *decisum* appaia sancire la prevalenza della dimensione ‘interna’ del principio di legalità, laddove la conferma dell’obbligo in capo al giudice interno di dis-applicare la normativa nazionale incompatibile in quanto inidonea ad apprestare una tutela effettiva degli interessi finanziari dell’Unione, si accompagna all’affermazione di una sua ‘cedevolezza’ in quei casi in cui (come nell’ipotesi scaturente dall’applicazione nell’ordinamento italiano della “regola *Taricco*”) “una disapplicazione siffatta comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell’insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell’applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato”, una lettura dello stesso inquadrata nel contesto delle complessive argomentazioni della Corte di Giustizia conduce a conclusioni meno nette e soprattutto ultimative.

In particolare, l’argomento che prende le mosse dalla natura concorrente della competenza in materia di tutela degli interessi finanziari dell’Unione, rispetto alla quale, in assenza di norme europee di armonizzazione, gli Stati mantengono la piena discrezionalità delle scelte normative, per poi concludere che all’epoca dei fatti oggetto del giudizio *a quo* le autorità italiane erano libere di considerare il regime della prescrizione come afferente al diritto penale sostanziale e pertanto sussumibile nell’ombrello garantistico del principio di legalità, iscrive un carattere di naturale ‘transitorietà’ della soluzione fissata dal *decisum*. Lungi dal consacrare nel caso di specie, come da molti auspicato, il principio della miglior tutela (facendo leva sul disposto dell’art. 53 Carta dei diritti fondamentali dell’Unione), di portata senza dubbio generale, la prevalenza della dimensione nazionale del principio di legalità è chiaramente una prevalenza ‘a tempo’, destinata ad essere rimessa in discussione, come le stesse parole della Corte appaiono indicare, con l’entrata in vigore della direttiva PIF che per la prima volta introduce misure di armonizzazione (seppur minimale) in materia di prescrizione.

Non vi è chi non veda la problematicità di una tale posizione, e soprattutto i rischi di nuove tensioni in particolare con la nostra Consulta a fronte specialmente della posizione oltranzista da quest’ultima assunta nella sua decisione n. 115/2018, che parrebbe financo rimettere in discussione meccanismi ormai consolidati nel processo di integrazione europea, in particolare con riguardo alle possibilità e ai limiti dell’attività ermeneutica del giudice interno in chiave ‘adeguatrice’ rispetto agli obblighi europei, esasperando il riferimento ad una riserva di legge che, nei termini delineati dalla Corte, parrebbe non solo non trovare più concreto riscontro nel nostro ordinamento, ma altresì risultare difficilmente compatibile con una lettura del testo costituzionale che vuole il principio costitu-

zionale della legalità penale ricostruito logicamente sul combinato disposto degli artt. 25 e 11 della Costituzione, e pertanto ‘recettivo’ anch’esso dell’impatto delle dinamiche innescate dal processo di integrazione europea.

Molti i nodi irrisolti e le questioni poste da un’integrazione tra ordinamenti che, come sommariamente illustrato in queste brevi note introduttive, entra a gamba tesa nella quotidianità dei cittadini europei, anche quando l’oggetto ‘del contendere’ possa apparire, a primo acchito, freddamente tecnico ed ‘estraneo’.

L’auspicio, allora, è che i ‘dolori’ del buon Ivo Taricco – scomodando letteratura in verità troppo alta per il caso in questione – abbiano almeno prodotto un dato positivo: che quell’indignazione da più parti manifestata, con toni ed argomenti talvolta difficilmente condivisibili, siano almeno l’espressione di una presa d’atto che la tutela degli interessi finanziari dell’Unione non è più così lontana.





# LA PROTEZIONE PENALE DEGLI INTERESSI FINANZIARI DELL'UNIONE EUROPEA NELL'ERA POST-LISBONA: LA DIRETTIVA PIF NEL CONTESTO DI UNA RIFORMA “DI SISTEMA”

*Lorenzo Picotti*

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La base giuridica della direttiva PIF tra art. 83, par. 2 ed art. 325 TFUE. - 3. Il contenuto degli obblighi di incriminazione: a) Le norme di carattere generale. - 3.1. La definizione degli interessi finanziari europei e le frodi all'IVA. - 3.2. La definizione di “funzionario pubblico”. - 3.3. L'incriminazione delle condotte di “partecipazione” e di tentativo. - 3.4. La disciplina della prescrizione. - 3.5 La responsabilità “da reato” delle persone giuridiche. - 4. Il contenuto degli obblighi di incriminazione (segue): b) Le singole incriminazioni - 4.1. Le (poche) novità nella definizione di “frode” a danno degli interessi finanziari europei. - 4.2. Sugli “altri reati” che ledono gli interessi finanziari dell'Unione - 4.2.1. La corruzione a danno degli interessi finanziari europei. - 4.2.2. L'appropriazione indebita a danno degli interessi finanziari europei. - 4.2.3. Il riciclaggio a danno degli interessi finanziari europei. - 4.3. Profili sanzionatori. - 5. Osservazioni conclusive: chiari e scuri di una riforma “di sistema”.

## **I. Premessa.**

L'intervenuta approvazione ed entrata in vigore della direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 luglio 2017, relativa alla “lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale” (d'ora in poi: direttiva PIF), modifica la prospettiva da cui deve essere considerato il tema oggetto del mio contributo, rispetto a quella (ancora *de jure condendo*) in cui si collocava il mio intervento al Convegno del 2016, vista anche l'ulteriore novità legislativa rappresentata dall'approvazione definitiva, in data 12 ottobre 2017, del Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea (d'ora in poi: Rego-

lamento EPPD)<sup>1</sup>. È giunto infatti così a conclusione il lungo e controverso percorso politico e legislativo, diretto ad innovare e rafforzare gli strumenti penali dell'Unione a protezione dei propri interessi finanziari sulle nuove basi giuridiche fornite dal Trattato di Lisbona: conclusione che da un lato non può non essere oggetto di grande apprezzamento e motivo di soddisfazione, dall'altro lascia però spazio ad alcune osservazioni critiche, già allora espresse rispetto al *contenuto* dei testi che erano in corso di elaborazione, solo in parte superate dalle significative modifiche intervenute, soprattutto per la spinta della giurisprudenza della Corte di Giustizia, in particolare con la sentenza della Grande Camera pronunciata sul noto caso Taricco<sup>2</sup>.

Su queste osservazioni critiche concentrerò dunque la successiva esposizione, che non intende costituire un compiuto commento delle nuove norme, ma soltanto offrire spunti di riflessione in questo importante momento di svolta del diritto penale europeo.

## 2. La base giuridica della direttiva PIF tra art. 83, par. 2 ed art. 325 TFUE.

La base giuridica che viene indicata in esordio della Direttiva PIF è quella dell'art. 83, paragrafo 2 TFUE, voluta dal Parlamento e dal Consiglio per forti ragioni politiche. La scelta confligge però non solo con la proposta originaria della Commissione, che richiamava la più specifica e vincolante base giuridica offerta dall'art. 325 TFUE, ma anche con forti ragioni d'ordine logico e sistematico, che vanno qui sinteticamente richiamate.

L'art. 83, paragrafo 2 TFUE stabilisce una competenza penale soltanto "accessoria" e del tutto *generica* dell'Unione europea, vale a dire *strumentale* a garantire l'efficace "attuazione" di una sua *qualsivoglia* "politica" in un settore che sia già stato oggetto di misure di armonizzazione, a condizione che il ricorso al diritto penale sia ritenuto "indispensabile" per conseguire detto fine. Dunque, si configura quale esercizio di una competenza penale affidata a valutazioni ampiamente *discrezionali* del legislatore europeo, relative al *se, quando e come* ricorrervi.

<sup>1</sup> Cfr. L. SALAZAR, *Definitivamente approvato il regolamento istitutivo della Procura europea*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 10/17, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>2</sup> Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Grande Sezione) 8 settembre 2015, causa C-105/14, su cui – fra i moltissimi contributi, per lo più aspramente critici – si vedano quelli raccolti in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, Jovene, 2017, fra quali sia consentito rinviare, in posizione invece più favorevole, a L. PICOTTI, *Riflessioni sul caso Taricco: dalla "virtuosa indignazione" al rilancio del diritto penale europeo*, pp. 444 s.

Il primo atto con cui è stata esercitata detta competenza, innovativamente introdotta dal Trattato di Lisbona – non avendo precedenti negli ambiti di intervento degli strumenti di armonizzazione finalizzati alla cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale di cui al Terzo pilastro del Trattato sull’Unione – è rappresentato dalla direttiva sugli abusi di mercato del 2014: settore nel quale effettivamente mancavano disposizioni europee che stabilissero misure penali armonizzate a presidio della risalente disciplina comunitaria dei mercati finanziari<sup>3</sup>. L’*iter* di approvazione di questa Direttiva è stato caratterizzato da forti e motivate resistenze della Germania, che contestava la stessa necessità che l’Unione imponesse di ricorrere allo strumento penale in detta materia, ed indicava diversi profili di indeterminatezza delle incriminazioni proposte, che hanno portato a significative modifiche rispetto al testo originariamente presentato dalla Commissione<sup>4</sup>. In ogni caso, la direttiva poi approvata dal Parlamento europeo e dal Consiglio ha introdotto specifici obblighi di incriminazione per punire i predetti abusi, collegandosi strettamente (anche sul piano definitorio) all’articolata disciplina extrapenale di armonizzazione del settore, come detto risalente agli anni ’90 del secolo scorso e via via aggiornata, fino alla contestuale riforma portata dal coevo Regolamento del 2014, contenente altresì la previsione di sanzioni amministrative, cui quelle penali vanno ad *aggiungersi* proprio per rendere più efficace l’*attuazione* della predetta politica dell’Unione in questo ambito<sup>5</sup>.

Vale ancora la pena richiamare, quale ulteriore esempio paradigmatico di “accessorietà” del diritto penale ad una compiuta e preesistente regolamentazione “armonizzata” extrapenale in uno specifico settore, seppur emanata prima dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la direttiva del 2008 sulla tutela dell’ambiente tramite il diritto penale del Parlamento europeo e del Consiglio, quale strumento di Primo pilastro, sulla base della competenza penale “implicita” riconosciuta dalla Corte di Giustizia alla stessa Comunità europea, in quanto

<sup>3</sup> Direttiva 2014/57/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014 relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato (direttiva abusi di mercato).

<sup>4</sup> In argomento volendo L. PICOTTI, *European Union’s Directives in Substantive Criminal Law: What Discontinuity in Respect to the Pre-Lisbon Instruments?* In *Toward Scientific Criminal Law Theories*, Beijing, 2015, p. 1248 s.

<sup>5</sup> Regolamento (UE) N. 596/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014 relativo agli abusi di mercato (Regolamento sugli abusi di mercato) e che abroga la direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e le direttive 2003/124/CE, 2003/125/CE e 2004/72/CE della Commissione. L’abrogazione dei precedenti strumenti di Primo pilastro ed i numerosi rinvii “interni” della direttiva penale al Regolamento, che li ha sostituiti, documentano il rapporto di “accessorietà” fra direttiva e Regolamento, del resto esplicitamente espresso nei *considerando* (6), (7) ed (8), nonché (23), della direttiva.

il ricorso al diritto penale era stato parimenti ritenuto “indispensabile” proprio al fine di assicurare l’efficace *attuazione* delle politiche comunitarie in materia di ambiente, che parimenti conoscevano già un’articolata disciplina, presidiata anche da sanzioni amministrative, cui quelle penali sono andate ad aggiungersi per garantire il suo pieno rispetto<sup>6</sup>.

Una tale relazione di “accessorietà” fra strumento penale e politiche dell’Unione non può invece ravvisarsi nel settore della tutela *penale* degli *interessi* finanziari europei.

È vero che nei “considerando” iniziali della direttiva PIF in esame, in particolare al numero (3) si legge che «La *politica* dell’Unione in materia di tutela degli interessi finanziari dell’Unione» sarebbe «già stata oggetto di *misure di armonizzazione*» [evidenziazioni aggiunte] richiamando come unico riferimento il Regolamento (CE, Euratom) n. 2988/95 del Consiglio del 18 dicembre 1995, che stabilisce norme generali relative a controlli omogenei ed a misure e sanzioni *amministrative* riguardanti le “irregolarità” nella gestione delle risorse finanziarie europee.

Ma si deve rilevare che detto Regolamento, emanato nell’ambito del Primo pilastro comunitario – ed ancora in vigore – come si legge nei suoi “considerando” introduttivi non aveva né ha certo la funzione di costituire una “misura di armonizzazione” di uno *specifico* settore oggetto di una “politica” della Comunità, bensì di *tutelare* i suoi *interessi* finanziari, garantendo «l’efficacia della *lotta*» contro le lesioni che subivano (e subiscono) in «*tutti i settori* contemplati dalle politiche comunitarie» (così i considerando 3 e 4 del predetto Regolamento; evidenz. agg.), tenendo espressamente conto che mentre le condotte costituenti “irregolarità” e le relative misure e sanzioni *amministrative* erano «previste in normative settoriali», per cui occorre «stabilire *regole generali* da applicarsi *a tali sanzioni*» (così i considerando 5 e 7 del predetto Regolamento, a tale scopo emanato: evidenz. agg.), per le “condotte *fraudolente*” si faceva invece rinvio a quelle *già* «definite dalla Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari

<sup>6</sup> Corte di Giustizia della Comunità Europea (Grande Sezione), 13 settembre 2005, causa C-176/2003, che ha annullato la decisione quadro del Consiglio 27 gennaio 2003, 2003/80/GAI, relativa alla protezione dell’ambiente attraverso il diritto penale, “sostituita” quindi dalla direttiva 2008/99/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 novembre 2008 sulla tutela penale dell’ambiente. Analogamente, a seguito della sentenza della Corte Giustizia della Comunità Europea, 23 ottobre 2007, C-440/05, che ha annullato la decisione quadro relativa all’inquinamento provocato dalle navi e all’introduzione di sanzioni per violazioni della disciplina comunitaria in materia, è stata emanata la direttiva 2009/123/CE, che ha modificato la direttiva 2005/35/CE. Essendo state emanate prima dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, dette Direttive contenevano soltanto la previsione delle incriminazioni da introdurre, ma erano prive di disposizioni sulla tipologia e l’entità delle sanzioni penali.

della Comunità», che aveva autonomamente previsto obblighi di incriminazione penale per contrastarle (così il considerando 6 del predetto Regolamento: evidenz. agg.). È quindi evidente che il Regolamento del 1995 non poteva costituire, né può certo oggi essere considerato una “misura di armonizzazione” della politica di lotta alla “frode” ed agli altri illeciti *penali* lesivi degli interessi finanziari europei, essendo questa sfociata nella *precedente e specifica* Convenzione del 26 luglio 1995, elaborata sulla base dell’art. K.3 del Trattato sull’Unione, che ora la Direttiva PIF prevede espressamente, all’art. 16, di “sostituire” (dal 6 luglio 2019), nulla aggiungendo rispetto alla *materia* (le sanzioni amministrative per le “irregolarità”) disciplinata invece dal Regolamento citato.

In conclusione, se nessun rapporto di “accessorietà” sussisteva tra detta Convenzione e quel Regolamento, ancora vigente, essendovi piuttosto un rapporto di *complementarietà* per la tutela *diretta* dei medesimi interessi *in qualsivoglia settore* delle attività della Comunità ed ora dell’Unione, non certo per rafforzare una sua *specificata* politica in un *singolo* settore – *distinguendosi* a tale fine l’armonizzazione degli interventi contro le “irregolarità” di rilievo amministrativo dall’autonomo intervento contro i reati di rilievo penale, come si evince dal contenuto e dalle finalità del Regolamento stesso – non si vede come possa considerarsi oggi “accessorio” ad esso – per giustificare la scelta della base giuridica di cui all’art. 83, par. 2 TFUE – l’odierno strumento (direttiva) che ha sostituito quella Convenzione.

Esclusa la pertinenza e fondatezza logico-sistematica della base giuridica indicata nel preambolo della direttiva, quella corretta non può che essere quella offerta dall’art. 325 TFUE, la cui portata immediatamente *precettiva* per gli Stati membri (oltre che per le stesse istituzioni dell’Unione europea) è stata inequivocabilmente affermata con forza dalla Corte di Giustizia, nella citata sentenza della Grande sezione del 2015 sul caso Taricco<sup>7</sup>.

La *ratio decidendi* di tale pronuncia sta nell’affermazione (perentoria e ripetuta) che l’«obbligo degli Stati membri» sia di «lottare contro le attività illecite lesive degli interessi finanziari dell’Unione con misure dissuasive ed effettive» sia di «adottare, per combattere la frode lesiva degli interessi finanziari dell’Unione, le stesse misure che adottano per combattere la frode lesiva dei loro interessi finanziari» nasce dal «diritto primario dell’Unione, ossia dall’articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE» e riguarda direttamente anche il diritto penale<sup>8</sup>.

Si tratta di un “obbligo di risultato” non accompagnato da condizioni, che è rivolto sia al legislatore nazionale, sia al giudice, il quale è perciò tenuto a “disapplicare” le disposizioni interne (come quelle sul limite massimo troppo esiguo di

<sup>7</sup> Cfr. *supra* nota 2.

<sup>8</sup> Cfr. §§ 50 e 51 e lo stesso dispositivo della sentenza Taricco, cit. *supra* nota 2.

prolungamento dei termini di prescrizione del reato, in casi di frodi gravi all'I-VA, dopo l'intervento di cause di interruzione o sospensione), che ne pregiudichino il raggiungimento, fermo il rispetto dei diritti fondamentale della persona interessata, a partire dal principio di legalità dei reati e delle pene<sup>9</sup>.

In ogni caso, si tratta di un "obbligo" di tutela chiaro ed inequivocabile, del resto non messo in discussione, ma anzi presupposto, nella pur polemica ordinanza interlocutoria con cui la nostra Corte costituzionale aveva rinviato alla Corte di Giustizia alcune questioni interpretative preliminari, relative a punti della sentenza Taricco che – se non chiariti nei termini espressi – potrebbero determinare l'applicazione di "controlimiti" costituzionali interni all'applicazione dello stesso diritto dell'Unione<sup>10</sup>.

Preso atto del tentativo di "dialogo" tra le Corti, ne esce comunque rafforzato il richiamo alla base giuridica rappresentata dall'art. 325 TFUE quale fonte diretta di *obblighi* d'incriminazione penale a tutela degli interessi finanziari europei, che trova un riscontro inequivocabile, a livello sistematico, anche nel *considerando* (3) del Regolamento EPPD. Pur se approvato richiamando l'autonoma e specifica base giuridica – sufficiente sul piano *formale* – dell'art. 86 TFUE, esso rimanda sinteticamente, ma testualmente, al contenuto dell'art. 325 TFUE (invero non esplicitamente menzionato, per l'evidente idiosincrasia degli Stati a riconoscere il valore direttamente precettivo), secondo cui «L'Unione e gli Stati membri hanno l'*obbligo* di tutelare gli interessi finanziari dell'Unione contro i *reati* che cagionano gravi danni» [evidenziazioni aggiunte]: premessa rispetto alla quale si sottolinea come invece «attualmente le autorità giudiziarie penali nazionali non sempre svolgono indagini ed esercitano l'azione penale in merito a questi reati in maniera sufficiente», per cui è motivata la scelta (che di per sé non era invece vincolata, data la mera facoltà di operarla, attribuita all'Unione dal citato art. 86 par. 1 TFUE) di istituire la Procura europea, in conformità al canone generale di sussidiarietà, per individuare, perseguire e rinviare a giudizio gli autori e complici dei reati di cui alla direttiva PIF in esame<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> La cui importanza ed estensione, nell'ordinamento interno e in quello dell'Unione, è sancita dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali, che ha significato e portata identici al diritto garantito dall'art. 7, par. 1, CEDU, nell'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo: cfr. sentenza Taricco, cit. *supra* nota 2, §§ 53 ss. e 57.

<sup>10</sup> Corte cost., ordinanza 24 novembre 2016 (dep. 25 gennaio 2017), n. 24, su cui si vedano i commenti espressi dalla dottrina – non solo penale – italiana, in A. BERNARDI - C. CUPPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, Jovene, 2017.

<sup>11</sup> Cfr. art. 22 Regolamento EPPD, che estende la competenza della Procura europea anche ai "reati connessi" alla frode (cfr. *infra* par. 4.2).

In altri termini, lo stretto raccordo sistematico tra quest'ultima Direttiva, che attua gli specifici *obblighi* stabiliti in materia dal Trattato, e la fondamentale *scelta* di politica criminale di avvalersi (contestualmente) della possibilità di istituire la Procura europea, proprio al fine di contrastare più efficacemente i predetti reati, adempiendo così anche l'Unione, nel modo più adeguato, all'obbligo su di essa stessa incombente di contrastarli, dimostra che *entrambi* gli strumenti in questione non si collocano affatto – sotto il profilo sostanziale – nel contesto della generica competenza “accessoria” di cui all'art. 83, par. 2 TFUE, bensì in quello ben più stringente degli *obblighi* di tutela penale nascenti dall'art. 325 TFUE, rispetto a cui l'esercizio della competenza prevista dall'art. 86 TFUE rappresenta lo strumento più coerente offerto dai Trattati stessi per garantirne l'*effettivo* adempimento anche sul piano dell'ordinamento processuale<sup>12</sup>.

Si aggiunga un ultimo argomento d'ordine storico, che motiva il convinto dissenso rispetto all'indicazione della base giuridica enunciata nel proemio della direttiva PIF.

I ricordati strumenti, quasi contestualmente approvati ed entrati in vigore quest'anno, rappresentano per il diritto positivo dell'Unione la conclusione del lungo percorso che ha portato alla creazione di quel “microsistema di diritto penale sovranazionale” sia sostanziale che processuale, che era stato prefigurato dallo studio *Corpus juris*, lodevolmente promosso dalla Commissione europea fin dagli anni '90 ed al quale tante energie e competenze scientifiche sono state dedicate dalla dottrina penalistica europea<sup>13</sup>. Ebbene, occorre ricordare che detto percorso ha preso

<sup>12</sup> Sia consentito rinviare a L. PICOTTI, *Le basi giuridiche per l'introduzione di norme penali comuni relative ai reati oggetto della competenza della Procura europea* in G. GRASSO - G. ILLUMINATI - R. SICURELLA - S. ALLEGREZZA (a cura di), *Le sfide dell'attuazione di una Procura Europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 66 s.

<sup>13</sup> «*Corpus Juris per la protezione penale degli interessi finanziari dell'Unione Europea*» (1996), edito in diverse lingue, compreso l'italiano (a cura di R. SICURELLA) in G. GRASSO (a cura di), *Verso uno spazio giudiziario europeo*, Milano, Giuffrè, 1997. A tale prima formulazione ha fatto seguito una seconda, presentata a Firenze nel 1999 ed edita nel 2000 (trad. it. a cura di R. SICURELLA) in G. GRASSO - R. SICURELLA (a cura di), *Il Corpus Juris 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 349 s., disponibile anche al sito [www.dirittopenaleeuropeo.it](http://www.dirittopenaleeuropeo.it) – frutto di un ampio studio comparatistico sostenuto dalla Commissione europea e denominato per brevità *Suivi*, che è stato pubblicato (in inglese e francese) a cura di M. DELAMS-MARTY - J.A.E. VERVAELE (éds.), *The implementation of the Corpus Juris in the Member State*, Antwerpen, Intersentia, vol. I-IV, 2000-2001. Per un commento in italiano si rinvia altresì ai contributi editi in L. PICOTTI (a cura di), *Il Corpus Juris 2000. Nuova formulazione e prospettive d'attuazione*, Padova, Cedam, 2004 ed *ivi*, per un quadro generale dei profili di diritto penale sostanziale, volendo Id., *Il Corpus Juris 2000. Profili di diritto penale sostanziale e prospettive d'attuazione alla luce del progetto di Costituzione per l'Europa*, p. 3 s.

le mosse e si è sviluppato sul presupposto che il ricorso al diritto penale (nazionale ed europeo) per proteggere gli interessi finanziari europei, avviato dalla Corte di Giustizia con la celebre sentenza del 1989 sul caso del c.d. “mais greco”<sup>14</sup>, si basasse (e si basi) sul generale *obbligo* di “leale cooperazione” degli Stati membri con la Comunità, nascente dall’art. 5 del Trattato istitutivo della Comunità europea (poi rinumerato dal Trattato di Amsterdam del 1997 quale art. 10 TCE ed infine oggi trasfuso nell’art. 4, par. 3 del Trattato sull’Unione europea), che aveva trovato *specificamente* espressione nell’art. 209 A del Trattato comunitario, finalizzato a fornire una base giuridica esplicita per imporre obblighi di tutela degli interessi finanziari europei, divenuto poi il suo art. 280 a seguito delle incisive modifiche portate dal Trattato di Amsterdam<sup>15</sup>. Da tale norma è infine direttamente derivato l’art. 325 TFUE nella sua attuale formulazione, nella quale è stata *soppressa* – in forza del Trattato di Lisbona – proprio la controversa clausola contenuta nella seconda parte del quarto paragrafo, secondo cui le misure per attuare il menzionato obbligo di tutela non avrebbero dovuto riguardare «l’applicazione del diritto penale nazionale o l’amministrazione della giustizia negli Stati membri».

Conseguentemente deve concludersi, con la Corte di Giustizia, che l’attuale norma del Trattato attribuisce all’Unione una *competenza* (anche) *penale* “*concorrente*” con quella degli Stati membri, ai sensi dell’art. 4, par. 2, TFUE (così testualmente § 43 sentenza del 2017), che si colloca dunque in un chiaro rapporto di *specialità* rispetto alla generica competenza “accessoria” di cui all’art. 83, par. 3, TFUE<sup>16</sup>.

In sintesi: la pur faticosa, lenta e per ora parziale affermazione di un organico *sistema di diritto penale europeo* posto a tutela degli interessi finanziari dell’Unione, se dimostra l’importanza storica di questo positivo epilogo, che attua il principio cardine di “leale cooperazione” fra Stati ed Unione, evidenzia anche la ritrosia a riconoscere pienamente il contenuto di *doverosità* dell’obbligo di tutela *penale* gravante sugli Stati stessi, tanto che il Regolamento istitutivo della Procura europea è stato approvato, dopo lunghissimi negoziati, soltanto nei limiti di una “cooperazione rafforzata”, seppur coinvolgente ben 20 Stati dei 27 membri

<sup>14</sup> Corte di Giustizia delle Comunità europee, 21 settembre 1989, causa C 68/88, edita fra l’altro in *Cass. pen.* 1992, m. 904, p. 1654 s., con nota di L. SALAZAR, *Diritto penale e diritto comunitario: la strana coppia*.

<sup>15</sup> Per un analitico commento di tale norma sia consentito rinviare a L. PICOTTI, *Potestà penale dell’Unione europea nella lotta contro le frodi comunitarie e possibile base giuridica del Corpus juris. In margine al nuovo art. 280 del Trattato CE*, in Grasso G. (cur.), *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione. L’esempio dei fondi strutturali* (Atti del seminario di Catania, 19-20 giugno 1998), Milano, Giuffrè, 2000, p. 357 s.

<sup>16</sup> In argomento sia consentito rinviare a L. PICOTTI, *Le basi giuridiche*, cit.



dell'Unione<sup>17</sup>. Non può allora stupire, che i contenuti concreti di tali strumenti, ed in particolare della Direttiva che verrà ora brevemente analizzata, riflettano incertezze e scelte di compromesso politico, filtrate nelle titubanze delle stesse istituzioni europee a sviluppare tutte le potenzialità d'intervento imposte o comunque consentite dagli odierni Trattati.

### 3. Il contenuto degli obblighi di incriminazione: a) le norme di carattere generale.

#### 3.1. *La definizione degli interessi finanziari europei e le frodi all'IVA.*

Se la Corte di Giustizia ha riconosciuto, fin dalla menzionata sentenza sul caso del c.d. "mais greco", che gli interessi finanziari europei rappresentano un "bene giuridico" *proprio* delle Comunità (ed oggi dell'Unione), che merita e necessita di un'efficace protezione *penale*<sup>18</sup>, come la dottrina ha ampiamente ed approfonditamente dimostrato<sup>19</sup>, nondimeno l'assenza di un'esplicita delimitazione normativa di questa nozione ha dato luogo a molteplici incertezze e difficoltà applicative, anche perché – a dispetto della pacifica "titolarità" formale del bene giuridico in questione in capo all'Unione – il contenuto preciso e l'estensione di tale oggetto di tutela si intreccia con attività ed interessi, finanziari e non, degli Stati membri, da cui in definitiva il bilancio dell'Unione da un lato trae le proprie risorse ed ai quali, dall'altro, in ultima istanza queste in larga parte ritornano, sotto forma di sovvenzioni, finanziamenti, servizi, ecc. che essi Stati, per lo più tramite organismi ed enti specifici, contribuiscono attivamente ed operativamente ad amministrare e gestire. Per cui gli interessi finanziari europei si dovrebbero considerare in grande misura convergenti o meglio "concorrenti" con quelli nazionali, anziché in conflitto con loro.

Ma se un'accezione giuridica troppo ristretta escluderebbe la maggior parte delle situazioni in cui detti interessi europei sono coinvolti e sono *in quanto tali* da salvaguardare, un'accezione troppo ampia ne dissolverebbe i confini in

<sup>17</sup> Inizialmente Belgio, Bulgaria, Cipro, Croazia, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Lituania, Lussemburgo, Portogallo, Repubblica Ceca, Romania, Slovacchia, Slovenia e Spagna hanno richiesto di instaurare la cooperazione rafforzata, cui poi hanno aderito Lettonia, Estonia, Austria ed Italia.

<sup>18</sup> Cfr. Corte di Giustizia delle Comunità europee, 21 settembre 1989, cit. *supra*, nota 14.

<sup>19</sup> G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale. I rapporti fra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*, Milano, Giuffrè 1989; R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato dei beni giuridici sovranazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Milano, Giuffrè, 2005, in specie p. 318 s.

un'estensione pressoché indeterminata, potendosene ravvisare la (com)presenza in un'eccessiva parte delle attività pubbliche e private riconducibili quantomeno indirettamente a "politiche" ed attività dell'Unione.

Opportunamente, dunque, l'art. 2 della direttiva, seppur con una formulazione lata che è stata oggetto di negoziati, ne circoscrive *normativamente* la nozione ai fini penali, da un lato aggiungendo (rispetto all'originaria proposta della Commissione ed al contenuto della Convenzione PIF del 1995) che oltre alle «entrate» ed alle «spese» vi rientrano anche i «beni» acquisiti con il bilancio dell'Unione (lettera a) o con quelli ad essa riconducibili (lettera b); dall'altro circoscrivendo quest'ultima ampia categoria – che abbraccia non solo i «bilanci di istituzioni, organi e organismi dell'Unione istituiti in virtù dei trattati» ma anche quelli «da questi gestiti o controllati» – mediante la soppressione dell'indeterminata ed in definitiva superflua locuzione «direttamente o indirettamente».

Il vero *punctum dolens* è stato però quello delle risorse provenienti dall'IVA, di cui non vi era precedentemente espressa menzione, essendosi affermate due posizioni contrapposte: l'una diretta ad includerle senz'altro nell'orbita degli interessi finanziari europei, come sostenuto dalla Commissione e sostanzialmente anche dalla Corte di Giustizia, da ultimo nella citata sentenza sul caso Taricco<sup>20</sup>; l'altra diretta viceversa ad escluderle in radice<sup>21</sup>. Si è perciò affermata la necessità di un'esplicita presa di posizione del legislatore europeo sul punto che, da un lato, espressamente includesse anche tali risorse nell'orbita degli interessi finanziari dell'Unione, ai fini della loro tutela penale, ma che ne offrisse, dall'altro, una tassativa delimitazione, tradottasi nella formula – frutto di inevitabile compromesso – del par. 2 dell'art. 2, secondo cui la direttiva PIF «si applica unicamente ai casi di *reati gravi* contro il sistema comune dell'IVA» [evidenziazione aggiunta] definiti sulla base di due requisiti concorrenti: la loro connessione «al territorio di due o più Stati membri» ed il superamento della soglia quantitativa di «almeno 10.000.000 di euro» di «danno complessivo»<sup>22</sup>.

La distanza dall'impostazione della Convenzione PIF del 1995, che all'art. 2, par. 1, ultima proposizione, imponeva genericamente di considerare «*frode grave*

<sup>20</sup> Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Grande Sezione) 8 settembre 2015, cit., §§ 36 seg., in cui in specie si afferma che «in base al combinato disposto della direttiva 2006/112 e dell'articolo 4, paragrafo 3, TUE, gli Stati membri hanno non solo l'obbligo di adottare tutte le misure legislative e amministrative idonee a garantire che l'IVA dovuta nei loro rispettivi territori sia interamente riscossa, ma devono anche lottare contro la frode (v., in tal senso, sentenza Åkerberg Fransson, C617/10, EU:C:2013:105, punto 25 e giurisprudenza ivi citata)».

<sup>21</sup> Cfr. in argomento C. SOTIS, *Il limite come controlimite. Riflessioni sulla vicenda Taricco*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti*, cit., p. 495 s., 504.

<sup>22</sup> Cfr. "considerando" (26) della direttiva PIF.

qualsiasi frode riguardante un importo minimo [...] non [...] superiore a 50.000 ECU» sembrerebbe abissale. In realtà, ben differenti sono gli scopi ed i contesti delle due norme, quest'ultima riguardando genericamente, nella prospettiva di blanda armonizzazione sanzionatoria che lasciava ampia discrezionalità agli Stati membri, *tutte* le ipotesi di frode in cui si sarebbero dovute prevedere sanzioni private della libertà personale da correlare al predetto livello di "danno" causato al bilancio europeo<sup>23</sup>; quella dell'art. 2 della direttiva PIF del 2017 riguardando invece *soltanto* la specifica materia delle frodi all'IVA, rispetto a cui deve valutarsi «l'intero *sistema fraudolento*, sia per gli interessi finanziari degli Stati membri, sia per l'Unione» (*considerando* 4, che precisa: «escludendo interessi e sanzioni»; evidenz. agg.), la cui *percentuale* è relativamente esigua, essendo nettamente prevalente, in questa imposizione, l'interesse nazionale.

Scelta di fondo che appare timida, rispetto alla grande frequenza e dannosità delle frodi in materia, in specie delle c.d. "frodi carosello", ma che è nella sostanza da accettare, perché circoscrivendo *normativamente* la discrezionalità del giudice (oltre che del legislatore nazionale), garantisce il rispetto del canone di determinatezza, che inerisce strettamente al principio fondamentale di legalità dei reati e delle pene, la cui importanza – quale *limite* allo stesso «obbligo di garantire l'efficace riscossione delle risorse dell'Unione» – è stato affermato con forza dalla Corte di Giustizia nell'ultima sentenza del 5 dicembre 2017 sopra citata (cfr. in specie §§ 51-52), in ogni caso trovando riscontro nella realtà empirica dei fenomeni da contrastare, paradossalmente riconducibili allo stesso sistema comunitario di disciplina dell'IVA. Ragione in più perché l'Unione stessa, accanto agli Stati, adempia all'*obbligo* di efficace tutela, anche penale, in materia.

### 3.2. La definizione di "funzionario pubblico".

Un altro aspetto qualificante della direttiva, che accoglie anche sotto questo aspetto importanti indicazioni già contenute nel *Corpus Juris*, è di aver esteso il suo campo di applicazione a reati ulteriori in qualche modo "connessi" alla frode (cfr. art. 4 direttiva PIF, di cui si dirà *infra*, par. 4.2), riguardanti prima di tutto i "funzionari pubblici", che hanno un ruolo rilevante nella gestione delle risorse finanziarie e dei beni dell'Unione Europea.

<sup>23</sup> Al riguardo la disposizione corrispondente si rinviene piuttosto nell'art. 7, par. 3 direttiva, che prevede un livello minimo di 4 anni del massimo edittale di pena detentiva, se i "danni o vantaggi" derivanti dalla frode e dai reati connessi siano "considerevoli", vale a «di valore superiore a 100.000 Euro» (par. 3, comma 1), con presunzione assoluta che lo siano nel caso menzionato di «frodi gravi» all'IVA per un danno complessivo superiore a 10.000.000 di Euro (*ex art.* 2, par. 2) ovvero commesse con «sistemi fraudolenti transfrontalieri» alle condizioni di cui all'art. 3, par. 2, lettera d).

Oltre alla corruzione (passiva), già prevista nel primo Protocollo aggiuntivo alla Convenzione PIF del 1996, viene perciò fatta oggetto dell'obbligo d'incriminazione anche l'appropriazione indebita di fondi o di beni (in parte riconducibile allo schema del nostro delitto di peculato: cfr. art. 4, par. 3 direttiva PIF, su cui *infra*, par. 4.3)<sup>24</sup>.

Si è così rafforzata l'esigenza di una definizione di "funzionario pubblico" da parte del legislatore europeo, trattandosi di soggetto che può essere autore dei predetti reati "propri", oltre che concorrente necessario del reato di corruzione attiva.

Rispetto alla disposizione già contenuta nell'art. 1 del citato Protocollo del 1996, la nuova formulazione è senz'altro più estesa ed articolata, nonché sensibilmente migliorata anche rispetto al testo che era previsto nell'originaria proposta della Commissione.

Da un lato, la nozione abbraccia oggi, alla lettera a) dell'art. 4, par. 4, oltre ai funzionari dell'Unione ed agli agenti ad essi assimilati (c.d. "funzionari europei"), quelli "nazionali" sia di Stati membri (come già previsto dal Primo Protocollo), sia di paesi terzi (prima non considerati); d'altro lato, essa si estende, con la lettera b), del tutto inedita, anche a «qualunque *altra* persona a cui siano state assegnate o che eserciti funzioni di *pubblico servizio* che implicino la gestione degli interessi finanziari dell'Unione o decisioni che li riguardano negli Stati membri o in paesi terzi»<sup>25</sup>.

Tali estensioni definitorie appaiono opportune, dato il corrispondente incremento, in questi venti anni trascorsi dal Primo Protocollo, sia delle relazioni con paesi terzi, a partire da quelle con gli Stati candidati a divenire membri dell'Unione, che coinvolgono in ogni caso l'elargizione e gestione di risorse finanziarie europee; sia delle attività di rilevanza pubblica, esercitate però da società commerciali, enti ed imprese aventi di per sé natura privata e non munite di poteri tipicamente pubblicistici, ma che coinvolgono nondimeno interessi e decisioni di rilievo finanziario per il bilancio dell'Unione o per quelli ad esso assimilati, come avviene ad esempio frequentemente nelle procedure d'appalto gestite, quali stazioni appaltanti, anche da soggetti ed enti privati<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Nel corso dell'*iter* legislativo si è invece ricondotta ad una delle condotte integranti la frode di cui all'art. 3 direttiva PIF l'incriminazione degli abusi nelle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, che era prevista quale autonomo reato "ulteriore" dall'art. 4, par. 1 della proposta della Commissione (cfr. *infra*, par. 4.1).

<sup>25</sup> Tali estensioni non comparivano neppure nella definizione proposta nel *Corpus Juris*, all'art. 5 (dedicato per il resto alla corruzione).

<sup>26</sup> Se ne consideri l'articolata disciplina contenuta nel Codice degli appalti pubblici, oggi prevista dal nuovo d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (e successive modifiche), di attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE.

In tal modo si accoglie quella nozione “oggettiva” di funzionario pubblico latamente inteso, cui già si ispira la nostra disciplina interna, delineata dagli art. 357 e 358 c.p. (nella formulazione novellata dalla riforma del 1990), secondo la quale è decisiva – per l’attribuzione della qualifica sia di pubblico ufficiale, sia di incaricato di pubblico servizio – non tanto la formale investitura o relazione “soggettiva” con un’amministrazione pubblica, quanto la natura pubblicistica della *disciplina normativa* dell’attività rispettivamente svolta<sup>27</sup>. Nozione senz’altro più adeguata alla realtà economica ed amministrativa della società contemporanea, in cui fortissimo e per molti aspetti necessario è l’intreccio fra le attività dei soggetti pubblici e quelle dei privati, da ricondurre a discipline giuridiche il più possibile oggettive e coerenti con gli scopi dell’ordinamento.

### 3.3. *L’incriminazione delle condotte di “partecipazione” e di tentativo.*

Del tutto generica rimane invece la previsione dell’obbligo di estendere la punibilità anche alle condotte di istigazione, favoreggiamento e concorso in tutti i reati previsti dalla direttiva (art. 5, par. 1), nonché al tentativo di commettere i (soli) reati di frode e di appropriazione indebita (art. 5, par. 2), con esclusione quindi dell’obbligo di punire anche i tentativi di corruzione e di riciclaggio lesivi degli interessi finanziari europei. Esclusione, quest’ultima, che si correla alla formulazione dei relativi obblighi d’incriminazione, in quanto questi già includono condotte di tentativo, quali sono – nel caso di corruzione rispettivamente passiva ed attiva – la mera «sollecitazione» ovvero la mera «promessa» di vantaggi in un modo che anche soltanto «possa ledere» (oltre che «leda») gli interessi finanziari europei (cfr. *infra* par. 4.2.1); mentre nel caso del riciclaggio, il rinvio integrale alla formulazione contenuta nell’art. 1, par. 3 della direttiva (UE) 2015/849 già include anche le condotte di tentativo (oltre che, per vero, di partecipazione) di cui alla lettera d) (cfr. *infra* par. 4.2.3)

Da un lato, si deve sottolineare il miglioramento tecnico, rispetto alle previsioni contenute nel par. 2 dell’art. 1 e nell’art. 4 della Convenzione PIF del 1995, che si limitavano a richiamare quasi incidentalmente le predette forme di manifestazione del reato di frode, in apparente alternativa all’incriminazione delle falsità ad essa strumentali ovvero nell’ambito della disciplina della “competenza”; come pure rispetto a quelle contenute nell’art. 5 del Primo Protocollo, dedicato alle sanzioni, in cui erano menzionate soltanto «la complicità e

<sup>27</sup> Cfr. per tutti P. SEVERINO DI BENEDETTO, *Pubblico ufficiale e incaricato di un pubblico servizio*, voce in *Dig. Disc. Pen.*, X, Torino, 1995, p. 508 s.; M. ROMANO, *Pre-art. 357*, in *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 225 s.; volendo L. PICOTTI, *Le “nuove” definizioni penali di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio nel sistema dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 1992, p. 263 s.

l'istigazione» alla corruzione, mentre nulla era stabilito nel Secondo Protocollo rispetto al delitto di riciclaggio.

D'altro lato si evidenzia però la permanente difficoltà ad armonizzare regole ed istituti della *parte generale* del diritto penale, restando questa affidata alla disciplina, assai diversificata, vigente nei singoli Stati membri. Invero il *Corpus Juris*, nella sua seconda rielaborazione del 2000, proponeva all'art. II-*bis* di definire perlomeno una nozione comune di tentativo (con la formula: «atto che costituisce l'inizio di esecuzione dell'infrazione»), nella consapevolezza che anche da tali regole ed istituti di parte generale dipende la concreta delimitazione della responsabilità penale, l'armonizzazione dei cui presupposti appare oggi particolarmente importante per l'efficace esercizio, su tutto il territorio dell'Unione, delle indagini e dell'azione penale da parte della Procura europea. Ma è evidente che l'interferenza delle esigenze di armonizzazione con le tradizioni dei singoli sistemi penali nazionali è molto forte, anche per il rischio di contraddizioni con le loro regole interne di parte generale, se non vi sia omogeneità con quelle europee, oppure di un loro “sdoppiamento” – certamente non ben accetto dagli ordinamenti nazionali – per i (soli) reati di matrice europea.

Avendo il Regolamento EPPD rinunciato a “definire” i reati di competenza della Procura europea<sup>28</sup>, e rimandando anzi espressamente il suo art. 22, par. 1, a quelli «che ledono gli interessi finanziari dell'Unione di cui alla Direttiva (UE) 2017/1371, quale attuata dal diritto nazionale, indipendentemente dall'eventualità che la stessa condotta criminosa possa essere qualificata come un altro tipo di reato *ai sensi del diritto nazionale*» [evidenziamenti agg.], è scontato che spetterà a detto organo giudiziario, in prima battuta, ed alla giurisprudenza degli Stati membri ed eventualmente anche della Corte di Giustizia, in ulteriore istanza, precisare *in concreto* i presupposti e limiti della responsabilità penale ricavabili necessariamente *anche* dalla disciplina e dagli istituti di parte generale dei diversi ordinamenti coinvolti, con inevitabili discrasie e problemi interpretativi dei pertinenti diritti nazionali.

È quindi auspicabile, perché sia rispettato in tutta la sua portata il fondamentale principio di legalità dei reati e delle pene, ribadito con forza dalla Corte di Giustizia quale limite dello stesso obbligo di garantire con sanzioni penali le risorse finanziarie dell'Unione, che si introducano in un prossimo futuro “norme minime” europee in grado di definire una soglia *comune* di rilevanza delle

<sup>28</sup> Sull'esigenza di una definizione del contenuto dei reati di competenza della Procura europea da parte del medesimo Regolamento istitutivo, anziché di un distinto strumento, meno cogente sul piano dell'armonizzazione, quale quello (poi prescelto) della direttiva, sia consentito rinviare a L. PICOTTI, *Le basi giuridiche*, cit.

fattispecie di competenza del Procuratore europeo, rispetto alla complicità ed al tentativo, delimitandone il confine rispetto ad attività di semplice “connivenza” o meramente “preparatorie”, se necessario erigendo a reati autonomi singole ipotesi di attività prodromiche o di partecipazione<sup>29</sup>, cui ad esempio sembra già alludere il generico richiamo alla condotta di «favoreggiamento» accanto a quelle di «istigazione» e «concorso» menzionate nell’art. 5 direttiva PIF.

#### 3.4. *La disciplina della prescrizione.*

Una delle disposizioni più innovative, oggetto di aspro dibattito in sede di lavori preparatori, è stata quella relativa alla prescrizione (art. 12 direttiva). Di essa non vi era traccia nella Convenzione PIF del 1995, né nei suoi Protocolli addizionali, mentre l’istituto era stato oggetto di previsione specifica nell’art. 3 del menzionato Regolamento del 1995 sulle “irregolarità” – punibili però solo con sanzioni di carattere amministrativo – che stabiliva un termine minimo di 4 anni, ovvero di 3 anni per singole normative settoriali. Anche il *Corpus Juris* conteneva un’espressa disposizione al riguardo, il par. 2 dell’art. 22, collocato nella parte III dedicata alla “procedura” ed intitolato: “Esercizio ed estinzione dell’azione pubblica”, che prevedeva un termine di 5 anni dalla commissione del reato, ed ulteriori 5 anni da eventuali atti interruttivi (d’indagine o di persecuzione)<sup>30</sup>.

Rispetto al testo di direttiva proposto dalla Commissione, che ricalcava la formulazione della citata norma del *Corpus Juris*, senza tuttavia prendere posizione sulla natura sostanziale o processuale dell’istituto, l’articolo 12 era stato addirittura stralciato nel corso dei lavori legislativi. Ma dopo la sentenza della Corte di Giustizia sul caso Taricco del 2015 esso è stato opportunamente reintrodotta, assumendo la formulazione attuale, con la quale è stato mantenuto il termine minimo di 5 anni dalla data di commissione del reato, originariamente previsto, ma soltanto per i reati per i quali sia prevista dal diritto penale nazionale una pena non inferiore, nel massimo, a 4 anni (art. 12, par. 2). Per gli altri casi è sta-

<sup>29</sup> Per una disamina comparatistica delle forme di preparazione e di partecipazione penalmente rilevanti sia consentito rinviare a L. PICOTTI, *L’élargissement des formes préparatoires et de participation. Rapport général*, in *Rev. Int. Droit Pénal*, 2007, n. 3-4, p. 355 s., nonché la Risoluzione in materia approvata dal XVIII Congresso Internazionale di Diritto Penale (Istanbul, 22 - 27 settembre 2009), Sezione I, *ivi*, 2015, p. 205 s.

<sup>30</sup> Anche il *Libro verde sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una procura europea*, 11.12.2001 COM (2001) 715 def (leggibile in lingua italiana al sito [http://ec.europa.eu/anti\\_fraud/documents](http://ec.europa.eu/anti_fraud/documents)) par. 5.5., p. 42, sottolineava la necessità di armonizzare le regole in materia di prescrizione. In senso motivatamente adesivo sia consentito rinviare (fra i numerosi contributi presentati nella discussione pubblica sul *Libro verde*) a L. PICOTTI, *From the Green Paper on Criminal-Law Protection of the Financial Interests of the Community and the Establishment of a European Prosecutor* (OLAF/05306/02-EN), in specie par. 3, p. 13.

bilito genericamente che il lasso di tempo necessario per consentire di «condurre le indagini, esercitare l'azione penale, svolgere il processo e prendere la decisione» sia «congruo» rispetto al fine di «contrastare efficacemente» i reati previsti dalla direttiva (art. 12, par. 1).

È altresì caduta la previsione del termine minimo di 10 anni da osservare in caso di interruzione della prescrizione (di cui all'art. 12, par. 2 della proposta di direttiva), che avrebbe inciso in modo rilevante sull'assetto della disciplina nazionale, stabilendosi piuttosto che, se siano previste ipotesi di sospensione o interruzione della prescrizione in relazione a determinati atti, il termine (ulteriore) possa essere addirittura inferiore a 5 anni, non però al limite minimo di (altri) 3 anni (art. 12, par. 3). Di conseguenza, l'attuale disciplina del nostro codice penale dovrà essere rivista (entro il termine triennale stabilito per l'attuazione della direttiva), in quanto la limitazione ad un solo “quarto” del termine iniziale, attualmente stabilito dall'art. 161, comma 2, c.p., comporta un prolungamento *inferiore* a tre anni, per tutti i delitti per cui il tempo necessario a prescrivere (pari al massimo di pena edittale) sia inferiore a 12 anni, salvi i casi per cui il limite è esteso alla “metà” previsti dalla nuova formulazione di detta norma – portata dall'art. 1, comma 14 della recente legge 23 giugno 2017, n. 103: c.d. “legge Orlando” – che include i reati di corruzione e di truffa aggravata *ex art. 640-bis* c.p., non però quelli di malversazione (*ex art. 316-bis*), di indebita captazione di risorse (*ex art. 316-ter*), di indebito conseguimento di aiuti a carico di fondi europei di sostegno all'agricoltura (*ex art. 2* legge 23 dicembre 1986, n. 898), di autoriciclaggio (*ex art. 648-ter* c.p.).

La direttiva, nella sua formulazione definitiva, ha mantenuto anche la previsione di una disciplina comune relativa alla prescrizione della pena, pur attenuando le previsioni dell'originaria proposta, che stabiliva un termine non inferiore a 10 anni dalla condanna. Ora il par. 4 dell'art. 12 prevede soltanto un termine di «almeno 5 anni dalla data della condanna definitiva», se la pena irrogata sia stata di almeno un anno di reclusione ovvero per un reato per cui sia prevista la pena massima di almeno 4 anni di reclusione, potendosi includere nel predetto termine anche proroghe derivanti da interruzione o sospensione.

In definitiva, deve essere apprezzato questo primo intervento di armonizzazione della disciplina della prescrizione in materia, da cui dipende l'“effettività” concreta della tutela e della sanzione penale, oltre che la sua “equivalenza” negli Stati membri, imposte dall'art. 325 par. 4 TFUE. Tuttavia il contenuto dell'intervento è ancora blando, chiaramente condizionato dalle pressioni degli Stati membri, assai gelosi di garantirsi il pieno controllo su una fondamentale “valvola” di regolazione dell'esercizio *effettivo* del proprio potere punitivo nei casi concreti, come ha ampiamente dimostrato la reazione “indignata” nell'ordinamento italiano alla



sentenza Taricco della Corte di Giustizia del 2015, che aveva “preteso” di entrare perentoriamente in tale delicato meccanismo interno, molto importante – se non decisivo – sul piano della *prassi* penale. Vedremo, ora che anche la prescrizione è divenuta espressamente oggetto di armonizzazione da parte del legislatore europeo, come lo Stato italiano adempirà agli obblighi così tassativamente stabiliti.

### 3.5. *La responsabilità “da reato” delle persone giuridiche.*

La previsione della responsabilità delle “persone giuridiche” per i reati indicati nella direttiva PIF è formulata nei termini ormai usuali – a partire proprio dal Secondo Protocollo del 19 giugno 1997 della Convenzione PIF<sup>31</sup> – che compaiono negli strumenti europei in materia penale, sia di Primo, sia di Terzo pilastro, nonché successivamente adottati sulla base del Trattato di Lisbona<sup>32</sup>.

L'art. 6 della direttiva fonda tale forma di responsabilità – che espressamente, in forza del par. 3, deve essere concorrente e non alternativa rispetto a quella penale delle persone fisiche – sul duplice classico schema della condotta illecita posta in essere da un suo “apicale” (avente cioè poteri di rappresentanza, decisionali o di controllo: par. 1) ovvero da un loro “sottoposto” che sia stata resa “possibile” dalla mancanza di “sorveglianza” o di “controllo” da parte dei predetti soggetti apicali (par. 2), fermo in entrambi i casi il requisito che il reato sia commesso “a vantaggio” dell’ente.

Nella sostanza il testo riproduce quello originariamente proposto dalla Commissione, rispetto a cui vanno però sottolineate due modifiche non irrilevanti. Innanzitutto, la direttiva non impone di considerare questa forma di responsabilità – pur strettamente correlata alla commissione di un reato – come di natura essa stessa “penale”, fermo restando che si tratta di applicare sanzioni di natura “punitiva” in senso ampio, dipendenti dalla commissione d’illeciti imputabili all’ente, che costituiscono reato per le persone fisiche, che ne sono autrici o complici<sup>33</sup>. Inoltre, la direttiva non contiene alcuna definizione vincolante di “persona

<sup>31</sup> Per la prima volta con l’art. 3 del Secondo Protocollo addizionale alla Convenzione PIF è stato previsto l’obbligo, per gli Stati membri, di prevedere la responsabilità delle persone giuridiche per i reati (frode, corruzione e riciclaggio) lesivi degli interessi finanziari europei, previsti rispettivamente dalla Convenzione e dai due Protocolli addizionali, senza specificare peraltro la natura di detta responsabilità, in quanto il successivo art. 4 richiedeva soltanto che fossero stabilite «sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive», che includessero «sanzioni pecuniarie o di natura penale o amministrativa», nonché «altre» tra cui quelle interdittive o sospensive, elencate nella stessa norma.

<sup>32</sup> Sia consentito sul punto rinviare a L. PICOTTI, *European Union’s Directives*, cit.

<sup>33</sup> Alla luce di tali caratteri, si tratta di sanzioni da considerare come rientranti nella “materia penale” in senso ampio, quale definita dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, ai fini dell’applicazione delle garanzie di cui all’art. 7 CEDU.

giuridica”, benché già contenuta in termini molto elastici nel Secondo Protocollo addizionale dell’abrogata Convenzione PIF, in quanto fa integrale rinvio al diritto nazionale di ciascun ordinamento<sup>34</sup>.

È evidente che di fronte alla ritrosia degli Stati ad accettare un intervento di armonizzazione più forte in materia, che tocca la stessa concezione della responsabilità penale e di chi possa esserne soggetto, il legislatore europeo ha preferito riprodurre l’ormai tralaticio schema, immutato dal 1997, che rinvia ai vari ordinamenti sia la qualificazione della *natura* di detta responsabilità, avente peraltro rilievo non meramente nominale, sia la definizione degli *enti* da considerare responsabili, che ne condiziona i concreti ambiti di operatività.

È stata pertanto persa l’occasione per un’armonizzazione più stringente in materia, certamente possibile se si fosse coerentemente perseguita la prospettiva degli “obblighi” degli Stati di assicurare una tutela *penale* non solo “effettiva”, ma anche “equivalente”, come impone l’art. 325 par. 4 TFUE, in tutto l’ordinamento dell’Unione: dunque anche nei confronti degli enti cui i reati in danno degli interessi finanziari europei siano imputabili.

Da un lato, il terreno della protezione di questi interessi avrebbe potuto rappresentare, ancora una volta, quello più adatto per far avanzare il diritto penale europeo anche nell’ambito sempre più importante della responsabilità “da reato” degli enti; dall’altro, però, tale avanzamento avrebbe richiesto un’elaborazione ben più articolata ed approfondita della semplice “qualificazione” *nominale* di detta forma di responsabilità, pur se accompagnata da una nozione armonizzata della categoria degli enti destinatari, soli aspetti su cui si era appuntata la proposta originaria della Commissione. Per pervenire all’effettiva armonizzazione dei presupposti e dei limiti della responsabilità “da reato” degli enti non può, invero, bastare l’affermazione che sia di natura penale, occorrendo piuttosto un’attenta e specifica disciplina da applicare, che salvaguardi anche i principi garantistici propri della responsabilità penale, a partire da quelli di stretta legalità, tassatività, proporzione, offensività, fino a quello fondamentale di colpevolezza, evidentemente da adattare alle peculiarità degli enti, come in parte ha tentato di fare il legislatore italiano con il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, seppur nella prospettiva di compromesso di considerarla un *tertium genus*.

Una siffatta elaborazione appare però ancora carente a livello europeo, come era nello stesso *Corpus Juris*, che risentendo evidentemente dell’epoca in cui era

<sup>34</sup> Ai sensi dell’art. 1 del Secondo Protocollo citato, fra le “definizioni” previste, quella di «persona giuridica» era così formulata alla lettera d): «qualsiasi entità che sia tale in forza del diritto nazionale applicabile, ad eccezione degli Stati o di altre istituzioni pubbliche nell’esercizio dei pubblici poteri e delle organizzazioni internazionali pubbliche».

stato concepito e della scarsità allora di modelli nazionali in vigore, conteneva previsioni addirittura più limitate di quelle via via introdotte dagli strumenti europei successivi, prevedendo il suo scarno art. 13 la sola responsabilità per reati commessi da soggetti apicali.

Va aggiunto, a questo proposito, che nella direttiva non è prevista neppure una disciplina della responsabilità penale delle persone fisiche aventi ruoli dirigenziali in organizzazioni d'impresa complesse, per reati commessi da loro sottoposti, che compariva invece nell'art. 3 della Convenzione PIF, sebbene con una formulazione così generica da essere stata letta riduttivamente in molti ordinamenti, compreso il nostro, quale mero rinvio agli istituti propri del concorso di persone nel reato<sup>35</sup>. Eppure, come è emerso nel *Corpus Juris* ed ancor più nel *Suivi*, si tratta di un importante aspetto della disciplina di parte generale, che rafforza la necessità di riconoscere, disciplinare ed introdurre specifiche *posizioni di garanzia* penalmente rilevanti<sup>36</sup>, come si è ad es. verificato a proposito della disciplina (anche penale) in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro.

Resta dunque un ampio campo ancora aperto, nel quale la dottrina penale europea può svolgere di nuovo un ruolo assai rilevante, se le istituzioni europee (e gli Stati membri) avranno l'accortezza e la volontà politica di procedere coerentemente ad un intervento anche in questa direzione.

#### 4. Il contenuto degli obblighi di incriminazione (segue): b) Le singole incriminazioni.

##### 4.1. *Le (poche) novità nella definizione di “frode” a danno degli interessi finanziari europei.*

La definizione del primo fondamentale reato, oggetto dell'obbligo d'incriminazione, vale a dire la “frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione”, contenuta nell'art. 3 direttiva PIF, nonostante i decenni trascorsi e l'innovativa formula-

<sup>35</sup> Criticamente sul punto L. PICOTTI, *L'attuazione in Italia degli strumenti dell'Unione europea per la protezione penale degli interessi finanziari comunitari*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 2006, p. 615 s., 657 s.

<sup>36</sup> L'apposito art. 12 del *Corpus Juris* 2000 – che precedeva quello dedicato alla “Responsabilità penale degli enti” – prevedeva un'articolata e specifica disciplina della “Responsabilità penale dell'imprenditore o di qualunque persona eserciti poteri di decisione o di controllo all'interno dell'impresa: vertici dell'impresa e pubblici ufficiali”, che riprendeva e sviluppava il disposto dell'art. 3 Convenzione PIF (dedicato alla “Responsabilità penale dei dirigenti delle imprese”). Cfr. in argomento M. DELMAS-MARTY - J.A.E. VERVAELE (éds.), *The implementation*, cit., in specie p. 73 s.; sulla mancata attuazione, in Italia, dell'art. 3 della Convenzione PIF cfr. invece L. PICOTTI, *L'attuazione*, cit.

zione che era stata proposta dal *Corpus Juris*<sup>37</sup>, presenta pochi profili di novità, rispetto al testo già contenuto nell'art. 1 della Convenzione PIF del 1995.

Già dalla semplice lettura della norma appare evidente che la sua struttura è rimasta pressoché immutata, imperniandosi sulle note tipologie di condotte (attive od omissive), che riguardano rispettivamente, alla lettera a), quelle in materia di “spese” ed alla lettera, ora divenuta c), quelle in materia di “entrate”<sup>38</sup>, consistenti nell'utilizzo o presentazione di documenti falsi, inesatti o incompleti (sub i); nella mancata comunicazione di un'informazione doverosa (sub ii) o nella distrazione di fondi (o beni) per fini diversi da quelli per cui erano stati concessi (sub iii).

In ogni caso da tali condotte deve conseguire, sul piano oggettivo, l'evento consumativo costituito dall'effettivo ed indebito “danno” agli interessi finanziari europei<sup>39</sup>, espresso con la formula “appropriazione indebita o ritenzione illecita di fondi o beni” (lettere a) e b), sub i ed ii) ovvero “diminuzione illegittima di risorse” europee (lettere c) e d) sub i ed ii); mentre su quello soggettivo occorre sempre l'“intenzionalità” della commissione del fatto di reato, da estendere quindi anche all'evento. Da rilevare, al riguardo, che è stata abbandonata l'ambigua formula contenuta nel par. 4 dell'art. 1 Convenzione PIF, secondo cui «il carattere intenzionale» delle condotte avrebbe potuto «essere dedotto da circostanze materiali oggettive».

Si tratta dunque di requisiti fortemente selettivi, che circoscrivono sul piano oggettivo e soggettivo la rilevanza penale dei comportamenti da punire e, so-

<sup>37</sup> L'art. 1 del *Corpus Juris* (fin dalla prima formulazione del 1997) prevedeva che la struttura della frode fosse quella di un reato di pericolo, anziché di danno, con anticipazione del momento consumativo al perfezionamento della condotta tipica, che a sua volta poteva essere integrata anche da mere incompletezze od inesattezze, ovvero omissioni rispetto alle regole stabilite per il conseguimento di sovvenzioni o benefici. Mentre per quanto riguardava l'elemento soggettivo, si prevedeva la punibilità anche per “grave imprudenza o negligenza” a titolo di “reato assimilato”. Sulle ragioni di tale formulazione, in senso favorevole, sia consentito rinviare a L. PICOTTI, *Il Corpus Juris 2000*, cit., p. 13 s., in specie 16.

<sup>38</sup> Per il rischio, paventato nel corso dei lavori preparatori, che si escludessero dalle spese ed entrate alcune loro categorie riducendo così significativamente l'area della tutela, si rinvia a A. VENEGONI, *La definizione del reato di frode nella legislazione dell'Unione dalla Convenzione PIF alla proposta di Direttiva PIF*, in *Diritto Penale Contemporaneo* [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), pp. 9-10.

<sup>39</sup> Il rilievo dell'evento è rafforzato dal venir meno dell'obbligo di incriminazione penale nel caso di frodi che cagionino un danno inferiore a 10.000 euro, vale a dire ad un limite ben più elevato di quello di 4.000 euro previsto dalla Convenzione PIF; mentre non vengono specificati i “casi gravi” in cui tale limite pecuniario non dovrebbe operare (tanto che ordinamenti come l'Italia non hanno neppure inserito quest'ipotesi di deroga all'irrilevanza penale per mancato superamento della soglia pecuniaria predetta: cfr. criticamente sul punto L. PICOTTI, *L'attuazione*, cit., p. 616 s.).

prattutto, appaiono più consoni ad un delitto contro il patrimonio privato, come è la truffa comune, che si realizza mediante l'“inganno” del soggetto passivo, produttivo di concreto danno al patrimonio stesso, piuttosto che ad aggressioni ad interessi di natura pubblica, di grande rilevanza non soltanto finanziaria, realizzate nell'ambito di formali procedure od attività amministrative o di impresa o di rilievo fiscale, *non* riducibili ad un diretto rapporto fra l'autore – normalmente rappresentante di un ente o società – ed una singola persona fisica avente potere decisionale sugli atti di disposizione economica o finanziaria, da cui può derivare il danno, che sia perciò anche “destinataria” degli artifici od atti simulatori capaci di incidere sulla sua concreta rappresentazione psichica e di condizionarne così la volontà<sup>40</sup>.

Un chiaro riscontro normativo della fondatezza di tale rilievo emerge dall'esperienza comparata, che evidenzia l'introduzione di apposite incriminazioni per le frodi nelle sovvenzioni, oltre che per le violazioni in materia tributaria, comprese le c.d. “frodi fiscali”, che possono prescindere dalla concreta causazione di un “danno patrimoniale” (essendo in parte diverso il bene giuridico protetto, di rilievo pubblico) e comunque sono tenute ben distinte dal modello classico della truffa patrimoniale<sup>41</sup>. In alcuni ordinamenti, come quello tedesco, si giunge a punire anche la captazione indebita di risorse pubbliche realizzata mediante comportamenti non dolosi, essendo ritenuta sufficiente la colpa grave<sup>42</sup>, come era stato suggerito anche dal *Corpus Juris*<sup>43</sup>.

Inoltre, è stata ignorata un'ulteriore esigenza di adeguamento dell'incriminazione, relativa alle specifiche modalità di commissione delle frodi mediante tecnologie e strumenti informatici, sempre più diffusi nei rapporti finanziari e con le pubbliche amministrazioni, come si evince dallo stesso Codice degli appalti pubblici, di cui al citato d.lgs. 50/2016 (si veda in specie il suo art. 3) e come dimostra anche la giurisprudenza di questi anni<sup>44</sup>. Modalità particolarmente rilevanti

<sup>40</sup> Sulle differenze di struttura fra il delitto comune di truffa e la frode in sovvenzioni pubbliche, sia consentito rinviare ancora a L. PICOTTI, *L'attuazione*, cit., p. 657 s. ed *ivi* richiami bibliografici e giurisprudenziali.

<sup>41</sup> Cfr. R. SICURELLA, in M. DELMAS-MARTY - J.A.E. VERVAELE (éds.), *The implementation*, cit., pp. 225 s., 231 s.

<sup>42</sup> Si veda il § 264 StGB che punisce espressamente la frode nelle sovvenzioni anche a titolo di “Leichtfertigkeit”.

<sup>43</sup> Cfr. *supra*, nota 37.

<sup>44</sup> Per quella italiana cfr. paradigmaticamente Cass., Sez. II, 25 gennaio 2011, Giamber-tone, Rv. 249660, secondo cui «il reato di frode informatica aggravata, commesso a danno di un ente pubblico, si consuma nel momento in cui il soggetto agente [nella specie: il pubblico dipendente infedele] interviene, senza averne titolo, sui dati del sistema informatico, alterandone, quindi, il funzionamento».

anche per determinare il *locus commissi delicti* e, di conseguenza, la competenza territoriale del giudice penale, anche ai fini delle investigazioni e dell'esercizio dell'azione penale da parte della Procura europea<sup>45</sup>.

Ma vanno sottolineati anche i profili di novità, che attengono, innanzitutto, all'autonoma tipizzazione di due nuove peculiari categorie di “frodi”: quelle negli appalti, previste nella nuova lettera b), e quelle all'IVA, previste nella nuova lettera d).

Inoltre si sono aggiunti, quale oggetto delle frodi nelle spese, accanto ai “fondi” anche i “beni” acquisiti in virtù di risorse dell'Unione o ad esse riconducibili (cfr. lettera a) sub i) ed iii) dell'art. 3, par. 2 della direttiva PIF; ai “beni” è del resto espressamente estesa la nozione d’“interessi finanziari dell'Unione” contenuta nell'art. 2 della direttiva: cfr. *supra* par. 3.1).

Quanto all'esigenza di un'apposita tipizzazione delle “frodi negli appalti”, va ricordato che essa era già stata evidenziata negli studi per il *Corpus Juris*, al fine di armonizzare le diversità e lacune di previsione riscontrate nei singoli ordinamenti nazionali, per colpire specificamente (all'art. 2) condotte che avrebbero potuto sfuggire all'incriminazione delle modalità tipiche di realizzazione della frode, di cui si è detto, in quanto consistenti in “collusioni” fra gli offerenti o partecipanti alle procedure, idonee a restringere la concorrenza ovvero a coinvolgere anche persone incaricate di predisporre le risposte alle offerte od i bandi di gara, per far accettare determinate offerte o favorire determinati partecipanti<sup>46</sup>.

La proposta di direttiva PIF del 2012 prevedeva quindi, all'art. 4, par. 1, fra i “reati connessi alla frode” anche quella specifica nelle procedure d'appalto<sup>47</sup>. Ma nel corso dei lavori preparatori la sua complessa e per vero non chiara formulazione è stata abbandonata e l'ipotesi ricondotta ad una peculiare tipologia di frode relativa alle “spese”, inserita come detto quale nuova lettera b) nell'art. 3, par. 2, della direttiva, che ne riproduce le tre modalità già descritte sub i), ii) e iii). La sua struttura normativa non si discosta pertanto da quella delle ipotesi sopra

<sup>45</sup> Sul punto si veda però il significativo cenno contenuto nel *considerando* (20) direttiva PIF.

<sup>46</sup> Cfr. R. SICURELLA, in M. DELMAS-MARTY - J.A.E. VERVAELE (éds.), *The implementation* cit., p. 234 s.

<sup>47</sup> Secondo la proposta della Commissione del 2012, avrebbe dovuto configurare reato «la comunicazione o l'omessa comunicazione di informazioni a entità o autorità incaricate di aggiudicare un appalto pubblico o concedere una sovvenzione che incida sugli interessi finanziari dell'Unione, imputabile a candidati o offerenti, oppure a incaricati, o persone altrimenti coinvolte, a predisporre le risposte ai bandi di gara o le domande di sovvenzione dei partecipanti, quando tale azione od omissione sia intenzionale e abbia lo scopo di aggirare o distorcere l'applicazione dei criteri di ammissibilità, esclusione, selezione o concessione».

esaminate, incentrate sull'utilizzo di documenti falsi o di comunicazioni svianti, ovvero sulla violazione di specifici obblighi di informazione o sulla distrazione di fondi o beni. L'unico vero elemento di specialità è rappresentato dal «fine di procurare all'autore del reato o ad altri un ingiusto profitto, arrecando pregiudizio agli interessi finanziari dell'Unione». In tal modo però si restringe ulteriormente, anziché estendere, l'area di rilevanza penale delle condotte descritte, e soprattutto si rinuncia ad una formulazione autonoma, che colga le peculiarità e varietà di questa importante categoria di frodi<sup>48</sup>.

Quanto alle frodi in materia di IVA, che riguardano invece le “entrate”, sulla cui inclusione nell'ambito di tutela penale degli interessi finanziari europei (come già anticipato *supra* par. 3.1) vi era stato un acceso confronto, la lettera d) del par. 2 dell'art. 3 direttiva PIF contiene una formulazione specifica, che oltre a richiederne la commissione nell'ambito di “sistemi fraudolenti transfrontalieri” ed a precisare, nelle ipotesi sub i) ed ii), sostanzialmente corrispondenti a quelle già viste, che si tratti però di documenti od informazioni concernenti l'IVA, al punto iii) punisce altresì la «presentazione di dichiarazioni esatte relative all'IVA per dissimulare in maniera fraudolenta il mancato pagamento o la costituzione illecita di diritti a rimborsi dell'IVA»: dunque estendendo realmente l'incriminazione a condotte che altrimenti non sarebbero state riconducibili a quelle generali che integrano la frode alle entrate, di cui alla lettera c), e che però caratterizzano effettivamente le c.d. frodi carosello ed altre tipologie similari, emerse nella prassi giurisprudenziale di questi anni<sup>49</sup>. Per cui l'incriminazione è da accogliere con favore, specie considerando la competenza a perseguirle da parte della Procura europea, ai sensi dell'art. 22, par. 1, ultima parte Regolamento EPPD, che si correla strettamente all'art. 2, par. 2 direttiva PIF, in quanto parimenti richiama il presupposto che siano «connesse al territorio di due o più Stati membri» (oltre a quello che «comportino un danno complessivo pari ad almeno 10 milioni di EUR»: cfr. *supra* par. 3.1).

#### 4.2. *Sugli “altri reati” che ledono gli interessi finanziari dell'Unione.*

L'estensione degli obblighi d'incriminazione ad «altri reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione» (art. 4 direttiva PIF) appare assai circoscritta. In effetti, già nella proposta di direttiva del 2012 ne erano previsti soltanto due, oltre alla corruzione ed al riciclaggio (che non costituivano alcuna novità, essendo già incriminati dai Protocolli addizionali rispettivamente del 1996 e del 1997). L'im-

<sup>48</sup> Cfr. A. VENEGONI, *La definizione del reato di frode*, pp. 14-16.

<sup>49</sup> Basti il richiamo al caso emblematico oggetto della citata sentenza Taricco della Corte di Giustizia del 2015, in specie §§ 18 e 19.

propria denominazione di “reati *connessi* alla frode”, che compariva nella rubrica della norma allora proposta, è stata opportunamente abbandonata e sostituita con quella più corretta: “*altri* reati”, per non confonderli con la categoria dei reati “*indissolubilmente connessi*” a *tutti* quelli incriminati in forza della direttiva PIF in esame, compresi dunque quelli di cui si sta ora parlando, richiamati nel par. 3 dell’art. 22 del Regolamento EPPO, per estendere anche ad essi la sua competenza, salve le eccezioni di cui all’art. 25, par. 1 del medesimo Regolamento.

Il progetto *Corpus Juris* ed il successivo studio di diritto comparato, denominato *Suivi*, nonché lo stesso *Libro verde* oggetto della consultazione pubblica del 2001, come pure il suo rapporto di sintesi del 2003, avevano suggerito di introdurre un numero ben maggiore, da articolare sistematicamente in reati “propri” dei funzionari pubblici e reati comuni commissibili da chiunque<sup>50</sup>.

Tuttavia, mentre la fattispecie di “comunicazione od omissione di comunicazione di informazioni rilevanti” per la decisione di procedure di aggiudicazione di appalti o la concessione di sovvenzioni, di cui all’art. 4, comma 1 della proposta di direttiva PIF del 2012, è stato assorbito nella lettera b) dell’art. 3 (cfr. *supra* par.3.1), resta nell’art. 4 – oltre alla corruzione (*infra* par. 4.2.1) ed al riciclaggio (*infra* par. 4.2.3) – soltanto la “appropriazione indebita” di fondi o beni pubblici (*infra* par. 4.2.2).

#### 4.2.1. La corruzione a danno degli interessi finanziari europei.

Della *corruzione* è fornita una definizione autonoma (art. 4, par. 2), sia per quella *attiva* (lettera b), che consiste nel promettere, offrire o procurare un «vantaggio di qualsiasi natura per il funzionario stesso od un terzo», sia per quella *passiva* (lettera a), che consiste specularmente nel sollecitare o ricevere detti vantaggi o accettarne la promessa, in entrambi i casi con riferimento ad un “atto” anche in sé astrattamente legittimo, purché sia «proprio delle [...] funzioni o nell’esercizio di queste».

L’incriminazione è così più ampia di quella prevista dal Primo Protocollo addizionale del 1996, in quanto non più legata al requisito della c.d. “doppia illegittimità”, vale a dire anche dell’“atto” (o dell’omissione) oggetto dell’accordo

<sup>50</sup> Cfr. (oltre al testo del *Corpus Juris 2000*, artt. 1-8) M. DELMAS-MARTY - J.A.E. VERVAELE (éds.), *The implementation*, cit., in specie p. 62 s.; nonché il *Libro verde*, cit., in specie par. 5.2.2, p. 38 s., in cui «la Commissione esprime[va] il proprio interesse» per un allargamento delle fattispecie di reato da includere nella competenza della Procura europea, menzionando la frode in materia di aggiudicazione di appalti, l’associazione a delinquere, l’abuso d’ufficio, la rivelazione di segreti d’ufficio. Per commenti analitici alle diverse formulazioni sia consentito rinviare ancora a L. PICOTTI, *Il Corpus Juris 2000*, cit., p. 24 s. (per gli ulteriori reati “propri” dei pubblici funzionari) e p. 36 s. (per gli ulteriori reati “comuni”).



corruttivo, oltre che – ovviamente – di quest’ultimo. Ma non si è fatto l’ulteriore passo, percorso dalle più recenti fonti internazionali e nazionali, di punire anche la corruzione “per l’esercizio” (o mancato esercizio) della funzione o del servizio pubblici come tali, a prescindere cioè dall’individuazione di uno specifico “atto” (o di una sua omissione) che debba essere oggetto del patto corruttivo<sup>51</sup>. L’esperienza giurisprudenziale e criminologica hanno da tempo evidenziato la difficoltà o impossibilità di individuare sempre esattamente i *singoli* atti oggetto dell’accordo criminoso, specie nei casi più gravi in cui la corruzione sia sistematica ed investa un numero indeterminato di atti e di procedimenti in un certo settore d’attività, oppure si manifesti con l’“arruolamento” di funzionari a servizio duraturo del corruttore od “a libro paga” di organizzazioni criminali, per compiere od omettere nel tempo un numero indefinito di atti od omissioni inerenti alla funzione od al servizio, ovvero fornire informazioni, ecc. Un adeguamento normativo al riguardo si sarebbe quindi imposto anche a livello europeo, ma la Commissione fin dalla sua proposta del 2012 non lo ha previsto, e la scelta appare dunque censurabile.

#### 4.2.2. L’appropriazione indebita a danno degli interessi finanziari europei.

L’incriminazione dell’appropriazione indebita - che nel nostro linguaggio tecnico penale sarebbe da qualificare sostanzialmente come “peculato”, seppur con le precisazioni che seguono - è configurata dall’art. 4, par. 3, direttiva PIF come reato proprio del “funzionario pubblico” (sulla cui definizione cfr. *supra* par. 3.2), che sia «incaricato direttamente o indirettamente della *gestione* di fondi o beni» (evidenz. agg.). Su tale presupposto – all’evidenza meno stringente di quello del “possesso” o “disponibilità” del denaro o della cosa, di cui al nostro art. 314 c.p. – viene punita ogni azione «*tesa* a impegnare o erogare *fondi* o ad appropriarsi di *beni* o utilizzarli per uno scopo in ogni modo diverso da quello per essi previsto» (art. 4, par. 3, primo capoverso, direttiva PIF corrispondente sostanzialmente al par. 4 della norma proposta nel 2012; evidenz. agg.).

È quindi evidente che l’incriminazione si deve estendere fino a colpire condotte “prodromiche” rispetto all’*effettiva* appropriazione o comunque “utilizzo” illegittimo di *beni* (basta un’“azione tesa a...”), ed anche rispetto ad una compiuta “distrazione” di *fondi* dalla loro destinazione, sempre che in ogni caso si verifichi, altresì, una lesione degli interessi finanziari dell’Unione. La norma

<sup>51</sup> Basti l’esempio dell’Italia, che per adempiere a molteplici strumenti internazionali ha fra l’altro introdotto, con la l. 6 novembre 2012, n. 190, il delitto di “corruzione per l’esercizio delle funzioni” quale nuovo art. 318 c.p. che sostituisce la c.d. “corruzione impropria” (vale a dire per un atto “conforme” ai doveri d’ufficio).

finisce con quest'ultima ipotesi per colpire anche condotte sostanzialmente riconducibili ad un "abuso d'ufficio" – pur senza richiedere i requisiti specifici di cui al nostro art. 323 c.p. – reato che in effetti il progetto *Corpus juris*, all'art. 4, suggeriva di prevedere, seppur con diversa formulazione.

L'attuazione di quest'articolato obbligo d'incriminazione dovrà dunque incidere sulle previsioni vigenti nel nostro ordinamento, dando luogo a qualche incertezza o contraddizione, rispetto alla sistematica attuale dei reati dei pubblici ufficiali ed incaricati di pubblico servizio.

#### 4.2.3. Il riciclaggio a danno degli interessi finanziari europei.

Oltre alla corruzione, fin dal Secondo Protocollo addizionale del 1997 è stata prevista l'incriminazione del *riciclaggio*, quale terzo delitto della "triade" – criminologicamente ben nota – che con la corruzione fa capo alla frode. Neppure la nuova direttiva prevede però una definizione autonoma del delitto di "riciclaggio di denaro" da incriminare specificamente quando riguardi «beni provenienti dai reati rientranti nell'ambito di applicazione della presente direttiva» (art. 4, par. 1; evidenz. agg.), operando piuttosto un rinvio formale, per la sua descrizione, al disposto dell'art. 1, par. 3 della direttiva (UE) 2015/849, in forza del quale si intendono per riciclaggio «le seguenti azioni, se commesse intenzionalmente»:

a) la conversione o il trasferimento di beni, effettuati essendo a conoscenza che essi provengono da un'attività criminosa o da una partecipazione a tale attività, allo scopo di occultare o dissimulare l'origine illecita dei beni medesimi o di aiutare chiunque sia coinvolto in tale attività a sottrarsi alle conseguenze giuridiche delle proprie azioni;

b) l'occultamento o la dissimulazione della reale natura, provenienza, ubicazione, disposizione, movimento, proprietà dei beni o dei diritti sugli stessi, effettuati essendo a conoscenza che tali beni provengono da un'attività criminosa o da una partecipazione a tale attività;

c) l'acquisto, la detenzione o l'utilizzazione di beni essendo a conoscenza, al momento della loro ricezione, che tali beni provengono da un'attività criminosa o da una partecipazione a tale attività;

d) la partecipazione a uno degli atti di cui alle lettere a), b) e c), l'associazione per commettere tale atto, il tentativo di perpetrarlo, il fatto di aiutare, istigare o consigliare qualcuno a commetterlo o il fatto di agevolarne l'esecuzione.

Mancando una clausola di esclusione della punibilità per l'autore o concorrente nei reati presupposto, l'incriminazione si estende, senza distinzione di condotte, anche all'autoriciclaggio (punito più restrittivamente dall'art. 648-ter.1 c.p.) mentre abbraccia all'evidenza anche fatti che nel nostro ordinamento sa-

rebbero punibili a titolo di ricettazione (*ex art. 648 c.p.*) e di impiego di denaro e beni di provenienza illecita (*ex art. 648-ter c.p.*), oltre che di riciclaggio *ex art. 648-bis c.p.*

È evidente che con questa tecnica di formulazione dell'obbligo di incriminazione si garantisce solo allo stato attuale la coerenza sistematica del diritto europeo, quanto a contenuti definitivi delle condotte, anche se la direttiva richiamata non contiene di per sé obblighi di incriminazione penale ed è in corso di elaborazione una nuova direttiva specifica a tal fine, sulla base dell'art. 83, par. 1 TFUE<sup>51-bis</sup>. Per cui vi è il rischio di future discrasie, ferma l'impossibilità, per il diritto penale, vincolato al principio di stretta legalità, di adeguarsi – senza espresso mutamento delle fonti – alla forte evoluzione normativa e criminologica intervenuta in questi anni, specie per quanto riguarda le *nuove forme e modalità* di riciclaggio, che sempre più si svolgono nella rete Internet o, più in generale, si realizzano nel c.d. *cyberspace*. Mi riferisco in specifico al c.d. *cyberlaundering*, che presenta rilevanti novità sul piano delle condotte, degli strumenti, delle tecniche di commissione, e soprattutto degli oggetti “materiali” che coinvolge, non più definibili come “denaro” o “beni”, ma piuttosto quali “utilità” e “valori”, anche soltanto *virtuali*, come quelli rappresentati ad es. dalle c.d. “criptovalute” (fra cui i famosi *bitcoin*). Per cui il perdurante richiamo a nozioni ed attività invece strettamente materiali e fisiche merita considerazioni critiche, analoghe a quelle sopra espresse a proposito delle frodi commesse attraverso i moderni mezzi informatici e telematici.

#### 4.3. *Profili sanzionatori.*

Nella parte relativa alla disciplina sanzionatoria la direttiva PIF avrebbe dovuto distaccarsi dagli strumenti vigenti, andando oltre la rituale formula dell'“effettività, proporzionalità e dissuasività” delle pene, che non crea vincoli tassativi per i legislatori nazionali, al pari della generica previsione della sanzione detentiva nei (soli) casi più gravi<sup>52</sup>.

La proposta della Commissione del 2012, per la prima volta, indicava anche dei livelli edittali *minimi* delle pene detentive per le persone fisiche (art. 8 della Proposta), mentre quelli massimi erano definiti in misura non inferiore ad una

<sup>51-bis</sup> La direttiva è stata nelle more approvata il 23.10.2018, con il numero 2018/1673. L'art. 1 della stessa esclude l'applicabilità delle previsioni in essa contenute al riciclaggio soggetto alle disposizioni della direttiva PIF.

<sup>52</sup> Cfr. art. 2 Convenzione PIF, alla cui stregua il superamento del limite-soglia della “frode grave”, da stabilire da parte del legislatore nazionale con riguardo al danno pecuniario, che non avrebbe comunque dovuto essere superiore a 50.000 ECU, comportava pene privative della libertà personale tali da consentire l'estradizione.

certa soglia minima, secondo una formula da qualche tempo consueta sia nelle decisioni quadro già adottate nel vigore del Terzo pilastro, sia nelle prime direttive di armonizzazione in materia penale emanate dopo il Trattato di Lisbona sulla base dell'art. 83 TFUE (in specie contro la tratta di persone, gli abusi sessuali sui minori, gli attacchi informatici, gli abusi di mercato)<sup>53</sup>.

La fissazione di un *unico* limite edittale minimo di pena detentiva – in misura non inferiore a sei mesi – valido per *tutti* i diversi reati da incriminare (purché – esclusa la frode – presentassero un determinato livello di gravità del danno cagionato, stabilito in termini pecuniari)<sup>54</sup> sollevava invero perplessità rispetto al principio di proporzione fra reato e pena, costituente diritto fondamentale della persona *ex* art. 49 par. 3 della Carta. Ma certamente, con i dovuti adattamenti, sarebbe stata una scelta funzionale all'esigenza di garantire operatività agli strumenti di cooperazione giudiziaria, quali il mandato d'arresto europeo<sup>55</sup> e gli altri provvedimenti suscettibili d'esecuzione diretta in forza del principio del mutuo riconoscimento<sup>56</sup>.

Nella prospettiva dell'unificazione delle indagini e dell'esercizio dell'azione penale su tutto il territorio dell'Unione in capo alla Procura europea, parallelamente istituita, la necessità di tale più forte armonizzazione sanzionatoria non si è certo attenuata. Tuttavia, di fronte alle forti resistenze degli Stati membri a cedere sovranità in tema di fissazione della natura e della misura delle pene, il legislatore europeo ha preferito ritornare, con l'art. 7 direttiva PIF, al solito precetto generico di prevedere «sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive» (par. 1), salvo precisare che debbono consistere nella «reclusione quale pena *massima*» (par. 2, secondo cui tale obbligo non si estende però alle ipotesi di istigazione, favoreggiamento, concorso e tentativo di cui all'art. 5: cfr. *supra* par. 3,3), con la specificazione che la reclusione deve essere di almeno quattro anni nel *massimo* «qualora derivino vantaggi considerevoli» (par. 3), che si presumono sussistenti se

<sup>53</sup> Oltre alle citate direttive 2011/36/UE (concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani) e 2013/40/UE (concernente gli attacchi informatici), si veda anche la direttiva 2011/93/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile, e che sostituisce la decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio.

<sup>54</sup> Cfr. l'art. 8, che richiedeva per i delitti di corruzione e riciclaggio un danno superiore a 30.000 euro, mentre per i delitti di omessa comunicazione di informazioni e di ritenzione illecita di fondi è stabilito il limite di un danno superiore a 100.000 euro.

<sup>55</sup> Espressamente in tal senso si esprimeva il *considerando* (14) della proposta di direttiva PIF del 2012.

<sup>56</sup> L'unico espresso riferimento, che si legge nell'art. 10 direttiva PIF, è all'obbligo degli Stati di adottare misure che consentano il congelamento e la confisca previsti nella direttiva 2014/42/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014 relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione Europea.

il danno o vantaggio sia superiore a 100.000 EUR ovvero riguardi le “gravi frodi” all’IVA di cui agli artt. 3, par. 2, lettera d) e 2, par. 2 sopra esaminati.

Inoltre gli Stati *devono* considerare circostanza aggravante il fatto che i reati vengano commessi «nell’ambito di un’organizzazione criminale» quale definita dalla decisione quadro 2008/841/GAI (art. 8), mentre *possono* prevedere il sopradetto massimo di reclusione di almeno quattro anni per altre “circostanze gravi” quali definite dal loro diritto nazionale (par. 3, ultimo capoverso). Viceversa, nel caso di frodi che si possano considerare lievi, da cui cioè derivino rispettivamente danni o vantaggi inferiori a 10.000 EUR, gli Stati *possono* prevedere sanzioni anche diverse da quelle penali (art. 7, par. 4).

Come si può notare, l’ambito di discrezionalità degli Stati in materia di fissazione delle pene per le persone fisiche è così rimasto molto ampio, avendosi soltanto una blanda armonizzazione di alcuni massimi edittali, che non devono scendere al di sotto di un certo limite in talune ipotesi, e l’innalzamento invece delle soglie pecuniarie da cui dipende lo stesso obbligo di stabilire sanzioni penali (che era di 4.000 ECU *ex* art. 2, par. 2 della Convenzione PIF, mentre ora è di 10.000 EUR) o di prevedere pene privative della libertà (che era di 50.000 ECU *ex* art. 2, par. 1 della Convenzione PIF, mentre ora è innalzato a 100.000 EUR agli effetti dell’art. 7, par. 3 della direttiva).

Nulla è innovato, infine, per quanto riguarda le previsioni sanzionatorie nei confronti delle persone giuridiche e degli enti, per cui vi è il solo l’obbligo di prevedere sanzioni pecuniarie, di natura anche non penale, essendo lasciata interamente alla discrezionalità degli Stati la possibilità di definire altre tipologie di sanzioni, elencate solo esemplificativamente nell’art. 9 direttiva PIF, nonché la loro entità<sup>57</sup>.

È chiara dunque l’insufficienza di una tale disciplina a garantire l’“equivalenza” oltre che l’“effettività” delle sanzioni *penali* da applicare in concreto in tutti i diversi Stati membri.

## 5. Osservazioni conclusive: chiari e scuri di una riforma “di sistema”.

Venendo a brevi osservazioni conclusive, il più ampio apprezzamento deve essere ribadito per il compimento positivo del lungo *iter* politico e legislativo, che ha portato a questa profonda *riforma di “sistema”* della tutela penale degli interessi finanziari europei, facente ora espressamente capo sia agli Stati membri, sia all’Unione stessa, in forza della nuova istituzione della Procura europea.

<sup>57</sup> Sul punto non vi è alcuna differenza rispetto al testo dell’art. 9 della proposta di direttiva PIF del 2012.

Sono così radicalmente superati, oltre che formalmente sostituiti, gli strumenti risalenti agli anni '90 del secolo scorso, basati sul Terzo pilastro – nonostante la diversa prospettiva “comunitaria” indicata da una parte della dottrina<sup>58</sup> e solo timidamente “minacciata” dalla Commissione europea<sup>59</sup> – quali erano la Convenzione PIF ed i suoi Protocolli addizionali, emanati col metodo intergovernativo e la cui lentissima ed incompleta attuazione è rimasta pressoché interamente affidata alla volontà dei singoli Stati nazionali, con risultati davvero insoddisfacenti, come hanno dimostrato le relazioni della Commissione<sup>60</sup> ed ha criticamente evidenziato anche la dottrina<sup>61</sup>.

Le nuove basi giuridiche offerte dal Trattato di Lisbona hanno consentito un approccio radicalmente diverso, fondato su esplicite *competenze legislative* attribuite all'Unione in materia penale ed esercitate sia tramite la direttiva PIF – per quanto concerne l'introduzione ed armonizzazione della disciplina di diritto penale sostanziale – sia tramite il Regolamento EPPO (seppur nei limiti di una cooperazione rafforzata), per quanto riguarda l'istituzione della Procura europea ed i più rilevanti aspetti di diritto processuale penale connessi al suo funzionamento, cui si affiancano plurimi strumenti generali, via via introdotti sulla base dell'art. 82 TFUE, specie in materia di confisca, ordine investigativo europeo, acquisizione di prove.

Tuttavia, fra i plurimi aspetti critici, che meritano una disincantata analisi per consentirne il superamento e dare ulteriore impulso al necessario sviluppo del diritto penale europeo, non si può non muovere dal rifiuto del legislatore dell'Unione di riconoscere la portata penale della *specific base giuridica* di cui all'art. 325 TFUE. Riconoscimento che appare invece indispensabile, sul piano

<sup>58</sup> Cfr. K. TIEDEMANN, *Pour un espace juridique commun après Amsterdam*, in *Agon*, 1998, n. 17, pp. 12-13; più ampiamente ID., *EG und EU als Rechtsquellen des Strafrechts*, in *Roxin-FS*, Berlin, 2001, pp. 1401 s., 1406 s.; in senso conforme E. BACIGALUPO, *La tutela degli interessi finanziari della Comunità: progressi e lacune*, in G. GRASSO (a cura di), *La lotta contro la frode*, cit., pp. 24-26, nonché L. PICOTTI, *Potestà penale*, cit., p. 364; nella dottrina tedesca, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, si rinvia ad B. HECKER, in U. SIEBER - H. SATZGER - B. VON HEINSCHEL-HEINEGG (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2011, 5. Kap., § 10, Rn. 23 s., p. 260 s.

<sup>59</sup> Cfr. Proposta di direttiva della Commissione europea 23 maggio 2001 (272) COM, che invocava la base giuridica dell'art. 280 TCE e sulla cui funzione (anche) di pressione sugli Stati membri, in ritardo nell'attuare la Convenzione PIF del 1995, cfr. L. PICOTTI, *L'attuazione*, cit. p. 618.

<sup>60</sup> Relazioni della Commissione sull'attuazione della Convenzione PIF, COM(2004) 709 def. del 25.10.2004 e COM(2008) 77 def. del 14.02.2008, richiamati ampiamente nella *Relazione* esplicativa della proposta di direttiva PIF del 2012.

<sup>61</sup> Per tutti sia consentito rinviare ancora a L. PICOTTI, *L'attuazione*, cit.

della legittimazione dell'*obbligo* di tutela *penale* degli interessi finanziari europei, che fin dal suo sorgere ha rappresentato la spinta più forte al suo sviluppo, al quale ha ancora una volta contribuito non poco la Corte di Giustizia, in specie con la sentenza Taricco del 2015, sostenendo la oggi avvenuta “svolta” di sistema, foriera di evoluzioni ulteriori.

Come detto, i *contenuti* concreti della direttiva, raffrontati con quelli delle fonti sostituite risalenti ad oltre 20 anni orsono, mostrano però un limitato livello di innovazione, inadeguato ai profondi cambiamenti “strutturali” che si sono invece avuti rispetto al momento d’avvio di questo processo rappresentato dalla sentenza del 1989 sul caso del mais greco.

Innanzitutto, l’estensione dell’Unione a nuovi Stati membri (erano 15 nel 1995 e sono 27 oggi), caratterizzati da livelli disomogenei d’integrazione e perfino di legalità ed efficienza interne, con forti diseguaglianze acute dalla gravissima crisi finanziaria, divenuta anche economico-sociale, di questi anni, nonché la considerevole espansione del bilancio europeo, in gran parte anche ad essi destinato, rende incomparabilmente più forte la necessità di risposte penali efficaci ed omogenee, per contrastare seriamente le molteplici condotte illecite, parimenti evolute ed estesesi, sia territorialmente che tecnologicamente.

D’altronde, intrecciata con queste ragioni strutturali, è emersa o permane la “resistenza” degli Stati, manifestatasi non solo in sede di Consiglio, ma anche nel Parlamento in cui siedono i rappresentanti dei popoli europei democraticamente eletti, a riconoscere “obblighi” di tutela penale degli interessi finanziari dell’Unione, pur su di essi gravanti in forza dei Trattati ed, in specie, del basilare principio di leale cooperazione fra loro e con le istituzioni europee, da cui dipende la stessa garanzia del pieno rispetto del diritto “comune”.

Non si tratta di una questione soltanto *interpretativa*, avente ad oggetto la mera formulazione dell’art. 325 TFUE, ma anche *politico-istituzionale*, visto che l’arroccamento sull’art. 83, par. 2, TFUE consente non solo di escludere il ricorso al Regolamento quale più penetrante fonte di armonizzazione penale, ma anche di ricorrere alla valvola del “freno d’emergenza” e di limitare comunque il sindacato della Commissione, che potrebbe promuovere procedure d’inadempimento più incisive, sulla base vincolante dell’“obbligo di risultato” imposto dall’art. 325 TFUE, esplicitato nelle sue conseguenze applicative dalla sentenza Taricco. Con la concreta conseguenza che l’attuazione della direttiva PIF andrebbe verificata alla stregua di rigorosi parametri di “efficacia” ed “equivalenza” della tutela penale, da garantire nella prassi applicativa in tutto il territorio dell’Unione.

Per l’art. 325 TFUE sono poi espressamente destinatarie di tale “obbligo di risultato” anche le istituzioni e gli organi interni europei, con evidenti ricadute sul controllo della loro efficienza nell’assicurare il risultato prefisso.

Carente, anche se non assente, appare in ogni caso l'armonizzazione in tema di prescrizione, responsabilità "da reato" degli enti, tipologia ed entità delle sanzioni.

Per cui deve concludersi che se è recepito il disegno di fondo delineato dal *Corpus Juris*, promosso con impegno dalla dottrina europea, sono stati seguiti solo in parte i suggerimenti in esso formulati e peraltro transitati anche nel *Libro verde* del 2003, in particolare per quanto riguarda il novero ben più ampio di reati da includere nel campo di competenza della Procura europea. Rispetto a quest'estensione, il principio d'assimilazione potrebbe ancora offrire indicazioni molto stringenti, sia al legislatore europeo, sia ai legislatori nazionali, oltre che ai giudici in sede applicativa, fermo il limite del principio di legalità dei reati e delle pene. In particolare, nella nuova prospettiva "di sistema" segnata dalla storica svolta del 2017, molti altri reati potrebbero essere inclusi nel campo d'indagine e d'azione della Procura europea facendo leva sulla "connessione indissolubile" con quelli espressamente oggetto della direttiva stessa, a partire, ad esempio, dall'associazione delittuosa finalizzata a commettere frodi (od altri "reati PIF"), che compariva nel *Corpus Juris* (al suo art. 4), ma non nella proposta di direttiva del 2012. Essa può rappresentare infatti un grave reato, che può avere ripercussioni a livello dell'Unione, ove abbia natura e portata transnazionali e coinvolga un'organizzazione criminale (cfr. *considerando* (59) del Regolamento EPPO), per cui sarebbe insufficiente la mera previsione della circostanza aggravante di cui all'art. 8 direttiva PIF.

Certamente il ricorso al principio di assimilazione non favorisce però l'armonizzazione europea in tema di sanzioni, potendo operare soltanto quale livello *minimo* di tutela: per cui spetta alla fonte europea entrare nello specifico della tipologia delle pene da applicare e dei relativi livelli edittali, differenziandoli per i diversi reati non soltanto sulla base dell'elemento del "danno" finanziario, ma anche degli altri elementi costitutivi, in conformità al richiamato principio di "proporzione penale" espressamente sancito come diritto fondamentale dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea<sup>62</sup>.

<sup>62</sup> Peraltro neppure il *Corpus Juris*, pur dedicando un'intera parte (artt. 14-17) alle "sanzioni" (in cui ricomprendeva anche quelle accessorie e la confisca), differenziava i livelli edittali fra i diversi reati, prevedendone uno unico comune di pena detentiva (5 anni) ovvero la pena pecuniaria (non superiore ad un certo limite), ed affidandosi per il resto alla discrezionalità del giudice da esercitare in sede di commisurazione, secondo i criteri indicati dall'art. 15 del medesimo. Soltanto per il delitto "assimilato" alla frode, commesso per imprudenza o negligenza gravi (art. 1), e per il delitto di associazione per delinquere (art. 4), considerato evidentemente preparatorio degli altri, stabiliva una pena pari a due terzi di quelle fissate per gli altri reati.



Così dovrebbero superarsi le attuali resistenze e diversità di valutazioni, nei differenti ordinamenti nazionali, in cui esiste certamente una scala di gravità “interna” da rispettare, tenendo conto anche delle peculiarità nella commisurazione giudiziale ed esecuzione concreta delle pene. Tuttavia occorre sfatare il pregiudizio ideologico, per cui solo i legislatori nazionali potrebbero valutare adeguatamente detti aspetti, pregiudizio utile a giustificare la competenza di fatto quasi “esclusiva”, in potenziale conflitto con quella invece “concorrente” voluta dai Trattati anche nel campo delle sanzioni penali, che porta a cercare un’effettiva armonizzazione anche delle pene, come richiesto esplicitamente dall’art. 325 TFUE con il richiamo all’*equivalenza* (pur se non identità) di tutela penale da garantire, solo così veramente “*efficace*” in tutto il territorio dell’Unione.

Non si tratta di problemi giuridicamente e tecnicamente insuperabili, per cui appare eccessiva la prudenza della Commissione, oltre che del Parlamento europeo e del Consiglio, organi ai quali deve richiedersi un’azione più incisiva e sistematica, il cui percorso è stato, ancora una volta, tracciato dalla Corte di Giustizia, da tradurre in un’accettazione condivisa, a livello politico e culturale, di più stringenti parametri di tutela, necessari alla costruzione europea.



LA DEFINIZIONE DEL REATO DI FRODE  
NELLA LEGISLAZIONE DELL'UNIONE  
DALLA CONVENZIONE PIF ALLA PROPOSTA DI DIRETTIVA PIF\*

*Andrea Venegoni*

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Dal Trattato di Maastricht alla Convenzione PIF. - 3. Il Trattato di Lisbona ed il nuovo diritto penale europeo. - 4. La proposta di direttiva PIF: la definizione di frode. - 5. La questione dell'IVA. - 6. Altre tipologie di frodi. - 7. La sentenza Taricco e la base legale del nuovo diritto penale europeo per la lotta alle frodi. - 8. Conclusioni.

**1. Introduzione.**

Mentre nuvole nere si addensano sul futuro dell'Unione Europea e scenari imperscrutabili si aprono a seguito dell'esito del referendum nel Regno Unito, può essere opportuno ricordare che, in realtà, nel frattempo, l'Unione continua ad esistere ed operare. I processi di sviluppo delle politiche ed aggiornamento della legislazione continuano a svolgersi e ad avere luogo. Uno di questi, e certamente uno dei più interessanti, è lo sviluppo del diritto penale dell'Unione, in particolare nel campo della lotta alle frodi contro il bilancio della UE. In questo settore, nel corso degli ultimi anni si sono avute due proposte legislative di capitale importanza, una in materia di diritto penale sostanziale, la proposta di direttiva PIF, ed una in materia di diritto processuale, la proposta di istituire la Procura europea. La prima, in particolare, tende a sostituire, nel nuovo quadro del Trattato di Lisbona, uno dei primissimi strumenti di armonizzazione del

\* Il presente contributo è stato redatto nel corso del 2016; pertanto, lo stesso fotografa la situazione dei negoziati della "direttiva PIF" nel momento storico al quale esso si riferisce. È noto che, successivamente alla redazione del presente testo, è intervenuta l'approvazione definitiva della "direttiva PIF", oggi direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo e del

diritto penale adottati dall'Unione nel lontano 1995, la Convenzione per la tutela dei propri interessi finanziari. Questo scritto si propone, allora, di analizzare il

Consiglio, del 5 luglio 2017, **relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale, che, all'art. 3 comma 2, contiene la seguente definizione di frode:**

*Ai fini della presente direttiva si considerano frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione:*

*a) in materia di **spese non relative agli appalti**, l'azione od omissione relativa:*

*i) all'utilizzo o alla presentazione di dichiarazioni o documenti falsi, inesatti o incompleti, cui consegua l'appropriazione indebita o la ritenzione illecita di fondi o beni provenienti dal bilancio dell'Unione o dai bilanci gestiti da quest'ultima, o per suo conto;*

*ii) alla mancata comunicazione di un'informazione in violazione di un obbligo specifico, cui consegua lo stesso effetto; ovvero*

*iii) alla distrazione di tali fondi o beni per fini diversi da quelli per cui erano stati inizialmente concessi;*

*b) in materia di **spese relative agli appalti**, almeno allorché commessa al fine di procurare all'autore del reato o ad altri un ingiusto profitto arrecando pregiudizio agli interessi finanziari dell'Unione, l'azione od omissione relativa:*

*i) all'utilizzo o alla presentazione di dichiarazioni o documenti falsi, inesatti o incompleti, cui consegua l'appropriazione indebita o la ritenzione illecita di fondi o beni provenienti dal bilancio dell'Unione o dai bilanci gestiti da quest'ultima o per suo conto;*

*ii) alla mancata comunicazione di un'informazione in violazione di un obbligo specifico, cui consegua lo stesso effetto; ovvero*

*iii) alla distrazione di tali fondi o beni per fini diversi da quelli per cui erano stati inizialmente concessi, che leda gli interessi finanziari dell'Unione;*

*c) in materia di **entrate diverse dalle entrate derivanti dalle risorse proprie provenienti dall'IVA** di cui alla lettera d), l'azione od omissione relativa:*

*i) all'utilizzo o alla presentazione di dichiarazioni o documenti falsi, inesatti o incompleti, cui consegua la diminuzione illegittima delle risorse del bilancio dell'Unione o dei bilanci gestiti da quest'ultima o per suo conto;*

*ii) alla mancata comunicazione di un'informazione in violazione di un obbligo specifico, cui consegua lo stesso effetto; ovvero*

*iii) alla distrazione di un beneficio lecitamente ottenuto, cui consegua lo stesso effetto;*

*d) in materia di **entrate derivanti dalle risorse proprie provenienti dall'IVA**, l'azione od omissione commessa in sistemi fraudolenti transfrontalieri in relazione:*

*i) all'utilizzo o alla presentazione di dichiarazioni o documenti falsi, inesatti o incompleti relativi all'IVA, cui consegua la diminuzione di risorse del bilancio dell'Unione;*

*ii) alla mancata comunicazione di un'informazione relativa all'IVA in violazione di un obbligo specifico, cui consegua lo stesso effetto; ovvero*

*iii) alla presentazione di dichiarazioni esatte relative all'IVA per dissimulare in maniera fraudolenta il mancato pagamento o la costituzione illecita di diritti a rimborsi dell'IVA.*

Mentre all'art. 4 contiene le seguenti definizioni degli «altri reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione»:

*1. Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché il **riciclaggio di denaro** come descritto all'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva (UE) 2015/849 e riguardante beni provenienti dai reati rientranti nell'ambito di applicazione della presente direttiva costituisca reato.*

rapporto tra tali strumenti legislativi e nello specifico verificare se l'evoluzione abbia comportato un progresso nel processo di armonizzazione penale, anticipando fin d'ora che l'analisi finale di tale processo potrebbe essere sorprendente per chi si aspetti legittimamente che, prima della Brexit, le politiche dell'Unione procedessero solo nella direzione di una maggiore integrazione. In realtà, il processo di crisi che indubbiamente sta interessando l'Europa, e di cui la Brexit è stata, fino ad ora, la manifestazione più eclatante, era già esistente da tempo e si è riverberato sull'attività quotidiana ed ordinaria dell'Unione, quale quella di produzione legislativa, determinando riflessi anche su strumenti molto tecnici come quello in questione. La conclusione che si può trarre da tutto quanto sta avvenendo è che una Unione che non abbia la forza di rinnovarsi al suo interno non sarà in grado di fare fronte alle tendenze nazionaliste che in essa ormai si fanno sempre più insistenti e non potrà contare sul fatto che il passare del tempo favorisca automaticamente il processo di maggiore integrazione, ormai invisibile a molti. «La gente, o fa progressi o va indietro» dice la lavandaia del paese di Spoon River nella omonima Antologia di Edgard Lee Masters, allo stesso modo come i tessuti, se non sono curati, col tempo perdono fatalmente qualità. Mai come oggi

2. *Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché, se intenzionali, la **corruzione passiva e la corruzione attiva** costituiscano reato.*

a) *Ai fini della presente direttiva, s'intende per «corruzione passiva» l'azione del funzionario pubblico che, direttamente o tramite un intermediario, solleciti o riceva vantaggi di qualsiasi natura, per sé o per un terzo, o ne accetti la promessa per compiere o per omettere un atto proprio delle sue funzioni o nell'esercizio di queste in un modo che leda o possa ledere gli interessi finanziari dell'Unione.*

b) *Ai fini della presente direttiva, s'intende per «corruzione attiva» l'azione di una persona che prometta, offra o procuri a un funzionario pubblico, direttamente o tramite un intermediario, un vantaggio di qualsiasi natura per il funzionario stesso o per un terzo, affinché questi compia o ometta un atto proprio delle sue funzioni o nell'esercizio di queste in un modo che leda o possa ledere gli interessi finanziari dell'Unione.*

3. *Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché, se intenzionale, l'**appropriazione indebita** costituisca reato.*

*Ai fini della presente direttiva, s'intende per «appropriazione indebita» l'azione del funzionario pubblico, incaricato direttamente o indirettamente della gestione di fondi o beni, tesa a impegnare o erogare fondi o ad appropriarsi di beni o utilizzarli per uno scopo in ogni modo diverso da quello per essi previsto, che leda gli interessi finanziari dell'Unione.*

Con riferimento, poi, al paragrafo sul c.d. “caso Taricco”, l'articolo è anteriore anche all'ordinanza n. 24 del 2017 della Corte Costituzionale che ha, in sostanza, chiesto alla Corte di Giustizia di specificare alcuni passaggi della sentenza del 2015 considerati cruciali per valutare la compatibilità dei principi in essa affermati con il nostro ordinamento e valutare, quindi, se innalzare per la prima volta i c.d. “controlimiti”; la nuova decisione della Corte di Giustizia è attesa per il mese di dicembre 2017 e, quindi, non è nota neppure al momento della redazione della presente precisazione.

questa frase sembra applicabile all'Unione che, evidentemente, negli anni non è stata capace di rinnovarsi nel modo giusto e di essere, ma anche di farsi percepire, come casa comune di tutti gli europei; così, col tempo, invece di fare maturare un'autentico senso di appartenenza europea, è scivolata progressivamente e sempre più su una china discendente in cui ha espresso provvedimenti che non sono stati più percepiti come adottati per il "bene comune" di tutti i cittadini. È stata così superata nella considerazione dalle spinte nazionaliste che si sono presentate come maggiormente idonee ad affrontare i problemi, nuovi e vecchi, che il modo di oggi pone e con i quali ciascuno di noi, anche nel suo piccolo, deve fare i conti. Ma, senza soffermarsi oltre su considerazioni di questo tipo, il presente scritto si propone solamente l'intento di illustrare alcune specifiche questioni relative all'*iter* legislativo di un testo di carattere eminentemente tecnico, da cui poi, chi vorrà, potrà trarre spunti per dare una lettura anche politica degli avvenimenti che si sono verificati successivamente nella vita dell'Unione.

## 2. Dal Trattato di Maastricht alla Convenzione PIF.

Che l'area della lotta alle frodi contro il bilancio dell'Unione sia quella in cui più si è sviluppato in questi ultimi quindici anni un primo nucleo di diritto penale europeo è un fatto su cui, ritengo, si possa ampiamente concordare.

Da quando, infatti, l'Unione, dopo il Trattato di Maastricht del 1992 e successivamente quello di Amsterdam del 1997, ha previsto tra i propri obiettivi la creazione di uno spazio comune di giustizia<sup>1</sup>, da perseguire, almeno inizialmente, attraverso la armonizzazione di fattispecie penale già esistenti negli ordinamenti degli Stati, il settore nel quale tale nuova funzione ha preso più sviluppo è stato, indubbiamente, quello della protezione degli interessi finanziari dell'Unione stessa, il c.d. "settore PIF".

Ciò avvenne con la predisposizione di un atto tipico dell'appena nato "Terzo pilastro", ed in particolare una convenzione, definita, appunto, Convenzione sulla protezione degli interessi finanziari delle Comunità europee, del luglio 1995, seguita da tre protocolli tra il 1996 ed il 1997. La Convenzione ed i protocolli avevano lo scopo di armonizzare le definizioni delle fattispecie penali, in particolare quelle relative alle condotte che maggiormente erano viste come lesive degli

<sup>1</sup> Per quanto, in realtà, di tale obiettivo si parlasse già negli anni '70, prima ancora della creazione dell'Unione Europea. Per una panoramica della storia della creazione dell'area comune di giustizia si veda, tra gli altri, l'e-book di M. PELLEGRINO, *Cooperazione giudiziaria penale nella UE. Dalle origini alla Procura Europea*, nella collana Temi europei ed internazionali, a cura di A. VENEGONI, Padova, Exeo editore, 2016.

interessi del bilancio comunitario, ed in particolare quelle di frode, di corruzione e di riciclaggio. Scopo della armonizzazione era quello di favorire la cooperazione giudiziaria tra le autorità dei vari Stati membri, nella consapevolezza della frequente natura transnazionale delle frodi comunitarie.

La definizione del reato di frode è, quindi, il cuore del sistema, se non altro perché il reato di frode in senso stretto è stato il primo ad essere disciplinato nel testo della Convenzione del 1995 (le definizioni di riciclaggio e corruzione si trovano, infatti, in due protocolli del 1996 e 1997). Ora, la Convenzione del 1995, tuttora in vigore, ne detta una definizione piuttosto ampia<sup>2</sup>. Innanzi tutto, l'art. 1 contiene una distinzione tra frodi relative alle entrate del bilancio comunitario e frodi nelle uscite.

Senza potersi diffondere troppo in questa sede su tecnicismi di contabilità dell'Unione, vale però la pena ricordare che dai primi anni '70 l'Unione (allora Comunità europea) dispone di un proprio bilancio finanziato in parte con "ri-

<sup>2</sup> Articolo 1

1. Ai fini della presente convenzione costituisce frode che lede gli interessi finanziari delle Comunità europee:

- a) in materia di spese, qualsiasi azione od omissione intenzionale relativa:
  - all'utilizzo o alla presentazione di dichiarazioni o di documenti falsi, inesatti o incompleti cui consegua il percepimento o la ritenzione illecita di fondi provenienti dal bilancio generale delle Comunità europee o dai bilanci gestiti dalle Comunità europee o per conto di esse;
  - alla mancata comunicazione di un'informazione in violazione di un obbligo specifico cui consegua lo stesso effetto;
  - alla distrazione di tali fondi per fini diversi da quelli per cui essi sono stati inizialmente concessi;
- b) in materia di entrate, qualsiasi azione od omissione intenzionale relativa:
  - all'utilizzo o alla presentazione di dichiarazioni o documenti falsi, inesatti o incompleti cui consegua la diminuzione illegittima di risorse del bilancio generale delle Comunità europee o dei bilanci gestiti dalle Comunità europee o per conto di esse
  - alla mancata comunicazione di un'informazione in violazione di un obbligo specifico cui consegua lo stesso effetto;
  - alla distrazione di un beneficio lecitamente ottenuto, cui consegua lo stesso effetto.

2. Fatto salvo l'articolo 2, paragrafo 2, ciascuno Stato membro prende le misure necessarie e adeguate per recepire nel diritto penale interno le disposizioni del paragrafo 1, in modo tale che le condotte da esse considerate costituiscano un illecito penale.

3. Fatto salvo l'articolo 2, paragrafo 2, ciascuno Stato membro prende altresì le misure necessarie affinché la redazione o il rilascio intenzionale di dichiarazioni o di documenti falsi, inesatti o incompleti cui conseguano gli effetti di cui al paragrafo 1 costituiscano illeciti penali qualora non siano già punibili come illecito principale ovvero a titolo di complicità, d'istigazione o di tentativo di frode quale definita al paragrafo 1.

4. Il carattere intenzionale di un'azione o di un'omissione di cui ai paragrafi 1 e 3 può essere dedotto da circostanze materiali oggettive.

sorse proprie”, attraverso il quale la stessa può assumere impegni finanziari nei più svariati campi per lo sviluppo non solo dell'Unione stessa, ma del pianeta.

In particolare, le entrate sono rappresentate dai diritti doganali, dai prelievi agricoli e da una percentuale dell'imposta sul valore aggiunto (IVA) riscossa dagli Stati membri. Completa le entrate del bilancio un contributo degli Stati membri in base al loro prodotto interno lordo (PIL).

Per ulteriore chiarezza, quindi, è bene sottolineare che il bilancio dell'Unione non è la somma di bilanci nazionali. Si tratta di un bilancio del tutto separato ed autonomo, e per questo anche di dimensioni, se si vuole, modeste se rapportate alle dimensioni dell'economia della UE nel suo complesso. È, infatti, un bilancio che si aggira sui 140 miliardi l'anno, nel quale indubbiamente l'entrata proporzionata ai PIL nazionali, e quindi quella “non propria”, è la più rilevante. Anche tra le entrate proprie, poi, molto discussa è la natura di quella rappresentata da una quota dell'IVA riscossa dagli Stati. Vi è, infatti, da tempo all'interno dell'Unione una forte corrente di pensiero che vorrebbe escludere la natura comunitaria (o eurounitaria, come sarebbe meglio dire oggi) dell'IVA per il fatto che tale imposta, a differenza dei dazi doganali, una volta riscossa da uno Stato non confluisce interamente e direttamente nel bilancio dell'Unione. La stessa, infatti, alimenta in primo luogo il bilancio nazionale, e, solo dopo essere confluita in esso, una somma corrispondente ad una bassa percentuale è trasferita al bilancio della UE. Ciò, secondo questa corrente di pensiero, dovrebbe fare dubitare della natura europea dell'imposta, almeno ai fini dell'armonizzazione della stessa in diritto penale, dovendo questa essere regolata a livello nazionale. La questione ha una rilevanza significativa per inquadrare la dimensione del fenomeno delle frodi comunitarie. Se si considera, infatti, che, da studi condotti anche in sede dell'Unione, si è stimato che la percentuale delle frodi di rilievo penale ai danni all'Unione ammonta a circa l'1% del bilancio, si deduce che, in termini numerici, il fenomeno ammonta a circa 1,4 miliardi di euro l'anno. Una cifra, quindi, in assoluto, non enorme, che potrebbe fare ritenere il fenomeno non un argomento di primo piano. Se, però, nell'alveo delle frodi comunitarie si conducono anche le frodi iva, l'ammontare schizza drammaticamente a livelli altissimi, essendosi ugualmente stimato che il loro valore si aggiri sui 180 miliardi di euro l'anno<sup>3</sup>.

Alla luce di quanto sopra, dunque, sono lesive degli interessi finanziari della UE le condotte, poste in essere con le modalità indicate dalla norma, che penal-

<sup>3</sup> Naturalmente in tale cifra non c'è contraddizione tra questo dato ed il fatto che l'ammontare del bilancio totale sia di 140 miliardi, perché l'importo di 180 miliardi relativo alle frodi si riferisce a tutte le transazioni soggette ad iva nell'Unione, che è dato ben diverso dalla percentuale di iva che confluisce nel bilancio.



mente si qualificano come di contrabbando, che comportano una evasione totale o parziale dei diritti doganali, e le frodi iva, incluse le note frodi carosello nelle operazioni soggette ad IVA intracomunitaria.

Per quanto riguarda, invece, gli impegni finanziari che l'Unione assume grazie alle entrate del proprio bilancio, o, per semplificare, le "spese" dell'Unione, le principali voci sono rappresentate da quelle per lo sviluppo e la coesione sociale di tutte le regioni della Comunità (i c.d. "fondi europei strutturali"), le spese relative alla politica agricola comune (PAC) e alla pesca, le spese per il sostegno ai paesi del Terzo Mondo, le spese sostenute per permettere ai Paesi candidati ad entrare nella UE di raggiungere quegli standard necessari a tale scopo, le spese per il personale e la amministrazione, le spese per la ricerca scientifica, l'educazione, la cultura ed altre ancora.

Anche in relazione ad esse, come per le entrate, l'art. 1 della Convenzione prevede una condotta di frode piuttosto articolata, che si manifesta con condotte ben precise consistenti in sostanza nell'ottenimento di fondi europei con l'inganno consistente nella rappresentazione di una situazione in capo al beneficiario diversa dalla realtà attraverso la presentazione di documenti falsi, inesatti o incompleti oppure con il silenzio come violazione di un obbligo. In entrambi i casi vi deve essere un nesso di causalità tra la condotta attiva o omissiva e l'evento, consistente nel percepimento del denaro.

Altra condotta che la Convenzione indica quale frode in materia di spese è quella consistente nella distrazione di fondi per fini diversi da quelli per cui sono stati inizialmente concessi. La differenza rispetto alle condotte precedenti deve ravvisarsi nel fatto che in quest'ultimo caso l'ottenimento dei fondi non è avvenuto con l'inganno, ma, una volta ottenuti lecitamente, essi sono stati distratti e destinati a scopi diversi da quelli per cui erano stati erogati.

Da notare che la frode nei termini sopra indicati riguarda l'ottenimento di fondi provenienti dal bilancio generale delle Comunità europee, ma anche dai bilanci gestiti dalle Comunità o per conto di esse.

Tale precisazione è quanto mai opportuna e trova fondamento nel complesso sistema finanziario della UE per il quale non solo esiste un bilancio generale comunitario, ma esistono bilanci di origine non comunitaria sebbene gestiti dalle Comunità<sup>4</sup>, così come esistono bilanci gestiti per conto delle Comunità<sup>5</sup>;

<sup>4</sup> Si pensi al Fondo Europeo di Sviluppo, per il sostegno ai Paesi di aree svantaggiate del mondo, costituito dagli Stati, ma gestito dall'Unione.

<sup>5</sup> In genere, tutte le spese relative ai fondi strutturali e spese agricole (c.d. spese indirette) sono sostenute attraverso fondi quali il FESR Fondo Europeo di Sviluppo Regionale, il FSE Fondo Sociale Europeo, il Fondo di Orientamento e garanzia già FEOGA, il Fondo per la Pesca, gestiti dagli Stati. Di recente, per sostenere il grande piano per la crescita lanciato

anche le violazioni relative a tali fondi attengono comunque agli interessi finanziari della UE.

Da notare, poi, che la Convenzione prevede la “penalizzazione” anche della sola condotta di redazione o rilascio intenzionale di documenti falsi, al di fuori dei casi in cui tale condotta non sia già parte di una frode come indicata sopra. Con questa disposizione, l’ambito di frode delineato dalla Convenzione è amplissimo, in particolare quando la stessa avviene con documenti falsi, dato che tale condotta non può sfuggire in alcun modo ad una sanzione penale, sia quale condotta facente parte di un reato di frode con evento consistente nell’ottenimento illecito di un contributo o in una diminuzione illecita delle entrate, sia quale reato di mera condotta.

Essendo la Convenzione PIF uno strumento di quello che all’epoca rappresentava il c.d. “Terzo pilastro” dell’Unione, la stessa non è nata come uno strumento legislativo *self-executing*, a differenza, per esempio, dei regolamenti, atti tipici invece del c.d. “Primo pilastro” che, però, non coinvolgeva il diritto penale. La Convenzione necessitava quindi di attuazione negli Stati attraverso una legge interna.

L’Italia attuò lo strumento attraverso la legge n. 300 del 2000, per quanto, in realtà, la definizione di frode, di truffa, preesistente nel nostro sistema, anche in base all’elaborazione della giurisprudenza, fosse già comprensiva dei concetti espressi nella Convenzione. Addirittura nel nostro sistema anche la fattispecie specifica della truffa ai danni delle Comunità europee (art. 640-*bis* c.p.) era preesistente all’attuazione della Convenzione PIF. Non vi fu quindi bisogno di introdurre una norma specifica al riguardo. L’attuazione della Convenzione, attraverso la legge 300 del 2000, si limitò, pertanto, all’introduzione di alcune fattispecie specifiche<sup>6</sup>.

Naturalmente, la Commissione europea nel corso degli anni monitorò l’attuazione della Convenzione da parte degli Stati, redigendo due rapporti<sup>7</sup> nei quali muoveva una serie di rilievi su aspetti critici, ma la Convenzione fu, nel

dalla Commissione Europea con una dotazione di circa 300 miliardi di euro, è stato costituito il Fondo Europeo per gli Investimenti Strategici (FEIS). Esistono poi anche forme di gestione condivisa con organismi finanziari dell’Unione come la Banca Europea per gli Investimenti che partecipa, per esempio, anche al suddetto FEIS.

<sup>6</sup> In particolare la legge 300 del 2000 introdusse la fattispecie di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato di cui all’art. 316-*ter* c.p., il reato di cui all’art. 322-*bis* c.p., la confisca di cui all’art. 322-*ter* c.p. e all’art. 640-*quater* c.p. Rappresentò poi la legge delega per l’introduzione nel nostro ordinamento della figura della responsabilità da reato degli enti, poi attuata con il d.P.R. 231 del 2001, atteso che la Convenzione recita nel preambolo che molti reati finanziari contro gli interessi della UE sono commessi proprio da persone giuridiche.

<sup>7</sup> COM(2004)709 del 25.10.2004 e COM(2008)77 del 14.02.2008.

complesso, attuata in tutti i Paesi, compresi i dieci Stati “nuovi” che si unirono all’Unione nel 2004, nonché quelli che si unirono successivamente<sup>8</sup>.

### 3. Il Trattato di Lisbona ed il nuovo diritto penale europeo.

Nel frattempo, gli sviluppi della vita dell’Unione portarono ad un nuovo quadro politico istituzionale. Non è certo questa la sede per soffermarsi sul fatto che, dopo il 1995, entrarono in vigore dapprima il Trattato di Amsterdam (1997) e poi quello di Nizza (2001), quindi l’Unione si propose un vero e proprio salto di qualità con l’approvazione di un Trattato costituzionale (2004). Il progetto, però, fallì per l’esito negativo dei *referenda* popolari in Francia e Paesi Bassi nel 2005. Dopo pochissimi anni, però, l’idea di una nuova struttura istituzionale riprese vigore e condusse, nel dicembre 2007, alla stipula del Trattato di Lisbona che entrò in vigore nel 2009.

Il Trattato di Lisbona rappresenta la vera svolta per lo sviluppo del tema che stiamo trattando. Esso, infatti, disegna una nuova struttura dell’Unione, con un quadro istituzionale unico, superando la distinzione in Pilastri cui si è fatto riferimento in precedenza<sup>9</sup>. Si deve poi ritenere che esso consacri in via definitiva l’esistenza di un vero e proprio diritto penale europeo, quando prevede una espressa base legale per le iniziative legislative dell’Unione in materia, l’art. 82 in diritto processuale e l’art. 83 TFUE in diritto sostanziale.

Nel campo della lotta alle frodi, poi, il Trattato prevede una specifica base legale per le iniziative legislative, l’art. 325 TFUE. Ora, secondo una possibile lettura dello stesso, tale norma potrebbe essere vista come base legale non solo per iniziative di lotta alle frodi in campo extra penale, ma anche in diritto penale. A differenza della corrispondente previsione ante Trattato di Lisbona sul punto, l’art. 280 Trattato CE, infatti, l’art. 325 TFUE non contiene più l’inciso secondo cui gli interventi non potrebbero più riguardare il diritto penale<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Romania e Bulgaria nel 2007, Croazia nel 2013; da registrare, invece, con riflessi anche sull’operatività della Convenzione, la novità assoluta della situazione del Regno Unito che, a seguito del referendum consultivo del 23 giugno 2016, dovrebbe, salvo sviluppi al momento imprevedibili, prossimamente annunciare in maniera formale l’intenzione di uscire dall’Unione, per quanto lo stesso Regno Unito avesse già dichiarato, in virtù del regime speciale di cui godeva nel settore della giustizia, di non volere più aderire alla Convenzione a partire dal dicembre 2014, alla scadenza del periodo transitorio di vigenza del Trattato di Lisbona.

<sup>9</sup> Anche in virtù della fondamentale azione della Corte di Giustizia; ci si riferisce, in particolare, alla sentenza del 15.9.2005 nel caso C-176/03.

<sup>10</sup> Sui rapporti tra art. 83 e 325 ci si permette di rimandare, tra gli scritti più recenti, a A. VENEGONI, *Il difficile cammino della proposta di direttiva per la protezione degli interessi finanziari dell’Unione Europea attraverso la legge penale (c.d. Direttiva PIF): il problema della*

In ogni caso, resta il fatto che quando, nel 2012, la Commissione Europea prese l'iniziativa di redigere e presentare una nuova proposta legislativa, alla luce della nuova struttura istituzionale derivante dal nuovo Trattato di Lisbona, per superare la Convenzione PIF e raggiungere un migliore livello di armonizzazione dei diritti penali nazionali nella lotta alle frodi per rafforzarne la capacità preventiva e repressiva, adottò come base legale della stessa proprio l'art. 325 TFUE e non l'art. 83.

La migliore armonizzazione dei diritti nazionali sulla base della direttiva PIF dovrebbe realizzarsi sulla base dei seguenti elementi:

- maggior livello di dettaglio nelle norme della direttiva, da essere recepite in sede europea; la stessa infatti contiene una maggiore specificazione delle ipotesi che possono danneggiare il bilancio comunitario con l'introduzione di nuovi reati quali la frode in gare d'appalto, l'appropriazione indebita e la concussione;
- una diversa definizione del concetto di pubblico ufficiale che comprende non solo coloro che rivestono una qualifica formale pubblica che conferisce tale qualità, ma anche i privati che gestiscono denaro pubblico;
- norme più dettagliate in materia di sanzioni, con la previsione anche del limite minimo delle stesse;
- norme più dettagliate in materia di prescrizione, con indicazione di termini più precisi sul decorso della stessa.

Il tutto, accompagnato dalla maggiore cogenza del nuovo strumento, una volta adottato, nei confronti degli Stati in quanto nel nuovo quadro istituzionale del Trattato di Lisbona, scomparsa la distinzione in pilastri, la Commissione dispone del potere di sanzionare gli Stati per mancato adempimento delle direttive, esercitando azioni legali davanti alla Corte di Giustizia, anche in quei settori, già del "Terzo pilastro", che tradizionalmente erano esclusi da tali generi di iniziative.

Non c'è dubbio quindi che nelle intenzioni della Commissione la proposta di direttiva PIF dovrebbe rappresentare un passo in avanti sulla strada della integrazione del diritto penale nel campo della lotta alle frodi.

#### **4. La proposta di direttiva PIF: la definizione di frode.**

Quanto alla definizione del reato di frode in senso stretto, tuttavia, la proposta di direttiva non contiene alcuna novità rispetto alla versione della Convenzione PIF sopra riportata. La definizione è identica, contenendo la tradizionale distinzione

*base legale*, in *Cass. pen.*, n. 6, 2015, L. PICOTTI, *Le basi giuridiche per l'introduzione di norme penali comuni relative ai reati oggetto di competenza della Procura Europea*, in *Dir. pen. cont.*, novembre 2013.

tra frodi in materia di entrate e frodi in materia di spese. Anche la descrizione delle condotte è sostanzialmente la stessa<sup>11</sup>.

Da questo punto di vista, quindi, la nuova direttiva avrebbe solo il vantaggio di permettere, grazie ai poteri più cogenti della Commissione in sede di controllo sul recepimento sopra descritti, di colmare le lacune ancora esistenti a causa della non perfetta attuazione della Convenzione PIF in tutti gli Stati, come la Commissione ha riscontrato nei due rapporti di analisi del 2004 e 2008. Dovrebbe permettere, in altre parole, di raggiungere un maggior grado di armonizzazione sulla definizione del reato, rispetto a quanto avvenuto con la convenzione del 1995.

In realtà, al contrario, i negoziati della stessa hanno rivelato le prime difficoltà, per certi versi anche inaspettate.

È avvenuto, infatti, che al termine della prima fase di negoziati in Consiglio nel giugno 2013, gli Stati hanno trovato un primo, generale, accordo su un testo che varia le definizioni di frode di cui alla proposta.

La differenza consiste, in sostanza, nel fatto che, mentre la proposta fa riferimento al concetto generale di frode nelle “spese”, il testo approvato nel giugno 2013, visibile sullo stesso sito del Consiglio dell’Unione<sup>12</sup>, contiene una distinzione, in materia di spese, tra *subsidies and aid* da un lato e *other expenditures* dall’altro, stabilendo che la condotta consistente nella *misapplication*, nella “domanda con intenzione di distrarre” sia riferibile solo alle prima, ma non anche alle seconde<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Va anche detto che tale definizione era rimasta immutata anche nelle proposte legislative precedenti alla attuale che, ancora prima del Trattato di Lisbona, avevano tentato di sviluppare maggiormente l’armonizzazione dei diritti penali sostanziali nazionali sul punto, tentativi che, però, abortirono per le più deboli basi legali esistenti all’epoca; si veda, in particolare, la proposta di direttiva COM(2001)272 del 23.05.2001 relativa alla tutela penale degli interessi finanziari delle Comunità.

<sup>12</sup> <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10232-2013-INIT/en/pdf>.

<sup>13</sup> Art. 3.

For the purpose of this Directive, fraud affecting the Union’s financial interests shall consist of:

(a) in respect of **subsidy and aid expenditure**, any act or omission relating to: (i) the use or presentation of false, incorrect or incomplete statements or documents, which has as its effect the misappropriation or wrongful retention of funds or assets from the Union budget or budgets managed by the Union, or on its behalf, (ii) non-disclosure of information in violation of a specific obligation, with the same effect, (iii) **the misapplication of such funds for purposes other than those for which they were originally granted;**

(b) in respect of **other expenditure**, any act or omission relating to: (i) the use or presentation of false, incorrect or incomplete statements or documents, which has as its effect the misappropriation or wrongful retention of funds or assets from the Union budget or budgets

In altre parole, il testo del 2013 del Consiglio sembra escludere dal concetto di frode la condotta di distrazione delle voci di spesa che non siano qualificabili come *subsidies and aid*.

La questione non è di poco conto e richiede necessariamente un cenno alle varie tipologie di spese del bilancio dell'Unione, senza volersi addentrare troppo in tecnicismi finanziari dello stesso. Basti qui ricordare che le somme che l'Unione corrisponde per il conseguimento dei propri fini nei vari settori interessati dal bilancio (fondi strutturali per lo sviluppo, spese per la politica agricola comune, spese per la ricerca, solo per citarne alcune) hanno natura e caratteristiche differenti.

Il regolamento finanziario dell'Unione, infatti, fa, per esempio, riferimento a *grants, prizes* o ad *appropriations* che rappresentano, tutte, spese del bilancio europeo. Il personale statutario delle Istituzioni europee, nonché gli europarlamentari, ricevono delle *allowances* per lo svolgimento delle funzioni, oltre agli stipendi ordinari.

Ora, tutto ciò è per dire che, se si introduce nel nuovo strumento legislativo una distinzione analitica tra tipi di spese e si limitano gli effetti penali di determinate condotte solo ad alcune tra esse, si rischia di creare nella nuova legislazione penale delle maglie, dei varchi, che non esistevano in precedenza. In questo senso, l'armonizzazione del diritto penale potrebbe compiere un passo indietro, non solo rispetto alla proposta di direttiva, ma addirittura rispetto alla stessa Convenzione PIF, cioè ad uno strumento legislativo di 20 anni fa, pienamente operante nell'Unione.

Restringere, infatti, il rilievo penale delle condotte di *misapplication* alle sole spese rappresentate dai *subsidies and aid* significa che la stessa condotta avente ad oggetto una delle altre tipologie di spesa sopra indicate non costituisce reato, a differenza di quanto avveniva fino ad oggi. Così, non avrebbe rilievo penale la distrazione di fondi concessi per l'esecuzione di un progetto di ricerca scientifica (generalmente definiti come *grants*, attraverso i quali l'Unione distribuisce milioni di euro a questo scopo sulla base di programmi anche pluriennali) o la distrazione delle indennità concesse al personale della UE, inclusi gli europarlamentari, per facilitare il loro lavoro presso le istituzioni, definite come *allowances* (si pensi, per esempio, alle indennità che gli europarlamentari ricevono per avvalersi di collaboratori).

La possibile variante alla definizione di frode in materia di spese deve, probabilmente, ritenersi ispirata ad una interpretazione del rapporto esplicativo della

managed by the Union, or on its behalf, or (ii) non-disclosure of information in violation of a specific obligation, with the same effect, at least when committed in order to make an unlawful gain for the perpetrator or another by causing a loss to the Union's financial interests.

Convenzione PIF, datato 1997<sup>14</sup>, un documento annesso ad essa per chiarire alcune definizioni introdotte con la stessa. In tale rapporto, a proposito della definizione di frode, si compie una considerazione focalizzata, in realtà, su un oggetto diverso da quello che è stato poi introdotto nel testo del 2013 della proposta di direttiva; si compie, infatti, una distinzione tra spese amministrate direttamente dal bilancio generale della Comunità e spese che fanno parte di bilanci gestiti per conto di essa. Nel fare ciò si afferma testualmente che «per ‘spese’ si intendono non solo *subsidies and aids* direttamente amministrati dal bilancio generale delle Comunità, ma anche *subsidies and aids* che fanno parte di (altri) bilanci amministrati dalle Comunità o per loro conto». Ciò, evidentemente, ha dato adito, 16 anni dopo questo testo, alla tesi secondo cui, sulla base della esplicazione del rapporto, la definizione di “spese” dell’art. 1 della Convenzione si riferirebbe unicamente a quelle denominate come *subsidies and aids*, dato che solo ad esse si fa riferimento nel rapporto stesso. La tesi potrebbe essere contrastata adducendo che il rapporto esplicativo non è evidentemente un atto normativo e che il riferimento a tali spese è un’esemplificazione, ma tale orientamento ha trovato il supporto della maggioranza degli Stati ed è quindi confluito nel testo normativo, almeno in sede di primo accordo nel corso della prima lettura.

Va anche detto, però, che, sempre in sede di prima lettura, nell’aprile 2014 il Parlamento europeo ha corretto tale distonia rispetto alla proposta ed alla Convenzione, ritornando alla versione originaria in cui si fa menzione del concetto di “spese” in maniera generica, senza ulteriore distinzione.

Infine, nell’ulteriore testo di maggio 2015 del Consiglio la distinzione tra *subsidies and aid* e “altre spese” appare definitivamente superata, sebbene sia sostituita da una nuova distinzione, quella tra *expenditures* e *procurement related expenditures*. Anche tale distinzione era sconosciuta sia alla proposta di direttiva che alla Convenzione PIF, ma la stessa, quanto meno, contiene in sé un elemento di novità propositiva, poiché fa riferimento alle spese collegate a procedure di appalto, un settore molto delicato e nel quale l’esperienza concreta ha dimostrato come la copertura della Convenzione PIF non fosse del tutto sufficiente. Proprio per questo motivo, infatti, la proposta conteneva una significativa innovazione prevedendo uno specifico reato connesso alle spese in tali procedure. Ma di tutto ciò si parlerà più diffusamente *infra*.

Ai fini di questo paragrafo, invece, la conclusione può essere che, se il “pericolo” di una distinzione tra categorie di spese, che, ai fini del raggiungimento di un più elevato livello di armonizzazione del diritto penale poteva apparire

<sup>14</sup> Rapporto esplicativo alla convenzione sulla protezione degli interessi finanziari delle Comunità europee, approvato dal Consiglio il 26.05.1997, in *GUCÉ* n. C.191/1 del 23.06.1997.

operazione dannosa, sembra, almeno al momento, scongiurato, resta il fatto che, quanto meno in sede di testo provvisorio, una breccia è stata aperta in un quadro normativo che esisteva da oltre 20 anni compiendo, come si è detto, un passo indietro rispetto ad esso. Si è trattato quindi, politicamente, di un segnale negativo rispetto all'ottica di maggiore integrazione e sul quale, adesso, occorre forse chiedersi se fosse veramente necessario che il Consiglio si addentrasse in tale discussione che ha messo in crisi, almeno temporaneamente, un impianto esistente e consolidato da tempo.

## 5. La questione dell'IVA.

Altra questione spinosissima emersa nel corso dei negoziati sulla proposta di direttiva PIF, questa volta riguardante le frodi alle entrate, è quella relativa all'inclusione delle frodi iva nello scopo della direttiva.

Anche su questo aspetto, la Convenzione PIF e la proposta di direttiva non contengono alcuna distinzione in materia di entrate, considerando che rientrano nello scopo dei rispettivi testi tutte le frodi coinvolgenti le c.d. "risorse proprie", il sistema di autofinanziamento del bilancio europeo introdotto nei primi anni '70.

Queste, oltre ad essere rappresentate dai prelievi agricoli e diritti doganali, sono costituite anche da una quota dell'IVA riscossa dagli Stati membri.

Ora, da tempo è sorta all'interno degli Stati un intenso dibattito sul fatto se l'IVA, nonostante l'inclusione nelle risorse proprie, sia realmente un'imposta di rilevanza comunitaria. Non vi è dubbio, infatti, che, a differenza dei diritti doganali – che, sebbene riscossi dalle autorità nazionali confluiscono poi direttamente nel bilancio comunitario – l'IVA è versata in prima battuta nei bilanci nazionali dei singoli Stati, e che solo una minima quota di essa, per di più progressivamente diminuita negli anni, è poi trasferita al bilancio dell'Unione.

Questo ha spinto molti Stati nel corso degli anni a considerare sempre di più l'IVA come una imposta essenzialmente nazionale, ritenendosi che la sua rilevanza europea fosse solo indiretta e mediata.

Tale interpretazione, occorre dire subito, è, a mio avviso, non corretta: non tiene conto infatti del dettato normativo che inserisce l'IVA tra le risorse proprie e della realtà fattuale atteso che, comunque, una quota, per quanto ridotta, della stessa confluisce nel bilancio comunitario. Non vi è dubbio quindi che la lotta alle frodi IVA ha una rilevanza per il bilancio dell'Unione perché dalla quantità di imposta incassata dagli Stati dipende l'importo che essi fanno confluire nel bilancio europeo.

La tesi della rilevanza comunitaria dell'iva, peraltro, non è solo un'idea modestamente sostenuta da chi scrive, ma è stata affermata, con ben maggiore au-



torevolezza, dalla Corte di Giustizia dell'Unione. La stessa in più pronunce ha costantemente affermato, ora come tema principale della causa, ora come *obiter dictum*, la rilevanza comunitaria di tale tributo.

La decisione nella causa C-539/09 Commissione c. Germania<sup>15</sup> è una di quelle che aveva ad oggetto specifico la questione ed è certamente una di quelle in cui la Corte è stata più chiara sul punto. Essa deriva infatti dall'impugnazione da parte tedesca di una decisione della Commissione in cui quest'ultima constatava la violazione da parte di tale Stato del rapporto di collaborazione con l'Unione, avendo la Germania impedito ad alcuni funzionari europei di compiere controlli sul suo territorio sulle modalità di accertamento e riscossione dell'iva. Il comportamento tedesco si fondava anche sul fatto che un conto è il gettito iva, puramente nazionale, ed un altro la risorsa IVA da destinare alla Comunità, dipendente dal primo, per cui l'IVA era, in sostanza, un'imposta nazionale e non sussistesse alcuna competenza dell'Unione sul punto.

La Corte conferma, invece, la decisione della Commissione affermando espressamente la rilevanza comunitaria dell'imposta. Tutta la sentenza è significativa, ma può essere opportuno riprodurre testualmente in questa sede quanto la Corte afferma ai paragrafi 69-72:

69. [...] è vero che il gettito dell'IVA rimane per la maggior parte un'entrata fiscale nazionale iscritta nel bilancio degli Stati membri, di modo che solo un'esigua percentuale di tale entrata va a profitto del bilancio comunitario a titolo di risorse proprie (v., in questo senso, sentenza 16 settembre 1999, causa C-414/97, Commissione/Spagna, Racc. pag. I-5585, punto 23).

70. È altrettanto vero che, come afferma il Governo tedesco, il calcolo dell'importo delle risorse IVA non consiste in una mera percentuale del gettito dell'IVA effettivamente riscosso, ma che nel contesto di tale calcolo intervengono una serie di correttivi intesi, tra l'altro, a perseguire le finalità rammentate al punto 68 di questa sentenza.

71. Tuttavia, queste constatazioni non intaccano la circostanza che il sistema di risorse proprie predisposto in esecuzione del Trattato è effettivamente finalizzato, quanto alle risorse IVA, ad istituire un obbligo a carico degli Stati membri di mettere a disposizione della Comunità, come risorse proprie, una parte delle somme che essi riscuotono a titolo di IVA (v., in questo senso, sentenza 13 marzo 1990, causa C-30/89, Commissione/Francia, Racc. pag. I-691, punto 23). Le suddette constatazioni non incidono neppure sul fatto che gli Stati membri, per garantire un prelievo effettivo di detto gettito dell'IVA ed essere in grado di mettere a disposizione del bilancio comunitario, nella misu-

<sup>15</sup> Causa C-539/09, Commissione c. Germania.

ra richiesta dalle decisioni 2000/597 o 2007/436 e dal regolamento n. 1553/89, le corrispondenti risorse IVA, siano tenuti ad osservare le varie norme del diritto comunitario relative a tali prelievi, come quelle contenute nella sesta direttiva IVA e nella direttiva IVA, o ancora nel regolamento n. 1798/2003. Sotto questo profilo, la situazione è notevolmente diversa da quella che vale per le risorse proprie fondate sul RNL degli Stati membri.

72. Pertanto, sussiste un nesso diretto tra, da un lato, la riscossione del gettito dell'IVA nell'osservanza del diritto comunitario applicabile e, dall'altro, la messa a disposizione del bilancio comunitario delle corrispondenti risorse IVA, poiché qualsiasi lacuna nella riscossione del primo determina potenzialmente una riduzione delle seconde.

Come detto, poi, il principio è stato affermato ripetutamente e costantemente dalla Corte anche in altri casi, anche quando la questione non era l'oggetto specifico della controversia. Basta ricordare sul punto i casi *Fransson*<sup>16</sup> e, più recentemente, il noto caso *Taricco*<sup>17</sup>, su cui si tornerà ancora in seguito.

Anche in questo caso, l'inserimento nel testo del Consiglio del giugno 2013 di una frase specifica sulla esclusione delle frodi iva dallo scopo della direttiva rappresenta un passo indietro rispetto alla proposta ed alla Convenzione PIF.

La questione ha, oltretutto, un impatto in termini di valutazione sulla dimensione del fenomeno delle frodi di assoluto rilievo, atteso che, secondo stime recenti, le frodi iva, ed in particolare le frodi carosello, ammontano a circa 180 miliardi l'anno. Questo, ovviamente, non significa che tale sia l'impatto sul bilancio dell'Unione, che anzi nel suo complesso, come si è visto sopra, neppure raggiunge tale importo, ma se consideriamo che lo stesso è sottratto all'accertamento degli Stati ed alla riscossione dell'imposta, e che la quota IVA versata all'Unione dipende da quella incassata dagli Stati stessi, la cifra dell'evasione di IVA si ripercuote proporzionalmente su quella che gli Stati versano nel bilancio dell'Unione.

Eppure, proprio tale questione si sta rivelando come uno degli scogli più duri per giungere all'approvazione della nuova direttiva PIF.

Il Parlamento europeo, nella sua lettura dell'aprile 2014, ha infatti reintrodotta le frodi IVA nello scopo della direttiva. Sembra, però, che una mediazione tra le diverse posizioni sia tuttora difficile, e, probabilmente, non si può escludere che questo sia uno degli aspetti su cui il negoziato non abbia ancora permesso di raggiungere un accordo e in virtù del quale la direttiva non è stata ad oggi ancora approvata.

<sup>16</sup> Causa C-617/10, sentenza del 26.02.2013, *Fransson*.

<sup>17</sup> Causa C-105/14, sentenza dell'08.09.2015, *Taricco*.

Il tutto, senza considerare i riflessi che l'inserimento delle frodi IVA nella direttiva PIF ha anche in materia di competenza della costituenda Procura europea<sup>18</sup>, dato che la stessa sarà competente proprio a condurre indagini in materia di "reati PIF". Così, se le frodi IVA saranno previste come rientranti nell'ambito della direttiva, conseguentemente l'EPPO (il Procuratore europeo) avrà competenza ad investigare su di esse<sup>19</sup>; ciò apparirebbe oltre modo opportuno considerando che le frodi IVA sono le tipiche frodi transnazionali in cui una visione unitaria dell'indagine da parte di un organo investigativo sovranazionale rappresenterebbe veramente un valore aggiunto rispetto alla frammentazione investigativa odierna. Una soluzione sul punto dovrà essere necessariamente trovata, o ipotizzando, per esempio, delle soglie di competenza o ipotizzando la rilevanza europea della sola percentuale di IVA versata al bilancio dell'Unione.

## 6. Altre tipologie di frodi.

Uno degli scopi della proposta di direttiva PIF era poi, anche, quello di ampliare le fattispecie definibili di "frode" in senso generale. L'esperienza della convenzione del 1995 e, soprattutto, l'esperienza pratica investigativa avevano dimostrato, infatti, che la definizione vigente della suddetta convenzione, per quanto ampia, non riusciva ad abbracciare tutti i casi in cui il denaro europeo viene illecitamente defraudato. Ciò anche grazie all'evoluzione delle condotte criminose poste in essere per aggirare le maglie della legislazione.

Anche l'esperienza pratica dell'Ufficio Antifrode della Commissione Europea, l'OLAF, è stata in questo senso fondamentale<sup>20</sup>. L'OLAF, infatti, non è solo competente a condurre indagini amministrative sulle irregolarità ai danni del bilancio dell'Unione, ma anche ad assistere e collaborare con le autorità giudiziarie penali degli Stati. Così, nell'esercizio di tale attività, l'OLAF trasmette gli esiti delle proprie indagini alle autorità penali nazionali, quando le stesse hanno rilevato elementi di rilievo criminale, e continua a monitorare l'andamento dell'indagine

<sup>18</sup> Si veda la proposta di regolamento COM(2013)534 del 17.7. 2013 che istituisce la Procura europea.

<sup>19</sup> Pur con l'avvertenza che queste affermazioni sono necessariamente provvisorie per il fatto che anche il negoziato sulla proposta di regolamento per istituire l'EPPO è tuttora pendente ed il testo sta subendo modifiche rispetto alla proposta, per cui la definizione e l'ambito della competenza della procura europea ed i suoi rapporti con le autorità giudiziarie nazionali sono tuttora da definire.

<sup>20</sup> Non a caso l'OLAF è stata una delle due Direzioni Generali della Commissione europea, insieme alla DG Giustizia, che si è occupata della redazione della proposta di direttiva.

penale, anche una volta che la propria indagine amministrativa sia stata chiusa. L'OLAF resta così al corrente dell'esito dei procedimenti penali, almeno di quelli derivati da proprie indagini, ma spesso anche di quelli di cui, seppure non originati da esse, ha avuto conoscenza perché informato dalle autorità nazionali alle quali ha chiesto informazioni.

Nell'esercizio di tale attività, l'OLAF ha quindi avuto modo di riscontrare che spesso condotte poste in essere in casi specifici non si adattano completamente alle definizioni di frode esistenti negli Stati anche a seguito dell'attuazione della convenzione PIF, elemento che comporta che il processo penale si chiuda con decisioni di assoluzione che, e questo è l'aspetto importante per l'Unione, rendono enormemente più complicato il recupero dei fondi in via amministrativa.

Tipico esempio di queste discrasie tra condotte e fattispecie penali è il settore delle frodi nelle procedure di appalto finanziate con fondi europei.

In esse, infatti, la varietà dei comportanti illeciti che concretamente possono essere posti in essere non trova sempre corrispondenza nella definizione di frode o truffa dei vari ordinamenti, sulla base della definizione della convenzione del 1995.

Si consideri, per esempio, l'ipotesi, riscontrata nella realtà, in cui due concorrenti di una gara d'appalto, anziché istituire una reale competizione tra loro, si accordano affinché uno dei due si aggiudichi la procedura e poi, una volta, ottenuta, ne subappalti una parte all'altro. Questo normalmente comporta a posteriori un gonfiamento dei prezzi che genera un danno al bilancio dell'Unione, oltre a falsare le regole di concorrenza che dovrebbero presiedere a questo tipo di procedure. In tale situazione potrebbe non essere scontato che le condotte che vengono in rilievo siano con certezza riconducibili alla fattispecie criminosa di frode in senso stretto, in particolare sotto il profilo del contenere elementi di falsità; non integrano, infatti, informazioni svianti sulle caratteristiche delle singole ditte offerenti, non contengono offerte di prezzi diverse dalla realtà, tanto meno sono offerte affette da falsità materiali, nel senso che i documenti sono assolutamente originali e genuini. Si tratta quindi di una situazione che difficilmente rientrerebbe nella prima delle condotte in cui si articola il reato di frode sotto la convenzione PIF del 1995.

Si potrebbe, poi, anche dubitare del fatto che tale condotta costituisca violazione di un obbligo di comunicazione al quale le ditte concorrenti erano tenute nell'offerta, atteso che, naturalmente, l'accordo collusivo non viene dichiarato al momento della presentazione. L'obbligo cui si riferisce la disposizione, infatti, dovrebbe probabilmente intendersi come un obbligo specifico in violazione di precise disposizioni previste all'interno della procedura, quali informazioni sulle caratteristiche degli offerenti, per esempio, l'esistenza di procedure concorsuali

o uno stato di decozione di fatto seppure non ancora ufficialmente accertato. Non sembra trattarsi dell'obbligo, assolutamente generico, di non porre in essere accordi collusivi con lo scopo di frodare la procedura; se fosse interpretato in questo modo, il contenuto della norma suonerebbe, semplificando in maniera molto semplice, nel senso che integra truffa l'omettere di dichiarare che si è voluta commettere una truffa, quando poi, però, la descrizione della condotta del reato è molto più specifica e dettagliata. Questa rappresenta a prima vista una tesi che avrebbe, ed ha avuto, poche possibilità di successo di essere accolta in sede giudiziaria.

Né una situazione come quella descritta sopra sembra adattarsi alla terza ipotesi di condotta di frode prevista dalla Convenzione PIF, e cioè la distrazione di fondi, atteso che questa sembra riferirsi a casi in cui i fondi, lecitamente ottenuti, sono stati successivamente distratti; nel caso di specie invece non solo i fondi sono stati illecitamente ottenuti, ma è anche possibile che siano destinati agli scopi per cui sono stati erogati, sebbene ad un prezzo più elevato del dovuto.

In altri termini, l'esperienza insegna che in un caso come quello descritto sopra vi può essere il rischio concreto che, pur in presenza di una condotta sostanzialmente fraudolenta, non si riesca a giungere ad una condanna in sede penale per frode.

Per questo motivo, e cioè proprio per ricomprendere nella definizione di frode anche quelle condotte che possono sfuggire alle maglie della definizione della Convenzione PIF, la proposta di direttiva contiene la previsione di ulteriori fattispecie fraudolente.

Innanzitutto quella che si può definire "frode in procedura d'appalto" (in inglese spesso indicata con il termine *bid-rigging*). Essa è stata costruita come una fattispecie articolata, consistente, in sostanza, nel fornire informazioni alle autorità della gara, tendenti ad aggirare i criteri di assegnazione<sup>21</sup>.

Poi, la condotta di *misappropriation* da parte del pubblico ufficiale, condotta che potrebbe essere ragionevolmente assimilata a quella di peculato nel nostro codice.

<sup>21</sup> «Member States shall take the necessary measures to ensure that any provision of information, or failure to provide such information, to contracting or grant awarding entities or authorities in a public procurement or grant procedure involving the Union's financial interests, by candidates or tenderers, or by persons responsible for or involved in the preparation of replies to calls for tenders or grant applications of such participants, when committed intentionally and with the aim of circumventing or skewing the application of the eligibility, exclusion, selection or award criteria, **or of distorting or destroying natural competition among bidders**, is punishable as a criminal offence».

Infine, la condotta di distrazione di fondi ottenuti senza frode; si tratta, cioè, di casi nei quali i fondi sono stati lecitamente ottenuti, ma poi non utilizzati per gli scopi per i quali erano stati concessi.

Di queste tre nuove fattispecie, la prima ha indubbiamente dato origine a problemi in sede di negoziato. Gli Stati si sono, infatti, mostrati contrari all'introduzione di tale previsione.

La stessa è stata, così, eliminata nella versione del giugno 2013, mentre è stata reintrodotta in sede di lettura da parte del Parlamento europeo. Il testo tuttora oggetto di negoziato prevede, quindi, tale reato nel quale, a seguito dell'intervento del Parlamento, nella condotta è stato inserito un riferimento all'alterazione delle regole di concorrenza tra gli offerenti, in modo da coprire quelle situazioni dove, se dubbio vi possa essere sulla sussistenza del reato di frode in senso stretto, certamente si verifica l'effetto di alterazione dei principi del libero mercato. Infine, come già ricordato in precedenza, di recente un riferimento alle frodi nelle gare di appalto è stato compiuto mediante inserimento nella norma sulla frode in senso stretto alle spese "spese in procedure di appalto", sebbene, per quanto si possa commentare oggi una situazione ancora in evoluzione, tale forma della norma torna a legare la frode negli appalti alle condotte della frode in senso stretto e, quindi, potrebbe rischiare di non coprire le situazioni sopra menzionate.

## **7. La sentenza Taricco e la base legale del nuovo diritto penale europeo per la lotta alle frodi.**

Se, quindi, come si è cercato di illustrare in queste poche pagine, il processo di "lisbonizzazione" della Convenzione PIF attraverso una nuova direttiva procede a rilento e tra molti ostacoli, un impulso allo sviluppo di un "nuovo" diritto penale europeo è venuto però recentemente dalla Corte di Giustizia. Non è certamente la prima volta che i giudici di Lussemburgo dimostrano di essere più avanti del legislatore e assumono posizioni assai avanzate in materia. È, infatti, a ben vedere proprio la Corte di Giustizia che nell'ormai lontano 1989, prima ancora del Trattato di Maastricht e prima che si potesse ipotizzare un ruolo dell'Unione in materia penale, affermò che violazioni agli interessi finanziari dell'Unione possono essere prevenute e represses attraverso il ricorso al diritto penale<sup>22</sup>. E fu ancora la Corte che, nel 2005, in pieno vigore del sistema istituzionale a pilastri del Trattato di Maastricht che delineava una piuttosto chiara separazione tra primo e terzo pilastro, sancì il principio per cui, anche nelle materie proprie

<sup>22</sup> Caso C-2/68 c.d. del "mais greco" e caso C-2/88 ord. del 13 luglio 1990, Zwarteld.

comunitarie – e quindi nell’ambito del primo pilastro – era possibile il ricorso al diritto penale secondo la procedura legislativa ordinaria basata sulla titolarità dell’iniziativa legislativa in capo alla Commissione europea, precorrendo così i tempi e prefigurando, alcuni anni prima del Trattato di Lisbona, una nuova architettura istituzionale dell’Unione che superasse la ripartizione in pilastri, come avvenne poi effettivamente con il nuovo Trattato entrato in vigore nel 2009<sup>23</sup>.

Ora, con la sentenza Taricco, la Corte ha potenzialmente aperto una nuova frontiera, e fino ad ora la più avanzata, nella creazione del diritto penale europeo.

Molto è già stato detto e scritto a proposito di questa sentenza e non è il caso, quindi, di ritornare in questa sede sui vari aspetti della decisione già oggetto di commento, in attesa, almeno nel mondo giuridico nazionale, della sentenza della Corte costituzionale sul possibile innalzamento, per la prima volta, degli invocati “controlimiti” a fronte dell’incidenza del diritto dell’UE, come interpretato dalla Corte, nel nostro sistema su vari principi che, secondo le ordinanze di rimessione, coinvolgono i fondamenti dello stesso.

A questi fini si vuole, però, ancora una volta sottolineare un aspetto di rilievo per il diritto eurounitario derivante dalla sentenza. Ci si riferisce al fatto che la stessa ha, in sostanza, consacrato l’art. 325 TFUE quale base legale delle iniziative per la lotta alle frodi, anche in campo penale.

Già in precedenza si era ricordato come su tale questione si fossero formate, in dottrina, sostanzialmente due tesi: una che ritiene che l’art. 325 TFUE costituisca la nuova ed unica base legale per interventi legislativi nello specifico settore della lotta alle frodi, sia in campo extra penale che penale. L’altra secondo cui, invece, l’art. 325 continua ad esercitare tale funzione solo per interventi legislativi in campo extra penale, mentre gli interventi penali sono soggetti alle basi legali generali del nuovo diritto penale dell’UE post-Lisbona, gli artt. 82 e 83 TFUE.

Le conseguenze derivanti dall’accoglimento dell’una o l’altra tesi sono rilevanti: l’essenza è che l’art. 325 TFUE darebbe certamente un margine di operatività molto ampio alle istituzioni europee, perché non vincola gli interventi legislativi adottati su tale base alla produzione di “norme minime comuni” come prevede, invece, l’art. 83, e quindi incide sul contenuto delle singole previsioni di legge, e perché non vincola sulla forma dello strumento legislativo adottabile, a differenza degli artt. 82 e 83 che impongono, invece, la forma della direttiva.

Vale anche la pena di ricordare come la Commissione Europea abbia adottato la proposta di direttiva PIF proprio indicando quale base legale l’art. 325 TFUE, e gli Stati siano stati propensi, invece, ad individuare come base legale l’art. 83 TFUE che, infatti, compare come base legale nel testo di prime lettura del Con-

<sup>23</sup> Caso C-176/03, sentenza del 13.09.2005.

siglio del giugno 2013. Su questo punto, di fondamentale importanza, peraltro va detto che anche il Parlamento europeo ha condiviso l'opinione del Consiglio esprimendosi in favore di quest'ultima norma.

Ora, la Corte di Giustizia nella decisione sul caso Taricco, nel considerare l'art. 325 TFUE quale parametro sulla cui base richiedere la disapplicazione della normativa nazionale che prevede una proroga della prescrizione insufficiente per una efficace tutela delle finanze comunitarie, ha, in sostanza, sebbene indirettamente, conferito a tale previsione il ruolo di norma costituente la base legale del diritto penale europeo nel campo della lotta alle frodi al bilancio dell'Unione.

Anche su questo punto, che incide notevolmente sulle presenti e possibili future norme in materia di frode, vi è quindi il rischio di contenere eccessivamente e fortemente le potenzialità concesse dal Trattato di Lisbona e di vanificare venti anni di sviluppo del diritto penale europeo dopo la Convenzione PIF. Se, infatti, è certamente da scongiurare un arretramento rispetto ad essa, ugualmente non soddisfacente sarebbe impostare il nuovo diritto penale europeo su interpretazioni del Trattato che non consentano, in sostanza, niente di più di quanto già compiuto 20 anni fa con la Convenzione. Questo è, invece, il rischio che si corre privilegiando – anche indirettamente, per esempio “delegittimando” il ruolo che la Corte di Giustizia ha conferito all'art. 325 TFUE nella sentenza Taricco – l'opzione che vede nell'art. 83 la base legale per interventi legislativi penali nel settore.

## **8. Conclusioni.**

Auspicare una maggiore integrazione europea oggi, in un'epoca in cui si può anche legittimamente dubitare della tenuta dell'Unione nel suo complesso, può sembrare un discorso da autentico visionario o da irresponsabile, da persona che non si rende conto di quanto avviene attorno a sé, di naufrago del Titanic che, mentre la barca affonda, continua a chiedere all'orchestra di suonare sempre più forte, come se niente stesse avvenendo.

Eppure, all'idea che l'Europa sia la soluzione, e non la causa, dei problemi si fa fatica a rinunciare, all'idea che questo ideale coltivato per 60 anni debba ora svanire nel nulla non ci si riesce a rassegnare. È però opportuno ricordare che l'Europa siamo noi, non è un'entità distinta, situata in un luogo diverso da quello dove viviamo ed operiamo e dove si svolge la nostra vita quotidiana. È sempre bene ricordare che, contrariamente a quanto viene spesso affermato, non esiste provvedimento proveniente “dall'Europa” che non sia stato approvato da quegli stessi Stati che, poi, riversano sulle Istituzioni la responsabilità degli effetti negativi dello stesso. L'*iter* di questa direttiva, anzi, è proprio un esempio dell'importanza e del ruolo che il Consiglio dell'Unione, cioè, appunto, gli Stati, possono



giocare nel determinare i testi finali dei provvedimenti dell'Unione. Purtroppo, lo stesso *iter* dimostra anche, come si diceva all'inizio di questo testo, come segnali di crisi dell'integrazione europea fossero ben presenti già prima dell'esito del referendum in Gran Bretagna, il quale non è stato altro che la manifestazione più eclatante e clamorosa di sentimenti ed atteggiamenti che covavano da tempo all'interno di molti Paesi membri e che, fino ad oggi, venivano espressi, a livello tecnico, in sede di negoziati su testi legislativi, con interventi tendenti a limitare tutto ciò che, proposto dalla Commissione, appariva eccessivamente audace in una direzione di maggiore integrazione europea.

L'importanza che questa direttiva riveste, anche dal punto di vista simbolico, è notevole, in quanto rappresenta il primo strumento legislativo adottato sotto il Trattato di Lisbona nel settore PIF, cioè in quell'area che, come detto, è stata finora la più avanzata nella creazione di un autentico spazio europeo di giustizia penale. Che, ora, proprio in questo settore si debba arretrare sulla strada della maggiore armonizzazione sarebbe un fatto che dovrebbe indurre profonde riflessioni su quale Europa vogliamo, se siamo disposti ad accettare le possibilità di un intervento estremamente pervasivo del diritto europeo nel nostro sistema, teoricamente possibile dopo il nuovo Trattato, o se riteniamo che, ancora oggi, il diritto europeo possa introdursi nel nostro sistema solo fino ad un certo livello, e poi debba arrestarsi per lasciare spazio al diritto nazionale.

Sarà quindi assai interessante vedere gli sviluppi di questa direttiva che, è bene ricordare, in quanto tale non potrà mai ottenere gli effetti della prima delle due opzioni appena indicate, ma che potrebbe essere una delle spie per capire, realisticamente e senza aspettative eccessivamente ambiziose, quale Europa ci attende dopo la Brexit.



# LA CORRUZIONE NEL QUADRO DELLA DIRETTIVA SULLA PROTEZIONE DEGLI INTERESSI FINANZIARI DELL'UNIONE EUROPEA\*

*Valeria Scalia*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. - 2. La corruzione nella proposta di direttiva PIF. - 3. *Lacquis* europeo in materia di corruzione. - 3.1. Comunità europee/Unione Europea. - 3.2. OCSE. - 3.3. Consiglio d'Europa. - 3.4. ONU. - 4. La I Proposta di direttiva PIF 2001 COM(2001)272. - 5. *L'iter* di approvazione della direttiva PIF: dalla II Proposta di direttiva PIF 2012 COM(2012)363 all'approvazione della nuova direttiva UE/2017/1371. - 5.1. La frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione in materia di spese relative ad appalti. - 5.2. I reati connessi alla frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione e le fattispecie corruttive. - 5.3. La definizione di "funzionario" nella direttiva PIF. - 5.4. Le altre fattispecie rientranti nella nozione di reato connesso alla frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione. - 5.5. Le disposizioni di parte generale previste dalla direttiva PIF. - 5.6. Trattamento sanzionatorio e tempi di prescrizione. - 6. Considerazioni finali e prospettive future.

## **1. Considerazioni introduttive.**

Malgrado la consapevolezza a livello sovranazionale in merito alle conseguenze particolarmente negative del fenomeno corruttivo e delle sue intersezioni con quello della criminalità organizzata, gli interventi più recenti dell'Unione Europea in materia di corruzione (generalmente intesa, escludendo la considerazione della corruzione come reato connesso alla tutela degli interessi finanziari della stessa Unione, di cui ci si occuperà più avanti) sono caratterizzati, tuttavia, dall'assenza di strumenti normativi vincolanti e dall'adozione invece di una serie

\* Il presente lavoro risulta aggiornato al 28 ottobre 2017 ed è stato sottoposto alla valutazione dei revisori della Collana.

di documenti da parte delle istituzioni di natura non vincolante<sup>1</sup>, accanto naturalmente agli strumenti c.d. di “Terzo pilastro” (usando una terminologia pre-Lisbona) già esistenti, ovvero la Convenzione sulla corruzione dei pubblici funzionari delle Comunità europee e degli Stati membri del 1997 e la decisione quadro in materia di corruzione nel settore privato (2003/568/GAI)<sup>2</sup>.

Tali caratteristiche assunte dalla politica dell’Unione in materia di contrasto della corruzione possono essere lette sotto una duplice prospettiva. Secondo la prima, *in malam partem*, l’assordante silenzio del Consiglio su tali questioni potrebbe indurre ad attribuire parte della particolare prudenza dell’Unione ad intraprendere interventi vincolanti, mediante l’adozione di appositi strumenti normativi, in una materia tanto fondamentale per la stessa sopravvivenza democratica delle istituzioni europee e del corretto funzionamento del mercato unico, alla mancanza di volontà degli Stati, pur sollecitata energicamente sia dalla Commissione, sia dal Parlamento, ma anche – di recente – dal Comitato economico e sociale e pur in presenza di una serie di disposizioni idonee a rappresentare legittime basi giuridiche sulle quali fondare l’avvio di un *iter* normativo in quest’ambito (basti pensare all’art. 83, par. 1 e par. 2, TFUE).

La seconda, *in bonam partem*, di contro vedrebbe in tale approccio cauto la scelta consapevole delle istituzioni di operare una valutazione particolarmente ponderata dell’effettiva necessità di esercitare la competenza penale attribuita dal Trattato di Lisbona all’Unione, nel pieno rispetto di quei principi di politica criminale espressi dalle stesse istituzioni nei documenti (anch’essi non vincolanti) che hanno segnato il loro atteggiamento con riguardo a tale esercizio<sup>3</sup>. Una tale diversa lettura avrebbe il pregio di sedare parzialmente le preoccupazioni relative ad un uso indiscriminato da parte dell’Unione delle sue competenze in materia penale, quanto meno in que-

<sup>1</sup> Si veda per considerazioni analoghe V. MITSILEGAS, *The aims and limits of European Union anti-corruption law*, in J. HORDER - P. ALLDRIDGE (a cura di), *Modern bribery law. Comparative Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 182 ss., ove l’A. precisa che questo può rappresentare un notevole limite delle politiche europee di contrasto della corruzione.

<sup>2</sup> Decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato, in *GUUE*, L. 192, 31-11-2003, pp. 54-56.

<sup>3</sup> Si tratta delle Conclusioni del Consiglio del 30 novembre 2009 (*Council Conclusions on model provisions, guiding the Council’s criminal law deliberations*, 2979th Justice and Home Affairs Council meeting - Brussels, 30 November 2009); della Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni, 20 settembre 2011: *Verso una politica penale dell’Unione europea: garantire l’efficace attuazione delle politiche dell’Unione attraverso il diritto penale*, COM(2011) 573; della Risoluzione del Parlamento europeo del 22 maggio 2012 su un approccio dell’UE in materia penale (2010/2310(INI)). Nello stesso senso in maniera più dettagliata e puntuale il *Manifesto sulla politica criminale europea*, in *ZIS*, 2009, 12, p. 59 ss.

sto settore (diversamente da quanto avvenuto invece in materia di terrorismo). Tutto sta a capire quanto ci sia di realmente dovuto all'avvertita necessità di rispettare tali principi e quanto invece sia da attribuire ad una precisa volontà degli Stati di utilizzare lo strumento delle competenze penali dell'Unione a geometria variabile sulla base di interessi o convenienze non sempre visibili o palesabili.

Probabilmente, sembra più ragionevole presumere che le due letture non si escludano a vicenda, combinandosi invece in un intreccio, in seno al quale va visto con favore l'atteggiamento di cautela e ponderazione dell'Unione nell'esercizio delle competenze penali attribuitele dal Trattato e nel rispetto delle stesse indicazioni impartite dalle istituzioni europee, senza tuttavia sottrarsi dal sottoporre a critica consapevoli omissioni di intervento con riguardo ad un fenomeno caratterizzato dagli effetti notevolmente negativi su interessi fondamentali della costruzione europea.

## 2. La corruzione nella proposta di direttiva PIF.

L'unico strumento normativo, che si occupa di configurare fattispecie corruttive in ambito pubblicistico, di matrice sovranazionale (prevedendo un'apposita circostanza aggravante all'art. 8, par. 2, nel caso in cui i reati configurati dalla stessa direttiva, e quindi anche le fattispecie corruttive, siano commessi nell'ambito di un'organizzazione criminale, secondo la nozione accolta dalla decisione quadro 2008/841/GAI) anche se con uno spettro di tutela limitato appunto agli interessi finanziari dell'Unione europea, risulta, nell'era post-Lisbona, la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale, di recente adozione<sup>4</sup>.

La proposta originaria fu presentata dalla Commissione europea nel 2012<sup>5</sup>, in seguito alla mancata adozione di un precedente testo presentato dalla stessa Commissione nel 2001.

Una breve e schematica disamina di tale proposta richiede tuttavia un vaglio preliminare dell'*acquis* esistente in materia di corruzione nel settore pubblico<sup>6</sup>,

<sup>4</sup> Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale, UE/2017/1371, adottata il 5 luglio 2017, in *GUUE*, L 198, 28.07.2017, pp. 29-41.

<sup>5</sup> Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale, COM/2012/0363 final - 2012/0193 (COD).

<sup>6</sup> Non ci si occuperà invece in questa sede della decisione quadro in materia di corruzione nel settore privato (Decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa

in modo da poter valutare la portata innovativa (o meno) del testo esaminato rispetto allo *status quo ante*.

È bene ulteriormente premettere due considerazioni, necessarie al fine di delimitare il perimetro concettuale e tecnico-giuridico del presente contributo.

La prima, apparentemente di carattere meramente terminologico, investe invero l'ambito concettuale e metodologico della breve analisi che qui si intende condurre. Si muove, infatti, da una nozione ampia di *acquis*, che ricomprende gli strumenti di contrasto della corruzione adottati non nel solo ambito dell'Unione Europea, ovvero il I Protocollo della Convenzione sulla protezione degli interessi finanziari<sup>7</sup> (Convenzione PIF<sup>8</sup>) e la Convenzione contro la corruzione dei funzionari europei<sup>9</sup>, ma anche quelli elaborati in sede internazionale, come la Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali<sup>10</sup>, la Convenzione penale contro la

alla lotta contro la corruzione nel settore privato, cit.), pur di notevole interesse in relazione alla formulazione delle fattispecie corruttive ed alla possibilità di coprire eventualmente condotte poste in essere da soggetti che svolgano mansioni o funzioni di natura *mista* pubblico-privata, potenzialmente escluse da un'applicazione tassativa della qualifica di funzionario. Con particolare riguardo alle condotte corruttive oggetto degli obblighi d'incriminazione previsti dalla decisione quadro, si veda l'articolo 2, rubricato "Corruzione attiva e passiva nel settore privato", che richiede la criminalizzazione dei comportamenti intenzionali, tenuti nell'ambito di attività professionali (con o senza finalità di lucro), consistenti, sul versante attivo, nel *promettere, offrire o concedere*, direttamente o tramite un intermediario, un *indebito vantaggio* di qualsiasi natura ad una persona, per essa stessa o per un terzo, che svolge *funzioni direttive o lavorative* di qualsiasi tipo *per conto di un'entità del settore privato, affinché* essa compia o ometta un atto in *violazione di un dovere*; sul versante passivo, nel *sollecitare o ricevere*, direttamente o tramite un intermediario, un indebito vantaggio di qualsiasi natura, oppure *accettare la promessa* di tale vantaggio, per sé o per un terzo, *nello svolgimento di funzioni direttive o lavorative di qualsiasi tipo per conto di un'entità del settore privato, per compiere o per omettere un atto, in violazione di un dovere* (inteso come tale ai sensi del diritto nazionale e comunque ricomprendente qualsiasi comportamento sleale che costituisca una violazione di un'obbligazione legale o, se del caso, una violazione di normative professionali o di istruzioni professionali applicabili nell'ambito dell'attività di una «persona» che svolge funzioni direttive o lavorative di qualsiasi tipo per conto di un'entità del settore privato, ai sensi dell'art. 1 della stessa decisione quadro).

<sup>7</sup> I Protocollo della Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, 27 settembre 1996, in *GUCE*, 23.10.1996, C 313/1.

<sup>8</sup> Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, 26 luglio 1995, in *GUCE*, 27.11.1995, C 316/48.

<sup>9</sup> Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione Europea, 26 maggio 1997, in *GUCE*, 25.06.1997, C 195/1.

<sup>10</sup> Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, Parigi, 17 dicembre 1997.

corruzione del Consiglio d'Europa<sup>11</sup>, e la Convenzione ONU contro la corruzione<sup>12</sup>. Una siffatta scelta si giustifica sulla base della considerazione che la quasi totalità degli Stati membri dell'Unione ha ratificato le predette Convenzioni e ne ha – talvolta parzialmente – adempiuto gli obblighi, in tal modo creandosi una base comune già acquisita negli ordinamenti di tali Stati con riguardo alle disposizioni in materia di corruzione<sup>13</sup>, anche se con livelli e modalità di attuazione differenziati. Inoltre la stessa Unione ha previsto l'adesione al GRECO (Gruppo di Stati del Consiglio d'Europa contro la corruzione)<sup>14</sup>, ed ha approvato la Con-

<sup>11</sup> Convenzione penale sulla corruzione, Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, Strasburgo, 27 gennaio 1999.

<sup>12</sup> Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata a Merida il 31 ottobre 2003 ed entrata in vigore 14 dicembre 2005. Non si farà invece espressamente menzione della Convenzione sulla criminalità organizzata transnazionale, adottata dalle Nazioni Unite a Palermo nel 2000, che pure contiene agli articoli 8 e 9 espressi obblighi di criminalizzazione in materia di corruzione, relativamente alle ipotesi nelle quali le condotte corruttive siano state commesse da un gruppo criminale organizzato e presentino una dimensione transnazionale, secondo le definizioni (di gruppo organizzato e transnazionalità) contenute nella stessa Convenzione. La formulazione di tali obblighi di criminalizzazione, pur di notevole interesse, risulta largamente coincidente, quanto ad elementi costitutivi, con i termini che caratterizzano gli obblighi successivamente redatti nella Convenzione di Merida. Per tale ragione possono ritenersi tendenzialmente estendibili le considerazioni che saranno svolte con riguardo agli obblighi formulati in quest'ultima Convenzione.

<sup>13</sup> Si vedano in questo senso V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Napoli, ESI, 2012, p. 203 ss.; G. DE AMICIS, *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale. Verso un sistema integrato di forme e strumenti di collaborazione tra le autorità giudiziarie*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 49 ss.; F. LAURIA, *Tutela degli interessi finanziari e lotta alla corruzione nell'Unione europea*, in *RIDPC*, 1999, p. 435 ss.; B. HUBER, *La lotta alla corruzione in prospettiva sovranazionale*, in *RTDPE*, 2001, p. 467 ss.; S. MANACORDA, *La corruzione internazionale del pubblico agente. Linee dell'indagine penalistica*, Napoli, Jovene, 1999.

<sup>14</sup> Cfr. in questo senso la Relazione della Commissione al Consiglio sulle modalità di partecipazione dell'UE al GRECO, 06.06.2011 - COM(2011)307, ove si precisa espressamente «Nell'ambito del meccanismo di relazione dell'UE sulla lotta alla corruzione la Commissione farà riferimento ai contributi del GRECO e ad altre fonti pertinenti comprese le informazioni ottenute nel quadro della Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali (Convenzione sulla lotta alla corruzione) e la Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione». (p. 4). Ed ancora «la partecipazione al gruppo favorirebbe il compito di monitoraggio. La cooperazione avrebbe maggior visibilità e il rischio di sovrapposizioni sarebbe evitato». (p. 10). Si veda anche il Rapporto Anticorruzione presentato dalla Commissione europea al Consiglio ed al Parlamento europeo il 03.02.2014, COM(2014)38, p. 41, ove viene messa in evidenza altresì la particolare significatività della sinergia tra la Commissione europea e gli organismi di monitoraggio in materia di corruzione esistenti in ambito europeo ed internazionale, come il GRECO in seno al Consiglio d'Europa, il *Working Group on Bribery* nell'ambito dell'OCSE e il meccanismo di

venzione delle Nazioni Unite sulla corruzione<sup>15</sup>. Un tale approccio sembra altresì suffragato dalla premessa alla proposta di direttiva relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale, adottata nel 2012, ove si precisa nella parte relativa al contesto giuridico in cui essa si inserisce, che, accanto alle misure strettamente correlate alla tutela degli interessi finanziari dell'Unione, il «quadro è completato da misure di diritto penale generale dell'Unione per lottare contro alcune attività illegali particolarmente dannose per l'economia lecita, come il riciclaggio di denaro e la corruzione che, nonostante non siano specificamente dirette alla tutela degli interessi finanziari dell'Unione, contribuiscono comunque alla loro salvaguardia»<sup>16</sup>.

La seconda, invece, è di natura contenutistica, in quanto, come emerge dallo stesso titolo del presente lavoro, esso non si soffermerà sull'analisi di tutti i reati previsti dalla direttiva PIF, ma solo sulla corruzione e su alcune fattispecie che potremmo definire "limitrofe", ovvero contigue, rispetto a quelle marcatamente corruttive, e gravitanti pertanto in un'area pressoché comune.

### 3. *L'acquis europeo in materia di corruzione.*

#### 3.1. *Comunità europee/Unione Europea.*

A) Il I Protocollo della Convenzione sulla protezione degli interessi finanziari delle (olim) Comunità europee (1996) si propone come obiettivo la tutela degli interessi finanziari sovranazionali da lesioni effettive o potenziali, perpetrate mediante atti di corruzione in cui risultano coinvolti funzionari sia nazionali che comunitari, responsabili della riscossione, della gestione o della spesa dei fondi comunitari soggetti al loro controllo.

Gli obblighi d'incriminazione previsti dal protocollo, in particolare, si estendono alle condotte di corruzione antecedente propria attiva e passiva, richiedendo la criminalizzazione, sul versante attivo, di chiunque «deliberatamente pro-

*peer review* collegato alla Convenzione ONU, come tassello essenziale della strategia europea anticorruzione. Da ultimo nel 17° rapporto annuale, relativo al 2016, del gruppo GRECO, la presidentessa del gruppo sollecita l'Unione europea a passare dalle parole ai fatti con riguardo al processo di adesione, rinnovando la disponibilità dei componenti del gruppo a studiare soluzioni concernenti le modalità operative di una tale adesione (p. 6).

<sup>15</sup> Decisione del Consiglio 2008/801/EC, in *GUCE*, 29.10.2008, L. 287, ove l'art. 1 recita «La convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione è approvata a nome della Comunità».

<sup>16</sup> Cfr. Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale, Bruxelles, 11.07.2012, COM(2012) 363 final - 2012/0193 (COD), p. 4.



mette o dà, direttamente o tramite un terzo, un vantaggio di qualsiasi natura ad un funzionario, per il funzionario stesso o per un terzo, affinché questi compia o ometta un atto proprio delle sue funzioni o nell'esercizio di queste, in modo contrario ai suoi doveri d'ufficio, che leda o che potrebbe ledere gli interessi finanziari delle Comunità europee» (art. 3); sul versante passivo, del «funzionario che, deliberatamente, direttamente o tramite un terzo, sollecita o riceve vantaggi di qualsiasi natura, per sé o per un terzo, o ne accetta la promessa, per compiere o per omettere un atto proprio delle sue funzioni o nell'esercizio di queste, in modo contrario ai suoi doveri di ufficio, che leda o che potrebbe ledere gli interessi finanziari delle Comunità europee» (art. 2).

Per quanto concerne la nozione di funzionario, il protocollo in esame definisce “funzionario comunitario” colui il quale rivesta la qualifica di funzionario o di agente assunto per contratto ai sensi dello statuto dei funzionari delle Comunità europee o del regime applicabile agli altri agenti delle Comunità europee; la persona distaccata dagli Stati membri o da qualsiasi ente pubblico o organismo privato presso le Comunità europee, che vi eserciti funzioni corrispondenti a quelle esercitate dai funzionari o dagli altri agenti delle Comunità europee.

Il “funzionario nazionale” viene individuato attraverso il rinvio al diritto nazionale dello Stato membro in cui la persona in questione riveste detta qualifica ai fini dell'applicazione del diritto penale di tale Stato membro.

È previsto inoltre un obbligo di assimilazione delle condotte che coinvolgono membri della Commissione, del Parlamento, della Corte di Giustizia e della Corte dei conti delle Comunità europee alle fattispecie di corruzione attiva e passiva previste dagli Stati membri per ministri, parlamentari, membri delle alte giurisdizioni e della Corte dei Conti nazionali.

B) La Convenzione sulla corruzione dei funzionari delle (*olim*) Comunità europee e degli Stati membri (1997) presenta una sorta di rovesciamento di prospettiva, con riguardo all'obiettivo di tutela, in quanto essa mira a proteggere più ampiamente il buon funzionamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione europea, rispetto ai quali l'integrità delle risorse economiche europee rappresenta una sorta di interesse strumentale, da tutti gli atti di corruzione nei quali sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o funzionari degli Stati membri in genere.

Anche tale strumento contiene obblighi d'incriminazione relativi principalmente alle ipotesi corruzione antecedente propria attiva e passiva, richiedendo la penalizzazione di condotte identiche a quelle previste dal I protocollo della Convenzione PIF, con esclusione della necessaria lesione effettiva o potenziale degli interessi finanziari dell'Unione (articoli 2 e 3).

Le nozioni di “funzionario” sia comunitario, sia nazionale coincidono sostanzialmente con quelle delineate dal I protocollo della Convenzione PIF.

Viene inoltre configurata una responsabilità dei dirigenti di imprese ovvero di qualsiasi persona che eserciti poteri decisionali o di controllo in seno ad un'impresa, che rispondono penalmente, secondo i principi stabiliti dal diritto nazionale, per gli atti di corruzione attiva, commessi da persona soggetta alla loro autorità e per conto dell'impresa (art. 6)<sup>17</sup>.

La Convenzione non affronta direttamente il problema della responsabilità delle persone giuridiche. Al riguardo occorre però ricordare che il II Protocollo della Convenzione PIF prevede, all'articolo 3, un obbligo per gli Stati membri di introdurre forme di responsabilità delle persone giuridiche, tra l'altro, per i fatti di corruzione attiva che coinvolgono gli interessi finanziari della Comunità<sup>18</sup>.

Un contributo determinante in questa materia è stato fornito anche dallo studio scientifico commissionato dalla Commissione, denominato *Corpus Juris*<sup>19</sup>, concepito come un *microsistema* di tutela penale dei beni giuridici comunitari<sup>20</sup>, ed in particolare degli interessi finanziari europei.

La sezione dedicata ai reati commessi dai funzionari, ovvero le disposizioni contenute negli articoli da 5 a 8, che prevedono le fattispecie di corruzione, malversazione, abuso d'ufficio, rivelazione di segreti d'ufficio, potevano far pensare ad una tutela estesa anche alla pubblica funzione europea, esclusa tuttavia dalla scelta di ancorare sempre le predette fattispecie alla lesione degli interessi finan-

<sup>17</sup> Secondo la *Relazione* esplicativa della Convenzione (GUCE, 15.12.1998, C 391/8), tale responsabilità sussisterebbe anche nelle ipotesi di responsabilità colposa o oggettiva: «La responsabilità penale dei dirigenti potrebbe essere determinata anche dalla semplice negligenza od imperizia. Infine, l'articolo non impedisce agli Stati membri di prevedere una responsabilità penale oggettiva dei dirigenti d'impresa e delle persone che hanno poteri decisionali per atti commessi da terzi, senza che sia necessario provare alcuna colpa, negligenza o mancata vigilanza da parte loro». (punto 6.1).

<sup>18</sup> Cfr. Relazione esplicativa della Convenzione allo stesso punto 6.1.

<sup>19</sup> G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Il Corpus Juris 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, Milano, 2003; G. DANNECKER, *Les propositions du Corpus Juris concernant la responsabilité pénale dans l'entreprise*, in G. GRASSO, *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione. L'esempio dei fondi strutturali*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 341 ss.; F. DE ANGELIS, *Il Corpus Juris recante disposizioni penali per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea: origini e prospettive*, *ivi*, p. 351 ss.; L. PICOTTI, *Potestà penale dell'Unione europea nella lotta contro le frodi comunitarie e possibile «base giuridica» del Corpus Juris. In margine al nuovo art. 280 del Trattato CE*, *ivi*, p. 357 ss.; G. DE VERO, *Il Corpus Juris e le prospettive di riforma del sistema repressivo comunitario*, *ivi*, p. 385 ss.

<sup>20</sup> Per tale espressione cfr. R. SICURELLA, *Il Corpus Juris e la definizione di un sistema penale dei beni giuridici comunitari*, in G. GRASSO - R. SICURELLA (a cura di), *Il Corpus Juris 2000*, cit., p. 159 ss.

ziari dell'Unione<sup>21</sup>. Una tale soluzione, certamente limitativa delle potenzialità insite nelle fattispecie costruite, era stata già aversata da alcuni studiosi, i quali

<sup>21</sup> Nella versione del *Corpus Juris* 2000 tra i *Reati commessi dai funzionari* sono annoverati appunto la corruzione attiva e passiva che lede gli interessi finanziari delle Comunità europee (art. 5), intesa sul versante passivo come il fatto del funzionario di sollecitare o di accettare direttamente o per interposta persona, per sé o per un terzo, offerte, promesse, o altro vantaggio di qualunque natura: a) per compiere un atto della sua funzione o un atto nell'esercizio della sua funzione in modo contrario ai suoi doveri d'ufficio; b) per astenersi dal compiere un atto della sua funzione o un atto nell'esercizio della sua funzione che i propri doveri d'ufficio gli impongono di compiere; sul versante attivo come il fatto di chiunque di dare o di consegnare, direttamente o per interposta persona, offerte, promesse o altro vantaggio di qualunque natura ad un funzionario, nel proprio interesse o nell'interesse di un terzo: a) affinché questi compia un atto della sua funzione o un atto nell'esercizio della sua funzione in modo contrario ai suoi doveri d'ufficio; b) affinché questi si astenga dal compiere un atto della sua funzione o un atto nell'esercizio della sua funzione che i doveri d'ufficio gli impongono di compiere; la malversazione (art. 6), che costituisce il fatto del funzionario che, essendo autorizzato a disporre di fondi provenienti dal bilancio comunitario, li sottrae o li distrae decidendo la concessione di una sovvenzione, di un aiuto o di un'esenzione in favore di una persona che manifestamente non abbia diritto a beneficiarne o intervenendo direttamente o indirettamente nella concessione di aiuti o esenzioni ad imprese o in relazione ad operazioni in cui egli abbia un qualche interesse personale; l'abuso d'ufficio, che è individuato nel fatto del funzionario incaricato della gestione dei fondi provenienti dal bilancio comunitario che, abusando dei propri poteri, lede gli interessi finanziari delle Comunità europee (configurata come fattispecie residuale dalla stessa disposizione di attuazione che la riguarda, ove si precisa che essa possa trovare applicazione esclusivamente quando non si configuri un altro reato); rivelazione di segreti d'ufficio (art. 8), che configura come reato l'illecita rivelazione di segreti d'ufficio da parte del funzionario quando il segreto abbia ad oggetto un'informazione ottenuta nell'esercizio o in virtù dell'attività professionale da lui svolta, nel corso di una procedura concernente il controllo delle entrate o la concessione di aiuti o sovvenzioni, se tale rivelazione è idonea a ledere gli interessi finanziari delle Comunità europee. Ai fini della configurabilità di tali fattispecie, come risulta dalla loro stessa formulazione, è necessario che l'agente sia un pubblico funzionario, che viene definito dall'art. 5, par. 1, come funzionario europeo e nazionale. Il primo (funzionario europeo) è colui che abbia la qualifica di funzionario o di agente assunto tramite contratto ai sensi dello Statuto dei funzionari europei; qualsiasi persona messa a disposizione delle Comunità europee, degli Stati membri o da qualunque organismo pubblico o privato che vi eserciti funzioni equivalenti a quelle esercitate dai funzionari o dagli altri agenti delle Comunità europee. La nozione di funzionario nazionale va interpretata facendo riferimento alla definizione di funzionario o pubblico ufficiale vigente nell'ordinamento nazionale dello Stato membro in cui la persona in questione possiede una tale qualifica ai fini dell'applicazione del diritto penale di un tale Stato. Si veda l'articolato pubblicato nel volume G. GRASSO - R. SICURELLA (a cura di), *Il Corpus Juris 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, cit., p. 349 ss. (in particolare, pp. 356-358).

attribuivano invece al bene della pubblica amministrazione comunitaria autonomia e dignità tali, da giustificare una tutela uniforme sul territorio europeo<sup>22</sup>.

### 3.2. OCSE.

La Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali (1997) presenta un obiettivo di tutela, caratterizzato dalla corretta gestione degli affari pubblici, dallo sviluppo economico e dalle condizioni internazionali in materia di concorrenza.

L'art. 1 prevede un obbligo d'incriminazione relativo al *Reato di corruzione di pubblico ufficiale straniero* nei confronti di «[...] chi intenzionalmente offra, prometta o dia qualsiasi indebito beneficio pecuniario o di altra natura, direttamente o per mezzo di intermediari, ad un pubblico ufficiale straniero, per lui o per un terzo, affinché l'ufficiale compia o si astenga dal compiere atti in relazione a doveri d'ufficio, per conseguire o conservare un affare o un altro vantaggio indebito nell'ambito del commercio internazionale». Si tratta pertanto di un obbligo ristretto alle sole ipotesi di corruzione attiva antecedente, connotato da un doppio dolo specifico, avente ad oggetto rispettivamente il compimento o l'astensione dal compimento di atti *in relazione* a doveri d'ufficio, tra i quali sembrerebbero pertanto rientrare anche atti non strettamente collegati alla competenza funzionale del funzionario.

Con specifico riguardo alla nozione di “pubblico ufficiale straniero”, essa comprende qualsiasi persona, nominata od eletta, che esercita una funzione legislativa, amministrativa o giudiziaria in un Paese straniero, qualsiasi persona che esercita una funzione pubblica per un Paese straniero o per un ente pubblico o un'impresa pubblica di tale Paese e qualsiasi funzionario o agente di un'organizzazione internazionale pubblica

È previsto altresì un obbligo di criminalizzazione delle condotte di riciclaggio dei proventi dei reati di corruzione, previsti dalla disposizione analizzata in precedenza.

Sono indicate alcune disposizioni in materia contabile, che fanno riferimento alla possibilità di prevedere sanzioni diverse e meno severe di quelle penali a parità di efficacia, «concernenti la tenuta di libri e scritture contabili, la diffusione di rendiconti finanziari e le norme sulla contabilità e la verifica dei conti, per vietare l'istituzione di contabilità fuori bilancio, l'effettuazione di operazioni non registrate o non adeguatamente identificate, l'iscrizione di spese inesistenti,

<sup>22</sup> Si veda in questo senso R. SICURELLA, *Définition des intérêts supranationaux et propositions d'incriminations communes: nécessité d'une dogmatique communautaire?*, in M. DELMAS-MARTY - J. VERVAELE (a cura di), *La mise en œuvre du Corpus Juris dans les Etats membres*, Antwerp-Groningen-Oxford, Intersentia, 2000-2001, pp. 222-224.

l'iscrizione di passività il cui oggetto sia indicato in modo scorretto e l'uso di documenti falsi, da parte di imprese soggette a dette leggi e regolamenti, allo scopo di corrompere pubblici ufficiali stranieri o di occultare tale corruzione».

### 3.3. *Consiglio d'Europa.*

La Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa (1999), diversamente dagli strumenti precedentemente citati, presenta un obiettivo ad ampio spettro, mirando a tutelare la «preminenza del diritto, democrazia e diritti dell'uomo, corretta amministrazione, equità e giustizia sociale, concorrenza, sviluppo economico, stabilità delle istituzioni democratiche e fundamenta morali della società»<sup>23</sup>. Se queste rappresentano le ragioni di protezione che giustificano l'adozione della stessa Convenzione, i singoli obblighi di penalizzazione mirano tuttavia a proteggere diversi e più specifici interessi.

In linea con un ambito di protezione tanto esteso, gli obblighi d'incriminazione risultano formulati in ogni caso in modo alquanto ampio e dettagliato.

È previsto infatti un obbligo di criminalizzazione delle condotte di corruzione antecedente attiva e passiva nel settore pubblico.

In particolare, sul versante attivo, l'art. 2 richiede che gli Stati provvedano a sottoporre a pena il comportamento di chi propone, offre o dà, direttamente o indirettamente qualsiasi indebito vantaggio ad un agente pubblico sia per se stesso o per altra persona, affinché compia o si astenga dal compiere un atto nell'esercizio delle sue funzioni.

Sul versante passivo, l'art. 3 delinea un obbligo per le condotte di sollecitazione o di ricezione, direttamente o indirettamente, di qualsiasi indebito vantaggio per se stesso o per altra persona, o di accettazione dell'offerta o della promessa per compiere o astenersi dal compiere un atto nell'esercizio delle sue funzioni.

Per la definizione della nozione di "funzionario/agente pubblico" viene operato un rinvio alle legislazioni nazionali degli Stati-Parte, con sicura inclusione dei

<sup>23</sup> P. CSONKA, *Corruption: the Council of Europe's Approach*, in B. RIDER (a cura di), *Corruption: the enemy within*, The Hague, London, Boston, Kluwer International, 1997, p. 344 ss., il quale, ancor prima dell'adozione della Convenzione penale sulla corruzione, sottolineava le difficoltà relative all'individuazione di una definizione di corruzione, in mancanza di un'armonizzazione di tale nozione nelle legislazioni degli Stati membri dell'Unione. Mette in evidenza inoltre la natura interdisciplinare della corruzione, che implica il ricorso anche al diritto civile, amministrativo e disciplinare (accanto al diritto penale). Individua in effetti il minimo comune denominatore della corruzione non tanto in un abuso di potere, ma nella mancanza di probità nell'ambito dei processi decisionali (p. 350). Egli sottolinea altresì come non vi sia coincidenza tra corruzione (*lato sensu intesa*) e corruzione penalmente rilevante, in quanto la prima ha un ambito maggiormente ampio e non si può in alcun modo pensare che essa possa essere contrastata con il solo ricorso al diritto penale.

membri delle assemblee pubbliche nazionali (art. 4), straniere e delle organizzazioni internazionali e dei giudici dei tribunali internazionali<sup>24</sup>.

Data la particolare ampiezza dell'oggetto di tutela, che abbraccia anche la concorrenza e lo sviluppo economico, sembra coerente la previsione di un obbligo di incriminazione per le condotte di corruzione antecedente attiva e passiva nel settore privato (artt. 7 e 8).

Sul versante attivo, tale obbligo individua le condotte del promettere, offrire o dare direttamente o indirettamente qualsiasi indebito vantaggio ad una persona che dirige un ente privato o vi lavora, per se stessa o per altra persona, affinché compia o si astenga dal compiere un atto, ciò in trasgressione dei suoi doveri e quando l'atto è stato commesso intenzionalmente nell'ambito di un'attività commerciale.

Sul versante passivo, è richiesta la criminalizzazione della persona che dirige un ente privato o vi lavora, che sollecita o riceve direttamente o tramite terzi, qualsiasi indebito vantaggio o ne accetta l'offerta o la promessa, per se stessa o per altra persona al fine di compiere o astenersi dal compiere un atto, ciò in trasgressione dei suoi doveri e quando l'atto è stato commesso intenzionalmente nell'ambito di un'attività commerciale.

È prevista inoltre una serie di obblighi volti alla penalizzazione di condotte gravitanti nell'area dei comportamenti corruttivi, nel senso di rappresentarne ipotesi prodromiche come le violazioni in materia contabile e illeciti fiscali di falsa fatturazione e omessa registrazione dei pagamenti (art. 14) ed il traffico d'influenza (art. 12), ovvero un logico *posterius*, come il riciclaggio dei proventi della corruzione (art. 13).

#### 3.4. ONU.

La Convenzione contro la corruzione (UNCAC - c.d. Convenzione di Merida 2003), come la Convenzione del Consiglio ha un obiettivo ad ampio spettro, volto alla tutela di: «stabilità e sicurezza delle società, istituzioni e valori democratici, etici e di giustizia, sviluppo sostenibile e Stato di diritto»; salvaguardia di: principi di

<sup>24</sup> In particolare, l'art. 1 stabilisce in via generale che «l'espressione 'agente pubblico' s'intende riferita alla definizione di 'funzionario', 'pubblico ufficiale', 'sindaco', 'ministro' o 'giudice' nel diritto nazionale dello Stato in cui la persona in oggetto esercita tale funzione e così come è applicata nel suo diritto penale»; con specifico riguardo poi alla definizione di giudice, essa si considera inclusiva sia dei membri del pubblico ministero, sia di coloro che esercitano funzioni giudiziarie. È previsto altresì che nel caso in cui siano esercitate azioni giudiziarie da parte di uno Stato diverso da quello di appartenenza del pubblico agente, lo Stato procedente può condurre una verifica volta ad accertare la compatibilità della definizione di pubblico ufficiale accolta nello Stato straniero, rispetto al proprio diritto nazionale.

buona gestione degli affari pubblici e dei beni pubblici, di equità, di responsabilità e di uguaglianza dinnanzi alla legge e di integrità e cultura del rifiuto della corruzione. Essa si propone inoltre di assicurare l'interruzione dei nessi tra corruzione e criminalità organizzata ed economica (riciclaggio in particolare), così ponendosi in linea con quanto previsto dalla Convenzione sulla criminalità organizzata transnazionale, che aveva messo in evidenza il carattere progressivamente transnazionale assunto dalla corruzione, capace di incidere su tutte le società ed economie. Per tali ragioni la cooperazione internazionale viene ritenuta essenziale a contrastare il fenomeno e a recuperare i patrimoni illecitamente acquisiti.

L'ampiezza degli obiettivi di tutela corrisponde all'ampiezza dell'apparato di misure predisposto dalla Convenzione.

L'approccio della Convenzione adottata in seno alle Nazioni Unite, infatti, risulta di carattere globale e multidisciplinare, richiedendo l'adozione di una combinazione di misure preventive e repressive, nella consapevolezza della particolare importanza delle prime per assicurare un proficuo ed efficace funzionamento delle seconde.

Essa prevede obblighi d'incriminazione alquanto ampi, riconducibili alle condotte di corruzione antecedente attiva e passiva nel settore pubblico (art. 15), concernenti, sul versante attivo, la promessa, l'offerta o la concessione ad un pubblico ufficiale, direttamente od indirettamente, di un indebito vantaggio, per se stesso o per un'altra persona o entità, affinché compia o si astenga dal compiere un atto nell'esercizio delle sue funzioni ufficiali; sul versante passivo, la sollecitazione o l'accettazione, direttamente o indirettamente, di un indebito vantaggio per se stesso o per un'altra persona o entità, affinché compia o si astenga dal compiere un atto nell'esercizio delle sue funzioni ufficiali, senza che si faccia esplicitamente riferimento all'accettazione della promessa.

Con riguardo alla nozione di "pubblico ufficiale", essa presuppone un incarico legislativo, esecutivo, amministrativo o giudiziario di uno Stato Parte, avvenuto per nomina o elezione, a titolo permanente o temporaneo, con remunerazione, o senza, a prescindere dal livello gerarchico; ovvero l'esercizio di una pubblica funzione, anche per un organismo pubblico od una pubblica impresa, o di un pubblico servizio, così come tali termini sono definiti dal diritto interno dello Stato Parte e applicati nel ramo pertinente del diritto di tale Stato. Esiste poi una formula di chiusura, secondo cui risulta essere pubblico ufficiale ogni altra persona definita tale nel diritto interno di uno Stato Parte, che lascia chiaramente un ampio margine di discrezionalità agli Stati in tale ambito, incidendo in maniera negativa sulle prospettive di armonizzazione delle legislazioni degli Stati aderenti alla Convenzione.

Sulla scorta della predetta nozione, viene altresì ricavata la definizione di "pubblico ufficiale straniero", anch'essa fondata su un incarico legislativo, ese-

cutivo, amministrativo o giudiziario di un Paese estero, avvenuto per nomina o elezione, ovvero l'esercizio di una pubblica funzione per un Paese estero, un pubblico organismo o una pubblica impresa. Il "funzionario di un'organizzazione internazionale pubblica" viene invece individuato nel funzionario internazionale od ogni altra persona autorizzata da tale organizzazione ad agire in suo nome.

Anche la Convenzione delle Nazioni Unite fa riferimento all'opportunità di una criminalizzazione della corruzione antecedente attiva e passiva nel settore privato (art. 21), configurando tuttavia solo un vincolo di natura facoltativa<sup>25</sup>.

È previsto poi un obbligo di penalizzazione con riguardo alla sottrazione, appropriazione indebita o altro uso illecito di beni nel settore pubblico (art. 17) ed un vincolo solo facoltativo in relazione alle medesime condotte, ove perpetrate nell'ambito del settore privato (art. 22).

Di natura facoltativa risultano anche i vincoli relativi alla scelta degli Stati-Parte di sottoporre a sanzione penale il traffico d'influenza attivo e passivo (art. 18), l'abuso di funzioni (art. 19), l'illecito arricchimento (art. 20) ed il reimpiego ed occultamento dei proventi del reato (art. 24). Un obbligo di penalizzazione viene invece mantenuto per le condotte di riciclaggio e di intralcio alla giustizia (artt. 23 e 25).

#### **4. La I Proposta di direttiva PIF 2001 COM(2001)272.**

La proposta di direttiva relativa alla tutela penale degli interessi finanziari della Comunità, adottata sulla base dell'art. 280, par. 4, TCE<sup>26</sup>, si poneva come obiettivo principale la tutela degli interessi finanziari comunitari, in senso stretto, ovvero la gestione degli stanziamenti di bilancio, ed in senso ampio, ovvero con-

<sup>25</sup> La condotta oggetto del vincolo consiste, sul versante attivo, nel promettere, offrire o concedere, direttamente o indirettamente, un indebito vantaggio ad ogni persona che diriga un'entità nel settore privato o lavori per tale entità, a qualunque titolo, per sé o per un'altra persona, affinché, in violazione dei propri doveri, essa compia o si astenga dal compiere un atto, nell'ambito di attività economiche, finanziarie o commerciali; sul versante passivo, il comportamento della persona che diriga un'entità del settore privato o che lavori per tale entità, a qualsiasi titolo, che sollecita o accetta, direttamente o indirettamente, un indebito vantaggio, per sé o per un'altra persona, al fine di compiere o di astenersi dal compiere un atto in violazione dei propri doveri, nell'ambito di attività economiche, finanziarie o commerciali.

<sup>26</sup> Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla tutela penale degli interessi finanziari della Comunità (2001/C 240 E/19) - COM(2001) 272 def. - 2001/0115(COD), presentata dalla Commissione il 23 maggio 2001, in *GUCE*, C 240 E/125, 28.08.2001.



tro qualsiasi misura che incidesse o potesse incidere sul patrimonio dell'Unione, contro atti di corruzione in cui fossero implicati funzionari comunitari o degli Stati membri.

Gli obblighi di incriminazione in essa delineati facevano riferimento alle condotte di corruzione antecedente propria attiva e passiva (art. 4), largamente riprodotte di quelle previste nel I protocollo della Convenzione PIF, e concernenti, sul versante attivo, la persona che deliberatamente prometta o dia, direttamente o tramite un terzo, un vantaggio di qualsiasi natura ad un funzionario, per il funzionario stesso o per un terzo, affinché questi compia o ometta un atto proprio delle sue funzioni o nell'esercizio di queste, in modo contrario ai suoi doveri d'ufficio, che leda o che potrebbe ledere gli interessi finanziari della Comunità. Sul versante passivo il funzionario che deliberatamente, direttamente o tramite un terzo, solleciti o riceva vantaggi di qualsiasi natura, per sé o per un terzo, o ne accetti la promessa, per compiere o per omettere un atto proprio delle sue funzioni o nell'esercizio di queste, in modo contrario ai suoi doveri di ufficio, che leda o che potrebbe ledere gli interessi finanziari della Comunità.

La definizione di funzionario risultava analoga a quella elaborata nelle sue diverse declinazioni dal I protocollo della Convenzione PIF, anche in relazione all'obbligo di assimilazione.

Essa prevedeva poi una serie di obblighi relativi alla frode (consentendo di comminare sanzioni diverse da quelle penali per frodi relative ad importi inferiori a € 4.000, *ex artt. 3 e 10, par. 2*) al riciclaggio, alla responsabilità penale dei dirigenti delle imprese ovvero di qualsiasi persona che eserciti il potere di decisione o di controllo in seno ad un'impresa, secondo i principi stabiliti dal diritto interno, per i comportamenti di frode, corruzione e riciclaggio, commessi da persona soggetta alla loro autorità e per conto dell'impresa (art. 8), prevedendo pertanto un'estensione a tutti i comportamenti oggetto di obblighi d'incriminazione, diversamente dalla Convenzione sulla corruzione dei funzionari delle Comunità europee e degli Stati membri, che limita tale responsabilità alla sola corruzione attiva.

Non esiste alcuna indicazione relativa ai limiti edittali né minimi, né massimi, né minimi dei massimi, operandosi un generico riferimento a sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive che comprendano, almeno nei casi implicanti una frode grave, pene privative della libertà personale (art. 10, par. 1).

È infine configurata una responsabilità – non espressamente penale – delle persone giuridiche per frode, corruzione attiva e riciclaggio, commessi a loro beneficio da qualsiasi persona che agisca individualmente o in quanto parte di un organo della persona giuridica, che detenga un posto dominante in seno alla persona giuridica (potere rappresentativo, decisionale o di controllo).

**5. L'iter di approvazione della direttiva PIF: dalla II Proposta di direttiva PIF 2012 COM(2012)363 all'approvazione della nuova Direttiva UE/2017/1371.**

La Commissione europea, preso atto della particolare rilevanza di forme di criminalità perpetrate ai danni degli interessi finanziari dell'Unione, che includono principalmente la frode, la corruzione ed il riciclaggio, già considerate come reati rientranti nell'area di influenza dell'Unione, ma anche altre attività illecite non ancora sussunte in fattispecie incriminatrici vigenti, e dell'esistenza nell'ambito dell'ordinamento europeo di un sistema di prevenzione e repressione di tali attività illecite di natura non penale, basato, con riguardo al piano normativo, sul Regolamento 2988/1995<sup>27</sup> e, con riguardo a quello operativo, sul ruolo e sull'attività dell'Ufficio europeo di lotta antifrode (OLAF) e dalla Convenzione PIF, insieme ai suoi protocolli, oggetto di ratifica da parte di quasi tutti gli Stati membri, ritiene indispensabile intraprendere una nuova iniziativa legislativa (rispetto a quella già lanciata nel 2001 senza successo), volta ad apprestare una tutela rafforzata alle risorse finanziarie dell'Unione attraverso lo strumento del diritto penale, che consentirebbe una razionalizzazione del quadro normativo, nonché un salto di qualità rispetto all'assetto di tutela esistente (in particolare con riguardo agli abusi perpetrati nell'ambito delle procedure di appalti pubblici, alla mancanza di disposizioni sulla giurisdizione in Paesi extra UE, alla norme sulla prescrizione), con conseguente miglioramento in termini di deterrenza e recupero dei capitali.

In particolare, la valutazione d'impatto condotta dalla Commissione individua una serie di lacune nell'ambito del contesto normativo esistente a livello sovranazionale, potenzialmente colmabili con l'introduzione della nuova direttiva. Tali deficienze del sistema fanno riferimento nello specifico: all'inadeguato effetto deterrente delle disposizioni esistenti (testimoniato dal progressivo incremento dei casi di frode ai danni delle risorse economiche dell'ordinamento europeo); all'insufficienza dei meccanismi e delle procedure di investigazione ed indagine sul piano nazionale (spesso dovuta alla particolare complessità delle indagini ed ai ristretti tempi di prescrizione previsti per le relative fattispecie incriminatrici) e, più in generale,

<sup>27</sup> Sui rapporti con il sistema delle sanzioni amministrative previste in seno all'ordinamento dell'Unione europea, cfr. A.M. MAUGERI, *Il principio di proporzionalità nelle scelte punitive del legislatore europeo. L'alternativa delle sanzioni amministrative comunitarie*, in G. GRASSO - L. PICOTTI - R. SICURELLA, *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, Giuffrè, 2011, in particolare p. 98 ss.; ID., *Il Regolamento 2988/1995: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario*, in G. GRASSO, *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione. L'esempio dei fondi strutturali*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 149 ss.

dell'inadeguato recepimento della normativa sovranazionale in materia da parte degli ordinamenti giuridici degli Stati membri<sup>28</sup>; dall'insufficienza dei meccanismi di recupero delle risorse. Le cause determinanti di tali insufficienze vanno individuate nella differenza dell'ambito di operatività delle fattispecie incriminatrici poste a tutela degli interessi finanziari dell'Unione previste nelle legislazioni penali degli Stati membri (sia con riguardo alla formulazione delle fattispecie<sup>29</sup>, sia in relazione alla definizione di funzionario, in special modo per le condotte corruttive), in parte dovuta a difetti di trasposizione della normativa sovranazionale esistente, in parte correlata all'inesistenza di definizioni comuni a livello europeo (come per l'appropriazione e la distrazione di fondi europei, le violazioni del segreto professionale, l'ostruzione di procedure ad evidenza pubblica, il conflitto d'interesse o l'abuso di potere); nella diversa natura e nel diverso grado di ampiezza delle disposizioni concernenti la responsabilità dei *managers* e delle persone giuridiche; nella difforme disciplina relativa alla competenza giurisdizionale delle autorità giudiziarie nazionali rispetto a condotte perpetrate all'estero. Le condotte in esame risultano inoltre caratterizzate da differenti livelli sanzionatori nell'ambito degli ordinamenti degli Stati membri, in modo tale da ostacolare la cooperazione e incentivare fenomeni di *forum shopping* da parte dei soggetti responsabili.

Dinanzi a tali esigenze le possibili soluzioni adottabili a livello sovranazionale andavano da previsioni a *basso impatto*, come il mantenimento dello *status quo* o l'adozione di uno strumento di *soft law* volto a favorire la consapevolezza dei possibili responsabili e degli operatori del diritto in merito agli strumenti esistenti per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea, a prospettazioni ad *impatto progressivamente più alto*, come l'adozione di misure legislative di conversione della

<sup>28</sup> La situazione risulta icasticamente e complessivamente descritta nel documento di valutazione della Commissione nei seguenti termini: «There is clear indication that malfunctions of the sanctioning system are involved in the weak deterrence, enforcement and recovery record. Consultation of practitioners indicates that the above issues are caused by (i) insufficient criminal law coverage and sanctioning levels for typical illegal conduct, as well as (ii) lacking level playing field» *Commission Staff Working Paper - Impact Assessment (Part I)*, Brussels, 11.07.2012 SWD(2012) 195 final, p. 14.

<sup>29</sup> Va sottolineato come la valutazione d'impatto, diversamente dalla proposta di direttiva poi presentata dalla Commissione nel 2012, faceva menzione, tra le cause di inadeguatezza del quadro normativo esistente negli Stati membri e a livello europeo, anche della mancata previsione nella maggior parte delle legislazioni penali nazionali (con eccezione di alcune, come quella tedesca e quella britannica) della punibilità a titolo di colpa in particolare delle condotte di riciclaggio, con specifico riguardo alla consapevolezza della provenienza illecita dei proventi e dei beni oggetto, sottolineando come sarebbe stato maggiormente rispondente alla funzione deterrente del diritto penale aggiungere tale previsione (si veda in particolare p. 25).

Convenzione PIF e dei suoi protocolli; ovvero l'introduzione di uno strumento normativo idoneo a chiarire ed ampliare l'ambito di applicazione delle disposizioni nazionali esistenti in materia di protezione degli interessi finanziari dell'Unione ed ad inasprirne il corredo sanzionatorio; oppure, infine, uno strumento normativo contenente norme penali esaustive e direttamente applicabili, in sostanza un regolamento.

La Commissione ritiene non di dover seguire le soluzioni *a basso impatto*, in quanto non idonee a supplire alle inefficienze e alle lacune del sistema di protezione degli interessi finanziari dell'Unione Europea. Tra le prospettazioni a *più alto impatto*, la prima viene scartata in quanto si ritiene che non apporti un sufficiente valore aggiunto al sistema esistente, nonostante si prenda atto della circostanza che una maggiore coerenza del sistema, raggiunta mediante un miglior coordinamento delle disposizioni esistenti nell'ambito di un unico strumento, potrebbe facilitare il recepimento delle disposizioni sovranazionali negli ordinamenti nazionali e migliorare la fiducia reciproca, con conseguente ricaduta positiva anche per la cooperazione giudiziaria ed il mutuo riconoscimento.

Il secondo degli strumenti *ad alto impatto*, ritenuto trasversalmente (dagli operatori del diritto, dai rappresentanti degli Stati membri, dai risultati emersi da studi condotti a livello accademico) la migliore opzione, mira ad ampliare l'ambito di applicazione degli obblighi di incriminazione precedentemente esistenti, in particolare nell'ottica di rafforzare la protezione nei confronti dei soggetti responsabili della direzione e della gestione di persone giuridiche e delle stesse persone giuridiche; ad introdurre nuove e specifiche fattispecie incriminatrici negli Stati membri, volte a prevedere specifiche ipotesi di frode, distrazione o abuso nelle procedure di assegnazione, costruite in maniera specificamente diretta a reprimere le condotte perpetrate ai danni delle finanze europee e ad ampliare il novero dei soggetti attivi di tali fattispecie, in modo da ricomprendervi tutti i soggetti responsabili della gestione di tali risorse; ad armonizzare la natura e la misura delle sanzioni previste per tali fattispecie nei diversi ordinamenti nazionali, nonché i termini di prescrizione.

L'ultima opzione viene considerata dalla Commissione il miglior viatico verso una protezione completa ed efficace degli interessi finanziari, idonea ad apprestare fattispecie dettagliate e sanzioni specifiche, individuate esattamente nella natura e nella misura. La stessa Commissione riconosce, tuttavia, le difficoltà in termini di rispetto dei diritti fondamentali, ed in particolare del principio di legalità, derivanti da un tale approccio.

Pertanto, pur nella consapevolezza del minor grado di efficacia di una direttiva, rispetto al regolamento, in ordine alla tutela degli interessi finanziari, la valutazione d'impatto dimostra la maggiore idoneità del primo strumento a contemperare le esigenze di protezione del bene giuridico con il rispetto dei diritti fondamentali.

La proposta di direttiva relativa alla *lotta contro la frode* che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale<sup>30</sup>, adottata in seguito a tale studio d'impatto, mostra già dalla modifica linguistica, che ha riguardato la dicitura *tutela penale degli interessi finanziari*, trasformata in *lotta contro la frode*, la notevole funzione deterrente affidata al diritto penale in questa sede.

Essa trova la sua base giuridica nell'art. 325, par. 4, TFUE. L'obiettivo perseguito dalla proposta concerne la tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea, in senso stretto, ovvero la gestione degli stanziamenti di bilancio, ed in senso ampio, il patrimonio dell'Unione Europea, e degli Stati membri, con riguardo a misure di stabilizzazione dell'economia o delle finanze pubbliche degli Stati membri nell'interesse delle politiche dell'Unione, per esempio con riguardo alla riscossione dell'IVA e ad attività di assunzione ed erogazione di prestiti<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale, Bruxelles, 11.07.2012, COM(2012) 363 final - 2012/0193 (COD). Particolarmente interessanti risultano le considerazioni preliminari contenute nel documento relativo alla valutazione d'impatto condotta dalla Commissione in occasione della presenta della proposta direttiva: *Commission Staff Working Paper - Impact Assessment (Part I)*, Brussels, 11.07.2012 SWD(2012) 195 final. Sulla direttiva in esame, tra i molti, cfr. R. SICURELLA, *Il diritto penale applicabile dalla Procura europea: diritto penale sovranazionale o diritto nazionale 'armonizzato'? Le questioni in gioco*, in S. ALLEGREZZA - G. GRASSO - G. ILLUMINATI - R. SICURELLA, *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 7 ss., anche se principalmente in rapporto all'istituzione dell'Ufficio della Procura europea, sulla base dell'art. 86 TFUE; L. PICOTTI, *Le basi giuridiche per l'introduzione di norme penali comuni relative ai reati oggetto della competenza della Procura europea*, *ivi*, p. 77 ss.; M. PELISSERO, *Competenza della Procura europea e scelte di incriminazione: oltre la tutela degli interessi finanziari*, *ivi*, p. 114 ss.; G. GRASSO, *Relazione di sintesi*, *ivi*, p. 740 ss.; A. VENEGONI, *Il difficile cammino della Proposta di direttiva per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea attraverso la legge penale (c.d. Direttiva PIF): il problema della base legale*, in *CP*, 2015, fasc. 6, p. 2442 ss.; *Id.*, *Prime brevi note sulla Proposta di Direttiva della Commissione europea per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione attraverso la legge penale COM(2012)363 (c.d. Direttiva PIF)*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); *Id.*, *La definizione del reato di frode nella legislazione dell'Unione dalla Convenzione PIF alla proposta di direttiva PIF*, *ivi*; G. MASTROGIULIO, *La tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *IP*, 2010, p. 227 ss.

<sup>31</sup> Cfr. in questo senso il *considerando* n. 1 dell'originaria proposta di direttiva, che così testualmente recitava: «La tutela degli interessi finanziari dell'Unione riguarda non solo la gestione degli stanziamenti di bilancio, ma si estende a qualsiasi misura che incida o minacci di incidere negativamente sul suo patrimonio e su quello degli Stati membri, *in quanto destinata a sostenere o stabilizzare l'economia o le finanze pubbliche degli Stati membri nell'interesse delle politiche dell'Unione.* (corsivo aggiunto)». Nell'ultima versione della proposta direttiva, tuttavia, oggetto di un accordo preliminare intervenuto di recente (cfr. documento del Consiglio

Essa si fonda su un approccio integrato tra la protezione offerta in sede penale e quella garantita dal diritto amministrativo e dal diritto civile, come rilevato nel *considerando* n. 3 della stessa proposta. Essa va letta pertanto in combinato disposto con il Regolamento 2988/1995, che prevede l'applicazione di sanzioni amministrative nel caso di irregolarità perpetrate in danno degli interessi finanziari dell'Unione e con gli strumenti esistenti nell'ordinamento sovranazionale volti al soddisfacimento del medesimo obiettivo.

L'art. 1 della proposta ne definisce l'oggetto, individuandolo nelle misure necessarie nel campo della prevenzione e della lotta contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, mediante la definizione di reati e sanzioni.

Una tale formulazione e l'individuazione della base giuridica nell'art. 325 TFUE (unica norma contenuta nel Capo 6, inequivocabilmente dedicato alla "Lotta contro la frode", in un titolo tuttavia relativo alle disposizioni finanziarie), avrebbero consentito un intervento di armonizzazione maggiormente penetrante, tale per cui le condotte incriminate e le relative sanzioni avrebbero potuto essere maggiormente dettagliate, in quanto suscettibili di rappresentare tutte le misure necessarie nel campo della prevenzione e della lotta contro la frode<sup>32</sup>. La stessa Commissione, nella presentazione della proposta, sottolinea come «[...] il trattato conferisce all'Unione poteri forti per adottare 'misure' che 'siano dissuasive' e 'tali da permettere una protezione efficace' (articolo 325, paragrafo 1) ed 'equivalente' (articolo 325, paragrafo 4). Una tutela dissuasiva, efficace ed equivalente comporta per sua natura, e storicamente (si veda la convenzione PIF del 1995), una dimensione penale. Il diritto penale è necessario

n. 6182/17, del 5 aprile 2017), il *considerando* n. 1 sembra essere stato modificato con riguardo alla sua ultima parte (ovvero ove si fa riferimento all'incidenza negativa sul patrimonio degli Stati), in senso maggiormente ampio, prevedendo «La tutela degli interessi finanziari dell'Unione riguarda non solo la gestione degli stanziamenti di bilancio, ma si estende a qualsiasi misura che incida o minacci di incidere negativamente sul suo patrimonio e su quello degli Stati membri *nella misura in cui è di interesse per le politiche dell'Unione*». (corsivo aggiunto), così lasciando probabilmente un più ampio margine di manovra al legislatore europeo nello stabilire la portata e l'ambito applicativo di quei provvedimenti volti a contrastare appunto misure che incidano o minaccino di incidere negativamente sul patrimonio degli Stati, a prescindere dalla circostanza che si tratti di misure destinate a sostenere o stabilizzare l'economia o le finanze pubbliche degli Stati membri.

<sup>32</sup> Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale, Bruxelles, 11.07.2012, COM(2012) 363 final - 2012/0193 (COD), p. 7. E precedentemente anche nella valutazione d'impatto che accompagna la proposta (*Commission Staff Working Paper - Impact Assessment*, Brussels, 17 luglio 2012, SWD(2012) 195 final), p. 27.

per produrre un effetto preventivo in questo campo, dove già la minaccia di sanzioni penali e delle relative conseguenze sulla reputazione dei potenziali autori dei reati può essere ritenuta un valido disincentivo alla perpetrazione dell'atto illegale. Diversamente dal corrispondente articolo 280, paragrafo 4, del trattato CE, l'articolo 325 prevede quindi il potere di adottare disposizioni di natura penale nell'ambito della tutela degli interessi finanziari dell'Unione contro ogni forma di azione illegale».

Tale impostazione della Commissione, tuttavia, è stata in prima battuta ufficialmente avversata dal Parlamento europeo<sup>33</sup>, che ha di contro individuato la base giuridica della proposta, facendo seguito a sollecitazioni provenienti dal Consiglio, nell'art. 83, par. 2, TFUE, che regola la c.d. competenza accessoria in materia penale dell'Unione europea, consentendo l'adozione mediante direttive di *norme minime*, relative alla definizione di reati e sanzioni, volte al ravvicinamento delle legislazioni penali degli Stati membri in un settore che abbia rappresentato già oggetto di armonizzazione (nel caso di specie attraverso il Regolamento 2988/1995)<sup>34</sup>, solo ove esso si riveli *indispensabile* per garantire *l'attuazione efficace di una politica dell'Unione* (in materia di tutela degli interessi finanziari dell'Unione)<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 16 aprile 2014 sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale, P7\_TA(2014)0427.

<sup>34</sup> Si veda il *considerando* n. 3 dell'ultimo testo oggetto della posizione del Consiglio (5 aprile 2017, doc. 6182/17) che recita: «La politica dell'Unione in materia di tutela degli interessi finanziari dell'Unione è già stata oggetto di misure di armonizzazione come il regolamento (CE, Euratom) n. 2988/95. Per garantire l'attuazione della politica dell'Unione in detta materia, è essenziale proseguire nel ravvicinamento del diritto penale degli Stati membri completando, per i tipi di condotte fraudolente più gravi in tale settore, la tutela degli interessi finanziari dell'Unione ai sensi del diritto amministrativo e del diritto civile, evitando al contempo incongruenze sia all'interno di ciascuna di tali branche del diritto che tra di esse», dal quale si evince anche il carattere sussidiario che riveste la tutela penale rispetto ad altri strumenti di protezione del medesimo bene giuridico a minore impatto sui diritti fondamentali della persona (come il diritto amministrativo ed il diritto civile).

<sup>35</sup> Per le ragioni che hanno indotto il Consiglio ad operare una modifica della base giuridica della direttiva in esame, si veda il parere del servizio giuridico contenuto nel documento n. 15309/12 del 22 ottobre 2012, il quale specifica come la disposizione dell'art. 325, par. 4, TFUE, anche in mancanza della clausola di esclusione, contenuta nella formulazione del precedente art. 280, relativa alle norme di diritto penale, non sarebbe in ogni caso idonea a fondare una competenza particolare in materia penale dell'Unione con riguardo alla tutela degli interessi finanziari dell'Unione, idonea a superare i limiti imposti a questo riguardo dall'art. 83, par. 2, TFUE. Secondo l'opinione del Consiglio, infatti, sarebbe in realtà quest'ultima disposizione a rappresentare una *lex specialis* rispetto all'art. 325, par. 4, e non all'inverso, in considerazione della circostanza che solo nell'ambito dell'art. 83, par. 2, il Trattato attribui-

Una siffatta modifica della base giuridica, sembrava combinarsi con l'intento del Parlamento di ampliare gli obiettivi di tutela presi mira dalla proposta legislativa, assicurando una protezione effettiva ed equivalente degli interessi finanziari negli Stati membri e nell'ambito di istituzioni, organismi, uffici ed agenzie dell'Unione ed allo stesso tempo rafforzando la credibilità delle istituzioni e delle attività dell'Unione. Tale diversa formulazione, infatti, poteva far pensare ad un'apertura verso un ampliamento dell'oggetto di tutela, ricomprendendo anche interessi che sembravano evocare, *mutatis mutandis*, la *fiducia dei cittadini nella correttezza dell'azione amministrativa*, ritenuta in alcuni ordinamenti giuridici (come quello tedesco, secondo la giurisprudenza maggioritaria) il bene giuridico a presidio del quale sono previste le fattispecie corruttive nel settore pubblico, con un approccio discutibile, ma coerente con una scelta nel senso dell'ampliamento della tutela a beni non strettamente legati agli interessi finanziari.

Nonostante nelle ultime battute dei negoziati relativi all'adozione della proposta direttiva il Consiglio<sup>36</sup> avesse ribadito l'individuazione della base giuridica nell'art. 83, par. 2, TFUE, la formulazione dell'obiettivo di tutela in termini di rafforzamento della protezione contro reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione Europea, ha escluso ogni possibile apertura ad un ampliamento degli interessi presi di mira dalla proposta, lasciata aperta dalla formulazione contenuta nel testo del Parlamento europeo, con una serie di ricadute anche sulla costruzione delle fattispecie incriminatrici previste in materia di corruzione, che saranno analizzate qui di seguito.

L'accordo politico preliminare sul testo della proposta è intervenuto il 1° febbraio 2017, in seguito alla pronuncia favorevole del Parlamento il 12 gennaio 2017, a livello di Commissione per il controllo dei bilanci (CONT) e di Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni (LIBE), che apportava solo piccole modifiche al testo del Consiglio risalente all'11 ottobre 2016. Il 5 aprile 2017 il Consiglio ha raggiunto e reso nota la bozza della sua posizione in prima lettura

isce espressamente una competenza in materia penale all'Unione, riferendosi alla possibilità di adottare mediante direttive norme minime per la definizione di reati e sanzioni. Una tale conclusione sarebbe ulteriormente supportata dalla formulazione dell'art. 86 TFUE, che con riguardo all'istituzione dell'Ufficio della Procura europea, ne stabilisce la competenza per materia nei seguenti termini: «*combat crimes affecting the financial interests of the Union*», con un esplicito rinvio proprio all'approvanda direttiva PIF, diversamente dal testo dell'art. 325 TFUE che invece limita il proprio ambito operativo, prevedendo l'adozione di misure «*in the fields of the prevention of and fight against fraud affecting the financial interest of the Union*», in coerenza alla rubrica dello stesso titolo sotto il quale è prevista la disposizione in esame.

<sup>36</sup> Si veda in questo senso il documento adottato dal Consiglio il 5 aprile 2017 - doc. n. 6182/17.



da trasmettere al Parlamento, al quale ha chiesto di approvare il testo proposto senza emendamenti<sup>37</sup>. Pochi giorni dopo la Commissione ha dichiarato che, ove la direttiva fosse stata approvata in tale testo, avrebbe presentato ricorso dinanzi alla Corte di Giustizia, con riguardo alla base giuridica, ribadendo la necessità che essa andasse rinvenuta nell'art. 325, par. 4, TFUE e non invece nell'art. 83, par. 2, TFUE.

Si è giunti infine all'adozione del testo definitivo della direttiva il 5 luglio 2017, in quanto il Parlamento europeo ha accolto senza emendamenti la posizione del Consiglio. La Commissione ha ribadito il suo dissenso in merito alla base giuridica prescelta ed ha precisato che intraprenderà gli opportuni meccanismi legali che l'ordinamento mette a sua disposizione.

#### 5.1. *La frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione in materia di spese relative ad appalti.*

La direttiva individua il fulcro degli obblighi di incriminazione nella fattispecie di frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione (art. 3), che non sarà tuttavia oggetto di studio in questa sede, se non per alcune specifiche ipotesi più strettamente correlate, nella realtà applicativa, alla perpetrazione di condotte corruttive, strettamente intese<sup>38</sup>.

Nella originaria proposta della Commissione era prevista una fattispecie che potremmo definire di irregolarità in bandi di gara e domande di sovvenzione (art. 4, par. 1): «comunicazione o omessa comunicazione di informazioni a entità o autorità incaricate di aggiudicare un appalto pubblico o concedere una sovvenzione che incida sugli interessi finanziari dell'Unione, imputabile a candidati o offerenti, oppure a incaricati, o persone altrimenti coinvolte a predisporre le risposte ai bandi di gara o le domande di sovvenzione dei partecipanti, quanto tale azione sia intenzionale e abbia lo scopo di aggirare o distorcere l'applicazione dei criteri di ammissibilità, esclusione, selezione o concessione».

Tale disposizione risultava caratterizzata da una formulazione letterale piuttosto ambigua ed il disvalore di essa sembrava essere concentrato nel solo scopo perseguito (ovvero l'aggiramento o la distorsione dell'applicazione dei criteri di ammissibilità, esclusione, selezione o concessione). In mancanza infatti di tale direzione finalistica dei comportamenti indicati, non si vedeva in cosa potes-

<sup>37</sup> Cfr. Posizione del Consiglio in prima lettura in vista dell'adozione della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale, Bruxelles, 05 aprile 2017, doc. 6182/17 ed il progetto di motivazione del Consiglio, Bruxelles, 7 aprile 2017, doc. 6182/17 ADD 1.

<sup>38</sup> Cfr. sulla disposizione dell'art. 3, in questo volume, i contributi di L. Picotti e di A. Venegoni.

se distinguersi tale ipotesi da una mera irregolarità procedurale, in quanto la condotta in sé e per sé considerata (“comunicazione o omessa comunicazione di informazioni”) non si caratterizzava per alcun requisito di illecità. Tra l’altro la stessa Commissione precisava nella presentazione della proposta come tale ipotesi andasse ritenuta autonoma rispetto alle condotte di manipolazione delle gare d’appalto da parte dei partecipanti, che «costituiscono già comportamenti oggetto di azioni repressive e sanzioni a livello dell’Unione e degli Stati membri e non rientrano quindi nel campo di applicazione della direttiva»<sup>39</sup>. La chiave di lettura della disposizione in esame andava probabilmente ritrovata nelle parole della stessa Commissione, la quale aveva avuto cura di precisare nel commento preliminare all’articolato della proposta come tale ipotesi facesse riferimento alla «condotta disonesta del partecipante ad una gara d’appalto pubblico, ossia il comportamento simile alla frode mediante il quale vengono fornite all’organismo offerente nel corso della procedura di gara, dati informativi veri, benché basati su informazioni indebitamente ricevute da autorità pubbliche», facendo pertanto intendere che potesse trattarsi di ipotesi di utilizzazione di segreti d’ufficio indebitamente carpiri.

In prima lettura, il Parlamento si limitava solo ad ampliare gli scopi perseguiti dall’agente, aggiungendo la distorsione o distruzione della concorrenza naturale tra partecipanti alle gare d’appalto, mantenendo tuttavia inalterata la formulazione della proposta originaria con riguardo agli altri elementi costitutivi della fattispecie.

Il Consiglio riscriveva la fattispecie, configurandola come ipotesi corrispondente ad una sorta di rivelazione/utilizzazione di segreti d’ufficio, ovvero di turbata libertà degli incanti o del procedimento di scelta del contraente (simile alla formulazione degli artt. 353 e 353-*bis* del codice penale italiano), rendendo così manifesta nella stessa formulazione della fattispecie la *ratio* precedentemente individuata dalla Commissione solo nel commento preliminare alla proposta.

La fattispecie pertanto veniva costruita nei seguenti termini:

«comunicazione o utilizzazione illecita di informazioni non accessibili al pubblico in una domanda di partecipazione ad un appalto pubblico o una domanda di sovvenzione, in un modo che lede gli interessi finanziari dell’Unione e con l’obiettivo di conseguire un ingiusto profitto».

Si trattava di una fattispecie modellata in maniera più chiara rispetto a quella originariamente proposta dalla Commissione (e sostanzialmente avallata dal Par-

<sup>39</sup> Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell’Unione mediante il diritto penale, Bruxelles, 11.07.2012, COM(2012) 363 final - 2012/0193 (COD), p. 9.

lamento), in parte corrispondente alla fattispecie di rivelazione di segreti d'ufficio prevista anche all'interno del *Corpus Juris*. Veniva ulteriormente chiarito che la condotta incriminata dovesse presentare modalità tali da arrecare pregiudizio agli interessi finanziari dell'Unione, rappresentando pertanto una nota modale oggettivamente attinente al comportamento incriminato e non soltanto una direzione finalistica di quest'ultimo, e che tale condotta fosse volta al perseguimento di un ingiusto profitto da parte del soggetto agente, che rappresentava pertanto l'oggetto di un dolo specifico.

La disposizione in esame rivelava nella sua originaria formulazione ancora una volta l'intento di operare una sorta di ampliamento dell'ambito di tutela della proposta di direttiva, idoneo a ricomprendere il regolare funzionamento delle procedure di assegnazione e di appalto coinvolgenti gli interessi finanziari dell'Unione. Probabilmente anche nella formulazione voluta dal Consiglio, maggiormente rispondente ai canoni della tassatività e sufficiente determinatezza, può intravedersi una natura plurioffensiva delle condotte previste, relativa in via esplicita agli interessi finanziari sovranazionali, ma anche, implicitamente, alla regolarità ed alla trasparenza dei processi decisionali concernenti fondi e risorse dell'Unione Europea.

Tale disposizione non è stata riprodotta nel testo definitivamente approvato della direttiva, essendo stata in parte sostituita dall'introduzione dell'art. 3, par. 1, lettera b).

Va infatti rilevato, ai nostri fini, che rappresenta un'ipotesi interessante, sotto il profilo specifico delle possibili relazioni con la corruzione, quella descritta nell'art. 3, par. 1, lett. b), ovvero la *frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione in materia di spese relative ad appalti*, punendo in particolare l'azione o l'omissione relativa «i) all'utilizzo o alla presentazione di dichiarazioni o documenti falsi, inesatti o incompleti, cui consegua l'appropriazione indebita o la ritenzione illecita di fondi o beni provenienti dal bilancio dell'Unione o dai bilanci gestiti da quest'ultima o per suo conto; ii) alla mancata comunicazione di un'informazione in violazione di un obbligo specifico, cui consegua lo stesso effetto; iii) alla distrazione di tali fondi per fini diversi da quelli per cui erano stati inizialmente concessi che leda gli interessi finanziari dell'Unione», allorché tali condotte siano commesse al fine di procurare all'autore del reato o ad altri un ingiusto profitto arrecando pregiudizio agli interessi finanziari dell'Unione.

La formulazione della fattispecie in questi termini invero desta qualche perplessità con riferimento in particolare all'ultima ipotesi, ovvero quella distrattiva, per due ordini di motivi:

a) non si capisce esattamente per quale ragione il pregiudizio agli interessi finanziari dell'Unione venga indicato espressamente, se cioè tale formulazione

vada considerata una precisa scelta nel senso di configurare quest'unica ipotesi come reato di evento, a differenza delle altre due ipotesi, in relazione alle quali il pregiudizio non viene richiesto, se non nella clausola iniziale, all'interno della quale potrebbe essere interpretata come oggetto del dolo specifico, insieme con il profitto ingiusto; o se, invece, si tratti di una mera svista nella redazione della disposizione, visto che tale precisazione non figura nell'omologa disposizione, relativa alle spese non in materia di appalti.

Il gerundio, inoltre, utilizzato nella clausola iniziale («arrecando pregiudizio agli interessi finanziari dell'Unione») non è chiaro se rappresenti il mero oggetto del dolo specifico, insieme con il profitto ingiusto, ovvero l'evento di tutte le condotte considerate nelle ipotesi successivamente elencate (se così fosse, la precisazione relativa alla lesione degli interessi finanziari contenuta nella disposizione concernente la distrazione sarebbe del tutto pleonastica e priva di ogni rilievo autonomo).

Se poi si guarda alla speculare fattispecie prevista dalla lettera a), relativa invece alle spese non in materia di appalti, non è indicata alcuna precisazione in merito né all'ingiusto profitto, né al pregiudizio agli interessi finanziari dell'Unione, che non vengono configurati né come oggetti del dolo specifico, né tanto meno come eventi, né nell'ipotesi distrattiva si richiede l'effettiva lesione di tali interessi in via autonoma.

In effetti, non si capisce quali possano essere state le valutazioni operate e la *ratio* che abbia ispirato tale scelta, poiché se l'obiettivo fosse stato quello di differenziare le due ipotesi, prevedendo una tutela anticipata per le condotte ricadenti sulle spese in materia di appalti (caratterizzate dal dolo specifico sia con riguardo al profitto ingiusto, sia in relazione al pregiudizio agli interessi finanziari), la previsione della lesione effettiva degli interessi finanziari nel solo caso di distrazione andrebbe letta nel senso di ancorare la fattispecie ad elementi maggiormente concreti, in mancanza delle condotte di appropriazione e ritenzione, che invece caratterizzano in senso più marcatamente oggettivo le fattispecie precedenti. Una tale scelta potrebbe trovare ragion d'essere nel particolare allarme che siffatti comportamenti illeciti possono arrecare nell'ambito dei contratti e degli appalti pubblici, giustificando pertanto un'anticipazione della tutela penale.

Il secondo ordine di ragioni attiene alla circostanza secondo cui, in seguito all'introduzione della predetta lettera b) è stata eliminata la disposizione di cui all'art. 4, par. 1 (ed il correlativo *considerando 7-bis*), contenuta nella proposta di direttiva originariamente presentata dalla Commissione, che prevedeva l'ipotesi dell'irregolarità nelle procedure di gara, la formulazione della quale destava non poche perplessità, rischiando inoltre di sovrapporsi all'ambito di applicazione del nuovo art. 3, par. 1, lettera b), dal quale è scomparso tuttavia qualsiasi riferimento

alla distorsione della concorrenza e che va altresì collegato alla fattispecie prevista dal par. 4 dell'art. 4, rubricata "appropriazione indebita", che in effetti punisce anche condotte di natura distrattiva e che dovrebbe considerarsi pertanto una fattispecie di carattere generale rispetto a quella di frode della lett. b, limitata esclusivamente all'ambito degli appalti.

### 5.2. *I reati connessi alla frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione e le fattispecie corruttive*

Le fattispecie corruttive vengono annoverate nella direttiva tra i *reati connessi alla frode che ledono gli interessi finanziari dell'Unione*, previsti dall'art. 4.

Per quanto concerne le fattispecie corruttive, la scelta di criminalizzazione operata dalla proposta di direttiva ricomprende le condotte di corruzione antecedente attiva e passiva (art. 4, par. 3).

Sul versante attivo, viene ritenuto punibile il comportamento di chiunque promette, offre o procura a un funzionario, direttamente o tramite un intermediario, un vantaggio di qualsiasi natura per il funzionario stesso o per un terzo, affinché questi compia o ometta un atto proprio delle sue funzioni o nell'esercizio di queste, che lede o potrebbe ledere gli interessi finanziari dell'Unione.

Sul versante passivo, è punita la condotta del funzionario che, direttamente o tramite un intermediario, solleciti o riceva vantaggi di qualsiasi natura per sé o per un terzo, o ne accetti la promessa per compiere o omettere un atto proprio delle sue funzioni o nell'esercizio di queste, che lede o potrebbe ledere gli interessi finanziari dell'Unione.

Operando una valutazione delle fattispecie in esame rispetto all'*acquis* precedentemente indicato, sembra di potere formulare alcuni rilievi. In primo luogo, va evidenziata la chiara opzione della proposta di direttiva con riguardo al bene giuridico protetto, nel senso di restringerlo al solo pregiudizio agli interessi finanziari dell'Unione, che caratterizza in termini oggettivi, come lesione effettiva o potenziale, l'atto d'ufficio compiuto o omissso dal pubblico funzionario, che deve rientrare nelle sue funzioni (o nell'esercizio di esse), pur non connotandosi in termini di contrarietà ai doveri del suo ufficio.

Le due condotte incriminate sul versante attivo e passivo sono costruite autonomamente, sembrando pertanto rappresentare due ipotesi autonome di reato (così operando in effetti una scelta ampiamente seguita anche nelle legislazioni di numerosi Stati membri), in contrasto tuttavia con la formulazione delle fattispecie corruttive nell'ordinamento italiano, che rappresentano, come è noto, secondo la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie, reati a concorso necessario bilaterale.

Non si fa riferimento alla natura indebita del vantaggio, né alla proporzione tra le controprestazioni. La mancata qualificazione dei vantaggi in termini di

indebito costituisce, in mancanza del riferimento al compimento di un atto in violazione di doveri d'ufficio<sup>40</sup>, un problema, in quanto potrebbe dar vita ad applicazioni eccessivamente ampie. Le stesse considerazioni valgono per l'ipotesi di corruzione attiva. Il fatto che il compimento o l'omissione dell'atto funzionale o adottato nell'esercizio delle funzioni debba avvenire in modo tale da ledere effettivamente o potenzialmente gli interessi finanziari dell'Unione non comporta infatti automaticamente la natura indebita del vantaggio pattuito.

La capacità lesiva della condotta risiede nell'accordo illecito fondato sul compimento o sull'omissione di un atto lesivo (anche in via solo potenziale) degli interessi finanziari dell'Unione, con una conseguente notevole restrizione dell'ambito applicativo della disposizione. Una tale formulazione esclude la possibilità di sussumere nella fattispecie in esame condotte totalmente sganciate dalla possibilità di individuare l'atto o gli atti dai quali scaturisce il danno o la minaccia per gli interessi finanziari (come ad esempio, ipotesi di corruzione per l'esercizio della funzione, come quella prevista nell'ambito dell'ordinamento italiano, ai sensi dell'art. 318 c.p., o ipotesi di accettazione/corresponsioni di vantaggi come *Vorteilsannahme/Vorteilsgewährung*, previste rispettivamente dai §§ 331 e 333 StGB, nell'ordinamento tedesco, pur sempre correlate all'esercizio della funzione, o *Offences of bribing another person/Offences relating to being bribed*, rispettivamente previste dalla *section 1*, par. 2, e dalla *section 2*, par. 4, del *Bribery Act*, nell'ordinamento britannico, in cui vengono punite rispettivamente la corresponsione e l'accettazione di vantaggi che rappresentino di per sé uno svolgimento improprio della funzione o dell'attività in questione).

Una tale formulazione solidamente ancorata al compimento o all'omissione di un atto funzionale risponde maggiormente ai principi generali dell'offensività, della sufficiente determinatezza e tassatività, nella misura in cui è reso evidente l'elemento oggettivo della condotta, a cui viene ricollegato il disvalore, ovvero

<sup>40</sup> Tale requisito della contrarietà degli atti ai doveri d'ufficio risulta presente in una versione intermedia della formulazione delle presenti fattispecie, poi non approdata nell'accordo preliminare raggiunto il 1° febbraio 2017 (cfr. il documento del Consiglio n. 14225/16, del 15 novembre 2016, ove le fattispecie vengono delineate come segue: «passive corruption means the action of a public official, who, directly or through an intermediary, requests or receives advantages of any kind whatsoever, for himself or for a third party, or accepts a promise of such an advantage, to act or to refrain from acting in accordance with his duty or in the exercise of his functions *in breach of his official duties* in a way which damages or is likely to damage the Union's financial interests» e «active corruption means the action of whosoever promises, offers or gives, directly or through an intermediary, an advantage of any kind whatsoever to a public official for himself or for a third party for him to act or to refrain from acting in accordance with his duty or in the exercise of his functions *in breach of his official duties* in a way which damages or is likely to damage the Union's financial interests».

l'atto funzionale individuato o individuabile, che determina la lesione effettiva o potenziale degli interessi finanziari dell'Unione, così superando i problemi applicativi, scaturiti in quegli ordinamenti giuridici che hanno introdotto invece fattispecie del tipo di quelle indicate in precedenza, prive di un collegamento immediato con il compimento di un atto funzionale, con riguardo alle quali risulta spesso di difficile individuazione il confine tra lecito ed illecito, nel rispetto inoltre del principio di sussidiarietà nell'utilizzo del diritto penale.

In prima lettura il Parlamento aveva proposto alcune lievi variazioni, configurando la fattispecie di corruzione passiva a carico del funzionario che, direttamente o tramite un intermediario, solleciti o *accetti in anticipo* vantaggi di qualsiasi natura, o *la promessa di siffatti vantaggi*, per sé o per un terzo, per compiere, *ritardare od* omettere un atto proprio delle sue funzioni o nell'esercizio di queste, che *sia o meno in violazione dei suoi obblighi ufficiali, in un modo che leda o sia suscettibile di ledere* gli interessi finanziari dell'Unione, aggiungendo tra le condotte incriminate l'accettazione in anticipo ed il ritardo ed individuando la capacità lesiva nei confronti degli interessi finanziari dell'UE riferita alle modalità di realizzazione dell'atto e non all'atto stesso.

Sul versante attivo, veniva proposto di configurare la fattispecie nei seguenti termini: chiunque prometta, *offra* o procuri a un funzionario, direttamente o tramite un intermediario, un vantaggio di qualsiasi natura per il funzionario stesso o per un terzo, affinché questi compia, *ritardi od* ometta un atto proprio delle sue funzioni o nell'esercizio di queste, *in un modo che leda o sia suscettibile di ledere* gli interessi finanziari dell'Unione, o *l'azione di chiunque abbia avuto tali comportamenti in passato*.

Veniva pertanto aggiunta la nuova modalità della condotta, consistente nell'offerta ed una precisazione finale che potrebbe rappresentare un modo per fugare ogni dubbio sulla possibilità di configurare la condotta incriminata anche nel caso in cui manchi una contestualità temporale tra le due controprestazioni, ovvero nelle ipotesi in cui intercorra un certo lasso temporale tra la prestazione del privato e la controprestazione del pubblico funzionario (che talvolta potrebbe rappresentare un *escamotage* artatamente studiato dai soggetti attivi per rendere meno identificabile la correlazione, il nesso, tra esse).

La versione presentata in seguito dal Consiglio risulta ampiamente coincidente con la proposta originaria della Commissione, con l'aggiunta dell'offerta tra le modalità di realizzazione della condotta di corruzione attiva, come suggerito dal Parlamento.

Viene inoltre definitivamente abbandonato il riferimento alla violazione dei doveri d'ufficio come nota caratterizzante l'atto oggetto della pattuizione illecita ai danni degli interessi finanziari dell'Unione, che, come già precisato, aveva fat-

to nuovamente la sua comparsa in alcuni dei testi circolati in seno al Consiglio, probabilmente con l'intento di restringere i margini di operatività della norma.

### 5.3. *La definizione di “funzionario” nella direttiva PIF.*

Sulla base della proposta originaria di direttiva PIF del 2012 il “funzionario” veniva individuato in colui che esercita *funzioni di pubblico servizio* per l'Unione o negli Stati membri o in *paesi terzi*, svolgendo *mansioni legislative, amministrative o giudiziarie*; colui che esercita *funzioni di pubblico servizio* per l'Unione o negli Stati membri o in paesi terzi, *senza svolgere tali mansioni*, e *partecipi alla gestione degli interessi finanziari dell'Unione o alle decisioni che li riguardano* (art. 4, par. 5).

È chiaro come nella formulazione originariamente proposta dalla Commissione, si accogliesse una concezione prettamente oggettiva della definizione di pubblico funzionario (come previsto dal codice penale italiano agli artt. 357 e 358, in seguito alla riforma intervenuta nel 1990), modificando l'impostazione contenuta nei precedenti strumenti relativi alla tutela degli interessi finanziari, come l'art. 1 del I protocollo alla Convenzione PIF e l'art. 2 della proposta di direttiva relativa alla tutela degli interessi finanziari sovranazionali del 2001, ed avvicinandosi maggiormente invece alle definizioni contenute nelle Convenzioni in materia di corruzione del Consiglio d'Europa e dell'ONU, sulla base di quella nozione ampia di *acquis* proposta all'inizio del presente lavoro<sup>41</sup>.

Occorre tra l'altro rilevare come la nozione di “partecipazione alla gestione o alle decisioni” concernenti gli interessi finanziari dell'Unione, in sé non particolarmente chiara e suscettibile di diverse interpretazioni, sembrava riferirsi ad attività che, pur non comportando l'attribuzione delle mansioni predette, fossero in grado di incidere sull'esito finale della gestione o delle decisioni che concernono gli interessi finanziari dell'Unione.

Tale definizione subisce un'inversione di tendenza ad opera del Parlamento, in quanto si assiste ad un ritorno alla definizione, contenuta nel I Protocollo della Convenzione PIF, nelle sue diverse articolazioni, alla luce della quale rientra in tale nozione qualsiasi funzionario sia dell'Unione che nazionale, ivi compresi qualsiasi funzionario nazionale di un altro Stato membro e qualsiasi funzionario nazionale di un Paese terzo.

Si intende per “funzionario dell'Unione”:

i) qualsiasi persona che rivesta la *qualifica di funzionario* o di *agente* assunto *per contratto* ai sensi dello *statuto dei funzionari dell'Unione europea* o del regime applicabile agli altri agenti dell'Unione europea (“statuto dei funzionari”);

<sup>41</sup> Si veda in questo senso *Commission Staff Working Paper - Impact Assessment (Part I)*, Brussels, 11.07.2012 SWD(2012) 195 final, p. 7.



ii) qualsiasi *persona comandata dagli Stati membri* o da qualsiasi *ente pubblico o organismo privato presso un'istituzione, un organo o un organismo dell'Unione europea*, che vi eserciti *funzioni corrispondenti* a quelle esercitate dai *funzionari o dagli altri agenti dell'Unione*.

Sono assimilati ai funzionari dell'Unione i membri e il personale degli organi, organismi e servizi dell'Unione costituiti secondo i trattati e il personale di detti organi e organismi cui non si applica lo statuto dei funzionari dell'Unione Europea.

Tuttavia, nel caso di procedimenti giudiziari che coinvolgono un funzionario di uno Stato membro, o un funzionario nazionale di un Paese terzo, avviati da un altro Stato membro, quest'ultimo ha l'obbligo di applicare la definizione di "funzionario nazionale" soltanto nella misura in cui tale definizione sia compatibile con il suo diritto interno.

Viene inserita una sorta di clausola di chiusura, sulla base della quale rientra altresì nella definizione di funzionario *qualsiasi altra persona a cui siano state assegnate e che eserciti funzioni di pubblico servizio che implicino la gestione degli interessi finanziari dell'Unione o che li riguardano negli Stati membri o in paesi terzi*, che rappresenta un residuo della concezione oggettiva, precedentemente accolta dalla proposta originariamente presentata dalla Commissione.

Il Consiglio accoglie della definizione di funzionario una nozione in parte riproduttiva di quella formulata dal Parlamento in prima lettura, in parte ispirata a quella accolta dalla proposta della Commissione.

È funzionario, quindi, qualsiasi "funzionario dell'Unione" o "funzionario nazionale", compresi i funzionari nazionali di un altro Stato membro e i funzionari nazionali di un Paese terzo;

i) per "funzionario dell'Unione" s'intende:

- qualsiasi persona che rivesta la qualifica di funzionario o di agente assunto per contratto ai sensi dello statuto dei funzionari dell'Unione europea o del regime applicabile agli altri agenti dell'Unione europea stabilito dal Regolamento (CEE, Euratom, CECA) n. 259/68 del Consiglio ("statuto dei funzionari");
- qualsiasi persona *distaccata* dagli Stati membri o da qualsiasi organismo pubblico o privato presso l'Unione che vi eserciti funzioni corrispondenti a quelle esercitate dai funzionari o dagli altri agenti dell'Unione.

Fatte salve le disposizioni sui privilegi e le immunità di cui ai protocolli 3 e 7 allegati al TUE e al TFUE, sono assimilati ai funzionari dell'Unione i membri di istituzioni, organi o organismi istituiti a norma dei trattati e il relativo personale cui non si applica lo statuto dei funzionari dell'Unione europea o il regime applicabile agli altri agenti dell'Unione Europea.

Il termine "funzionario nazionale" comprende qualsiasi persona che eserciti una *funzione esecutiva, amministrativa o giurisdizionale a livello nazionale, re-*

*gionale o locale.* È assimilata ad un funzionario nazionale qualsiasi persona che eserciti una *funzione legislativa* a livello nazionale, regionale o locale.

Rientra in tale nozione inoltre qualunque altra persona a cui siano state assegnate o che eserciti funzioni di pubblico servizio che implichino la gestione degli interessi finanziari dell'Unione, o decisioni che li riguardano, negli Stati membri o in paesi terzi.

La definizione accolta nell'originaria proposta, pur discostandosi dall'*acquis* strettamente esistente in materia di tutela degli interessi finanziari, aveva il pregio di semplificare la disposizione e di fondare la sussistenza della qualifica sull'attività funzionale effettivamente svolta, rappresentando un cambio di paradigma verso un ambito applicativo maggiormente ancorato a presupposti materiali e non solo formali, legati alla sussistenza di incarichi o nomine ufficiali.

Non vanno trascurate, tuttavia, le considerazioni che hanno indotto Parlamento e Consiglio a tornare alle nozioni consolidate, principalmente ispirate dalla consapevolezza di un più agevole e pronto accoglimento da parte degli Stati, in quanto largamente coincidenti rispetto alle disposizioni vigenti in materia di tutela degli interessi finanziari dell'Unione e pertanto già oggetto di recepimento da parte degli Stati.

La soluzione prescelta da ultimo nella redazione definitiva della direttiva pertanto si fonda su un duplice approccio soggettivo (con particolare riguardo alla definizione di "funzionario dell'Unione") ed oggettivo, in quanto, pur non volendosi discostare completamente dagli strumenti esistenti in materia di tutela degli interessi finanziari, probabilmente sulla scorta delle preoccupazioni relative alle effettive future possibilità di recepimento da parte degli Stati, ha mantenuto quell'approccio funzionale-oggettivo, sganciato da profili eminentemente formalistici, che era stato accolto nella proposta originariamente presentata dalla Commissione, che rappresenta un passo in avanti verso una *deformalizzazione*, che tuttavia richiede l'ancoraggio a parametri di carattere oggettivo per ritenere sussistente la predetta qualifica.

Risulta inoltre una soluzione innovativa rispetto alle disposizioni esistenti nell'ambito della tutela degli interessi finanziari ed anche a quelle della precedente proposta di direttiva in materia l'estensione della definizione di funzionario anche a coloro che svolgano analoghe mansioni in Paesi terzi, con la conseguenza di estendere le fattispecie corruttive, sia nella forma attiva, sia nella forma passiva, anche a tali soggetti. Tale soluzione si pone in linea invece con la Convenzione penale del Consiglio d'Europa, come si evince dagli articoli 5 e 6, che richiamano in relazione agli obblighi di penalizzazione della corruzione di agenti pubblici stranieri e di membri di assemblee pubbliche straniere, entrambe le disposizioni relative alla corruzione attiva e passiva, rispettivamente contenute negli articoli 2 e 3, sia con la

Convenzione ONU, con particolare riferimento all'art. 16, par. 2, che tuttavia non è formulato con le stesse modalità del paragrafo 1, relativo invece alla corruzione attiva, ove in maniera espressa si fa riferimento alla circostanza che la condotta deve essere stata perpetrata con lo scopo «di ottenere o conservare un'attività commerciale od un altro indebito vantaggio in relazione ad attività di commercio internazionale». Ciò significa che nel caso della corruzione attiva, l'agente deve agire con un doppio dolo specifico, ovvero affinché il funzionario compia o si astenga dal compiere un atto nell'esercizio delle sue funzioni e al fine appunto di realizzare un obiettivo di natura commerciale. Di contro è piuttosto coerente che la condotta del funzionario straniero non sia caratterizzata da questo secondo scopo. Ciononostante, data la formulazione del primo comma e basandosi su una lettura sistematica delle due disposizioni del primo e secondo comma, sembra più corretto ritenere che l'atto d'ufficio che il funzionario deve compiere o astenersi dal compiere sia attinente ad attività commerciali aventi una dimensione internazionale, di modo che esso sia in grado di incidere su profili attinenti a tali attività.

La previsione della punibilità delle condotte di corruzione passiva perpetrate da pubblici funzionari stranieri può porre una serie di problemi sia di natura dogmatica, sia di natura pratica. Da un punto di vista dogmatico, si è sottolineato infatti come tendenzialmente la punibilità delle condotte tenute da funzionari di Stati stranieri debba spettare a questi ultimi, nell'ottica di non estendere eccessivamente la giurisdizione a danno della sovranità di altri Stati. In ossequio, inoltre, al principio di sussidiarietà e di *extrema ratio* che presiedono alla materia penale, sarebbe maggiormente coerente non sottoporre a pena tali comportamenti per non attribuire una funzione oltremodo moralizzatrice al diritto penale anche nei confronti di Stati sovrani, che potrebbero (dovrebbero) autonomamente poter disporre del magistero punitivo nei confronti dei loro funzionari sulla base delle norme e delle regole proprie del loro ordinamento. Da un punto di vista pratico, il perseguimento di condotte tenute da pubblici funzionari presso Stati terzi risulta particolarmente difficile in ordine sia alla conduzione di atti investigativi, sia al reperimento del necessario materiale probatorio.

D'altro canto non si può sottacere come le condotte di corruzione internazionale siano idonee ad arrecare un grave pregiudizio alla correttezza delle regole di mercato che garantiscono la libera concorrenza e il libero scambio, che ormai hanno assunto una dimensione globale, in tal modo incidendo negativamente sulle economie di tutti i Paesi del mondo, ed in particolare su quelle dei Paesi più poveri, così indebolendo anche le stesse strutture democratiche di tali Paesi. In ultima analisi fenomeni diffusi di corruzione a livello internazionale avrebbero la capacità di frenare lo sviluppo economico-sociale dei Paesi più deboli e di accrescere le condizioni di povertà di questi ultimi. In una tale ottica, pertanto, sarebbe interesse di

ciascuno Stato punire la corruzione passiva perpetrata anche da pubblici funzionari stranieri con l'obiettivo di proteggere i diritti umani e di adempiere ad un obbligo di solidarietà nei confronti dei Paesi maggiormente esposti a tali fenomeni<sup>42</sup>.

5.4. *Le altre fattispecie rientranti nella nozione di reato connesso alla frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione.*

L'art. 4, par. 2, fa riferimento alla legislazione relativa alla lotta al riciclaggio di denaro rispetto al riciclaggio dei proventi dei reati sanzionati nella direttiva, cosicché gli Stati membri sono tenuti a configurare come reato questa tipologia di riciclaggio. In particolare, nei documenti più recenti e nell'accordo preliminare si fa riferimento alla definizione contenuta nell'articolo 1, par. 3, della Direttiva 2015/849<sup>43</sup>, adottata nelle more dell'approvazione della direttiva in esame.

Nella formulazione originaria della proposta di direttiva l'art. 4, par. 4, prevedeva la fattispecie di *ritenzione illecita*, che rappresentava una novità rispetto al I Protocollo della Convenzione PIF. Essa configurava come reato la condotta «intenzionale del funzionario di impegnare o erogare fondi o di appropriarsi di beni o utilizzarli, per uno scopo diverso da quello per essi previsto e nell'intento di

<sup>42</sup> Per tale differente prospettiva, condivisa invero anche nell'ambito delle istituzioni europee, cfr. M. PIETH, *Strafzweck - Warum bestrafen wir Auslandsbestechung? Auslandsbestechung, internationaler Wettbewerb und universale Menschenrechte*, in E. HOVEN - M. KUBICIEL (a cura di), *Das Verbot der Auslandsbestechung*, Baden-Baden, Nomos, 2016, p. 19 ss.

<sup>43</sup> Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2015/849/UE, relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo, che modifica il Regolamento UE n. 648/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e la direttiva 2006/70/CE della Commissione, adottata il 20 maggio 2015, pubblicata in *GUUE* 05.06.2015, L 141, 73-117.

Art. 1, par. 3: «Ai fini della presente direttiva le seguenti azioni, se commesse intenzionalmente, costituiscono riciclaggio: a) la conversione o il trasferimento di beni effettuati essendo a conoscenza che essi provengono da un'attività criminosa o da una partecipazione a tale attività, allo scopo di occultare o dissimulare l'origine illecita dei beni medesimi o di aiutare chiunque sia coinvolto in tale attività a sottrarsi alle conseguenze giuridiche delle proprie azioni; b) l'occultamento o la dissimulazione della reale natura, provenienza, ubicazione, disposizione, movimento, proprietà dei beni o dei diritti sugli stessi, effettuati essendo a conoscenza che tali beni provengono da un'attività criminosa o da una partecipazione a tale attività; c) l'acquisto, la detenzione o l'utilizzazione di beni essendo a conoscenza, al momento della loro ricezione, che tali beni provengono da un'attività criminosa o da una partecipazione a tale attività; d) la partecipazione ad uno degli atti a), b) e c), l'associazione per commettere tale atto, il tentativo di perpetrarlo, il fatto di aiutare, istigare o consigliare qualcuno a commetterlo o il fatto di agevolare l'esecuzione».

Par. 4: «Il riciclaggio è considerato tale anche se le attività che hanno generato i beni da riciclare si sono svolte nel territorio di un altro Stato membro o di un Paese terzo».

ledere gli interessi finanziari dell'Unione», in relazione alla quale la lesione degli interessi finanziari sembrava rappresentare l'oggetto del dolo specifico, comportando pertanto un'anticipazione della tutela penale.

Il Parlamento modificava la formulazione della fattispecie, configurandola nei termini seguenti: «l'azione del funzionario di impegnare o erogare fondi o di appropriarsi di beni o utilizzarli, per uno scopo diverso da quello per essi previsto, che leda gli interessi finanziari dell'Unione». Si aveva di conseguenza un reato di evento, ai fini della cui configurabilità la lesione degli interessi finanziari doveva verificarsi come conseguenza della condotta.

Il Consiglio riformula e riqualifica la fattispecie, richiedendo che «Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché, se intenzionale, l'appropriazione indebita costituisca reato.

Ai fini della presente direttiva, s'intende per [...] appropriazione indebita [...] l'azione del funzionario, incaricato direttamente o indirettamente della gestione di fondi o beni, tesa a impegnare o erogare fondi o ad appropriarsi di beni o utilizzarli per uno scopo diverso da quello per essi previsto, che leda gli interessi finanziari dell'Unione».

Si ha quindi una diversa qualificazione in termini di appropriazione indebita, e non più di ritenzione illecita, nonostante la formulazione della fattispecie venga mantenuta sostanzialmente inalterata rispetto a quella proposta dal Parlamento, con l'aggiunta dell'opportuna precisazione del nesso tra i beni o fondi gestiti ed il funzionario. Tuttavia, il riferimento ad ipotesi nelle quali il funzionario pubblico sia incaricato indirettamente della gestione di fondi o beni può determinare esiti interpretativi particolarmente estensivi. Sarebbe opportuna un'interpretazione che miri a restringerne l'applicazione ai soggetti che possano vantare un qualche tipo di collegamento funzionale (come accade nell'ambito dell'ordinamento italiano con riguardo alla fattispecie di peculato, in relazione alla nozione di "possesso o disponibilità per ragioni d'ufficio o di servizio", ai sensi dell'art. 314 c.p.)<sup>44</sup> con i fondi e i beni sui quali ricade la condotta o che comunque abbiano

<sup>44</sup> Cfr. C. BENUSSI, *Diritto Penale della Pubblica Amministrazione*, Padova, Cedam-Wolters Kluwer, 2016, p. 90 ss.; F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale, Parte speciale - II*, Milano, Giuffrè, 2016, pp. 379-380; F. CARINGELLA - M. DE PALMA - S. FARINI - A. TRINCI, *Manuale di Diritto Penale - Parte speciale*, Roma, Dike Giuridica, 2016, pp. 147-148; S. SEMINARA, *Art. 314*, in G. FORTI - S. SEMINARA - G. ZUCCALÀ, *Commentario breve al Codice Penale*, Milanofiori Assago, Wolters Kluwer, 2017, p. 1010 ss.; C. BENUSSI, *Art. 314*, in E. DOLCINI - G. GATTA (a cura di), *Codice penale commentato*, Tomo II - Artt. 314-592, Milanofiori Assago, Wolters Kluwer, 2015, pp. 20-22; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, *Art. 314-335-bis cod. pen.*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 28-30; G. COCCO - E.M. AMBROSETTI - E. MEZZETTI, *Reati contro i beni pubblici. Stato, amministrazione pubblica e della giustizia, ordine*

un potere decisionale determinante, legato alla funzione o al servizio espletati, con riguardo alla gestione su questi.

La fattispecie è configurata in termini di reato di danno (lesione effettiva degli interessi finanziari), con formulazione piuttosto criptica delle modalità di realizzazione della condotta. La locuzione “azione [...] tesa a” farebbe pensare ad un dolo specifico, che tuttavia non risulta poi perfettamente coerente con la necessaria verificazione del danno. Inoltre non appare chiaro se tutte le attività che potrebbero rappresentare oggetto del dolo specifico (impegnare, erogare fondi, appropriarsi, utilizzare) siano accomunate dalla circostanza di essere orientate ad “uno scopo diverso da quello per essi previsto”, in quanto, se così fosse, non si capirebbe come potrebbe farsi ad appropriarsi per uno scopo diverso, senza ricadere nelle altre ipotesi, e priverebbe il verbo appropriarsi della sua connotazione centrale, ovvero quella di determinare un’*interversio possessionis* che per la sua definitività non può lasciare adito a dubbi in merito alla lesività del bene tutelato. Sarebbe stato probabilmente più opportuno distinguere tra l’ipotesi propriamente appropriativa (da svincolare dal collegamento con lo scopo diverso da quello previsto) e le altre ipotesi di natura distrattiva, che assumono rilevanza solo in collegamento allo scopo diverso per cui siano impegnati, erogati i fondi o utilizzati i beni. Senza considerare le difficoltà relative all’individuazione dell’esatta portata interpretativa della condotta di distrazione, come è testimoniato dall’esperienza della realtà applicativa italiana precedente all’entrata in vigore della legge n. 86/1990, che ha appunto espunto le condotte distrattive dalla fattispecie di peculato, in considerazione delle incoerenze

*pubblico*, Padova, Cedam, 2013, pp. 202-204; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale - Parte speciale*, Bologna, Zanichelli, 2012, pp. 192-194; A. PAGLIARO - M. PARODI-GIUSINO, *Principi di Diritto Penale. Parte speciale*, vol. I, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 80 ss. Sulle applicazioni giurisprudenziali di tale locuzione, cfr. L.D. CERQUA (aggiornato da P. Capoti), *Art. 314*, in G. FORTI - S. SEMINARA - G. ZUCCALÀ, *Commentario breve al Codice Penale*, Milanofiori Assago, Wolters Kluwer, 2016, p. 1436 ss.; P. PISA, *Giurisprudenza commentata di diritto penale*, vol. II, *Delitti contro la pubblica amministrazione e contro la giustizia*, con la collaborazione di Anna Maria Peccioli, Padova, Cedam, 2016, p. 109 ss. In linea di massima la dottrina maggioritaria tende ad escludere la configurabilità della fattispecie nelle ipotesi di rapporti meramente occasionali tra il possesso della *res* oggetto di appropriazione e l’esercizio delle funzioni del pubblico ufficiale, ritenendo necessaria una dipendenza funzionale del possesso dall’esercizio di una pubblica funzione o dall’espletamento di un pubblico servizio, ovvero nella competenza funzionale sia pure generica del pubblico funzionario. In giurisprudenza, invece, esistono orientamenti di contrario avviso, che ritengono sussistente la ragione d’ufficio o di servizio allorché esista un rapporto che consenta al pubblico funzionario di inserirsi di fatto nel maneggio o nella disponibilità materiale della cosa, trovando nelle proprie pubbliche funzioni o servizi solo l’occasione per tale comportamento, ad esempio cfr. Cass. pen., Sez. VI, 8 agosto 2013, n. 34489, rv. 256120.

applicative alle quali si era giunti, lasciando tuttavia notevoli dubbi interpretativi sull'esatta portata della nozione di appropriazione, rilevante ai sensi dell'art. 314 c.p.<sup>45</sup>. Nella fattispecie in esame tuttavia le condotte distrattive saranno rilevanti solo ove esse siano effettivamente lesive degli interessi finanziari dell'Unione.

Con specifico riguardo all'elemento soggettivo, è prevista una disposizione di carattere generale, che richiede il dolo (*intention*) per tutte le fattispecie incriminatrici previste, con una precisazione, invero riscontrabile in molti strumenti normativi europei, secondo cui l'elemento soggettivo del dolo risulta deducibile anche da circostanze materiali oggettive<sup>46</sup>, con tutta una serie di ricadute potenzialmente negative in termini di sacrificio dei coefficienti più marcatamente volontaristici del dolo, oggetto di forte rivalutazione oggi in particolare nell'ordinamento italiano (anche in seguito al ruolo svolto al riguardo dalla giurisprudenza, per esempio in materia di dolo eventuale con la sentenza *ThyssenKrupp*). L'obbligo d'incriminazione non si estende, di contro, a coefficienti psicologici di natura colposa (come l'imprudenza e la negligenza gravi, ammesse invece dal *Corpus Juris* 2000 in relazione ai reati assimilati alla frode<sup>47</sup>). Si tratta certamente di solu-

<sup>45</sup> Cfr. G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale - Parte speciale*, cit., pp. 185-186. *Contra* A. PAGLIARO - M. PARODI-GIUSINO, *Principi di Diritto Penale. Parte speciale*, vol. I, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, cit., 41 ss., che ritiene la distrazione a profitto privato (proprio o altrui) rientrante nel concetto di appropriazione ed in ogni caso nel delitto di peculato ogni deviazione del denaro o della cosa mobile da una finalità ad un'altra; A. MAUGERI, *Peculato per appropriazione e condotte distrattive*, in *IP*, 1993, p. 737 ss., con riguardo alle condotte distrattive ad esclusiva finalità privata. Una soluzione parzialmente diversa viene prospettata da S. SEMINARA, *Art. 314*, cit. p. 1015 ss, che ritiene sussistente una distrazione sussumibile nell'art. 314, quando l'*interversio possessionis* abbia definitivamente interrotto la relazione funzionale tra bene e suo legittimo proprietario. La giurisprudenza risulta piuttosto ondivaga sul punto con una tendenza ad ampliare la nozione di appropriazione, facendovi qualche volta rientrare anche forme distrattive pure.

<sup>46</sup> Cfr. *considerando* n. 11 del testo della proposta di direttiva oggetto della posizione del Consiglio (5 aprile 2017 - doc. 6182/17): «[...] il carattere intenzionale di un'azione o di un'omissione può essere dedotto da circostanze materiali oggettive. [...]».

<sup>47</sup> Si veda in questo senso l'art. 9 del *Corpus Juris* 2000, che stabilisce: «Si richiede il dolo per tutti i reati sopra definiti, salvo per i reati assimilati alla frode al bilancio comunitario (art. 1) per i quali è sufficiente l'imprudenza o la negligenza gravi». Nella relativa disposizione di attuazione vengono definiti i coefficienti psicologici indicati, richiedendo ai fini della sussistenza dell'imprudenza grave che "l'agente assuma consapevolmente un rischio che conduca alla realizzazione del reato, se un tale rischio appare irragionevole alla luce delle circostanze"; ai fini della configurabilità della negligenza grave, che il rischio risulti evidente in relazione alle circostanze conosciute dall'agente, anche se questi non ne sia consapevole. Cfr. G. GRASSO - R. SICURELLA (a cura di), *Il Corpus Juris 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, cit., p. 358.

zione condivisibile, che prende le distanze invece dalle considerazioni contenute nel documento di valutazione d'impatto redatto dalla stessa Commissione, ove si caldeggiava l'introduzione dell'imputazione a titolo di colpa in particolare in relazione a qualche fattispecie incriminatrice<sup>48</sup>.

### 5.5. *Le disposizioni di parte generale previste dalla direttiva PIF.*

Nel testo della proposta di direttiva originariamente presentato dalla Commissione era previsto un obbligo di penalizzazione in capo agli Stati membri con riguardo all'istigazione, al favoreggiamento, ed al concorso per tutte le ipotesi incriminatrici contemplate negli articoli 3 e 4.

La direttiva, nella sua formulazione definitiva, configura il tentativo solo per la frode (in relazione a tutte le ipotesi delineate) e l'appropriazione indebita (art. 5), probabilmente ritenendosi le ipotesi corruttive già caratterizzate da una certa anticipazione della tutela penale, incompatibile con la previsione della forma tentata. In base all'interpretazione che ne verrà data, potrà porre qualche problema la configurabilità del tentativo per la fattispecie di frode in materia di spese relative ad appalti.

Un ulteriore obbligo di incriminazione viene previsto, come di consueto, in relazione alla previsione della responsabilità delle persone giuridiche, che nella proposta originaria della Commissione veniva qualificata espressamente come di natura penale<sup>49</sup>. I presupposti in presenza dei quali tale responsabilità poteva sussistere consistevano nella commissione del reato da parte di soggetti detentori di una posizione preminente in seno alla persona giuridica e nella circostanza che tale reato fosse stato perpetrato a vantaggio dell'ente.

Il Parlamento ha sostanzialmente confermato tali disposizioni in prima lettura.

La formulazione definitiva della direttiva, invece, abbandona l'opzione penalistica, mantenendo la medesima formulazione della disposizione, eccezion

<sup>48</sup> Si veda in questo senso *Commission Staff Working Paper - Impact Assessment (Part I)*, Brussels, 11.07.2012 SWD(2012) 195 final, p. 25, ove si sottolinea come una tale previsione possa assumere il significato di «warning sign effect», spiegando pertanto una particolare efficacia deterrente.

<sup>49</sup> Proposta di direttiva PIF 2012, Art. 6: Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché le persone giuridiche possano essere ritenute *penalmente responsabili* dei reati di cui al Titolo II, commessi a loro vantaggio da qualsiasi soggetto, a titolo individuale o in quanto membro di un organismo della persona giuridica, che detenga una posizione preminente in seno alla persona giuridica, basata su:

- (a) il potere di rappresentanza di detta persona giuridica;
- (b) il potere di adottare decisioni per conto della persona giuridica, oppure
- (c) l'autorità sull'esercizio del controllo in seno a tale persona giuridica.



fatta per l'avverbio "penalmente", a titolo di connotazione della natura di tale responsabilità, che viene lasciata all'apprezzamento dei legislatori nazionali, con innegabili conseguenze deleterie in termini di armonizzazione delle legislazioni degli Stati sul punto.

#### 5.6. *Trattamento sanzionatorio e tempi di prescrizione.*

Nel *considerando* n. 18 della nuova direttiva PIF si anticipano le disposizioni concernenti le sanzioni da irrogare alle persone fisiche, poi delineate in modo progressivamente dettagliato nei diversi paragrafi di cui si compone l'art. 7. Alla generica tralattizia previsione di sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive (par. 1), si accompagna, infatti, l'obbligo per gli Stati di introdurre sanzioni privative della libertà personale (reclusione - *imprisonment*) come pene massime per i reati di frode (art. 3) e per gli altri reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione (art. 4), e tale obbligo si declina ancora più specificamente nella disposizione successiva ove vengono indicati altresì i minimi edittali delle pene massime, richiedendo che ove dalle condotte perpetrate derivino danni o vantaggi considerevoli il massimo edittale non possa essere inferiore a quattro anni di reclusione (par. 3), applicabile anche in presenza di circostanze gravi definite dal diritto nazionale, configurando possibili problemi di armonizzazione tra le legislazioni. Con specifico riguardo ai reati di corruzione, riciclaggio, appropriazione indebita e frode in materia di spese relative agli appalti<sup>50</sup>, i danni ed i vantaggi si presumono considerevoli quando siano di valore superiore a 100.000 euro.

Di contro, nell'ottica del ricorso al diritto penale come *extrema ratio*, la medesima disposizione limita l'obbligo di penalizzazione alle condotte connotate da un disvalore penale oggettivamente maggiore, consentendo l'adozione di misure diverse da quelle di natura penale nelle ipotesi in cui i danni o i vantaggi derivanti dalle condotte di frode (con esclusione di quelle relative alle entrate in materia di IVA), di corruzione, riciclaggio e appropriazione indebita siano inferiori a 10.000 euro.

Tale sistema di soglie di punibilità si combina con l'esplicita previsione nella disposizione successiva (art. 8) dell'obbligo a carico degli Stati di configurare come circostanza aggravante la commissione dei reati indicati dalla direttiva agli articoli 3 e 4 nell'ambito di un'organizzazione criminale, ai sensi della decisione quadro 2008/841/GAI, con un meccanismo solo parzialmente coincidente con quello in-

<sup>50</sup> Lo stesso vale per la frode in materia di spese non relative ad appalti e di entrate diverse dalle quelle derivanti dalle risorse proprie provenienti dall'IVA. In materia di entrate derivanti dalle risorse proprie provenienti dall'IVA, ove si tratti di condotte connesse al territorio di due o più Stati membri, dalle quali derivino danni complessivi pari ad almeno 10.000.000 di euro, il par. 3 (linea 3) contiene invece una presunzione in relazione alla natura considerevole dei vantaggi e dei danni.

valso in materia di corruzione nell'ordinamento italiano, ove spesso la giurisprudenza sussume sistemi complessi di corruzione nella fattispecie di cui all'art. 416 c.p. in combinato disposto con le disposizioni relative alle fattispecie incriminatrici concernenti la corruzione, dando vita in tal modo in effetti ad ipotesi autonome e non soltanto aggravate. Si tratta di un caso espressamente contemplato dal *considerando* n. 19 della direttiva che prevede come «Gli Stati membri non hanno l'obbligo di prevedere la circostanza aggravante qualora il diritto nazionale preveda che i reati definiti nella decisione quadro 2008/841/GAI siano puniti come un reato distinto e ciò può comportare livelli sanzionatori più severi».

La formulazione accolta in via definitiva dalla direttiva PIF rappresenta in effetti una soluzione di compromesso al ribasso in termini di armonizzazione dei limiti edittali rispetto alla proposta originaria presentata dalla Commissione, che, pur in presenza della medesima entità delle *soglie di sbarramento* dell'obbligo di penalizzazione concernenti l'entità dei danni o vantaggi (inferiori a 10.000 per consentire l'adozione di misure diverse da quelle penali), prevedeva poi una più precisa graduazione dei livelli sanzionatori in base al diverso disvalore delle condotte poste in essere, rapportato all'entità dei danni o vantaggi derivatine (superiori a 100.000 euro per frode, ritenzione illecita e irregolarità nelle comunicazioni per gare, appalti o sovvenzioni; superiori a 30.000 euro per riciclaggio e corruzione), specificando inoltre natura e misura della sanzione fino all'indicazione dei limiti minimi e massimi (pena detentiva corrispondente nel minimo a sei mesi e nel massimo a 5 anni), anche con riguardo alla circostanza aggravante della commissione dei predetti reati nell'ambito di un'organizzazione criminale (pena detentiva non inferiore nel massimo a 10 anni). Si precisa, inoltre, che ove la legislazione nazionale non preveda soglie di punibilità correlate all'entità di danni o vantaggi, gli Stati debbano comunque garantire che in sede applicativa i tribunali tengano conto di tale parametro al fine di graduare la misura della sanzione (*considerando* n. 18). Gli Stati hanno inoltre la possibilità di introdurre alcuni diversi elementi, come ad esempio la considerazione dei danni o vantaggi solo potenziali, ma di entità particolarmente consistente ai fini della valutazione della rilevanza di essi.

Il Parlamento, in prima lettura, modifica in parte le soglie, abbassando a 5.000 euro l'entità di danni o vantaggi ed inserendo la condizione dell'assenza di circostanze aggravanti, come presupposti per consentire l'adozione di sanzioni diverse da quelle penali; riducendo a 50.000 euro la soglia di rilevanza di danni e vantaggi per le ipotesi di frode, ritenzione illecita e irregolarità nelle comunicazioni per gare, appalti o sovvenzioni; eliminando l'indicazione dei minimi edittali di pena (rimane tuttavia la fissazione del massimo a 5 anni).

Nella formulazione definitiva, frutto dei compromessi raggiunti principalmente in seno al Consiglio, scompare pertanto l'indicazione dei minimi edittali, non-

ché l'indicazione del limite minimo del massimo edittale per l'ipotesi di sussistenza della circostanza aggravante della commissione nell'ambito di un'organizzazione criminale e viene indicato solo il limite minimo del massimo, fissato in quattro anni di reclusione, per le ipotesi in cui sussistono danni o vantaggi considerevoli, da parametrare agli indici previsti, o per ipotesi ritenute gravi in base al diritto nazionale, senza alcuna individuazione di criteri di natura qualitativa o quantitativa ai quali rapportare la valutazione in termini di gravità operata dagli Stati.

La soluzione infine prescelta in merito all'armonizzazione dei livelli sanzionatori appare certamente piuttosto discutibile e priva della giusta determinazione, sia in relazione alla scelta di indicare solo i limiti minimi dei massimi edittali, sia con riguardo all'introduzione di quella clausola di apertura particolarmente ampia alla discrezionalità degli Stati. Tali opzioni normative potrebbero frustrare le esigenze sottese all'adozione della direttiva, rischiando di non eliminare il pericolo derivante da un recepimento a geometria variabile da parte degli Stati, consentito dalla formulazione delle disposizioni della direttiva. Il mantenimento della disomogeneità dei livelli sanzionatori nel territorio degli Stati membri non fa che alimentare i rischi di *forum shopping*, invece che fugarli, come era intenzione del legislatore europeo.

Uno degli istituti maggiormente rilevanti, in particolare con riguardo alle condotte corruttive aventi carattere transnazionale, concerne senza dubbio la prescrizione. Esso rappresenta spesso il tallone d'Achille di sistemi di repressione pur astrattamente idonei sul piano della redazione delle fattispecie incriminatrici a contrastare i fenomeni corruttivi transnazionali, con una serie di ricadute negative in termini di deterrenza e di certezza dell'applicazione della pena, nonché di dispendio di risorse investigative in relazione a procedimenti complessi che si risolvono in un nulla di fatto, sancito dalla dichiarazione della prescrizione. L'ordinamento italiano, in particolare, è stato ripetutamente richiamato su tale profilo dagli organismi di monitoraggio delle organizzazioni europee ed internazionali di contrasto della corruzione ed ultimamente dalla stessa Corte di Giustizia nella sentenza *Taricco*<sup>51</sup>, che ha sancito l'incompatibilità della disciplina

<sup>51</sup> Corte di Giustizia, 8 Settembre 2015 (Grande Camera), *Procedimenti penali contro Ivo Taricco ed altri*, C-105/14, EU:C:2015:555. Va sottolineato come, in seguito alle pressioni operate da tale pronuncia della Corte, il legislatore italiano sia di recente intervenuto con una riforma generale dell'istituto della prescrizione ed una previsione particolare concernente proprio l'interruzione (art. 161, co. 2), che ha effetto per tutti coloro che hanno commesso il reato, e oggi può comportare un aumento della metà del tempo necessario a prescrivere per i reati di cui agli articoli 318, 319, 319-ter, 319-quarter, 320, 321, 322-bis, limitatamente ai delitti richiamati dal presente comma, e 640-bis. Si tratta delle novità introdotte dalla legge 23 giugno 2017, n. 103.

italiana in materia di interruzione della prescrizione ai sensi degli articoli 160 e 161 c.p. rispetto all'obbligo di tutela adeguata imposto agli Stati in materia di interessi finanziari dell'Unione dall'art. 325 TFUE, in quanto essa determinava una sostanziale impunità dei soggetti responsabili di gravi lesioni di tali interessi in un considerevole numero di casi<sup>52</sup>.

A tal riguardo, la direttiva PIF, nell'intento di apprestare una tutela equivalente agli interessi finanziari dell'Unione e rendere effettive le attività di contrasto delle condotte lesive di tali interessi nell'ambito del territorio dell'Unione non prevede all'art. 12 alcun termine generale di prescrizione del reato, tuttavia per i reati puniti con una pena massima di quattro anni di reclusione il termine di prescrizione deve essere di almeno cinque anni dal momento della commissione del reato, in modo tale che sia consentito l'avvio delle indagini, l'esercizio dell'azione penale, la celebrazione del processo e la decisione. È fatta salva la facoltà degli Stati di abbassare tale limite, ma non al di sotto di tre anni, purché siano previste cause di sospensione e interruzione.

Con riguardo invece alla prescrizione della pena, l'esecuzione di pene superiori ad un anno di reclusione o di pene detentive irrogate in seguito a condanna per reato punibile con pena massima di almeno quattro anni di reclusione, irrogate con sentenza di condanna definitiva deve poter avvenire per un termine di almeno cinque anni dalla data della sentenza di condanna definitiva, includendo eventuali proroghe del termine di prescrizione dovute a cause di sospensione o interruzione.

Nella proposta originaria presentata dalla Commissione (ed avallata dal Parlamento che non aveva apportato modifiche a tale disposizione), era invece previsto un termine minimo di prescrizione del reato di almeno 5 anni dal momento della commissione del fatto (per l'avvio delle indagini, l'esercizio azione penale, lo svolgimento del processo e la decisione) applicabile a tutti i reati indicati nella direttiva.

Era inoltre sancito che il termine di prescrizione si interrompesse e ricominciasse a decorrere da qualunque atto di un'autorità nazionale competente, compreso in particolare l'inizio effettivo dell'indagine o dell'azione penale, almeno fino a dieci anni a partire dal momento in cui il reato fosse stato commesso.

Con riguardo alla prescrizione della pena, veniva prevista la possibilità di eseguire la pena comminata in seguito a sentenza di condanna definitiva per un periodo non inferiore a 10 anni a partire dalla condanna.

<sup>52</sup> Non è possibile in questa sede analizzare le notevoli ricadute della sentenza *Taricco* sull'ordinamento italiano, che hanno portato la Corte costituzionale italiana a proporre un rinvio pregiudiziale (ordinanza n. 24/2017) dinanzi alla stessa Corte di Lussemburgo. Su tali questioni si veda approfonditamente A. BERNARDI - C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte Costituzionale*, Napoli, Jovene, 2017.

Risulta particolarmente evidente come anche in relazione a tale istituto, così come con riguardo ai limiti edittali delle sanzioni, la soluzione infine accolta dalla formulazione definitiva risulti per certi versi insoddisfacente, non prevedendo più nulla in relazione alle cause di interruzione e sospensione ed introducendo una diversificazione in relazione ai reati ai quali si applica il termine di prescrizione armonizzato. Si è assistito altresì ad una drastica riduzione (della metà) del termine previsto per la prescrizione della pena, potendo ciò risultare deleterio ai fini di un'efficace ed effettiva tutela degli interessi finanziari.

La direttiva non pregiudica, a livello di Unione, il recupero delle somme indebitamente pagate nel quadro della commissione dei reati previsti dall'art. 3, par. 2, lett. a), b) e c) e dagli artt. 4 e 5; a livello nazionale, dell'IVA non pagata nel quadro della commissione dei reati di cui agli artt. 3, par. 2, lett. d), 4 e 5 (art. 13).

Con riguardo alle ipotesi in cui una stessa condotta sia stata oggetto di misura diversa da quella penale (ad esempio, sanzione amministrativa ex artt. 4 e 5 Regolamento 2988/1995, concernente taluni casi d'irregolarità amministrativa), la nuova direttiva prevede la possibilità del concorso, ovvero non pregiudica l'applicazione parallela di sanzioni amministrative e sanzioni penali, facendo tuttavia salva l'applicazione del principio del *ne bis in idem*<sup>53</sup>, nel caso in cui sanzioni definite amministrative sulla base del diritto nazionale siano invece da ritenere sostanzialmente penali sulla scorta di una valutazione condotta alla

<sup>53</sup> L'applicazione cumulativa di misure amministrative e disciplinari (non assimilabili a sanzioni penali) e di sanzioni penali viene ribadita frequentemente nei *considerando* della direttiva, si veda in particolare il *considerando* n. 17, il quale precisa come la direttiva «non preclude l'adeguata ed efficace applicazione di misure disciplinari o di sanzioni diverse da quelle di natura penale». e «Le sanzioni non assimilabili a sanzioni penali, che sono irrogate nei confronti della stessa persona per la stessa condotta possono essere tenute in considerazione in sede di condanna della persona in questione per un reato definito nella presente direttiva», ma anche il *considerando* n. 30, che evidenzia come «le misure e le sanzioni amministrative svolgono un importante ruolo nella tutela degli interessi finanziari dell'Unione. La presente direttiva non esenta gli Stati membri dall'obbligo di applicare e attuare le misure e le sanzioni amministrative dell'Unione ai sensi degli articoli 4 e 5 del Regolamento (CE, Euratom) n. 2988/95». Viene tuttavia espressamente sottolineata la necessità di rispettare il principio del *ne bis in idem* sostanziale, ove si prevede che «Per gli altri tipi di sanzione dovrebbe essere pienamente rispettato il principio del divieto di essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato». (*considerando* n. 17) e «[...] Gli Stati membri possono, in linea di principio, continuare ad applicare parallelamente misure e sanzioni amministrative nel settore oggetto della presente direttiva. Nell'applicare il diritto nazionale di recepimento della presente direttiva, gli Stati membri dovrebbero, tuttavia, garantire che l'irrogazione di sanzioni penali per reati a norma della presente direttiva e di misure e sanzioni amministrative non comporti una violazione della Carta», segnatamente dell'art. 50, che prevede appunto il divieto di *bis in idem*, ma anche del principio di proporzionalità (ex artt. 49 e 52 della stessa Carta).

luce dei c.d. “criteri *Engel*” elaborati dalla Corte europea dei diritti dell’uomo<sup>54</sup>,

<sup>54</sup> Si veda in questo senso la recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, relativa all’art. 4, Prot. 7 della CEDU, e della Corte di Giustizia dell’Unione europea, concernente l’art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. Con riguardo alla prima si veda la pronuncia della Grande Camera *A. e B. contro Norvegia*, 15 novembre 2016, ricorsi n. 24130/11 e 29758/11, che ha innovato, in senso maggiormente restrittivo, il precedente orientamento della stessa Corte nella pronuncia *Sergey Zolotukhin c. Russia*, Grande Camera, ricorso n. 14939/03, che aveva chiarito il concetto di *idem*, facendo riferimento agli stessi fatti storici, alle medesime circostanze fattuali e non invece agli elementi essenziali delle fattispecie astrattamente considerate, presupponendo esistente comunque un *bis*, ovvero un procedimento nell’ambito del quale fosse intervenuta una pronuncia definitiva (*final*), escludendo conseguentemente che potessero avere rilevanza ai sensi dell’art. 4, Prot. 7, situazioni nelle quali fosse ancora possibile proporre appello (o comunque ricorso) nei confronti di una decisione. In via preliminare la sentenza *Zolotukhin* aveva altresì chiarito che il divieto di cui all’art. 4, Prot. 7, dovesse applicarsi non solo nel caso in cui vi fosse il rischio di essere puniti due volte, ma anche nelle ipotesi in cui si corresse il pericolo di perseguire o sottoporre a processo due volte un soggetto per i medesimi fatti. Va da sé che il ragionamento della Corte prende le mosse dal presupposto preliminare che i procedimenti per i quali esiste il rischio di violazione del *ne bis in idem* siano di natura penale, sulla base di una valutazione sostanziale condotta alla luce dei criteri *Engel* elaborati dalla stessa Corte, ai fini dell’applicazione dell’art. 6 CEDU, ovvero tenendo conto della qualificazione del fatto nell’ordinamento nazionale, della natura del reato e della gravità della sanzione e considerando tali criteri come alternativi e non cumulativi. La sentenza *Zolotukhin* tuttavia non forniva molte indicazioni in relazione ad ipotesi nelle quali esistessero procedimenti paralleli, ovvero contestualmente pendenti dinanzi ad autorità giudiziarie differenti, non in modo da rappresentare una duplicazione, ma una combinazione integrata, perfettamente coerente nell’ambito dell’ordinamento. Con riguardo a tali ipotesi, non oggetto di specifica analisi nella predetta pronuncia della Corte, erano già invalsi tuttavia diversi orientamenti nella giurisprudenza della stessa. In una prima fase, infatti, la tendenza della Corte era stata quella di rigettare, potremmo dire quasi *de plano*, le questioni concernenti la violazione del divieto di *bis in idem*, nei casi in cui vi fossero due procedimenti contestuali relativi ai medesimi fatti storici dinanzi a due autorità procedenti di diversa natura, senza in effetti ulteriori accertamenti (cfr. *R. T. c. Svizzera*, caso concernente la concorrenza tra un procedimento amministrativo ed un procedimento penale in materia di violazioni al codice della strada). Successivamente, dalla sentenza *Nilsson c. Svezia*, la Corte introduce un ulteriore elemento di valutazione alla verifica dell’applicabilità dell’art. 4, Prot. 7, consistente nell’accertamento della sussistenza di una sufficiente connessione temporale e sostanziale tra i due procedimenti. In altre parole, ove si possa dimostrare che vi sia stata consapevolezza della contemporanea sussistenza dei due procedimenti, tale per cui nel procedimento instauratosi successivamente si sia tenuto conto degli esiti del primo procedimento, il divieto di *bis in idem* non potrebbe considerarsi violato, in quanto si può affermare che vi sia una sostanziale coerenza applicativa del sistema di misure previste dall’ordinamento nel suo complesso per quegli specifici fatti. Di contro, pertanto, tale divieto dovrà considerarsi violato se procedimenti di natura sostanzialmente penale (sulla base di una valutazione condotta sulla scorta dei criteri *Engel*) sussistano parallelamente senza che ve ne

e sia intervenuta un sentenza definitiva<sup>55</sup>.

sia la consapevolezza ed il secondo si concluda senza tener conto in alcun modo dell'esito del primo (*Nykänen c. Finlandia*). Nell'ultima fase, precedente all'adozione della sentenza *A. e B. c. Norvegia*, la Corte abbandona completamente il riferimento alla sufficiente connessione sostanziale e temporale tra i procedimenti, per arrivare ad affermare la violazione dell'art. 4, Prot. 7, in un'ipotesi in cui i medesimi fatti erano stati oggetto di un procedimento dinanzi all'autorità amministrativa (nella specie si trattava della CONSOB), che aveva irrogato una sanzione di natura sostanzialmente penale, confermata in seguito al rigetto dei ricorsi proposti in appello e cassazione e divenuta pertanto definitiva, e successivamente di un procedimento penale dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria (cfr. *Grande Stevens ed altri c. Italia*, 4 marzo 2014, ricorsi nr. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, riconfermato da *Sismanidis e Sitaridis c. Grecia*, 9 giugno 2016, ricorsi nr. 66602/09 e 71879/12). Nella sentenza *A. e B. c. Norvegia*, in effetti, la Corte europea propone un orientamento meno garantistico, in quanto ripristina il riferimento alla connessione sostanziale e temporale tra i due procedimenti, precisando che essa vada accertata in concreto sia sul piano temporale, sia su quello sostanziale e possa sussistere anche nell'ipotesi in cui entrambi i procedimenti siano di natura sostanzialmente penale ed a prescindere dall'accertamento della natura definitiva del provvedimento che abbia concluso uno dei due procedimenti. Si sottolinea infatti come violazioni qualificabili entrambe come penali, alla luce dei criteri *Engel*, possano perseguire scopi diversi o manifestare un differente disvalore penale, cosicché i relativi procedimenti – ove sufficientemente connessi in via sostanziale e temporale – possano concorrere senza violare il divieto di *bis in idem*, purché tale connessione fosse prevedibile per i consociati e le sanzioni che ne scaturiscono siano rispettose del principio di proporzionalità, in quanto le rispettive autorità procedenti abbiano tenuto conto delle sanzioni applicate nel procedimento connesso. Nonostante la Corte abbia cura di definire i criteri materiali mediante i quali procedere alla valutazione sulla sussistenza della connessione sostanziale e temporale tra i procedimenti (§§ 133 e 134), nell'intento di rendere tale verifica quanto più ancorata a parametri di natura oggettiva, un tale orientamento lascia pur sempre un ampio margine di discrezionalità al giudice nazionale, che potrebbe portare pertanto a risultati non perfettamente in linea con il principio di uguaglianza ed in via più generale ad attribuire all'interprete valutazioni in merito alla proporzionalità delle sanzioni, da valutare caso per caso, poco rispondenti ai canoni propri del diritto penale. Su tali obiezioni ed ulteriori perplessità si veda l'approfondita opinione dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque, il quale, sul presupposto della natura inderogabile del principio del *ne bis in idem*, non condivide la distinzione operata dalla Grande Camera tra reati che rappresentano *hard-core criminal law* e reati, invece, nella specie quelli fiscali, che non manifesterebbero un disvalore penale evidente e sarebbero socialmente meno riprovevoli. Egli critica duramente la posizione della Grande Camera, sottolineando come essa non adduca valide e ragionevoli per discostarsi dalle posizioni precedentemente assunte in materia nelle precedenti pronunce, in assonanza con quanto statuito anche dalla Corte di Giustizia dell'Unione, e determini in ultima analisi un sistema privo di prevedibilità e ragionevolezza, attribuendo un'eccessiva discrezionalità ai giudici nazionali.

<sup>55</sup> Sul piano dell'Unione europea, la Corte di Giustizia, uniformandosi alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, ha affermato la violazione dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali nel caso di procedimenti paralleli - aventi ad oggetto i medesimi fatti storici,

Di sicuro rilievo con riguardo alle fattispecie corruttive risultano le disposizioni introdotte dalla direttiva in materia di giurisdizione, in parte ricognitive anche delle Convenzioni internazionali in materia, sulla base del presupposto previsto dal *considerando* n. 20, secondo cui «la mobilità degli autori di reati e dei proventi derivanti dalle attività illegali ai danni degli interessi finanziari dell'Unione e la complessità delle indagini transfrontaliere che ne conseguono, è opportuno che ciascuno Stato membro stabilisca la propria giurisdizione al fine di poter contrastare tali attività». A ciò si aggiunge la precisazione che tali disposizioni relative alla giurisdizione debbano essere volte anche a coprire i casi in cui le attività illecite contemplate dalla direttiva siano state poste in essere con l'uso dei messi di informazione o di comunicazione accessibili nel territorio degli Stati.

Sulla scorta di tali ragioni l'art. 11 della direttiva indica agli Stati come criteri generali per l'individuazione della giurisdizione il principio di personalità (cittadinanza) e quello di territorialità (commissione del reato in tutto o in parte nel territorio dello Stato). Viene richiesta un'estensione del principio di personalità alle persone soggette allo Statuto dei funzionari europei al momento della commissione del fatto di reato, ma gli Stati possono non accogliere tale richiesta, segnalandolo alla Commissione.

ovvero le stesse circostanze di fatto - ritenuti di natura penale, sulla base dei criteri *Engel*, ove sia intervenuta una sentenza definitiva (cfr. Corte di Giustizia, 26 febbraio 2013, C-617/10, *Åklagaren v. Hans Åkerberg Fransson*). Da ultimo si vedano le Conclusioni dell'Avvocato Generale Campos Sánchez-Bordona, presentate il 12 settembre 2017, nelle cause C524/15, *Menci Luca*, C537/16, *Garlsson Real State*, C596/16, *Di Puma* e C597/16, *Consob*, nelle quali si suggerisce alla Corte di Giustizia di non discostarsi dall'orientamento accolto nel caso *Fransson*, a dispetto del *revirement* operato dalla Corte di Strasburgo, in quanto «introdurre nel diritto dell'Unione un criterio di interpretazione dell'articolo 50 della Carta fondato sul maggiore o minore nesso materiale e temporale tra alcuni procedimenti (quelli penali) e altri (quelli amministrativi sanzionatori) aggiungerebbe notevole incertezza e complessità al diritto delle persone di non essere giudicate né condannate due volte per gli stessi fatti. I diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta devono essere di facile comprensione per tutti e il loro esercizio richiede una prevedibilità e una certezza che, a mio parere, non sono compatibili con un simile criterio» (punto 73). Per superare le obiezioni derivanti dalla formulazione dell'art. 52, par. 3, della Carta, l'AG sottolinea come «la giurisprudenza della Corte EDU può non essere presa in considerazione quando, in relazione a diritti della Carta di contenuto analogo a quelli della CEDU e dei suoi protocolli, l'interpretazione della Corte di giustizia stabilisca un livello di tutela più elevato, sempre che ciò non leda un altro diritto garantito dalla Carta» (punto 74). Risulta anche di particolare interesse come l'AG specifichi i c.d. «criteri *Engel*», anche alla luce della pronuncia della Corte di Giustizia nel caso *Bonda*, nei seguenti termini: «la qualificazione giuridica dell'illecito secondo il diritto interno; la sua natura, che deve essere valutata tenendo conto dell'obiettivo della norma, dei suoi destinatari e del bene giuridico da essa tutelato, nonché la natura e il grado di severità della sanzione».



Sono casi particolari, che abbisognano di un'espressa comunicazione alla Commissione, le ipotesi di estensione della giurisdizione ai reati previsti dalla direttiva commessi totalmente al di fuori del territorio dello Stato, ove l'autore del reato risieda abitualmente in tale territorio o sia un funzionario dello Stato che agisce nelle sue funzioni ufficiali, ovvero quando il reato sia commesso a vantaggio di una persona giuridica avente sede nel territorio dello Stato. Quest'ultima disposizione, certamente innovativa rispetto al panorama esistente sia in materia di tutela degli interessi finanziari dell'Unione (anche rispetto alla proposta originaria della Commissione), sia in relazione alle Convenzioni internazionali in materia di corruzione, pare porsi in linea con alcuni recenti strumenti adottati in materia di corruzione come ad esempio l'*UK Bribery Act*, che prevede un'estensione particolarmente ampia della giurisdizione britannica in particolare con riguardo alla *section 7* che prevede la fattispecie di *Failure of commercial organisation to prevent bribery*, che invero risulta applicabile anche in presenza di legami fortemente labili con il Regno Unito<sup>56</sup>.

Infine, la direttiva obbliga gli Stati ad impegnarsi ad eliminare gli ostacoli che possano derivare dalla procedibilità a querela di alcune condotte oggetto degli obblighi di incriminazione contenuti nella stessa direttiva.

Particolarmente interessanti risultano anche le disposizioni relative agli obblighi di cooperazione reciproca tra Stati membri, Commissione (in particolare, l'Ufficio europeo di lotta antifrode OLAF), Eurojust e la Procura europea (consistenti principalmente nello scambio di informazioni, come si evince dal par. 2 dell'art. 15), accompagnati dalla previsione dell'offerta di assistenza da parte della Commissione e di Eurojust nei casi in cui essa dovesse essere necessaria per un'efficace coordinamento delle indagini da parte delle autorità nazionali (art. 15). Tale disposizione contiene inoltre un obbligo di informativa nei confronti dell'OLAF o di altri organi deputati alle indagini sui fatti di cui agli artt. 3, 4 e 5 a carico della Corte dei conti europea, che in sede di *audit* venga a conoscenza di fatti sussumibili nelle predette fattispecie, ma anche degli organi di revisione contabile a livello nazionale.

Un'ultima novità riguarda la disposizione di chiusura dell'art. 18, che prevede una congerie di meccanismi volti a verificare il recepimento da parte degli Stati e l'efficacia delle disposizioni contenute nella direttiva alla prova della loro applicazione.

<sup>56</sup> Si veda in tal senso in particolare la *section 12* del *Bribery Act*, che prevede, in particolare nelle *subsections 5-6*, come con specifico riguardo alla fattispecie di cui alla *section 7* il Regno Unito risulti competente anche in mancanza di qualsiasi legame territoriale del reato. Si veda in tal senso, A.N. BROWN, *Bribery Act 2010*, Edinburgh, Thomson-W. Green, 2011, p. 28; B. SULLIVAN, *Reformulating bribery: a legal critique of the Bribery Act 2010*, in P. ALLDRIDGE - J. HORDER (a cura di), *Modern Bribery Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 32-34.

Entro cinque anni è richiesto infatti alla Commissione di presentare una relazione che rappresenti lo stato dell'arte del recepimento delle disposizioni della direttiva da parte degli Stati membri.

Successivamente all'entrata in vigore della direttiva, sui dati forniti dagli Stati saranno basate le valutazioni d'impatto formulate da parte della Commissione in un'apposita relazione al Parlamento ed al Consiglio, concernenti in particolare la verifica della tenuta della soglia di punibilità prevista per le frodi relative all'IVA; l'accertamento della tenuta dei termini di prescrizione previsti ed in generale l'efficacia della direttiva rispetto alle frodi negli appalti. Tali valutazioni dovranno essere basate su dati concreti derivanti da apposite indagini statistiche condotte dagli organi competenti degli Stati membri, volte ad accertare «il numero di procedimenti penali avviati, il numero di procedimenti archiviati, il numero di procedimenti che si sono conclusi con un proscioglimento, il numero di procedimenti che si sono conclusi con una condanna e il numero di procedimenti in corso», nonché «gli importi recuperati a seguito di procedimenti penali e i danni stimati», con riguardo ai reati previsti dagli articoli 3 e 4 (anche nella forma consensuale o tentata, *ex art. 5*).

## 6. Considerazioni finali e prospettive future.

La direttiva recentemente approvata mostra, eccezion fatta per alcune caratteristiche individuate di volta in volta nel testo, una natura sostanzialmente ricognitiva dell'*acquis* esistente, con particolare riguardo alle ipotesi corruttive e facendo riferimento alla nozione di *acquis* accolta nel presente lavoro (si veda *supra* § 2).

Possano essere ravvisate infatti talune caratteristiche comuni riprodotte nella proposta di direttiva, sia con riguardo alle condotte corruttive attive e passive, costruite sull'autore individuale (funzionario - privato); sia con riguardo alle qualifiche soggettive, la sussistenza delle quali viene fondata sul doppio criterio soggettivo (con particolare riguardo al funzionario dell'Unione europea) e oggettivo (funzione di natura pubblica effettivamente e concretamente svolta dal funzionario, a prescindere dalla sussistenza di un rapporto formale con Unione/ Stato o ente pubblico)<sup>57</sup>.

<sup>57</sup> Si veda in via esplicativa il *considerando* n. 10 del testo della direttiva: «I soggetti privati sono sempre più coinvolti nella gestione dei fondi dell'Unione. Al fine di tutelare adeguatamente i fondi dell'Unione dalla corruzione e dall'appropriazione indebita, la definizione di 'funzionario' deve pertanto comprendere persone che, pur non ricoprendo un incarico formale, sono tuttavia investite di funzioni di pubblico servizio, e le esercitano in maniera analoga, relativamente a fondi dell'Unione, come i contraenti coinvolti nella gestione di tali fondi».

Con riguardo alla scelta operata in favore della concezione oggettiva relativamente al funzionario nazionale ed in parte al funzionario dell'Unione europea (lett. b), essa tiene conto delle notevoli difficoltà nell'individuazione del discrimine tra settore pubblico e settore privato, in considerazione della circostanza che gli Stati membri hanno operato scelte diverse. Alcuni (ad esempio l'Austria o il Portogallo) fanno riferimento a parametri legali (es. la partecipazione pubblica in una certa percentuale o un potere decisionale sulla nomina del consiglio d'amministrazione ovvero l'attribuzione della qualifica di pubblico funzionario ai *managers* di società a partecipazione pubblica); altri Stati (ad esempio il Regno Unito, al quale in effetti non si applicherà la direttiva, ma che ha di recente adottato una nuova legislazione in materia di corruzione, che prevede alcune scelte innovative sia dogmatiche, sia in termini di politica criminale) hanno costruito una fattispecie unica valevole per il settore pubblico e quello privato, mantenendo tuttavia alcune ipotesi incriminatrici diverse, anche in parte simili, applicabili solo a funzionari pubblici (es. *misconduct in public office*, fattispecie di *common law*), che si fonda sullo svolgimento improprio di una determinata funzione o attività, qualificata come pubblica.

Viene accolta sostanzialmente una concezione mercantile della corruzione, in quanto il *focus* dell'incriminazione viene mantenuto sull'atto oggetto della pattuizione illecita, in quanto il legislatore europeo ha evitato opportunamente uno scolorimento dei requisiti di tipicità e di offensività, invertendo in tal modo la tendenza rispetto ad alcuni *trends* delineatisi negli ordinamenti nazionali degli Stati membri (Italia, Regno Unito, Germania, Austria, Spagna, Portogallo), che hanno dato vita a notevoli difficoltà nell'individuazione della linea di demarcazione tra sfera del lecito e dell'illecito e hanno richiesto una progressiva estensione (con conseguente perdita di afferrabilità) dell'interesse protetto dalle fattispecie delineate, fino a ritenere giustificata la previsione di sanzioni penali per la mera parvenza di venalità della pubblica amministrazione e dei dipendenti pubblici.

In considerazione del fatto che al momento nell'ambito dell'ordinamento europeo l'unico strumento normativo vincolante dell'Unione, adottato in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che contiene una definizione delle fattispecie corruttive in ambito pubblicistico è rappresentato dall'art. 4 della direttiva PIF, non può che evidenziarsi la necessaria limitatezza della tutela degli interessi finanziari e del patrimonio in generale dell'Unione, in particolare alla luce della progressiva evoluzione del fenomeno corruttivo.

In senso parzialmente inverso sembra porsi tuttavia la disposizione che introduce la nuova ipotesi di appropriazione indebita<sup>58</sup>, in quanto si ha l'impressione

<sup>58</sup> L'ipotesi dell'irregolarità nelle procedure di gara, apparentemente sganciata – almeno nella versione inizialmente proposta dalla Commissione – da una lesione o messa in pericolo

di un approccio evolutivo, ispirato alle scelte del *Corpus Juris*. Le manipolazioni operate nelle ultime fasi delle negoziazioni da parte del Consiglio hanno invece fatto venir meno le timide aperture ad una tutela più estesa di quella confinata agli interessi finanziari dell'Unione, che sembravano intravedersi nella fattispecie di irregolarità nelle procedure di gara, pur nella notevole ambiguità della formulazione.

Alla luce di tale considerazioni, pertanto, la previsione delle fattispecie corruttive e delle altre di cui all'art. 4 (ritenzione illecita/appropriazione indebita) con ambito di tutela limitato agli interessi finanziari dovrebbe essere considerata come una *soluzione intermedia*, invero inadeguata alla protezione di beni essenziali, quali la legalità, il corretto funzionamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione europea, anche alla luce del disposto dell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che tutela proprio il diritto ad una buona amministrazione, come un interesse proprio, autonomo e particolarmente meritevole di protezione della stessa Unione, ovvero di un bene istituzionale<sup>99</sup>, fondamentale altresì per assicurare il rispetto dei principi democratici e dello Stato di diritto. La considerazione di tali beni come fondamentali nella costruzione europea viene riconosciuta anche dal *considerando* n. 8 della proposta di direttiva PIF, ove si sottolinea espressamente che «tutti i funzionari pubblici hanno il dovere di esercitare il proprio giudizio o la propria discrezionalità in modo imparziale, la dazione di tangenti per influenzare il giudizio o la discrezionalità di un funzionario pubblico e la ricezione di tali tangenti dovrebbero rientrare nella definizione di corruzione, indipendentemente dal diritto o dalle disposizioni regolamentari applicabili nel paese o all'organizzazione internazionale di appartenenza del funzionario interessato», così facendo emergere altresì l'esigenza di provvedere alla formulazione di una

degli interessi finanziari, originariamente prevista nel par. 1 dell'art. 4, che poteva far pensare ad un parziale superamento dell'ottica imperniata esclusivamente sulla protezione degli interessi finanziari, è stata espunta dalla versione oggetto dell'accordo politico parziale intervenuto il 1° febbraio 2017 e dal testo definitivo approvato.

<sup>99</sup> Si tratta infatti di un interesse proprio della costruzione europea, essenziale per l'esercizio delle competenze e dei poteri sovranazionali, ovvero di un bene propriamente istituzionale dell'Unione, che va distinto da altri interessi che nascono dall'attività normativa dell'Unione, in relazione soprattutto alla creazione del mercato unico ed all'affermazione delle libertà fondamentali. Per tale distinzione si veda G. GRASSO, *Introduzione. Diritto penale ed integrazione europea*, in G. GRASSO - R. SICURELLA, *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 55; R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 324 ss.; L. PICOTTI, *Diritto penale comunitario e Costituzione europea*, in S. CANESTRARI - L. FOFFANI, *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per quale Europa*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 332 ss.

definizione comune di corruzione, che abbia come nucleo essenziale lo scambio tra la manipolazione del processo decisionale della pubblica amministrazione, e più in generale dell'attività di quest'ultima, in spregio ai canoni dell'imparzialità e del buon funzionamento da parte del pubblico funzionario ed una prestazione corrispettiva da parte del privato.

Tali considerazioni, unite alla già ricordata frammentarietà del quadro giuridico internazionale di riferimento, che determina un difetto di armonizzazione, deleterio sia per assicurare un efficace contrasto del fenomeno corruttivo a livello europeo, sia per il corretto operare di altri strumenti normativi europei (direttiva antiriciclaggio o mandato d'arresto europeo), inducono a riflettere sull'esigenza di adottare una direttiva autonoma in materia di corruzione, con ambito di tutela ad ampio spettro, ossia quanto meno a protezione della legalità, del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione, anche di quella europea, nella forma dell'esecuzione diretta del diritto dell'Unione, ai sensi degli articoli 298 TFUE e 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, sulla base dell'art. 83, par. 1, o del paragrafo 2, TFUE, che consentirebbe di mettere in evidenza la specifica appartenenza del bene giuridico alla stessa Unione. Un tale strumento normativo potrebbe contenere norme minime per la definizione di reati e sanzioni in materia di contrasto della corruzione e sarebbe volto a trasfondere, rimodulare e razionalizzare in un atto normativo vincolante gli obblighi d'incriminazione previsti dalle predette Convenzioni internazionali (non limitati, come evidenziato, alle sole fattispecie corruttive in senso stretto). Si tratterebbe di una sorta di testo unico in materia corruzione, idoneo a ricomprendere le condotte perpetrate nel settore pubblico, che interverrebbe in effetti in un settore già oggetto di misure d'armonizzazione da parte dell'Unione, quale in particolare il Regolamento n. 259/1968, così come modificato nel 2013, relativo allo Statuto dei funzionari dell'Unione europea e al regime applicabile agli altri agenti dell'Unione, che prevede una serie di doveri a carico di essi, la violazione dei quali può dar luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari e volto all'armonizzazione non solo delle fattispecie incriminatrici, ma anche dei livelli sanzionatori e dei tempi di prescrizione, con soluzioni simili a quelle prescelte nella proposta di direttiva PIF, anche se auspicabilmente più coraggiose.

Nella costruzione delle fattispecie incriminatrici si dovrebbe tener conto del predetto *acquis* (*lato sensu* inteso), combinandolo tuttavia con un'adeguata considerazione dei *trends* emergenti a livello delle legislazioni degli Stati membri, valutandone tuttavia anche l'applicazione in concreto, sulla base delle indicazioni che si rinvengono nei rapporti degli organismi di monitoraggio europei (es. GRECO e Relazione UE sulla corruzione) ed internazionali

(*Working Group on Bribery* in seno all'OCSE e *Mechanism for the Review of Implementation of the United Nations Convention against Corruption* in seno all'ONU)<sup>60</sup>.

Nell'ottica di un necessario approccio integrato al fenomeno corruttivo, l'introduzione del nuovo testo unico e l'elaborazione delle fattispecie incriminatrici ivi descritte dovrebbe tener conto preliminarmente degli strumenti normativi già esistenti a livello europeo per prevenire e reprimere – con sanzioni diverse da quelle strettamente penali – gli episodi corruttivi, per esempio con riguardo alla materia degli appalti alla legislazione relativa agli stessi appalti e quella sulla concorrenza, in ossequio al principio di stretta necessità e proporzionalità del ricorso al diritto penale, imposto altresì dal requisito dell'essenzialità dell'intervento punitivo, previsto dall'art. 83, par. 2, TFUE..

Ove si trattasse di un intervento sistematico, con l'obiettivo di rappresentare la legislazione di riferimento in materia di corruzione, sarebbe necessario prestare una particolare attenzione alla disciplina della protezione degli informatori (*whistleblowers*), come strumento indispensabile per il contrasto di tali fenomeni.

Una soluzione simile avrebbe ricadute positive sul piano della cooperazione giudiziaria e di polizia, al momento deficitaria sulla base dei rilievi operati dall'OLAF per ragioni imputabili ora a difetti di armonizzazione del diritto penale sostanziale (es. qualifica di funzionario, ma anche, come precedentemente rilevato le stesse fattispecie), ora a difficoltà di coordinamento con le autorità investigative o giudiziarie nazionali, ora a difetti di armonizzazione della disciplina processuale<sup>61</sup>.

D'altro canto, con riguardo al settore pubblico, nonostante il ruolo centrale svolto dall'OLAF nell'ambito dell'individuazione e del contrasto della frode a livello europeo, esso è deputato a condurre indagini, interne ed esterne, di tipo amministrativo, demandando poi alle autorità giudiziarie nazionali il compito di avviare procedimenti penali. Pertanto, un'efficace collaborazione, mediante lo scambio di informazioni ed eventualmente l'utilizzo delle squadre investigative

<sup>60</sup> È stato di recente pubblicato il rapporto *State of implementation of the United Nations Convention against corruption. Criminalization, law enforcement and international cooperation*, Vienna, 2015, che rappresenta un valido strumento di individuazione delle maggiori linee di tendenza emergenti dalle legislazioni degli Stati-Parte sottoposti a revisione in materia di corruzione.

<sup>61</sup> 15th Annual Professional Conference and General Assembly of the European Partners Against Corruption (EPAC/EACN), France, 18-20 November 2015 - Paris Declaration 2015; *The OLAF Report 2015 - Sixteenth report of the European Anti-Fraud Office*, 1 January to 31 December 2015, in particolare p. 41.

comuni, tra le autorità di polizia e giudiziarie nazionali, l'OLAF, Eurojust ed Europol appare – *rebus sic stantibus* – l'unica strada percorribile, in attesa che l'Ufficio della Procura europea possa entrare concretamente in funzione<sup>62</sup>.

Occorre infatti sottolineare come la formulazione delle fattispecie previste dalla direttiva PIF risulti di fondamentale importanza nell'ottica del futuro funzionamento dell'Ufficio della Procura europea, il quale, sulla base del combinato disposto degli artt. 86 TFUE e 22 del Regolamento che recepisce la cooperazione rafforzata relativa all'istituzione dell'Ufficio della Procura europea<sup>63</sup>, avrà una competenza materiale attualmente limitata ai reati che ledono – o incidono negativamente – (*affecting*) sugli interessi finanziari dell'UE<sup>64</sup>, così come previsti dalla direttiva PIF e recepiti nell'ambito del diritto nazionale, con la conseguenza di rendere soggette a tale competenza le sole ipotesi corruttive oggi inquadrabili nell'art. 4 della direttiva PIF, per di più per come esse sono recepite negli ordina-

<sup>62</sup> Su tali strumenti si veda diffusamente G. DE AMICIS, *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale. Verso un sistema integrato di forme e strumenti di collaborazione tra le autorità giudiziarie*, Milano, Giuffrè, 2007, in particolare p. 283 ss.

<sup>63</sup> Si trattava originariamente della Proposta di Regolamento per l'istituzione dell'Ufficio della Procura europea COM(2013)534, def. 11 luglio 2013. Non essendosi raggiunta l'unanimità ai sensi dell'art. 86 TFUE, si è proceduto ad una cooperazione rafforzata, cfr. *Council Regulation implementing enhanced cooperation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office* ("the EPPO"), 30 giugno 2017, documento n. 9941/17. Il 12 ottobre 2017 è stato infine adottato il Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea (EPPO).

<sup>64</sup> Art. 22, par. 1: «L'EPPO è competente per i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione di cui alla direttiva (UE) 2017/1371, quale attuata dal diritto nazionale, indipendentemente dall'eventualità che la stessa condotta criminosa possa essere qualificata come un altro tipo di reato ai sensi del diritto nazionale. Per quanto riguarda i reati di cui all'articolo 3, paragrafo 2, lettera d), della direttiva (UE) 2017/1371, quale attuata dalla legislazione nazionale, l'EPPO è competente soltanto qualora le azioni od omissioni di carattere intenzionale definite in detta disposizione siano connesse al territorio di due o più Stati membri e comportino un danno complessivo pari ad almeno 10 milioni di EUR». Si veda tuttavia quanto statuito dal par. 4 dell'art. 86 TFUE: «Il Consiglio europeo può adottare, contemporaneamente o successivamente, una decisione che modifica il paragrafo 1 allo scopo di estendere le attribuzioni della Procura europea alla lotta contro la criminalità grave che presenta una dimensione transnazionale, e che modifica di conseguenza il paragrafo 2 per quanto riguarda gli autori di reati gravi con ripercussioni in più Stati membri e i loro complici. Il Consiglio europeo delibera all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo e previa consultazione della Commissione». Si veda su tali profili, R. SICURELLA, *Il diritto penale applicabile dalla Procura europea: diritto penale sovranazionale o diritto nazionale 'armonizzato'? Le questioni in gioco.*, in G. GRASSO - G. ILLUMINATI - R. SICURELLA - S. ALLEGREZZA, *Le sfide dell'attuazione della Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 7 ss., in particolare p. 34 ss.

menti nazionali, con inevitabili conseguenze deleterie in termini di armonizzazione e di rischi di *forum shopping*.

L'art. 22, paragrafo 2, dello stesso Regolamento ha l'effetto di estendere – parzialmente ed in presenza di determinati presupposti – la stessa competenza materiale della Procura europea a «reati relativi alla partecipazione ad un'organizzazione criminale definiti nella decisione quadro 2008/841/GAI, quale attuata dal diritto nazionale, se l'attività criminosa di tale organizzazione criminale è incentrata sulla commissione di uno dei reati di cui al paragrafo 1»<sup>65</sup>.

Occorre dunque che si verifichino due presupposti affinché una tale estensione possa operare: a) che si tratti di reati sussumibili nella fattispecie di partecipazione ad un'organizzazione criminale definita ai sensi della decisione quadro 2008/841/GAI (ed in particolare dal combinato disposto degli artt. 1 e 2), così come recepita nel diritto nazionale; b) che l'attività criminosa dell'organizzazione sia incentrata sulla commissione di reati che colpiscono, incidono in maniera deleteria su (*affecting*), gli interessi finanziari dell'Unione<sup>66</sup>.

<sup>65</sup> Occorre ricordare come la competenza dell'Ufficio della Procura europea sia suscettibile di un'ulteriore limitata estensione ai sensi del paragrafo 3 dell'art. 22 che appunto riconosce tale competenza anche con riguardo ad ogni altro reato «that is inextricably linked to criminal conduct that falls within the scope of paragraph 1 of this Article» (c.d. "*ancillary competence*"), purché si possa affermare che il reato PIF sia preponderante rispetto al reato con esso inestricabilmente connesso, ai sensi dell'art. 25, par. 3. Tale valutazione dovrà avvenire sulla base di alcuni parametri alternativi: a) il limite edittale della sanzione prevista nella legislazione nazionale per il reato PIF sia più elevato di quello previsto per il reato strettamente collegato, salvo che quest'ultimo sia stato strumentale alla realizzazione del reato PIF [ed allora la competenza potrà essere affermata a prescindere dalla sussistenza del parametro di cui alla lettera a)]; oppure b) il danno occorso agli interessi dell'Unione sia di maggiore entità rispetto a quello causato agli interessi meramente nazionali. È stato opportunamente rilevato come tali previsioni potrebbe avere paradossalmente l'effetto di restringere la competenza della Procura europea, dovendosi pur sempre fare riferimento ai livelli sanzionatori previsti dagli Stati, potendosi mettere altresì in discussione lo stesso principio di legalità. Cfr. in questo senso lo studio condotto da A. WEYEMBERGH e C. BRIERE, commissionato dalla Commissione LIBE del Parlamento europeo, su *Towards a European Public Prosecutor's Office (EPPO)*, pubblicato nel novembre 2016 e reperibile nel sito internet <http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses>, p. 26.

<sup>66</sup> Va sottolineato che la delegazione tedesca, con l'appoggio di quella austriaca, ha proposto di aggiungere una frase a tale disposizione, mediante la quale si subordina l'attribuzione della competenza all'Ufficio della Procura europea alla circostanza che sia già intervenuta una decisione dello stesso procuratore di procedere rispetto ad uno o più reati scopo, ovvero rispetto ad uno o più reati previsti dalla direttiva PIF. Probabilmente l'intento di una tale precisazione è volto ad ancorare l'esercizio della competenza del Procuratore europeo con riguardo ad ipotesi associative a vincoli maggiormente stringenti, per evitare che una tale estensione possa tradursi in un sostanziale aggiramento degli oneri probatori a suo carico. In altre parole,



Tale disposizione risulta di particolare interesse ai nostri fini per l'esplicita correlazione che essa instaura con la partecipazione ad un'organizzazione criminale, la cui attività sia incentrata sulla commissione dei reati previsti dalla direttiva, estendendo in tal modo inequivocabilmente la competenza della Procura europea anche a tali ipotesi. Tuttavia, anche in questo caso il rinvio, accanto alla definizione di partecipazione previsto dalla decisione quadro 2008/841 – già di per sé particolarmente ampia e per certi versi indeterminata, anche in ragione della necessità di conciliare tradizioni giuridiche diverse tra loro in merito all'esatta portata di tale nozione –, alle norme nazionali di attuazione può determinare un difetto di omogeneità applicativa, determinato da un livello insufficiente di armonizzazione delle fattispecie incriminatrici di riferimento, che può avere l'ulteriore conseguenza di incentivare fenomeni di *forum shopping*, causati anche dai diversi livelli sanzionatori previsti nelle legislazioni degli Stati membri<sup>67</sup>.

Alla luce di tali rilievi concernenti il futuro funzionamento dell'Ufficio della Procura europea, pur con tutti i limiti dai quali questa figura risulta al momento caratterizzata<sup>68</sup>, va rilevato ai nostri fini come l'adozione di uno strumento

richiedendosi da parte del Procuratore la sussistenza di una già fondata volontà di procedere con riguardo ai reati scopo, che – come precisato in precedenza – richiedono l'accertamento di una compromissione (effettiva o potenziale) degli interessi finanziari dell'Unione ed inoltre la sussistenza degli altri elementi costitutivi, si vorrebbe fugare ogni dubbio in merito ad un uso troppo disinvolto delle fattispecie associative, che – come è noto – determinano una penetrante anticipazione della tutela penale. Una tale prospettiva, tuttavia, senz'altro pregevole con riguardo alle intenzioni di garanzie perseguite, potrebbe avere come conseguenza – neanche troppo remota – la sostanziale privazione di utilità della disposizione di cui al paragrafo 1a, l'introduzione della quale sembra essere stata dovuta proprio all'esigenza di prevedere una disciplina maggiormente effettiva in presenza di fenomeni criminali particolarmente estesi ed allarmanti. Richiedere che il procuratore abbia già deciso di procedere per i reati scopo, potrebbe probabilmente frustrare le esigenze che stanno dietro la previsione del paragrafo 1a, salvo a voler intendere la precisazione proposta a mero titolo di *memento*, nel senso di una applicazione avveduta e ragionata di questa nuova disposizione da parte del procuratore europeo e pur nella consapevolezza della diversa tradizione giuridica delle delegazioni proponenti l'emendamento. Tenendo conto in ogni caso della circostanza che le nozioni di partecipazione, delineate dalle lettere a) e b) del paragrafo 1 dell'art. 2 della decisione quadro 2008/841, presentano un notevole grado di ampiezza e di indeterminatezza, rispetto al quale la proposta delle predette delegazioni cerca di porre presumibilmente un limite.

<sup>67</sup> Cfr. in questo senso lo studio condotto da A. WEYEMBERGH e C. BRIERE, *Towards a European Public Prosecutor's Office (EPPO)*, cit., p. 23.

<sup>68</sup> Si vedano le diverse notazioni critiche concernenti il compromesso al ribasso che ha caratterizzato la recente approvazione del Regolamento che recepisce la cooperazione rafforzata relativa all'istituzione dell'Ufficio della Procura europea, tollerabile probabilmente solo

unico europeo recante un novero di fattispecie poste a protezione della pubblica amministrazione dell'Unione europea, quale bene istituzionale della costruzione europea, potrebbe rappresentare un campo d'elezione privilegiato per una futura estensione della competenza materiale dell'Ufficio della Procura europea (sulla base dell'art. 86, par. 4). Tale bene giuridico, infatti, oltre ad essere strettamente collegato – ed indirettamente già ricompreso nelle previsioni della direttiva PIF – alla tutela degli interessi finanziari sovranazionali, risulta attualmente minacciato da fenomeni corruttivi di particolare gravità, aventi una dimensione transnazionale, che rappresentano i presupposti indispensabili per una tale estensione della competenza del Procura europea.

nell'ottica di rappresentare una sorta di laboratorio applicativo, cfr. studio condotto da A. Weyembergh e C. Briere, commissionato dalla Commissione LIBE del Parlamento europeo, su *Towards a European Public Prosecutor's Office (EPPO)*, pubblicato nel novembre 2016 e reperibile nel sito internet <http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses>.

# LA PROTEZIONE PENALE DEGLI INTERESSI FINANZIARI DELL'UNIONE EUROPEA NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

*Ezechia Paolo Reale*

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Gli interessi finanziari dell'Unione Europea. - 3. Gli strumenti di tutela. - 3.1. Contrasto alla percezione indebita dei fondi. - 3.2. Utilizzo distorto dei fondi. - 3.3. Ostacolo al recupero dei fondi indebitamente ottenuti. - 4. Valutazione complessiva del sistema.

## **I. Introduzione.**

Un sentito, e non soltanto dovuto, ringraziamento al Centro di Diritto Penale Europeo, del cui direttivo ho il piacere e l'onore di fare parte ormai da molti anni, ed al Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Catania per avere chiesto, su un tema così attuale e delicato, anche il mio contributo, al fianco di giuristi ben più autorevoli.

Come è stato perfettamente messo in luce dalla prof.ssa Sicurella e dal cons. Venegoni la protezione o, come altri preferiscono, la tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea all'interno della creazione dello spazio comune europeo di giustizia ha sempre avuto una posizione privilegiata ed ha sempre percorso gli sviluppi di quella che, a torto o ragione, chiamiamo oggi competenza europea in materia penale. Questo ci consente di avere di fronte un orizzonte più ampio e profondo perché le riflessioni che possiamo proporre non solo hanno avuto il tempo di sedimentarsi, ma hanno anche trovato una base solida sulla quale poggiarsi, che è quella della concreta esperienza che l'attuazione della politica di protezione degli interessi finanziari dell'Unione Europea ha avuto e continua ad avere nei singoli ordinamenti nazionali e, per quello che oggi ci interessa, nell'ordinamento italiano.

Il mio contributo, anche per le mie competenze eminentemente pratiche, praticando la scienza giuridica solo nelle aule dei tribunali, tenderà a descrivere lo scenario concreto nel quale si agitano le problematiche connesse alle esigenze di protezione penale degli interessi finanziari dell'Unione Europea, nella consapevolezza che adeguatezza e criticità degli strumenti normativi possono anche, ed in larga parte devono, essere misurati non tanto sulla loro perfezione teorica quanto sulla loro efficacia e capacità concreta di ottenere il risultato perseguito.

Si tratta quindi di individuare quali siano gli interessi finanziari da proteggere e stilare un piccolo inventario degli strumenti normativi sanzionatori che ha messo in campo l'Italia per provare a raggiungere questo risultato.

## 2. Gli interessi finanziari dell'Unione Europea.

Per espressa indicazione della Convenzione per la Protezione degli Interessi Finanziari delle Comunità Europee, approvata dal Consiglio dell'Unione in data 26 luglio 1995, la tutela deve riguardare sia le entrate che le uscite del bilancio europeo.

Quanto alle prime, esse vanno individuate nei dazi e nei prelievi agricoli, da una parte, e nella quota di IVA destinata a finanziare il bilancio europeo, dall'altra. L'area penale di protezione è, pertanto, quella tradizionale della repressione del contrabbando e dell'evasione dell'imposta sul valore aggiunto.

Scelgo di non parlarne solo per ragioni di tempo e non certo per ragioni di importanza, sol che si pensi che gli albori del diritto penale europeo, ancor prima della Convenzione PIF, vengono normalmente individuati nella sentenza della Corte di Giustizia **sul mais greco**<sup>1</sup>, proprio in materia di dazi doganali sui prodotti agricoli, e che le prospettive future di tale diritto sono oggi leggibili attraverso la recente sentenza della Corte di Giustizia<sup>2</sup>, conosciuta come sentenza Taricco, in materia di prescrizione dei reati di evasione dell'imposta sul valore aggiunto.

Quanto alle seconde, esse vanno individuate nei fondi che l'Unione Europea destina agli Stati membri ed ai cittadini europei finalizzati al sostegno o allo sviluppo di alcune specifiche politiche di interesse dell'Unione stessa.

Tali uscite, che saranno specifico oggetto delle riflessioni che seguiranno, devono a mio avviso essere oggetto di preliminare analisi, anche se molto sommaria e non certo di dettaglio, se vuole darsi un giudizio informato di adeguatezza degli strumenti di tutela a tal fine predisposti.

<sup>1</sup> Corte di Giustizia, 21.09.1989 in causa C68/88.

<sup>2</sup> Corte di Giustizia, Grande Sezione, 08.09.2015 in causa C105/14.

È questo un aspetto curiosamente poco affrontato sia dalla dottrina penale che dagli operatori della giustizia, così approfondendo un gap tra riflessioni ed azioni di tutela e contrasto, da una parte, e vita reale, dall'altra, che è elemento caratterizzante il nostro sistema nazionale in più settori della tutela penale.

Va anzitutto tenuta a tal fine presente la fondamentale distinzione tra fondi diretti ed indiretti.

I primi sono erogati direttamente dall'Europa in favore dei beneficiari finali, seppur spesso attraverso organismi pagatori nazionali (come avviene ad esempio per i pagamenti diretti della Politica Agricola Comune erogati dal FEAGA – Fondo Europeo Agricolo di Garanzia – ai beneficiari attraverso organismi pagatori, il più noto dei quali è l'AGEA – Agenzia per le Erogazioni in Agricoltura).

I secondi, quelli indiretti, sono destinati direttamente ai singoli Stati membri che, direttamente o attraverso le proprie articolazioni territoriali (principalmente le Regioni), ne curano la distribuzione ai destinatari finali, dall'istruttoria delle domande alle singole erogazioni.

Si tratta dei Fondi Strutturali e di Investimento Europei (SIE), cioè di tutte quelle strane sigle che siamo abituati a leggere nelle cronache politiche o economiche.

Oltre un Regolamento (1303/2013) che detta disposizioni comuni, ogni Fondo ha un suo atto normativo di riferimento che detta le regole fondamentali per l'erogazione e l'utilizzo delle somme stanziare:

Reg. 1300/2013 FC	Fondo di Coesione
Reg. 1301/2013 FESR	Fondo Europeo per lo Sviluppo Regionale
Reg. 1304/2013 FES	Fondo Sociale Europeo
Reg. 1305/2013 FEASR	Fondo Europeo Agricolo per lo Sviluppo Rurale
Reg. 1306/2013 FEAGA	Fondo Europeo Agricolo di Garanzia
Reg. 508/2014 FEAMP	Fondo Europeo Affari Marittimi e Pesca

I Fondi SIE sono distribuiti tra i programmi e tra i paesi attraverso un accordo di Partenariato, l'ultimo dei quali, pertinente gli anni 2014/2020 è stato adottato dalla Commissione Europa il 29.10.2014.

I Fondi SIE sono erogati attraverso PON, Piani Operativi Nazionali; POR, Piani Operativi Regionali e PSR, Programmi di Sviluppo Rurale, ciascuno di essi elaborato a livello locale ed approvato dalla Commissione Europea.

I flussi dei finanziamenti sono assicurati da specifici organi la cui attività è dettagliatamente regolata:

1. Autorità di gestione, che agisce in base ad un apposito manuale operativo, garantendo l'evidenza pubblica attraverso l'emissione di bandi e sotto il controllo di un apposito Comitato di Sorveglianza indipendente.

2. Autorità di certificazione, che verifica e controlla le spese affrontate dai beneficiari dei fondi ai fini dell'erogazione.

3. Autorità di Audit che verifica l'efficacia sia della gestione che dei controlli.

Evidente come la diversa natura e regolamentazione dei Fondi non possa che avere influenza su modalità e capacità del controllo penale, sulla loro corretta distribuzione e sul loro corretto uso.

Vi sono beneficiari, in particolare in materia di pagamenti diretti, che ottengono somme sulla base di semplici dichiarazioni o sulla base di una mera presentazione di documenti (esempio tipico i pagamenti diretti in agricoltura erogati in favore delle imprese agricole sulla base di dichiarazioni attestanti l'estensione dei terreni posseduti per la coltivazione) e vi sono beneficiari che ottengono somme in relazione ad interventi ancora da effettuare e che seguono un iter complesso e controllato, che parte dai bandi ad evidenza pubblica, passa per i controlli in fase di realizzazione e termina con la rendicontazione delle spese effettivamente destinate all'investimento finanziato.

Vi sono beneficiari che non devono dar conto di come utilizzano le somme, trattandosi di mero sostegno all'attività economica svolta, di aiuto di Stato consentito (ancora una volta esempio tipico i pagamenti diretti in agricoltura) e vi sono beneficiari che non possono distogliere neppure un centesimo di queste somme dall'intervento per il quale gli stessi sono stati concessi, che devono realizzarlo entro un determinato tempo, pena la perdita del beneficio, e che sono sottoposti ad intensi controlli amministrativi.

Ho fornito queste informazioni perché se mi chiedete se nella mia trentennale esperienza di aule di giustizia ho mai ascoltato o letto, all'interno di un processo per frode relativo a questi fondi, un riferimento anche indiretto ai regolamenti comunitari, ai piani operativi, ai manuali delle autorità di gestione, alle verifiche delle autorità di certificazione ed audit, e cioè alle regole base, come abbiamo visto, per l'erogazione delle somme, la non sorprendente risposta è no, non ne ho mai sentito parlare né mai ne ho letto. Usualmente la bibbia e la stella polare delle indagini e delle istruttorie dibattimentali sono da un lato la circolare ministeriale che decodifica, decrittta documenti che noi operatori del diritto penale facciamo molta fatica a comprendere, anche quando, e non sempre avviene, ne conosciamo l'esistenza e, dall'altro, il bando delle autorità di gestione, e cioè gli unici due atti della catena normativa non provenienti dall'Europa o dalla stessa non preventivamente convalidati.

Teniamo presenti queste informazioni e spostiamoci sul versante della tutela, non senza aver dato prima l'idea delle dimensioni e dell'importanza di ciò di cui stiamo parlando.

È stato calcolato che nel prossimo periodo 2014/2020, per l'Italia iniziato proprio in questo mese di gennaio 2016 con l'approvazione da parte della Com-

missione Europea di tutti i Piani e Programmi Nazionali e Regionali, saranno distribuiti dall'Europa 351 miliardi di euro di fondi strutturali, pari al 32,5% del bilancio europeo. A queste cifre vanno sommate quelle che i paesi membri hanno l'obbligo di aggiungere, quale quota di compartecipazione nazionale, ciascuno in relazione ai fondi che gli vengono destinati.

### 3. Gli strumenti di tutela.

Di fronte a questi importi è evidente come non sia mero esercizio intellettuale occuparci della protezione degli interessi finanziari dell'Unione Europea.

Sempre privilegiando l'aspetto pratico vorrei suggerire l'analisi degli strumenti normativi partendo dalle loro finalità, come enucleabili dalla normativa europea convenzionale, che possono agevolmente essere individuate come contrasto a:

1. Indebita percezione dei fondi;
2. Utilizzo distorto dei fondi;
3. Ostacolo al recupero dei fondi indebitamente ottenuti.

Sullo sfondo di tali obiettivi si staglia, inoltre, minacciosa e pervasiva l'ombra della corruzione, nelle varie forme nella quale essa si articola e che essendo stata oggetto della brillante ed esaustiva analisi del cons. Paternò Raddusa, trascurerò nella mia relazione, ricordando solo che il contrasto alla corruzione attiva e passiva, così come definita dalla Convenzione PIF e dai suoi protocolli, fa ovviamente parte a pieno titolo degli obiettivi da raggiungere per ottenere la protezione degli interessi finanziari dell'Unione Europea.

In linea generale, e senza entrare in troppi distinguo tecnici, può affermarsi che la Convenzione PIF ha ricevuto "*piena ed intera*" attuazione tramite la legge 29 settembre 2000 n. 300. Ma sarebbe un errore pensare che a tale normativa risalgano gli strumenti di carattere penale predisposti dall'ordinamento italiano per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione Europea.

In realtà il legislatore italiano del 2000 è partito dal presupposto che la disciplina penale vigente nel nostro ordinamento fosse già sostanzialmente adeguata alle esigenze di tutela penale degli interessi finanziari comunitari ed ha ritenuto di doversi limitare a "completare" il quadro esistente, attraverso un'unica nuova norma incriminatrice (art. 4 legge n. 300/2000), introdotta peraltro nel corso dei lavori parlamentari e non contenuta nell'originario disegno di legge governativo, accanto a poche altre disposizioni integrative e modificative di singoli istituti e discipline.

Larga parte della dottrina ha censurato questa scelta ritenendola "riduttiva" ed inidonea a superare i tormentati rapporti sistematici fra le disposizioni vigenti, ed anzi capace di accentuare le contraddizioni esistenti nel sistema senza colmare alcuni vuoti di tutela.

Tali censure, a mio avviso, soffrono di un'ottica nazionale nella quale la pan-penalizzazione viene spesso avvertita come rimedio di ogni male laddove, con ottima probabilità, è concausa di quei mali, unitamente all'incapacità tecnica oramai conclamata del nostro legislatore nazionale e ad una funzione nomofilattica che, soffocata dai numeri sempre più alti dei processi e da una produzione normativa multilivello che ha assunto caratteri fluviali, non riesce più ad offrire quelle garanzie di certezza del diritto alle quali è deputata.

### 3.1. *Contrasto alla percezione indebita dei fondi.*

Può immediatamente verificarsi come inutilmente ridondanti siano le fattispecie di reato, sovrapposte le une alle altre senza una logica e, forse, senza un pensiero.

**Articolo 640 c.p.v. n. 1** che è la classica ipotesi di truffa aggravata ai danni dello Stato:

«Chiunque, con artifici o raggiri, inducendo taluno in errore, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da € 51 a € 1.032.

La pena è della reclusione da uno a cinque anni e della multa da € 51 a € 1.549:1) se il fatto è commesso a danno dello Stato o di un altro ente pubblico.....;

2) .....

2-bis) .....

Il delitto è punibile a querela della persona offesa, salvo che ricorra taluna delle circostanze previste dal capoverso precedente o un'altra circostanza aggravante».

**Articolo 640-bis c.p.**, introdotto dall'art. 22 legge 19 marzo 1990 n. 55, che prevede la "truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche" menzionando espressamente anche quelle comunitarie:

«La pena è della reclusione da uno a sei anni e si procede d'ufficio se il fatto di cui all'art. 640 riguarda contributi, finanziamenti, mutui agevolati ovvero altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità europee».

**Articolo 316-ter c.p.** che punisce, con una sanzione più mite rispetto a quella stabilita per la truffa, il delitto di "indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato", comprese quelle concesse "dalle Comunità europee":

«Chiunque **mediante l'utilizzo o la presentazione di dichiarazioni o di documenti falsi o attestanti cose non vere**, ovvero **mediante l'omissione di informazioni dovute**, consegue indebitamente, per sé o per altri, contributi, finanziamenti, mutui agevolati o altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concesse o erogate dallo Stato, da altri enti pubblici o dalle Comunità europee». Per tale reato è fissata una soglia di rilevanza penale stabilita in 4.000 euro.



**Articolo 2 L. 23.12.1986 n. 898** che punisce, con una sanzione più mite di quella stabilita per la truffa, comportamenti di acquisizione indebita di sovvenzioni comunitarie nel settore agricolo e precisamente chi «consegue indebitamente [...] aiuti, premi, indennità, restituzioni, contributi o altre erogazioni» a carico dei fondi europei agricoli, mediante «esposizione di dati o notizie falsi». Anche per tale reato è fissata una soglia di rilevanza penale stabilita in 4.000 euro (prima era fissata in 20 milioni di lire).

Fiumi di inchiostro di dottrina e di giurisprudenza delle più alte corti si sono rincorsi e diluiti, arrovellandosi in atroci dilemmi per individuare quali siano i rispettivi spazi applicativi di queste norme, giungendo a soluzioni oramai anche esatte e consolidate, se vogliamo, ma fundamentalmente inefficaci ed, infine, anche inefficienti.

Ad un giurista non italiano sarebbe inutile tentare di spiegare le raffinate riflessioni che hanno condotto a concludere che l'art. 640-*bis* c.p. è solo una circostanza aggravante dell'articolo 640 c.p.<sup>3</sup> o che l'art. 2 della L. 898/1986 è, o è divenuta nel tempo – così come l'art. 316ter si è subito rivelato<sup>4</sup> – norma di chiusura del sistema, introdotta affinché non sfuggano alla pena comportamenti decettivi non così intensi da costituire gli artifici o raggiri richiesti per la truffa<sup>5</sup>, salvo poi doversi accapigliare nei giudizi di merito e di legittimità per comprendere se il silenzio, l'ammiccare o lo strizzare l'occhio costituisca o meno artificio, così aprendo il campo ad istruttorie dibattimentali, appelli e ricorsi senza fine, ostacolando l'accesso ai riti alternativi ed in definitiva tradendo, all'interno di un sistema in gravi difficoltà operative, l'obiettivo di punizione dei responsabili e di recupero delle somme.

Così una percezione indebita di fondi pubblici per 4.000 euro non è reato, mentre lo è per 10 euro se solo si è strizzato l'occhio un po' più forte o si è ammiccato in modo più deciso. Senza forse riflettere che, al di là della necessità di adeguare la risposta punitiva alla condotta più o meno intrisa di disvalore, la modernità richiede di tenere in considerazione anche altri valori, fra i quali non ultimo l'utilizzo razionale delle risorse umane ed economiche senza le quali nessun obiettivo di giustizia potrà mai essere perseguito, men che meno la semplice tutela di interessi finanziari.

Ed allora un processo per 10 euro non si fa (e non si dovrebbe fare neanche uno per 4.000 euro) perché i costi per il sistema non sono sostenibili.

<sup>3</sup> Cass. Sez. un. pen. 10 luglio 2002 n. 19, Fedì.

<sup>4</sup> Da ultimo Cass. pen., Sez. VI n. 50255.

<sup>5</sup> Cass., Sez. un. pen. 24.01.1996 n. 2780, Panigoni; Corte Cost. 10 febbraio 1994, n. 25.

E, peraltro, sfido chiunque a trovare qualcuno che sia stato effettivamente punito per una truffa di 1.000 o 2.000 euro. Quando miracolosamente non si prescrive, nessun giudice negherà mai sospensione condizionale, pene sostitutive e quant'altro previsto da un ordinamento panpenalizzante in entrata ed assolutamente incapace di far fronte alle pur misere, in termini percentuali, uscite.

Un giurista straniero ci chiederebbe: "ma sei più contento di rischiare di far prescrivere una truffa aggravata piuttosto che ottenere subito una condanna e la confisca per un'indebita percezione di erogazioni?" E noi giuristi italiani non sapremmo dare risposta.

Il vero è che l'Italia è prigioniera di un *loop* dal quale solo azioni coraggiose possono consentire di uscire. Contrariamente agli sviluppi constatati in altri ordinamenti, la nostra massima sfiducia, forse giustificata, sull'efficacia e l'efficienza dei sistemi riparatori, recuperatori e sanzionatori civili, contabili ed amministrativi ci impedisce di ragionare in termini corretti. Se solo la giustizia civile o amministrativa o contabile si occupasse realmente di recuperare le piccole somme e quella penale giungesse sempre a sanzionare, anche con le misure accessorie, i responsabili della indebita percezione dei fondi, poco importa se la condotta è più o meno insidiosa o artificiosa, si otterrebbe un sistema efficace ed efficiente. Se solo si adottasse la semplice e completa descrizione europea di frode, individuando una soglia intelligente e conveniente del penalmente rilevante, si otterrebbero molte più definizioni di processi e molte più somme recuperate. Sarebbe, insomma, necessaria una sorta di clausola di riserva al contrario: le norme sulla truffa non dovrebbero applicarsi mai e l'art. 640bis potrebbe anche, con paradosso esplicativo, essere abrogato, per cedere il passo al più agevole ed efficace art. 316ter. Non ci sarebbe bisogno così di rincorrere le fattispecie più gravi solo per timore della prescrizione (per la verità comprensibile solo prima della riforma di questo istituto) o dell'impossibilità di adottare misure investigative o cautelari penetranti. L'ordinanza con la quale il Tribunale di Cuneo ha formulato la domanda pregiudiziale che ha condotto alla sentenza Taricco, così come la rivoluzionaria sentenza che sconvolge, a mio avviso, principi di diritto consolidati al solo scopo di sterilizzare gli effetti della prescrizione dei reati e giungere anche in tali casi alla confisca delle somme di danaro<sup>6</sup>, sono esempi lampanti di un approccio culturale al problema che gestisce l'emergenza, ma non può riuscire a dare risposte soddisfacenti e solide.

Non che l'art. 316-ter c.p. sia un esempio di bella legislazione.

La qualificazione delle dichiarazioni o dei documenti, con cui può essere realizzato il reato di cui all'art. 316-ter c.p., come «attestanti  **cose non vere**» è, a dir poco, sorprendente.

<sup>6</sup> Cass., Sez. un. pen, 26 giugno 2015 n. 31617, Lucci.

La formula non coincide con la locuzione: “dichiarazioni o documenti *falsi, inesatti o incompleti*” prevista dalla definizione contenuta nell’art. 1 della Convenzione PIF ed è stravagante anche rispetto alla abituale tecnica di formulazione dei delitti di falso ideologico.

Il paradigma di riferimento delle falsità *ideologiche* non può però certo essere costituito dalle “cose”, intese nel loro stretto significato tecnico-normativo di “oggetti” o beni, sostanziandosi la falsità in un giudizio di relazione cognitiva che può essere operato solo con riguardo a “fatti”, “circostanze”, “dati”, “informazioni”, etc., rispetto a cui abbia senso ipotizzare un contenuto di conforme o difforme “attestazione” dichiarativa o documentale.

Anche a voler, poi, intendere la locuzione “cose” nell’improprio significato atecnico ed indeterminato, in uso nella lingua orale familiare, quale sinonimo di “avvenimenti”, “circostanze”, “fatti”, “eventi”, “situazioni”, “atti”, etc., la variante lessicale resta, comunque, priva di ogni comprensibile ragione logico-giuridica.

### 3.2. *Utilizzo distorto dei fondi.*

L’art. 316-*bis*, punisce il delitto di “malversazione” a danno dello Stato (introdotto dall’art. 3 legge 26 aprile 1990, n. 86) e – ma solo a seguito della “rettifica” contenuta nell’art. 1 legge 7 febbraio 1992, n. 181 – anche a danno delle Comunità Europee, comminando la pena sino a quattro anni di reclusione a “*chiunque, estraneo alla Pubblica Amministrazione, avendo ottenuto dallo Stato o da altro ente pubblico o dalle Comunità Europee contributi, sovvenzioni o finanziamenti destinati a favorire iniziative dirette alla realizzazione di opere od allo svolgimento di attività di pubblico interesse non li destina alle predette finalità*”.

Anche questa norma ha un’applicazione pratica piuttosto sporadica, sia per ritenersi che la stessa non possa concorrere con le ipotesi di percezione indebita dalle quali resta assorbita, sia perché anche tali condotte, in un modo o in un altro, vengono poi a farsi refluire nella fattispecie di truffa.

### 3.3. *Ostacolo al recupero dei fondi indebitamente ottenuti.*

Anche qui un profluvio di norme.

Partendo dai tradizionali reati di favoreggiamento reale e ricettazione, si passa poi più specificamente a:

Art. 648-*bis* che punisce le ipotesi di riciclaggio  
 «Fuori dai casi di concorso nel reato, chiunque sostituisce o trasferisce denaro, beni o altre utilità provenienti da delitto non colposo; ovvero compie in relazione ad essi altre operazioni, in modo da ostacolare l’identificazione della loro

provenienza delittuosa, è punito con la reclusione da quattro a dodici anni e con la multa da € 5.000 a € 25.000».

Art. 648-ter che punisce l'impiego di danaro, beni o utilità di provenienza illecita

«Chiunque, fuori dai casi di concorso nel reato e dei casi previsti dagli articoli 648 e 648bis, impiega in attività economiche o finanziarie danaro, beni o altre utilità provenienti da delitto, è punito con la reclusione da quattro a dodici anni e con la multa da € 5.000 a € 25.000».

Art. 648-ter<sup>1</sup> che punisce l'autoriciclaggio, inserito dalla L. 15.12.2014 n. 186 trionfalmente salutata come assoluta novità e segno di inequivoca volontà del legislatore di contrasto al crimine.

«Si applica la pena della reclusione da due a otto anni e della multa da euro 5.000 a euro 25.000 a chiunque, avendo commesso o concorso a commettere un delitto non colposo, impiega, sostituisce, trasferisce, in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative, il danaro, i beni o le altre utilità provenienti dalla commissione di tale delitto, in modo da ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa».

Art. 12-quinquies D.L. 8 giugno 1992 n. 306 che punisce il trasferimento fraudolento di valori (precisamente l'attribuzione fittizia ad altri della titolarità o disponibilità di danaro, beni o altre utilità) e, ad avviso dei giuristi più attenti, e poi anche della corte di legittimità, già prevedeva la punibilità dell'autoriciclaggio finalizzato ad eludere le disposizioni in materia di contrabbando o di misure di prevenzione ovvero ad agevolare la ricettazione o il riciclaggio anche nella forma del reimpiego.

«Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque attribuisce fittiziamente ad altri la titolarità o disponibilità di danaro, beni o altre utilità al fine di eludere le disposizioni di legge in materia di misure di prevenzione patrimoniali o di contrabbando, ovvero di agevolare la commissione di uno dei delitti di cui agli articoli 648, 648-bis e 648-ter del codice penale, è punito con la reclusione da due a sei anni».

Anche qui, valutato con favore l'intento di chiudere ogni spazio a condotte illecite particolarmente insidiose, va rilevato come la strada scelta, e cioè l'affastellamento delle norme, contrasti con l'obiettivo di perseguire efficacemente le violazioni.

Non è possibile concludere questa breve panoramica senza richiamare alcuni aspetti indubbiamente positivi ed innovativi che hanno caratterizzato l'entrata in vigore della legge di ratifica della Convenzione PIF, estendendo poi i propri effetti alla legislazione successiva

Mi riferisco in particolare alla previsione di nuove ipotesi di confisca obbligatoria e per equivalente di cui agli artt. 322-*ter* e 640-*quater* (art. 3 legge n. 300/2000), alle quali ha fatto seguito l'analogo istituto di cui all'articolo 648-*quater* in materia di riciclaggio, poi esteso all'autoriciclaggio; ed alla delega al Governo per la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica (art. 11 legge n. 300/2000) poi esercitata con il decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, uno degli atti normativi oramai più noti, nel tempo divenuto bandiera della serietà della volontà del legislatore di contrasto al crimine, anche se l'efficacia in concreto di tale strumento andrebbe accuratamente studiata partendo dalle statistiche giudiziarie.

Nella ricognizione del sistema non va poi dimenticato l'art. 32-*quater* c.p. che prevede la pena accessoria dell'incapacità a contrarre con la pubblica amministrazione per i responsabili dei reati di frode e corruzione.

Ed a mio avviso anche in questa sede non può fare a meno di menzionarsi l'art. 12-*sexies* D.L. 8/6/92 n. 306 che prevede la confisca obbligatoria del denaro, dei beni o delle altre utilità delle quali il condannato per i numerosi fatti ivi elencati non può giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito. Non senza notare che appare molto strano che tra le numerose norme elencate manchi proprio l'art. 648-*ter* sull'autoriciclaggio.

«Nei casi di condanna o di applicazione della pena su richiesta a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per taluno dei delitti previsti dagli articoli 314, 316, 316-*bis*, 316-*ter*, 317, 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater*, 320, 322, 322-*bis*, 325, 416, sesto comma, 416, realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dagli articoli 473, 474, 517-*ter* e 517-*quater*, 416-*bis*, 452-*quater*, 452-*octies*, primo comma, 600, 600-*bis*, primo comma, 600-*ter*, primo e secondo comma, 600-*quater*<sup>1</sup>, relativamente alla condotta di produzione o commercio di materiale pornografico, 600-*quinquies*, 601, 602, 629, 630, 644, 644-*bis*, 648, esclusa la fattispecie di cui al secondo comma, 648-*bis*, 648-*ter* del codice penale, nonché dall'articolo 12-*quinquies*, comma 1, del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, o dall'articolo 260 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, e successive modificazioni, ovvero per taluno dei delitti previsti dagli articoli 73, esclusa la fattispecie di cui al comma 5, e 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, è sempre disposta la confisca del denaro, dei beni o delle altre utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di

cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica. Le disposizioni indicate nel periodo precedente si applicano anche in caso di condanna e di applicazione della pena su richiesta, a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per taluno dei delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine costituzionale».

#### 4. Valutazione complessiva del sistema.

A fronte di lacune, che è giusto definire di rilievo minore, come la mancata previsione di pena per i casi in cui sia violato un obbligo che avrebbe condotto alla restituzione di somme in origine legittimamente percepite, come ad esempio l'omessa informazione di circostanze che rendano indebita la sovvenzione, successivamente alla sua regolare percezione, e la mancata previsione di una specifica disciplina della responsabilità penale dei dirigenti delle imprese per gli atti fraudolenti commessi ai danni di interessi finanziari dell'Unione Europea, **da persona soggetta alla loro autorità** *per conto dell'impresa, come richiesto dall'art. 3 della Convenzione PIF*, forse ragionevolmente non inserita nel sistema confidando nella disciplina generale del concorso di persone nel reato (art. 110 e seguenti c.p.) anche per omesso impedimento dell'evento (art. 40, comma 2, c.p.), ci troviamo di fronte ad un sistema vasto ed articolato che certo non ha bisogno di interventi aggiuntivi, ma che piuttosto necessita di una drastica semplificazione e razionalizzazione.

A fronte dell'ideale ampiezza del sistema di protezione, vi è una sua sostanziale inefficacia che, però, non può semplicisticamente essere riferita alla volontà del legislatore o alle sue carenze tecniche, perché deve farsi risalire ad una realtà che caratterizza il nostro intero sistema penale nazionale che caparbiamente rifiuta la modernità.

La triade dei reati del campo PIF, frode - corruzione - riciclaggio, è certamente emblematica di ciò che un'altra Europa, quella dei diritti fondamentali, indica da tempo.

Riconsiderare l'approccio panpenalistico e puntare con la legislazione penale non sull'obiettivo di reprimere, ma su quello di prevenire. Non affastellare norme disordinatamente, nel timore di lasciare qualche varco di impunità, ma assicurare quella che la Corte europea dei diritti dell'uomo chiama appropriatamente la "qualità della legge", la capacità della normativa che impone sanzioni di consentire alle persone interessate di conoscere senza ambiguità i diritti e gli obblighi che ne derivano e regolarsi di conseguenza, requisito senza il quale l'atto normativo

è solo apparente e non può addirittura essere qualificato legge penale per carenza di un suo requisito essenziale, conclusione alla quale peraltro la nostra giurisprudenza costituzionale era pervenuta con la bellissima ed innovativa sentenza della Corte costituzionale n. 364 del 1988, sulla ignoranza scusabile in materia penale, della quale pochissimi hanno un ricordo, laddove i suoi sviluppi logici avrebbero potuto fecondare positivamente un sistema che, invece, ha velocemente virato verso sponde apparentemente più solide e rassicuranti, ma in realtà rivelatesi miraggi irraggiungibili.

L'occasione di poter discutere in un luogo fisico destinato alla crescita intellettuale delle nuove generazioni mi consente di lanciare loro idealmente l'invito a riavvolgere i fili della riflessione giuridica sino agli anni precedenti l'ascesa dell'incompetenza legislativa e ripartire da quegli approdi tracciando una rotta verso la modernità che non può essere quella che oggi si sta percorrendo.





# LA SENTENZA *TARICCO* DELLA CORTE DI GIUSTIZIA, TRA EFFETTI DIRETTI DELLE NORME DEL TRATTATO ED AUTONOMIA PROCEDURALE DEGLI STATI MEMBRI

*Grazia Vitale*

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Brevi cenni sulla pronuncia *Taricco*. - 3. Gli “effetti diretti” dell’art. 325 TFUE. - 4. Gli “effetti diretti verticali inversi” dell’art. 325 TFUE. - 5. (segue) L’effetto diretto dell’art. 325 TFUE e la tutela dei diritti dell’individuo. - 6. Rimane ancora spazio per i controlimiti? - 7. Una diversa chiave di lettura della sentenza *Taricco*: il principio dell’autonomia procedurale degli Stati membri. - 8. Considerazioni conclusive.

## **I. Premessa.**

La pronuncia *Taricco*, emessa dalla Grande Sezione della Corte di Giustizia in verità ormai più di due anni fa, ritorna oggi di grande attualità in seguito al rinvio pregiudiziale esperito dalla nostra Corte costituzionale avente ad oggetto l’interpretazione proprio della sentenza della Curia e dell’art. 325 TFUE che ne costituisce uno dei principali parametri normativi di riferimento<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Si tratta dell’ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale. Tra i primi commenti «a caldo» sul rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale in relazione al caso *Taricco* si rinvia a: C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, in [www.rivista.eurojus.it](http://www.rivista.eurojus.it), 29 gennaio 2017; M. BASSINI - O. POLLICINO, *The Taricco Decision: A Last Attempt to Avoid a Clash between EU Law and the Italian Constitution*, in [verfassungsblog.de](http://verfassungsblog.de), 28 gennaio 2017; M. FERRANTE, *L’ordinanza della Corte costituzionale sull’affaire Taricco: una decisione «diplomatica» ma ferma*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), 29 gennaio 2017; A. GUAZZAROTTI, *I paradossi della vicenda Taricco. La sovranità limitata in favore dell’UE e ‘controlimitata’ in favore della Costituzione*, in [www.lacostituzione.info](http://www.lacostituzione.info), 18 febbraio 2017; V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a “Taricco”. Note minime*

Come è noto, con la *Taricco* i giudici di Lussemburgo hanno dichiarato l'incompatibilità del limite massimo di durata del termine prescrizione di cui agli artt. 160 u.c. e 161, comma 2 c.p., relativamente alle frodi in materia di IVA, con l'art. 325 TFUE, mirante a reprimere tale tipo di frodi in quanto lesive degli interessi finanziari dell'Unione.

Si tratta di una pronuncia che ha invero generato enorme scalpore e che ha dato adito a molteplici disquisizioni interpretative e posizioni critiche, in specie da parte della dottrina penalistica interna, atteso che pare aver messo fortemente in discussione taluni dogmi considerati fino ad oggi inscalfibili dell'ordinamento penale interno e della copertura costituzionale allo stesso tradizionalmente attribuita. Ed è forse anche per questa ragione che la partita, come si è detto, non è ancora chiusa, atteso che con i quesiti pregiudiziali recentemente sollevati, la Consulta ha sollecitato una nuova interpretazione di quello stesso famigerato art. 325 e del suo rapporto con alcuni principi fondamentali della Costituzione, che sarebbero frustrati dalla sua fedele applicazione nei termini da ultimo indicati dai giudici di Lussemburgo. Bisognerà quindi aspettare che la Corte di Giustizia si pronunci onde ritenere eventualmente progressivamente consolidato l'approccio interpretativo della norma del Trattato in considerazione<sup>2</sup>.

Nell'attesa, pare opportuno proporre la ricostruzione critica di una sentenza che, in effetti, presenta un incedere argomentativo di non sempre immediata comprensione, stretto tra una serie di passaggi logico-giuridici che sembrano dare per "scontate" e "sottintese" forse troppe cose. Basti ricordare che alcuni aspetti di rilevanza fondamentale ai fini della definizione della vicenda – come quello relativo alla posizione attribuita dalla Corte all'art. 325 – sono trattati in modo obiettivamente inadeguato.

E tuttavia, nel corso del presente lavoro si tenterà di mettere in luce quanto "di buono" ci sia nella pronuncia *Taricco*, a tal fine evidenziando due profili, minimi ed essenziali.

In primo luogo, si cercherà di sottolineare come la sentenza in commento, pur se con tutti i limiti di un *dictum* che pare voler dire di più di quello che espres-

*all'ordinanza della Corte Costituzionale n. 24 del 2017*, in *DPC*, 13 febbraio 2017; G. REPETTO, *Una ragionevole apologia della supremacy. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *www.diritticomparati.it*, 20 febbraio 2017; A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronunzia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)*, in *www.giurcost.org/studi*, n. 1, 2017, 81; D. TEGA, *Narrowing the Dialogue: The Italian Constitutional Court and the Court of Justice on the Prosecution of VAT Frauds*, in *www.iconnectblog.com*, 14 febbraio 2017.

<sup>2</sup> Per il momento si segnalano le Conclusioni dell'Avvocato Generale Bot del 18 luglio 2017.

samente dice, sia fundamentalmente condivisibile nel risultato finale, dotata di una sua intrinseca coerenza, tanto dal punto di vista logico, quanto da quello giuridico, e conforme ai precedenti della Corte in materia di effetti diretti. A tal fine, lo si anticipa sin d'ora, la presente analisi sarà circoscritta ai soli profili attinenti alle norme dell'ordinamento dell'Unione coinvolte – all'interno del cui contesto si è operata la ricostruzione critica del *decisum* in esame e con particolare riguardo all'art. 325 TFUE – e ai principi cardine della giurisprudenza pregressa della Corte, lasciando volutamente da parte i pur interessanti profili di diritto interno che certamente risultano incisi.

In secondo luogo, poi, si metterà in evidenza come la sentenza *Taricco* appaia condivisibilmente ispirata al perseguimento del fine ultimo, vero principio fondante dell'intero sistema dell'integrazione europea, dell'effettività, inteso nella duplice accezione dell'effettività del diritto *tout court* e dell'effettività della tutela giurisdizionale. Da un lato, infatti, i giudici di Lussemburgo si preoccupano che siano garantiti l'uniformità nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto dell'Unione presso tutti gli Stati membri; dall'altro che gli interessi sottesi alle posizioni giuridico-soggettive attribuite ai singoli dall'ordinamento dell'Unione siano "effettivamente" soddisfatti.

Sempre attuali, quindi, le parole di un illustre studioso del diritto dell'Unione, secondo il quale è come se la Corte, in sostanza, esercitasse «una sorta di *droit de regard* sugli ordinamenti giuridici degli Stati membri, al fine di garantire [...] che le condizioni procedurali e sostanziali previste [...] siano conformi a parametri di adeguatezza ed effettività che la Corte stessa desume dal *corpus* del diritto dell'Unione o dai principi generali, e ora anche dalla Carta dei diritti fondamentali». Il controllo così esercitato, di conseguenza, finisce «col delineare [...] un autentico 'standard europeo di tutela giudiziaria', che prende col tempo sempre più consistenza e rispetto al quale gli ordinamenti nazionali si vedono costretti a cedere il passo»<sup>3</sup>.

## 2. Brevi cenni sulla pronuncia *Taricco*.

Non si ritiene necessario soffermarsi in questa sede sull'analitica prospettazione dei fatti da cui è scaturita la pronuncia resa dalla Corte di Giustizia nel caso *Taricco*<sup>4</sup>. Pare più utile ed interessante, invero, partire già dall'individuazione delle

<sup>3</sup> Cfr. A. TIZZANO, *Il ruolo delle corti supreme nell'ordine politico e istituzionale: la Corte di giustizia dell'UE*, in *DUE*, 2012, p. 820.

<sup>4</sup> Si rinvia a tal fine alla ricostruzione contenuta proprio nella sentenza Corte giust. 8 settembre 2015, C-105/14, EU:C:2015:555. Sulla pronuncia in esame la letteratura è prati-

questioni pregiudiziali sollevate dal giudice *a quo*<sup>5</sup>, e delle argomentazioni logico-giuridiche seguite dai giudici di Lussemburgo nell’emanazione della sentenza.

Più in particolare, il G.u.p. adiva la Corte perché si pronunciasse sul rapporto di compatibilità o meno con il diritto UE degli artt. 160 ultimo comma e 161, comma 2 c.p., nella parte in cui essi prevedevano che l’aumento del termine di prescrizione in seguito al compimento di uno o più atti interruttivi non potesse essere superiore a un quarto del termine originario, e ciò salvo che si procedesse per i reati di cui all’art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater* c.p.<sup>6</sup>.

Invero, già nelle sue Conclusioni rassegnate il 30 aprile 2015, l’Avvocato Generale Kokott rilevava come, tra i vari profili di contrasto evidenziati dal giudice nazionale<sup>7</sup>, quello da assumersi come davvero rilevante e pertinente ai fini della definizione della causa fosse solo quello relativo alla Direttiva 2006/112/CE, sul sistema comune dell’IVA. Con una evidente manipolazione del dato giuridico di base, successivamente accolta anche dalla Corte, l’A.G. spostava quindi l’attenzione della vicenda verso ulteriori e diverse disposizioni rispetto a quelle individuate dal giudice remittente, con particolare riguardo agli artt. 4, par. 3 TUE

camente sterminata. Si segnalano, a titolo puramente esemplificativo, oltre a quelli ulteriori citati all’occorrenza nel corso del presente lavoro, E. LUPO, *La primauté del diritto dell’UE e l’ordinamento penale nazionale. Riflessioni sulla sentenza Taricco*, in *DPC*, 29 febbraio 2016; S. MANACORDA, *La prescrizione delle frodi gravi in materia di IVA: note minime sulla sentenza Taricco*, in *AP*, 2015, fasc.3; S. MARCOLINI, *La prescrizione del reato tra diritto e processo: dal principio di legalità sostanziale a quello di legalità processuale*, in *CP*, 2016, pp. 362 ss.; F. ROSSI, *La sentenza Taricco della Corte di giustizia e il problema degli obblighi di disapplicazione in malam partem della normativa penale interna per contrasto con il diritto UE*, in *DPP*, 2015, pp.1564 ss.; A. 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*, in *DPC*, 29 ottobre 2015; S. PEERS, *The Italian Job: the CJEU Strengthens Criminal Law Protection of the EU’s Finances*, in *EU Law Analysis*, 22 settembre 2015; M. LASALLE, *Taricco kills two birds with one stone for the sake of the PIF*, in *European Law Blog*, 27 ottobre 2015; F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA?*, in *DPP*, 2015, pp. 1562 ss.

<sup>5</sup> Cfr. Tribunale di Cuneo, ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia dell’Unione europea, n. (100)1378/2008 R.G. n. R. (100)306/2009 R.G. G.i.p., pubblicata in *DPC*, 7 febbraio 2014, con nota di F. ROSSI DAL POZZO, *La prescrizione nel processo penale al vaglio della Corte di giustizia?*, pp. 9 ss.

<sup>6</sup> Nel caso di specie, invece, si trattava di un procedimento penale per l’accertamento di una presunta associazione a delinquere (art. 416 c.p.c.) istituita allo scopo di commettere reati in materia di IVA, ex artt. 2 e 8 D.L.vo 74/2000. Più in particolare, attraverso il complesso meccanismo delle “frodi carosello”, venivano ottenute utilità IVA, una parte delle quali sarebbero invece state di spettanza dell’Unione.

<sup>7</sup> Il riferimento è all’ipotizzato contrasto tra la normativa interna e gli artt. 101, 107 e 109 TFUE, in materia di concorrenza.

e 325 TFUE; al Regolamento (CE, Euratom) n. 2988/95; alla Convenzione PIF, relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità<sup>8</sup>. Quindi, dopo essere stato “ritoccato”, il quesito in sostanza sottoposto alla Corte di Giustizia era relativo al “se una normativa come quella italiana soddisfa l’obbligo generale degli Stati membri di applicare sanzioni efficaci per violazioni del diritto dell’Unione e [...] l’obbligo più specifico degli Stati membri di perseguire penalmente la frode a danno degli interessi finanziari dell’Unione” (cfr. punto 79 Conclusioni S.G.).

La Corte, dal canto suo, accoglieva pedissequamente l’impostazione seguita dall’Avvocato generale nelle sue Conclusioni e, sulla scia della precedente sentenza *Fransson*<sup>9</sup>, precisava che «in base al combinato disposto della direttiva 2006/112 e dell’articolo 4, paragrafo 3, TUE, gli Stati membri hanno non solo l’obbligo di adottare tutte le misure legislative e amministrative idonee a garantire che l’IVA dovuta nei loro rispettivi territori sia interamente riscossa, ma devono anche lottare contro la frode» (cfr. punto 36 sentenza *Taricco*<sup>10</sup>). Questo perché «le risorse proprie dell’Unione comprendono in particolare, ai sensi dell’articolo 2, paragrafo 1, lettera b), della decisione 2007/436, le entrate provenienti dall’applicazione di un’aliquota uniforme agli imponibili IVA armonizzati determinati secondo regole dell’Unione», con ciò determinando «un nesso diretto tra la riscossione del gettito dell’IVA nell’osservanza del diritto dell’Unione applicabile e la messa a disposizione del bilancio dell’Unione delle corrispondenti risorse IVA, dal momento che qualsiasi lacuna nella riscossione del primo determina potenzialmente una riduzione delle seconde» (punto 38)<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Concorde con la ricostruzione dell’Avvocato Generale M. SERRAINO, *Dalla Corte di Giustizia UE un “provvidenziale” invito alla conversione. Prescrizione penale e ragionevole durata del processo all’indomani della “sentenza Taricco”*, in *SI*, 6/2016, pp. 698 ss., cui si rinvia anche per una sintesi degli argomenti utilizzati dalla Kokott ai fini della dichiarazione di non pertinenza delle prime due questioni pregiudiziali sollevate (pp. 705 ss.). A p. 704, nota 32, dello scritto si legge conclusivamente che «Ricavare dalla disciplina della prescrizione penale, letta congiuntamente alle norme nazionali dettate per la repressione della criminalità fiscale, l’incentivazione *automatica* di un contegno collusivo tra imprese è stata acrobazia logica del rimettente, in quanto tale censurata dall’Avvocato Generale». La posizione della Corte nel ritenere comunque rilevanti i quesiti attinenti alle norme sulla concorrenza è stata ritenuta “eccessivamente sostanzialistica” da C. AMALFITANO, *Da una impunità di fatto a una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposta sul valore aggiunto?*, in <http://www.sidi-isil.org>.

<sup>9</sup> Cfr. Corte giust. *Fransson*, C-617/10, EU:C:2013:105.

<sup>10</sup> Si veda anche Corte giust. *Commissione/Italia*, C-132/06, EU:C:2008:412, punti 37 e 46.

<sup>11</sup> Nello stesso senso si veda anche Corte giust. *Web Mind Licenses*, C-419/14, EU:C:2015:832.

Un obbligo di analoga portata sussisterebbe anche, secondo la Corte, sulla base dell'art. 325 TFUE, atteso che la norma «obbliga gli Stati membri a lottare contro le attività illecite lesive degli interessi finanziari dell'Unione con misure dissuasive ed effettive e, in particolare, li obbliga ad adottare, per combattere la frode lesiva degli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che adottano per combattere la frode lesiva dei loro interessi finanziari»<sup>12</sup>. In definitiva, quindi, «gli Stati membri devono assicurarsi che casi siffatti di frode grave siano passibili di sanzioni penali dotate, in particolare, di carattere effettivo e dissuasivo. Peraltro, le misure prese a tale riguardo devono essere le stesse che gli Stati membri adottano per combattere i casi di frode di pari gravità che ledono i loro interessi finanziari» (punto 43). E sebbene la Corte precisi che nessuna delle norme prese in considerazione, di per sé, obblighi in modo espresso e tassativo i legislatori nazionali ad assumere sanzioni di natura penale nei confronti delle frodi commesse a danno degli interessi finanziari dell'Unione, sanzioni di tal sorta possono «tuttavia essere indispensabili [...] per combattere in modo effettivo e dissuasivo determinate ipotesi di gravi frodi in materia di IVA» (punto 39 sentenza *Taricco*)<sup>13</sup>. Ciò significa, ancor più chiaramente, che il diritto dell'Unione obbliga il legislatore nazionale a sottoporre le fattispecie integranti frodi gravi lesive degli interessi finanziari dell'Unione a sistemi di incriminazione attraverso misure adeguate in termini di effettività, di capacità dissuasiva e di equivalenza.

Ora, sulla base di una valutazione complessiva e sistematica delle disposizioni nazionali coinvolte, la Corte giunge alla conclusione per la quale, probabilmente, l'applicazione degli articoli 160 e 161 c.p. produce l'effetto di neutralizzare l'effetto temporale di una causa di interruzione della prescrizione, e ciò in ragione della complessità e della lunghezza dei procedimenti penali in genere. Tuttavia, spetta al giudice nazionale il compito di verificare, alla luce di tutte le circostanze di diritto e di fatto rilevanti, se le disposizioni nazionali applicabili consentano

<sup>12</sup> Si vedano nella stessa direzione Corte giust. *SGS Belgium e a.*, C-367/09, EU:C:2010:648; Corte giust. *Commissione/Germania*, C-539/09, EU:C:2011:733.

<sup>13</sup> Si tenga presente, peraltro, che a differenza tanto della direttiva 2006/112, quanto dell'art. 325 TFUE, l'art. 2, paragrafo 1 della Convenzione PIF prevede un obbligo di incriminazione di tali frodi. In tale ambito dovrebbero ricomprendersi, secondo la Corte, anche le condotte relative ad entrate comunitarie non riscosse direttamente per conto dell'Unione, come le entrate derivanti da parte dell'IVA riscossa a livello nazionale (punto 41 sentenza *Taricco*). Si esprime nel senso che gli interessi finanziari dell'Unione siano meritevoli di tutela giuspenalistica M. PELISSERO, *Competenza della Procura europea e scelte di incriminazione oltre la tutela degli interessi finanziari*, in *Le sfide dell'attuazione di una procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Giuffrè, 2013, pp. 109 ss.

di sanzionare in modo effettivo e dissuasivo i casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione<sup>14</sup>. Ne consegue che «Qualora il giudice nazionale dovesse concludere che dall'applicazione delle disposizioni nazionali in materia di interruzione della prescrizione consegue, in un numero considerevole di casi, l'impunità penale a fronte di fatti costitutivi di una frode grave, perché tali fatti risulteranno generalmente prescritti prima che la sanzione penale prevista dalla legge possa essere inflitta con decisione giudiziaria definitiva, si dovrebbe constatare che le misure previste dal diritto nazionale per combattere contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione non possono essere considerate effettive e dissuasive, il che sarebbe in contrasto con l'articolo 325, paragrafo 1, TFUE, con l'articolo 2, paragrafo 1, della Convenzione PIF nonché con la direttiva 2006/112, in combinato disposto con l'articolo 4, paragrafo 3, TUE» (punto 47). A ciò aggiungasi che «il giudice nazionale dovrà verificare se le disposizioni nazionali di cui trattasi si applichino ai casi di frode in materia di IVA allo stesso modo che ai casi di frode lesivi dei soli interessi finanziari della Repubblica italiana, come richiesto dall'articolo 325, paragrafo 2, TFUE. Ciò non avverrebbe, in particolare, se l'articolo 161, secondo comma, del codice penale stabilisse termini di prescrizione più lunghi per fatti, di natura e gravità comparabili, che ledano gli interessi finanziari della Repubblica italiana»<sup>15</sup> (punto 48).

La Corte conclude, quindi, rilevando che «Qualora il giudice nazionale giungesse alla conclusione che le disposizioni nazionali di cui trattasi non soddisfano gli obblighi del diritto dell'Unione relativi al carattere effettivo e dissuasivo delle misure di lotta contro le frodi all'IVA, detto giudice sarebbe tenuto a garantire la piena efficacia del diritto dell'Unione disapplicando, all'occorrenza, tali disposizioni [...], senza che debba chiedere o attendere la previa rimozione di dette disposizioni in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale» (punto 49).

<sup>14</sup> In questo senso si è parlato del giudice ordinario come del “primo guardiano” della compatibilità tra il diritto interno e il diritto dell'Unione (cfr. F. VIGANÒ, *L'influenza delle norme sovranazionali nel giudizio di 'antigiuridicità' del fatto tipico*, in *RIDPP*, 2009, p. 1068).

<sup>15</sup> Sentenza *Taricco*, punto 48. Invero la Corte rileva che il sistema normativo italiano disciplina in modo differenziato almeno una fattispecie, ossia quella di associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri, escludendola dall'applicazione della regola in esame, e quindi prevedendo per essa un termine prescrizionale più lungo. Ne consegue, nell'ottica della Corte, che la normativa penalistica nazionale in esame viola l'obbligo, sancito dall'art. 325 TFUE, di predisporre misure di tutela degli interessi finanziari dell'Unione equivalenti a quelle previste per proteggere analoghi interessi di portata nazionale.

### 3. Gli “effetti diretti” dell’art. 325 TFUE.

Come si è succintamente sopra prospettato, la decisione della Corte resa nel caso *Taricco* passa attraverso un argomento di particolare rilievo, che ha peraltro suscitato reazioni forti da parte di una buona fetta della dottrina, in specie di quella giuspenalistica italiana<sup>16</sup>. Ci si riferisce all’attribuzione dell’effetto diretto all’art. 325, commi 1 e 2 TFUE<sup>17</sup>. La Corte precisa, infatti, che «Tali disposizioni del diritto primario dell’Unione pongono a carico degli Stati membri un obbligo di risultato preciso e non accompagnato da alcuna condizione quanto all’applicazione della regola in esse enunciata» (punto 51). Prosegue poi rilevando che “In forza del principio del primato del diritto dell’Unione, le disposizioni dell’articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE hanno l’effetto, nei loro rapporti con il diritto interno degli Stati membri, di rendere *ipso iure* inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale esistente» (punto 52)<sup>18</sup>.

Ora, secondo copiosa ed autorevole dottrina, con la statuizione appena indicata la sentenza *Taricco* sembrerebbe ribaltare del tutto la consolidata giurispru-

<sup>16</sup> Si vedano, ad esempio, G. CIVELLO, *La sentenza “Taricco” della Corte di giustizia UE: contraria al Trattato la disciplina italiana in tema di interruzione della prescrizione del reato*, in AP; L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte di giustizia dell’Unione europea può erigere il giudice a legislatore. Note in merito alla sentenza Taricco*, in DPC, 10 dicembre 2015.

<sup>17</sup> Il primo paragrafo dell’art. 325 TFUE prevede che «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”. A tenore del secondo paragrafo, poi, “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».

<sup>18</sup> In questo senso si veda anche Corte giust. *ANAFE*, C-606/10, EU:C:2012:348, punto 73. Analogamente le storiche Corte giust. 9 marzo 1978, *Simmenthal*, C-106/77, in *Racc.*, p. 629 ss., punto 17; Corte giust. 19 giugno 1990, *Factortame e a.*, C-213/89, *ivi*, p. I-2433 ss., punto 18; Corte giust. 8 settembre 2010, *Winner Wetten*, C-409/06, *ivi*, p. I-8015 ss., punto 53. Sugli effetti diretti delle norme dell’Unione, complessivamente intese, quale strumento di armonizzazione dei diritti dei singoli Stati membri, cfr. F. MUNARI, *Sugli effetti del diritto dell’Unione europea sul sistema interno delle fonti*, in *DUE*, 2013, pp. 725 ss. Sul ruolo della Corte costituzionale nel rapporto tra norme interne e norme comunitarie di contenuto difforme si veda R. MASTROIANNI, *Conflitti tra norme interne e norme comunitarie non dotate di efficacia diretta: il ruolo della Corte costituzionale*, in *DUE*, 2007, pp. 585 ss. Sull’armonizzazione del diritto penale alla luce della giurisprudenza nazionale e comunitaria cfr. A. MONTAGNA, *Il difficile cammino verso un diritto penale europeo minimo*, in *CP*, 2007, pp. 805 ss.



denza della Corte in materia di effetti diretti e, correlativamente, sembrerebbe attribuire al meccanismo della disapplicazione della norma nazionale dei connotati del tutto diversi rispetto a quelli in funzione dei quali esso sarebbe stato applicato fino ad oggi<sup>19</sup>.

Così, accanto ad un “effetto diretto verticale” e ad un “effetto diretto orizzontale”, le norme del Trattato parrebbero poter produrre anche un “effetto verticale inverso”, che operi, cioè, dallo Stato contro il privato<sup>20</sup>. Nel caso *Taricco*, infatti, la Corte ordina al giudice nazionale di disapplicare le norme interne sulla prescrizione del reato, in quanto ritenute incompatibili con gli obblighi imposti da una norma direttamente applicabile di diritto primario, e così determinando un aggravamento della posizione processuale del singolo sebbene a fronte di un inadempimento imputabile unicamente allo Stato<sup>21</sup>. Ed è proprio in ciò che si riscontrerebbe il carattere peculiare del *dictum* in commento, atteso che nella giurisprudenza dell’Unione non mancano, in verità, casi in cui, anche in ambito penale, si sia proceduto alla disapplicazione, ma tuttavia in *bonam partem*, della normativa nazionale per contrasto con norme comunitarie *self executing*<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Tra i vari commenti critici, dei quali si darà conto anche nel prosieguo, si segnala intanto quello di R. BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, in *Forum di quaderni costituzionali*. Si vedano anche A. BARGI, *Il singolare funambolismo interpretativo dei rapporti tra diritto dell’UE, diritto nazionale e tutela dei diritti fondamentali nella sentenza “Taricco” della Corte di giustizia dell’Unione europea*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 4/2016, pp. 327 ss.; V. MANES, *Metodo e limiti dell’interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in A. BERNARDI (a cura di), *L’interpretazione conforme al diritto dell’Unione europea*, Jovene, Napoli, 2015, pp. 421 ss.; P. FARAGUNA - P. PERINI, *L’insostenibile imprescrittibilità del reato. La Corte d’Appello di Milano mette la giurisprudenza “Taricco” alla prova dei contro limiti*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>20</sup> Sul punto A. CIAMPI, *Il caso Taricco impone la disapplicazione delle garanzie della prescrizione: un problema di rapporti fra diritto dell’UE e diritto nazionale e di tutela dei diritti fondamentali, non solo di diritto processuale internazionale*, in *Int’l Lis*, 2015, pp. 113 ss., secondo cui «quello che viene affermato nella sentenza *Taricco* rispetto all’art. 325 TFUE non è nemmeno un effetto orizzontale fra individui, ma un effetto, per così dire, “invertito”: dallo Stato verso l’individuo; come dire, una situazione giuridica passiva, o comunque un effetto sfavorevole, che non costituisce la contropartita del godimento di un diritto conferito dal diritto dell’Unione europea ad un’altra persona fisica o giuridica, ma mero rimedio all’inadempimento da parte dello Stato di obblighi ad esso esclusivamente diretti».

<sup>21</sup> Per tale rilievo cfr. C. AMALFITANO, *op. ult. cit.*

<sup>22</sup> Per l’analisi di tale giurisprudenza si vedano S. RIONDATO, *Profili di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale dell’economia (“influenza”, poteri del giudice penale, questione pregiudiziale ex art. 177 TCE, questioni di costituzionalità)*, in *RTDPE*, 1997, pp. 1142 ss.; G. MAZZINI, *Prevalenza del diritto comunitario sul diritto penale interno ed effetti nei confronti del reo*, in *DUE*, 2000, pp. 349 ss.; T.E. EPIDENDIO, *Diritto comunitario e diritto penale interno. Guida alla prassi giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 2007; V. MANES, *Diritto penale e fonti sovranazionali*, in

Nel caso di specie si assisterebbe, piuttosto, ad un tanto radicale quanto, secondo molti, tecnicamente inadeguato, mutamento della tradizionale impostazione della giurisprudenza dell'Unione, con il quale si finirebbe per attribuire efficacia diretta a una norma del Trattato ben oltre i termini descritti fino ad ora dalla Corte<sup>23</sup>. E infatti, diversamente da quanto in tempi ormai risalenti i giudici di Lussemburgo avevano affermato in *van Gend & Loos*<sup>24</sup>, nella più recente pronuncia *Taricco* i singoli non finirebbero con il beneficiare di diritti loro attribuiti dal diritto UE «come contropartita di precisi obblighi imposti dal Trattato» agli Stati (così si esprime la Corte). Essi, al contrario, subirebbero gli effetti sfavorevoli conseguenti ad una obiettiva situazione di contrasto tra la normativa interna e quella dell'Unione, ossia all'inadempimento di obblighi che in realtà non incombono se non sullo Stato, divenendo in tal modo con esso “debitori solidali” nei confronti dell'Unione<sup>25</sup>.

Orbene, cercando per quanto possibile in questa sede di fare chiarezza sulla situazione, mi pare che questa ricostruzione critica, per quanto suggestiva, finisca con il fare confusione tra due profili che, in verità, in questa sede si intendono tenere ben distinti e trattare separatamente. Il primo profilo, di cui ci si occuperà tuttavia in seguito per ragioni attinenti ad una migliore scansione dei passaggi logici del ragionamento, è quello relativo alla possibilità o meno che una norma

G. INSOLERA - N. MAZZACUVA - M. PAVARINI - M. ZANOTTI (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2012, vol. I, pp. 166 ss. Si pensi, per fare un esempio, alla sentenza Cass. n. 214345/99, con cui si è ritenuto che la l. 9 dicembre 1977, n. 903, che regola e sanziona il divieto di lavoro notturno per le donne nelle aziende manifatturiere anche artigianali, contrastasse con la Direttiva 76/207/CEE, come interpretata dalla Corte di Giustizia, e dovesse conseguentemente essere disapplicata con salvezza della parte che fa divieto di lavoro notturno durante il periodo della gravidanza e del primo anno di vita del bambino.

<sup>23</sup> È stato anche sottolineato che ciò accadrebbe per di più a fronte di una norma quale l'art. 325 TFUE, che in verità non riguarda la materia penale, in quanto non menziona espressamente la pena come strumento di contrasto rispetto all'attività fraudolenta. Non pare, tuttavia, che questo profilo sia determinante né ai fini del ragionamento della Corte, né di quello che si intende seguire in questa sede. Come si è visto sopra la Corte, infatti, ammette che le norme del Trattato e, addirittura, anche le altre norme coinvolte, ad eccezione della convenzione PIF, non fondino *ipso iure* un obbligo di intervento giuspenalistico. In ogni caso, ciò che rileva è solo l'obbligo di disapplicazione di disposizione nazionali incompatibili con norme dell'Unione dotate di effetti diretti, a prescindere da ogni altro rilievo attorno al tipo di sanzione introdotta al livello nazionale.

<sup>24</sup> Corte giust. 7 marzo 1985, *Can Gend & Loos*, causa C-32/84, EU:C:1985:104.

<sup>25</sup> Sui privati, in altri termini, ricadrebbero le conseguenze negative della negligenza del legislatore nazionale circa l'adempimento degli obblighi derivanti dall'ordinamento UE. Per tali rilievi cfr. A. BORZÌ, *Alcuni aspetti rilevanti della vicenda Niselli. È percorribile la strada di una quaestio dell'art. 2, c.p.?*, in R. BIN - G. BRUNELLI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI (a cura di), *Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 121.

del Trattato produca effetti diretti verticali inversi. Un secondo profilo, sul quale invece ci si concentrerà da subito, in quanto presenta un nodo problematico da individuarsi e definirsi ancora più a monte, è quello relativo alla idoneità o meno a produrre effetti diretti di quella specifica norma del Trattato che viene in rilievo nel caso in esame, ossia l'art. 325 TFUE.

Soffermiamoci dunque su questa seconda questione.

Ora, come è ormai noto, la sentenza *Taricco* ha accertato la potenziale incompatibilità di una parte della normativa italiana sulla prescrizione con il principio della effettività e della dissuasività delle sanzioni che gli Stati hanno l'obbligo di applicare al fine di combattere la frode e le altre attività illegali che ledano gli interessi finanziari dell'Unione. Ciò significa che, qualora il giudice ritenga che l'applicazione di tale normativa pregiudichi l'effettività delle sanzioni «in un numero considerevole di casi», che siano per di più “casi di frodi gravi”, egli dovrà disapplicarla<sup>26</sup>. E tuttavia, il parametro normativo al quale viene collegato questo obbligo di disapplicazione è una norma del Trattato che, per sue proprie caratteristiche strutturali e funzionali, prima tra tutte l'ampiezza della formulazione letterale, potrebbe in effetti porre qualche dubbio sulla sua idoneità a produrre effetti diretti nell'ordinamento nazionale, e con ciò a determinare *ipso iure* la disapplicazione della la norma interna con essa incompatibile.

Ebbene, nonostante questi rilievi e in linea con la posizione della Corte, pare assolutamente possibile ritenere che l'art. 325 TFUE sia norma chiara, precisa e incondizionata, ossia rechi in sé quegli elementi ai quali tradizionalmente la giurisprudenza della Corte di Giustizia subordina l'idoneità di una norma dell'ordinamento dell'Unione a produrre effetti diretti. Essa, infatti, pur presentandosi come una norma di natura tendenzialmente “programmatica”, fissa, e lo fa in modo sufficientemente definito, un obiettivo di rilievo fondamentale per l'intero sistema integrato dell'Unione: quello di combattere la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione stessa mediante misure dis-

<sup>26</sup> È stato sottolineato come la Corte, assumendo tale decisione, abbia invero superato con una discutibile disinvoltura tutta una serie di ostacoli. Il primo di tali ostacoli, più in particolare, atterrebbe alla rilevanza della questione nel giudizio nazionale. Così, sebbene la Corte abbia indicato, ancorché genericamente, «che la soluzione della questione interpretativa posta dal giudice delle indagini preliminari rilevasse al fine di adottare la sua decisione, emerge dalla medesima sentenza come tale soluzione non potesse in alcun modo pregiudicare la decisione in tale procedimento. Un rischio di prescrizione si sarebbe semmai potuto materializzare in relazione al procedimento di merito. Tale procedimento, in tutta evidenza, si sarebbe svolto, però, di fronte ad un diverso giudice al quale sarebbe, quindi, spettata la valutazione della rilevanza» (cfr. E. CANNIZZARO, *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali*, in *Forum costituzionale*, 23 ottobre 2016).

suasive ed efficaci. L'art. 325, inoltre, si rivolge a dei destinatari specifici, essendo indirizzato alle istituzioni dell'Unione – che risultano a tal fine dotate di una esplicita competenza normativa nel settore – e agli Stati membri, che sono per ciò stesso obbligati, adottando misure efficaci e dissuasive, a proteggere gli interessi finanziari dell'Unione tutta.

Da ciò è dato desumere con certezza, peraltro espressa dalla forse eccessiva rapidità che assiste sul punto l'argomentare della Corte, la conseguenza per cui una tale disposizione presenti tutti i requisiti cui ordinariamente la giurisprudenza dell'Unione subordina la capacità di una disposizione vincolante di produrre effetti diretti, con ciò sostituendosi alla norma interna nella disciplina e regolamentazione giuridica della fattispecie di riferimento.

Accanto a questa lineare ricostruzione, già da sola sufficiente a rendere condivisibile la posizione assunta dalla Corte, potrebbe altresì delinearsi un ulteriore argomento, che se fosse stato debitamente considerato e portato alle sue estreme conseguenze, avrebbe condotto la Corte stessa allo stesso risultato finale di cui al *dictum* in esame, ma probabilmente evitando di prestare il fianco a tutte le molteplici critiche che il meccanismo di disapplicazione delle norme interne prospettato nella sentenza in esame ha in effetti suscitato. Così, se è certamente vero che l'art. 325 TFUE da solo, in sé e per se stesso considerato, potrebbe non essere dotato dei requisiti che la giurisprudenza dell'Unione ha ordinariamente individuato ai fini dell'attribuzione dell'effetto diretto a norme promananti dall'ordinamento dell'Unione, lo stesso risultato si sarebbe potuto conseguire (e si sarebbe conseguito in effetti nel caso di specie!), per effetto della combinazione tra l'obbligo formulato dal diritto dell'Unione e la normativa interna che ne rappresenti lo strumento di attuazione. Ciò significa, tradotto in altri termini, che l'effetto diretto verrebbe ad essere prodotto non già dal solo art. 325, ma da quel complesso normativo risultante dalla correlazione di tale norma con quella statale che dia attuazione all'obbligo di effettività della sanzione. E sarebbe proprio tale “complesso normativo” che potrebbe produrre l'effetto diretto, con conseguente venir meno di una normativa statale che non rispetti il carattere dissuasivo delle sanzioni eventualmente adottate<sup>27</sup>.

Una tale opzione ricostruttiva appare ancora più convincente se si pensa che la stessa si connette inevitabilmente all'idea che gli effetti diretti di una norma dell'Unione, a qualsiasi rango essa appartenga, dipendano dalla compiutezza e completezza del precetto in essa contenuto, tale da renderla idonea a sostituirsi a quella nazionale confliggente<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> Cfr. E. CANNIZZARO, *op. cit.*, nota 2.

<sup>28</sup> E. CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea*, Torino, Giappichelli, 2015, pp. 122 ss.

A ciò aggiungasi che, d'altra parte, la Corte tende normalmente ad interpretare in modo più estensivo, in riferimento alle norme del Trattato, i requisiti della chiarezza, della precisione e della mancanza di condizioni, e a riconoscere quindi con maggiore disinvoltura la sussistenza dell'effetto diretto delle norme di diritto primario<sup>29</sup>.

#### 4. Gli “effetti diretti verticali inversi” dell'art. 325 TFUE.

Veniamo adesso alla seconda delle questioni prospettate.

Premesso che, pur se con qualche sforzo, non appare così assurdo e incoerente affermare che l'art. 325 TFUE sia una norma idonea a produrre effetti diretti, potrebbe altresì ammettersi, sulla base della consolidata giurisprudenza della Corte, che tale norma possa anche subire un'applicazione di tipo verticale invertito?

Ora, è vero che le norme del Trattato mettono tipicamente in gioco delle garanzie a tutela dell'individuo nei confronti del potere pubblico, il che emerge ancora più nitidamente qualora vengano in rilievo i diritti fondamentali. Ed è anche vero che le norme del Trattato, e anche l'art. 325 qui in considerazione, normalmente non si indirizzano direttamente agli individui, bensì agli Stati membri e alle istituzioni dell'Unione, imponendo loro obblighi cui adempiere in vista del soddisfacimento degli interessi del sistema complessivamente inteso e, correlativamente, delle posizioni giuridico soggettive dei singoli.

Da questa premessa, tuttavia, mai la Corte di Giustizia ha tratto la conseguenza per la quale sia da escludersi radicalmente la possibilità che qualunque norma promanante dall'ordinamento giuridico dell'Unione possa produrre effetti diretti tali da determinare un aggravamento della posizione del singolo. Non a caso, le pronunce sulle quali si concentrano gli studiosi che criticano la *Taricco*, accusandola di avere misconosciuto anni di consolidata giurisprudenza, sono tutte relative non già a norme di diritto primario, come l'art. 325 in contestazione, ma a norme di diritto derivato, con particolare riguardo alle direttive, in funzione delle quali è stata invero principalmente enucleata l'intera teoria degli effetti diretti e del divieto di effetti diretti verticali inversi<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> Sul punto si veda l'analisi della prassi di R. SCHÜTZE, *European Union Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, pp. 84 ss.

<sup>30</sup> Questo ragionamento, che fa leva anche sul tipo di fonte in cui le norme sono contenute, non convince A. RUGGERI, *Effetti diretti delle norme europolitane e Costituzione*, in *RAIC*, n. 2/15, p. 4, ove si legge che l'effetto diretto «non è degli atti – come comunemente si pensa, con specifico riguardo agli atti di diritto interno – bensì delle loro norme, uno stesso atto potendo racchiudere norme di specie diversa, come tali idonee ad esprimere effetti pari-

Nella nota sentenza *Berlusconi*, ad esempio, la Corte ha avuto modo di precisare che «Nel contesto specifico di una situazione in cui una direttiva viene invocata nei confronti di un soggetto dalle autorità di uno Stato membro nell'ambito di procedimenti penali, [...] una direttiva non può avere come effetto, di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle dette disposizioni»<sup>31</sup>. E tuttavia, se si legge attentamente proprio l'appena citata sentenza *Berlusconi* si nota subito come la Corte, sebbene implicitamente, finisca per ammettere che una disposizione normativa dell'Unione, purché chiara, precisa e incondizionata, e purché diversa da una direttiva, possa comportare la disapplicazione di una norma nazionale con essa difforme anche nei rapporti verticali inversi. Al punto 72 della sentenza *Berlusconi*, infatti, si precisa che «È vero che, nel caso in cui i giudici del rinvio, sulla base delle soluzioni loro fornite dalla Corte, dovessero giungere alla conclusione che i nuovi artt. 2621 e 2622 del codice civile, a causa di talune disposizioni in essi contenute, non soddisfano l'obbligo del diritto comunitario relativo all'adeguatezza delle sanzioni, ne deriverebbe, secondo una giurisprudenza consolidata della Corte, che gli stessi giudici del rinvio sarebbero tenuti a disapplicare, di loro iniziativa, i detti nuovi articoli, senza che ne debbano chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o median-

menti diversi e ad acquisire un "posto" nel sistema di appartenenza dipendente da "qualità" intrinseche delle norme stesse ed apprezzabili».

<sup>31</sup> Cfr. Corte giust. *Berlusconi e a.*, C-387/02, EU:C:2005:270, punto 74. Analogamente la Corte si è pronunciata nella sentenza 8 ottobre 1987, *Kolpinghuis Nijmegen*, C-80/86, in *Raccolta*, 3969, punto 13; e nella sentenza 7 gennaio 2004, *X*, C-60/02, *ivi*, pp. I-651, punto 61. Sulla sentenza *Berlusconi* si vedano R. MASTROIANNI, *Vecchi principi e nuove interpretazioni nella sentenza della Corte di giustizia sul "falso in bilancio"*, in AA.VV., *Ai confini del «favor rei»*. *Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, Giappichelli, Torino, 2005; E. DIRRIG, *Limites tenant à la nature des directives et cohérence de l'ordre juridique communautaire: un noeud gordien?*, in *RTDE*, 2005, p. 933; M. D'AMICO, *Il falso in bilancio davanti alla Corte di giustizia*, in *QCost*, 2005, pp. 675 ss.; G. INSOLETA, V. MANES, *La sentenza della Corte di giustizia sul "falso in bilancio": un epilogo deludente?*, in *CP*, 2005, pp. 2768 ss.; A. BIONDI - R. MASTROIANNI, in *CMLRev.*, 2006, pp. 553 ss.; F. MUNARI, *Direttive comunitarie non correttamente trasposte e loro effetti nei confronti degli individui: a proposito della sentenza della Corte comunitaria nel caso Berlusconi e altri*, in *DUE*, 2006, pp. 211 ss.; S. MANACORDA, *"Oltre il falso in bilancio": i controversi effetti in malam partem del diritto comunitario sul diritto penale interno*, *ibidem*, 2006, pp. 253 ss.; R. ALONSO GARCÍA, *Efficacia de las directivas en los procesos penales, principio in favor rei, y comunitariedad y constitucionalidad de las leyes (al hilo del "asunto Berlusconi" y la falsedad contable)*, in *www.forumcostituzionale.it*; H. VAN DER WILT, in *ECLRev.*, 2006, pp. 303 ss.; P. NEBBIA, *Diritto comunitario e sanzioni penali per violazione delle norme di bilancio: il caso Berlusconi*, in *GI*, 2006, pp. 293 ss.

te qualsiasi altro procedimento costituzionale»<sup>32</sup>. E solo dopo, quasi che si trattasse di un'eccezione, rilevante nel caso di specie, rispetto alla regola generale sugli effetti diretti, la Corte prosegue rilevando che: «Tuttavia, la Corte ha anche dichiarato in maniera costante che una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un soggetto e non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti»<sup>33</sup>.

## 5. (segue) L'effetto diretto dell'art. 325 TFUE e la tutela dei diritti dell'individuo.

Bisogna anche sottolineare che la Corte di Giustizia, nella sentenza *Taricco*, non ha solo puramente e semplicemente prospettato l'attribuzione di un effetto diretto verticale inverso all'art. 325 TFUE, ma lo ha fatto anche preoccupandosi che in conseguenza della disapplicazione, da parte del giudice, delle norme nazionali in rilievo, i diritti fondamentali dei soggetti interessati venissero comunque rispettati<sup>34</sup>.

Più in particolare, la Corte si è soffermata sul rispetto dei principi di legalità e di proporzionalità dei reati e delle pene, di cui all'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali, concludendo nel senso che una siffatta disapplicazione non violerebbe in alcun modo i diritti degli imputati, quali garantiti dalla suddetta norma<sup>35</sup>. D'altra parte, la disapplicazione delle disposizioni nazionali in materia di prescrizione non comporterebbe affatto né un'eventuale condanna degli imputati

<sup>32</sup> Si vedano sul punto le storiche sentenze richiamate dalla Corte: Corte giust. 9 marzo 1978, *Simmenthal*, C-106/77, in *Racc.*, p. 629 ss., punti 21 e 24; Corte giust. 4 giugno 1992, *Debus*, cause riunite C-13/91 e C-113/91, *ivi*, p. I-3617, punto 32; Corte giust. 22 ottobre 1998, *IN. CO. GE. '90 e a.*, cause riunite da C-10/97 a C-22/97, *ivi*, p. I-6307, punto 20.

<sup>33</sup> Sul punto, tra la copiosa giurisprudenza di riferimento, si segnala Corte giust. sentenza 5 ottobre 2004, *Pfeiffer e a.*, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, in *Racc.*, p. I-8835 ss., punto 108; Corte giust. 7 gennaio 2004, *Wells*, C-201/02, *ivi*, p. I-723 ss., punto 56.

<sup>34</sup> Essendo la Corte ben consapevole della circostanza che, in potenza, i singoli «potrebbero vedersi infliggere sanzioni alle quali, con ogni probabilità, sarebbero sfuggiti in caso di applicazione delle suddette disposizioni di diritto nazionale» (punto 53 sentenza *Taricco*).

<sup>35</sup> L'art. 49 prevede che: «1. 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. Se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima. 2. Il presente articolo non osta al giudizio e alla condanna di una persona colpevole di un'azione o di un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali riconosciuti da tutte le nazioni. 3. Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato».

per un'azione o un'omissione che, nel momento in cui era stata commessa, non costitutiva per il diritto interno una fattispecie criminosa; né, correlativamente, l'applicazione di una sanzione ulteriore e diversa, non contemplata nello stesso momento dallo stesso ordinamento (cfr. punto 56 sentenza *Taricco*)<sup>36</sup>. Piuttosto, «la disapplicazione delle disposizioni nazionali di cui trattasi avrebbe soltanto per effetto di non abbreviare il termine di prescrizione generale nell'ambito di un procedimento penale pendente, di consentire un effettivo perseguimento dei fatti incriminati nonché di assicurare, all'occorrenza, la parità di trattamento tra le sanzioni volte a tutelare, rispettivamente, gli interessi finanziari dell'Unione e quelli della Repubblica italiana» (punto 55 sentenza *Taricco*).

A ciò aggiungasi che una impostazione di tal sorta trova anche il conforto, nell'ottica della Corte di Giustizia, della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa all'art. 7 della CEDU, avente un contenuto sostanzialmente corrispondente a quello del sopra citato art. 49. Secondo i giudici di Strasburgo, infatti, sarebbe pacifico che la proroga dei termini di prescrizione e la sua applicazione immediata non comportino alcuna violazione dei diritti garantiti dall'art. 7, atteso che tale ultima disposizione non possa ragionevolmente essere interpretata nel senso che osti ad un allungamento dei termini di prescrizione per reati addebitati e non ancora prescritti<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> Analogamente si veda Corte giust., *Niselli*, C-457/02, EU:C:2004:707, punto 30.

<sup>37</sup> Così il punto 57 della sentenza *Taricco*, che richiama espressamente Corte EDU, sentenze Coëme e a. c. Belgio, nn. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 e 33210/96, § 149, CEDU 2000-VII; *Scoppola c. Italia* (n. 2) del 17 settembre 2009, n. 10249/03, § 110 e giurisprudenza ivi citata, e OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russia del 20 settembre 2011, n. 14902/04, §§ 563, 564 e 570 e giurisprudenza ivi citata.

Assume un atteggiamento fortemente critico nei confronti dell'argomento della Corte M. BASSINI, *Prescrizione e principio di legalità nell'ordine costituzionale europeo. Note critiche alla sentenza Taricco*, in *Consulta online*, 2016, fasc. 1, pp. 94 ss. L'A., infatti, ritiene «criticabile la sbrigatività con cui la Corte di Giustizia si è appagata del riferimento alla sentenza Coëme c. Belgio per giustificare l'esclusione di un contrasto con l'art. 49 della Carta» (p. 100). La sentenza in questione avrebbe infatti riguardato il caso in cui il termine di prescrizione non era ancora scaduto al momento della modifica *in peius*. Correlativamente, propone un ridimensionamento della portata dell'art. 52, comma 3 della Carta e una più attenta lettura dell'art. 53, che prevede che nessuna disposizione della Carta stessa possa essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti e delle libertà fondamentali riconosciuti, tra gli altri, dalle costituzioni degli Stati membri. Questa ultima disposizione «sembra costruire, seppure involontariamente, lo spazio affinché le corti nazionali e le corti costituzionali in particolare possano attivare i controlimiti per contrastare un'indiscriminata prevalenza del diritto comunitario» (p. 101). Si tenga presente che questa valorizzazione dell'art. 53 della Carta si riscontra anche in F. CAPOTORTI, *Verso un revirement della Corte di giustizia in materia di prescrizione? Le conclusioni dell'avvocato generale nella causa Taricco e a.*, in *Eurojus.it*, 20 luglio 2015.



Ora, ciò la Corte ha inteso dire, peraltro in termini decisamente condivisibili, è che i principi in gioco nel caso di specie non attengono al nucleo più autentico del *nullum crimen sine lege*, ossia al diritto sacrosanto dell'individuo ad essere chiaramente informato della rilevanza penale del proprio comportamento e delle conseguenze sanzionatorie dallo stesso scaturenti al momento in cui lo ha commesso<sup>38</sup>. Tale posizione, con tutta evidenza, passa inevitabilmente attraverso l'attribuzione esplicita all'istituto della prescrizione del reato di una natura squisitamente processuale, con conseguente applicabilità del principio *tempus regit actum* ad eventuali mutamenti normativi *in malam partem* intervenuti nel corso del procedimento. Ciò significa, in altri termini, che per la Corte di Giustizia la materia della prescrizione del reato attiene alle condizioni di procedibilità dello stesso, non potendo di conseguenza ritenersi coperta dalla garanzia del *nullum crimen sine lege*<sup>39</sup>.

## 6. Rimane ancora spazio per i controllimiti?

Corre l'obbligo di precisare, senza però dilungarsi sul punto, che una opzione ricostruttiva di questo tipo confligge apertamente con la giurisprudenza della nostra Corte costituzionale<sup>40</sup>, secondo cui la disciplina della prescrizione rientra

<sup>38</sup> È stato rilevato, forse in termini un po' provocatori, che ciò che verrebbe in rilievo sarebbe solo «la pretesa che a determinare la responsabilità penale di un individuo sia soltanto la legge nazionale dello Stato, al riparo da ingerenze – se non esclusivamente in *bonam partem* – di fonti sovranazionali alle quali pure si riconosce, in ogni altra materia, primazia rispetto al diritto nazionale» (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*, in *DPC*, 14 settembre 2015, p. 14).

<sup>39</sup> E sotto questo profilo è stata rilevata una possibile intrinseca contraddizione nel ragionamento della Corte. La pronuncia, infatti, «pur formalmente considerando la prescrizione come istituto processuale non coperto dall'art. 49 Carta, nella sostanza lo correla funzionalmente al trattamento sanzionatorio, nel senso che solo la disapplicazione del regime prescrizionale controverso potrebbe consentire l'effettiva irrogazione delle sanzioni (di per sé già dissuasive ed effettive) agli imputati di cui si attesti la colpevolezza» (cfr. C. AMALFITANO, *op. cit.*).

<sup>40</sup> La nostra Corte costituzionale, infatti, ritiene che le norme che regolano la prescrizione siano da considerarsi di natura sostanziale. In questo senso si vedano ad esempio le sentenze n. 275/90; n. 393/2006; n. 324/2008; n. 23/13; n. 143/14; n. 45/15. Sul dibattito sviluppatosi attorno alla natura della prescrizione cfr. F. GIUNTA - D. MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino, Giappichelli, 2003, pp. 63 ss. e, più di recente, G. BALBI, *Questioni aperte in tema di prescrizione del reato*, in *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013,

piuttosto perfettamente nell'ambito applicativo del principio di legalità di cui all'art. 25, comma 2 della Costituzione<sup>41</sup>.

pp. 391 ss.; D. PULITANÒ, *Il nodo della prescrizione*, in *RTDPC*, 1/2015, pp. 20 ss.; O. MAZZA, *La prescrizione del reato fra legalità penale e diritto giurisprudenziale europeo*, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 2016, pp. 8 ss.

Si ricordi che la Cassazione penale, con sentenza 17 settembre 2015, n. 2210, ha invece aderito pienamente alle indicazioni della Corte di Giustizia nella pronuncia *Taricco*, ed ha evitato altresì di adire la Corte costituzionale, essendo «evidente la mancanza di controlimiti e di dubbi ragionevoli sulla compatibilità degli effetti della imposta disapplicazione» con la nostra Costituzione (punto 17). A tal fine, larga parte del ragionamento della Cassazione ha richiamato la sentenza n. 236/11 della Corte costituzionale, sebbene sia stato notato come in quell'occasione la Consulta fosse stata chiamata a pronunciarsi su un'ipotesi differente rispetto a quella oggi alla nostra attenzione, in quanto «relativa alla possibilità di non applicare retroattivamente le norme modificative della prescrizione che fossero favorevoli al reo» (sul punto cfr. G. REPETTO, *La cassazione sul caso Taricco, tra disapplicazione con effetti retroattivi in malam partem e mancata attivazione dei controlimiti*, in *GCost.*, 2016, p. 331). A commento della pronuncia della Cassazione, invece, si vedano F. VIGANÒ, *La prima sentenza della Cassazione post Taricco: depositate le motivazioni della sentenza della Terza Sezione che disapplica una prescrizione già maturata in materia di frodi IVA*, in *DPC*, 22 gennaio 2016; F. ROSSI, *La Cassazione disapplica gli artt. 160 e 161 c.p. dopo la sentenza Taricco*, in *GI*, 2016, pp. 966 ss. Con toni critici si veda G. CIVELLO, *La prima attuazione della sentenza "Taricco" della C.G.U.E.: il principio di legalità nell'epoca del minimalismo penale*, in *AP*, 1/2016, pp. 6 ss.

In un altro caso ancora, poi, la Cassazione (sentenza n. 7914/2016) ha ritenuto non applicabili i principi contenuti nella sentenza *Taricco* ed ha assolto gli imputati per intervenuta prescrizione. Per un commento si veda A. GALLUCCIO, *La Cassazione di nuovo alle prese con Taricco: una sentenza cauta, in attesa della pronuncia della Corte costituzionale*, in *DPC*, 3 marzo 2016.

<sup>41</sup> Su queste basi si segnala che la Corte d'appello di Milano, con ordinanza del 18 settembre 2015, ha sollevato incidente di legittimità costituzionale per supposta violazione dell'art. 25, comma 2 Cost. La Corte d'appello di Milano ha chiesto alla Corte costituzionale di attivare la categoria dei controlimiti, formulando un incidente di costituzionalità che investe la legge di esecuzione del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea nella parte in cui, imponendo di applicare l'art. 325 TFUE secondo l'interpretazione offerta dalla sentenza *Taricco*, produce la disapplicazione degli artt. 160, u.c., c.p. e 161, c. 2, c.p. anche nei casi in cui da ciò derivino effetti sfavorevoli per l'imputato. Per un commento al provvedimento si veda F. VIGANÒ, *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE: la Corte d'appello di Milano sollecita la Corte costituzionale ad azionare i 'controlimiti'*, in *DPC*, 21 settembre 2015; ID., *La Corte d'appello di Milano mette la giurisprudenza "Taricco" alla prova dei controlimiti*, in *DPC*, 2016.

Ancora più di recente, e precisamente con ordinanze del 30 marzo 2016 e del 31 marzo 2016, anche la Sezione Terza Penale della Cassazione ha sollevato incidente di legittimità costituzionale. Per un rapido commento a tali ultime ordinanze cfr. G. CIVELLO, *La Cassazione "rinvia" alla Consulta la sentenza Taricco: notizia di decisione (in attesa delle motivazioni)*, in *AP*, 2016, n. 1, pp. 1 ss. Sul rapporto tra la pronuncia *Taricco* e l'art. 25 Cost. si vedano

Eppure questo profilo non è stato tenuto minimamente in considerazione dalla Corte, così come aveva già fatto nell'analogo caso *Melloni*<sup>42</sup>. In quest'ultima fattispecie, infatti, veniva in rilievo la possibilità o meno che uno Stato membro si rifiutasse di adempiere ad un obbligo dell'Unione al fine di evitare di porre in essere la violazione di un principio riconosciuto al livello costituzionale nazionale<sup>43</sup>. Ora, nel caso *Melloni* la Corte, dopo avere rilevato che il diritto al giusto processo dovesse essere inteso in base a quanto disposto dall'art. 47 della Carta (e del corrispondente art. 6 della CEDU), e non a quanto previsto dalla Costituzione interna spagnola, ribadì il principio della *primauté*. Secondo una giurisprudenza consolidata, infatti, «in virtù del principio del primato del diritto dell'Unione, che è una caratteristica essenziale dell'ordinamento giuridico dell'Unione [...], il fatto che uno Stato membro invochi disposizioni di diritto nazionale, quand'anche di rango costituzionale, non può sminuire l'efficacia del diritto dell'Unione nel territorio di tale Stato»<sup>44</sup>.

M. GAMBARDELLA, *Caso Taricco e garanzie costituzionali ex art. 25 Cost.*, in *CP*, 2016, pp. 1462 ss.; V. MAIELLO, *Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus controlimiti*, in *CP*, 2016, pp. 1250 ss. Si segnala infine l'ordinanza di rimessione del 25 maggio 2016 emessa dal Tribunale di Siracusa. Per alcuni interessanti rilievi critici sulle suddette ordinanze di rimessione e sui parametri di costituzionalità invocati, si veda R. MASTROIANNI, *Supremazia del diritto dell'Unione e "controlimiti" costituzionali: alcune riflessioni a margine del caso Taricco*, in *DPC*, 7 novembre 2016.

<sup>42</sup> Corte giust. *Melloni*, C-399/11, EU:C:2013:107. Sulla sentenza della Corte si vedano F. VIGANÒ, *Obblighi di adeguamento al diritto UE e 'controlimiti': la Corte costituzionale spagnola adegua, bon gré mal gré, alla sentenza dei giudici di Lussemburgo nel caso Melloni*, in *DPC*, 9 marzo 2014; A. RUGGERI, *La Corte di giustizia, il primato incondizionato del diritto dell'Unione e il suo mancato bilanciamento col valore della salvaguardia dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali nel loro fare "sistema"*, in *Diritti Comparati*, 2 aprile 2013; ID., *"Dialogo" tra Corti europee e giudici nazionali, alla ricerca della tutela più intensa dei diritti fondamentali (con specifico riguardo alla materia penale e processuale)*, in *Diritti Fondamentali*, 11 novembre 2013; M. IACOMETTI, *Il caso Melloni e l'interpretazione dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea tra Corte di giustizia e Tribunale costituzionale spagnolo*, in *Rivista AIC, Osservatorio costituzionale*, ottobre 2013; G. DE AMICIS, *All'incrocio tra diritti fondamentali, mandato d'arresto europeo e decisioni contumaciali: la Corte di giustizia e il "caso Melloni". Un commento a margine della sentenza Melloni della Corte di Giustizia*, in *DPC*, 3 giugno 2013; S. MANACORDA, *Dalle carte dei diritti a un diritto penale à la carte*, in *RTDPC*, 3/2013, pp. 242 ss.; R. CONTI, *Il caso Melloni: Corte Giust. Unione Europea 26 febbraio 2013 (Grande Sezione) C-399/11. Un'occasione da non perdere per alimentare il dialogo fra Giudici*, in *Cultura e diritti*, 2/2013, pp. 109 ss.

<sup>43</sup> Il principio costituzionale era quello del "giusto processo", mentre l'obbligo UE era quello della consegna di un condannato sulla base della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, emesso nella specie dall'autorità italiana a fronte di un giudizio contumaciale.

<sup>44</sup> Sentenza *Melloni*, punto 59. Analogamente si veda Corte giust. 8 settembre 2010, *Winner Wetten*, C-409/06, in *Racc.*, pp. I-8015 ss., punto 61.

Ciò che la Corte ha inteso dire, quindi, tanto in *Melloni*, quanto oggi in *Taricco*, è che spetti proprio ad essa stabilire se un obbligo promanante da una norma dell'Unione sia o meno compatibile con i diritti fondamentali dell'individuo, così come questi sono sanciti al livello europeo; ed è sempre la Corte, quindi, che una volta riconosciuta, in ipotesi, tale compatibilità, impone allo Stato di dare esecuzione all'obbligo di cui trattasi, anche se esso contrasti con principi di rilievo costituzionale interno, per quanto in ipotesi attributivi di garanzie addirittura supplementari.

Ora, bisogna ammettere che la soluzione appena delineata, per quanto aspramente criticata in dottrina, risponda ad una logica precisa e condivisibile e tenda al perseguimento di un obiettivo peculiare, ossia quello di «far prevalere le ragioni dell'uniformità nell'applicazione del diritto europeo rispetto alla preoccupazione di assicurare il massimo livello possibile di tutela a favore dei diritti individuali fondamentali»<sup>45</sup>.

Con questo non si intende dire, ovviamente, che quello della “maggior tutela” non sia un principio importante, tanto nell'ottica della Corte di Giustizia, quanto, ovviamente, della nostra Corte Costituzionale, che sovente ne fa uso. Se così non fosse, d'altra parte, si potrebbe facilmente obiettare che nessun senso avrebbe più il parlare di controlimiti!

Ciò che si vuole mettere in rilievo, piuttosto, è che la soluzione prospettata dalla Corte nella pronuncia *Taricco* vale ad escludere che il criterio della tutela più estesa possa essere utilizzato come criterio di soluzione dei conflitti tra sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali. Tali sarebbero, infatti, i sistemi nazionali rispetto a quello dell'Unione<sup>46</sup>, atteso che essi non si applicano ai medesimi rapporti giuridici: esiste una quanto meno teorica demarcazione tra le fattispecie rientranti nel campo d'applicazione del diritto nazionale e, quindi, soggette al sistema di tutela dei diritti fondamentali previsto dal diritto interno; e le fattispecie rientranti nel campo di applicazione del diritto dell'Unione e, quindi, soggette al sistema di tutela dei diritti fondamentali previsto dall'ordi-

<sup>45</sup> Così si esprime E. CANNIZZARO, *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali...*, cit.

<sup>46</sup> Al contrario, il criterio della protezione più estesa sarebbe perfettamente idoneo a regolare i rapporti tra sistemi complementari di tutela, come sono quelli nazionali in rapporto a quello della CEDU. I diritti convenzionali, infatti, si applicano esattamente agli stessi rapporti giuridici ai quali si applicano i diritti nazionali, e «non mirano a sostituire i sistemi di protezione dei diritti fondamentali di ciascun ordinamento nazionale, ma si limitano a stabilire un controllo esterno rispetto ad essi qualora tali controlli non assicurino il livello di tutela voluto dalla Convenzione» (E. CANNIZZARO, *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali...*, cit.).

namento dell'Unione. Tuttavia, in linea pratica le cose vanno diversamente da come è previsto da questo semplice e lineare paradigma, atteso che spesso i due ordinamenti giuridici concorrono nella disciplina della medesima fattispecie, e ciò secondo dinamiche complesse ed articolate<sup>47</sup> che determinano la consequenziale coesistenza dei due sistemi – quello interno e quello dell'Unione – di tutela dei diritti fondamentali. In ipotesi di questo genere, in cui è decisamente molto difficile individuare l'ordinamento competente e, con esso, il sistema di tutela dei diritti fondamentali cui fare riferimento, il criterio della maggior tutela potrebbe condurre potenzialmente a conseguenze disastrose. Si potrebbe verificare, ad esempio, che i giudici interni decidano di applicare il proprio sistema di tutela dei diritti fondamentali, che appaia assicurare un livello superiore di garanzie, anche rispetto a norme interne che siano strumentali all'applicazione del diritto dell'Unione, con evidente frustrazione dei principi della primazia, dell'integrazione e dell'uniformità dei parametri di validità della normativa europea<sup>48</sup>.

Vi è da chiedersi a questo punto, dunque, quale spazio possa residuare in capo alla Corte Costituzionale, secondo questa linea di pensiero, per attivare la teoria dei controlimiti<sup>49</sup>. Si tratta di un interrogativo che, con tutta evidenza, si è posto la nostra stessa Corte costituzionale e che emerge, sebbene forse non tanto palesemente, dalla sua recente ordinanza di attivazione del meccanismo pregiudiziale. La Consulta, infatti, non se la sente di attivare immediatamente i contro limiti, ma chiede alla Corte di Giustizia di essere “autorizzata” a farlo, precisando al punto 6 dell'ordinanza che «Dopo avere messo a fuoco gli specifici profili di incompatibilità esistenti tra la regola che la sentenza resa in causa Taricco ha tratto dall'art. 325 del TFUE e i principi e i diritti sanciti dalla Costituzione, è necessario chiedersi se la

<sup>47</sup> La questione si connette inevitabilmente alla definizione della nozione di ambito di applicazione del diritto dell'Unione. Senza dilungarsi sul punto, si segnala solo che, accanto alla nozione restrittiva rinvenibile nell'art 51, par. 3 della Carta, che dispone che essa si applichi alle attività poste in essere dagli Stati membri «in attuazione del diritto dell'Unione», vi è l'atteggiamento più generoso della Corte. Quest'ultima, infatti, ha interpretato il concetto di “attuazione” in termini estensivi, includendovi non solo le norme interne adottate per dare attuazione agli obblighi dell'Unione, ma anche a quelle che in qualche modo interferiscano con la loro applicazione.

<sup>48</sup> Per tali lievi cfr. E. CANNIZZARO, *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali...*, cit. LA. osserva, *ad abundantiam*, che persino l'art. 53 della Carta, che prevede la possibilità di applicare gli *standards* più elevati previsti dalle costituzioni nazionali rispetto a quelli della Carta stessa, limita comunque tale possibilità al “rispettivo campo di applicazione” di ciascun sistema di tutela dei diritti fondamentali.

<sup>49</sup> La letteratura in materia di controlimiti è invero sterminata, con il che si rinuncerà da subito all'indicazione di qualsivoglia riferimento bibliografico, che rischierebbe di risultare per ciò stesso non esaustivo.

Corte di Giustizia abbia ritenuto che il giudice nazionale debba dare applicazione alla regola anche quando essa confligge con un principio cardine dell'ordinamento italiano». A tal fine «occorre perciò preliminarmente stabilire se l'art. 325 del TFUE vada effettivamente applicato nel senso indicato dai remittenti, oppure se sia suscettibile di interpretazioni anche in parte differenti, tali da escludere ogni conflitto con il principio di legalità in materia penale formulato dall'art. 25, secondo comma, della Costituzione italiana» (punto 6 dell'ordinanza).

Due precisazioni a questo punto, una di metodo e un'altra di merito, paiono di fondamentale importanza.

In primo luogo preme sottolineare che, onde non tradire la premessa del presente lavoro relativa alla delimitazione contenutistica del suo oggetto, non si intenderà in questa sede né presentare le varie posizioni sul tema, portate avanti tanto dalla dottrina quanto dalle autorità giudiziarie, né e tanto meno addentrarsi nel merito dei principi costituzionali in gioco, intesi quale chiave interpretativa delle disposizioni nazionali coinvolte. Quest'ultimo profilo, più in particolare, determinerebbe delle implicazioni argomentative che esulerebbero di certo dal contesto del presente ragionamento, volutamente limitato, come all'inizio si è detto, ai principi elaborati dalla Corte di Giustizia, in specie in materia di diritti fondamentali e riproposti nella sentenza *Taricco*.

In secondo luogo c'è da dire che la teoria dei controlimiti dovrebbe essere certamente “aggiornata”, non potendosi oggi applicare esattamente negli stessi termini che ne caratterizzarono l'originaria enucleazione da parte della nostra Corte costituzionale. All'epoca della sentenza *Frontini*, per intenderci, quest'ultima aveva a che fare con un nuovo ordinamento giuridico che presentava sensibili carenze sul piano della tutela dei diritti fondamentali, di tal che l'elaborazione della stessa aveva lo scopo di «fungere da argine nei confronti di regole esterne ‘insopportabili’ per il ‘nucleo duro’ dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale»<sup>50</sup>. Oggi invece, grazie anche al contributo della Carta, non pare esser più così<sup>51</sup>. Una moderna teoria dei controlimiti, in sostanza, dovrebbe tener conto oggi al massimo dell'idoneità o meno del sistema dell'Unione ad assicurare una tutela efficace dei diritti degli individui<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> Sul punto R. MASTROIANNI, *Supremazia del diritto dell'Unione e “controlimiti” costituzionali*, cit.

<sup>51</sup> Per tali rilievi si veda E. CANNIZZARO *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali*, cit., ove l'A. precisa che «oggi non solo vi sono sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali, sul piano europeo e su quello nazionale; vi sono altresì norme di soluzione dei conflitti, per quanto rudimentali e imperfette esse possano essere».

<sup>52</sup> In questo senso è stato ritenuto che «la sentenza *Taricco* non inneschi, in primo luogo, un conflitto fra valori, come sovente ipotizzato in dottrina. Essa concerne piuttosto un con-

Ne deriva, quindi, che non tutte le norme costituzionali siano invocabili al fine di giustificare l'attivazione dei controlimiti e, correlativamente, che non tutte le eventuali violazioni di principi costituzionalmente protetti possano condurre alla declaratoria di incostituzionalità della legge di esecuzione dei Trattati. Così, in una situazione complessiva come quella appena delineata, un'odierna teoria dei controlimiti dovrebbe basarsi, più che sul criterio della maggior tutela, su quelli di proporzionalità e di ragionevolezza.

Ora potremmo ritenere ragionevole e attinente ai principi fondamentali e intoccabili del nostro sistema costituzionale la tutela a tutti i costi – anche contro la primazia del diritto dell'Unione, su cui si basa tutta la costruzione giuridica dell'ordinamento sovranazionale – di chi spera nell'impunità per decorso del termine di prescrizione?

Invero già l'Avvocato Generale nelle sue Conclusioni aveva osservato che non potrebbe dirsi sussistente per l'individuo un affidamento, meritevole di tutela, «a che le norme applicabili sulla durata, il decorso e l'interruzione della prescrizione debbano necessariamente orientarsi sempre alle disposizioni di legge in vigore al momento della commissione del reato»<sup>53</sup>. Ed in effetti, sarebbe di certo più “ragionevole” evitare di valorizzare l'aspettativa, in sé discutibilmente legittima, del reo, a non essere punito per decorso del termine, soprattutto se si pensa che dall'allungamento del termine di prescrizione, pur derivando un qualche “aggravamento” della sua posizione processuale, non discende affatto la lesione di un diritto fondamentale, né e tanto meno l'automatico accertamento della sua responsabilità penale. In questo senso, ancor prima dell'ordinanza della Consulta, era stato scritto che sarebbe stato comunque opportuno «maneggiare con estrema cura la potente arma dei controlimiti», e ciò anche perché l'ultima parola di questa complessa vicenda sarebbe spettata comunque al giudice interno. Quest'ultimo, infatti, da un lato è sicuramente tenuto al rispetto delle pronunce con cui la Corte costituzionale eventualmente dichiara l'illegittimità costituzionale di una legge; dall'altro, tuttavia, è deputato ad applicare le norme di diritto dell'Unione, garantendone nell'ordinamento na-

fitto di competenza: fra la pretesa della Corte di Giustizia di applicare in via esclusiva il sistema europeo di tutela dei diritti fondamentali alla normativa italiana in tema di prescrizione, e la pretesa – riflessa per ora solo nelle ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale – di applicare a tale normativa il sistema nazionale. Il carattere sistemico di tale conflitto rende quindi necessario un approccio di tipo globale; tal che la soluzione vada ricercata sulla base di un criterio che assicuri, ad un tempo, un equilibrio accettabile fra le sfere di competenza antagonista, e un livello soddisfacente di tutela dei diritti fondamentali» (E. CANNIZZARO, *op. ult. cit.*).

<sup>53</sup> Cfr. paragrafo 119 Conclusioni.

zionale l'effettività, e ancorché ciò si ponga in contrasto con soluzioni già fatte proprie dalla Corte costituzionale<sup>54</sup>.

## 7. Una diversa chiave di lettura della sentenza *Taricco*: il principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri.

Da una attenta analisi della sentenza *Taricco* emerge chiaramente un'ulteriore chiave di lettura del ragionamento della Corte che, anche prescindendo dalla attribuzione di effetti diretti all'art. 325 TFUE – profilo, come si è visto poco sopra, non sempre di agevole definizione – conduce pur sempre allo stesso, in fondo condivisibile, risultato finale di cui al *dictum* in commento. Con ciò si intende dire che la decisione della Corte, quand'anche criticabile sul piano dell'attribuzione di effetti diretti, tanto più di tipo “invertito”, all'art. 325, risulta scarsamente attaccabile se la si legge come applicazione al caso di specie del principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri.

Senza dilungarsi eccessivamente sul punto, in quanto ciò esulerebbe dal contesto della presente trattazione, corre l'obbligo di ricordare che quello della autonomia procedurale è un principio di origine giurisprudenziale, ossia una peculiare figura giuridica che, pur in assenza di una espressa previsione della stessa all'interno dei Trattati o di atti di diritto derivato, è essenzialmente frutto della enucleazione offertane dalla Corte di Giustizia a partire da talune note sentenze<sup>55</sup>.

La Corte, a tal proposito, ha avuto modo di statuire che «In assenza di provvedimenti di armonizzazione, i diritti attribuiti dalle norme comunitarie devono essere esercitati, innanzi ai giudici nazionali, secondo le modalità stabilite dalle norme interne»<sup>56</sup>. Correlativamente, essa ha anche precisato che «In mancanza di una specifica disciplina comunitaria, è l'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro che designa il giudice competente e stabilisce le modalità procedurali delle azioni giudiziali intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme comunitarie aventi efficacia diretta, modalità che

<sup>54</sup> Si tratta del rapporto tra la “fedeltà nazionale” e la “fedeltà comunitaria” su cui si sofferma R. MASTROIANNI, *Supremazia del diritto dell'Unione e “controlimiti” costituzionali...*, cit., ove si rinvia anche ad una certa giurisprudenza della Corte sul punto (Corte giust. *Filiipiak*, C-31408, EU:C:2009:719; Corte giust. *Melki*, C-188/10 e C-189/10, EU:C:2010:363).

<sup>55</sup> Ci si permette di rinviare sul punto a G. VITALE, *Diritto processuale nazionale e diritto dell'Unione europea. L'autonomia procedurale degli Stati membri in settori a diverso livello di “europeizzazione”*, Catania, Ed.it., 2010.

<sup>56</sup> Cfr. Corte giust. 16 dicembre 1976, *Rewe*, C-33/76, in *Racc.*, pp. 1989 ss., punto 5. Nello stesso senso cfr. Corte giust. 16 dicembre 1976, *Comet*, C-45/76, in *Racc.*, pp. 1-2043 ss., punto 15.



non possono, beninteso, essere meno favorevoli di quelle relative ad analoghe azioni del sistema processuale nazionale», con ciò risultando lesive del principio di equivalenza, né tali da rendere particolarmente difficile o addirittura impossibile l'esercizio dei diritti di cui trattasi, in ipotesi integrando la violazione del principio di effettività<sup>57</sup>.

Ciò che la Corte ha inteso dire, dunque, è che in assenza di una disciplina processuale europea uniforme, spetta agli ordinamenti giuridici nazionali l'individuazione degli organi e delle forme atte a consentire ai singoli il soddisfacimento degli interessi sottesi alle posizioni giuridico-soggettive loro attribuite da norme promananti dall'ordinamento giuridico dell'Unione. Secondo la Corte, tuttavia, le norme processuali nazionali non possono essere applicate *sic et simpliciter*, ma devono essere sottoposte necessariamente ad un vaglio di adeguatezza, ossia ad uno specifico scrutinio volto a verificare che le stesse siano idonee a soddisfare taluni requisiti, dovendo infatti presentarsi conformi ai principi di equivalenza e di effettività, criteri giuridici cardine dell'ordinamento dell'Unione complessivamente inteso. Solo la norma processuale nazionale che superi tale controllo potrà essere applicata quale strumento atto a garantire l'effettività del diritto dell'Unione. Se la norma processuale interna, invece, violi anche uno solo dei due anzidetti parametri (da intendersi, infatti, come cumulativi, e non già come alternativi), dovrà essere disapplicata per far posto al "livello superiore" che, in mancanza di una disciplina processuale comunitaria di riferimento, non potrà rintracciarsi se non nell'efficacia *lato sensu* normativa delle pronunce emesse dalla Corte, per lo più adita a titolo pregiudiziale.

Di tale peculiare meccanismo, che si è ora succintamente delineato, si rintraccia una manifestazione diretta ed immediata proprio nella sentenza *Taricco* ora alla nostra attenzione. Ivi il giudice nazionale non è stato chiamato dalla Corte a procedere ad una disapplicazione diretta ed immediata delle norme processuali nazionali coinvolte, ma a farlo solo all'esito di una valutazione discrezionale in ordine alla loro idoneità o meno a soddisfare le suddette esigenze di effettività e di equivalenza.

Così, al punto 47 della sentenza il giudice nazionale è chiamato a svolgere il sindacato sul principio di "effettività". Nel *dictum*, già riproposto fedelmente al paragrafo 2 del presente scritto, la Corte, in evidente applicazione del principio dell'autonomia procedurale, subordina infatti l'obbligo di disapplicazione all'accertamento, da parte del giudice nazionale, che dal combinato disposto tra gli artt. 160 e 161 c.p. derivi l'impossibilità di infliggere sanzioni effettive e dissuasive

<sup>57</sup> Cfr. sentenza *Rewe*, *cit.*, punto 5; sent. *Comet*, *cit.*, punti 12 e 13.

contro le frodi gravi in un numero considerevole di casi<sup>58</sup>. Al punto 48, poi, al giudice nazionale si chiede di effettuare una valutazione ulteriore, ossia quella relativa al principio di equivalenza. Ciò che il giudice deve verificare, quindi, è se il diritto interno preveda o meno un uguale trattamento processuale per fattispecie di frode che, pur se di contenuto sostanziale analogo rispetto a quelle di rilevanza comunitaria, traggano la loro fonte nell'ordinamento interno, con ciò ledendo gli interessi finanziari dell'Italia. E, a ben vedere, è la Corte stessa che, sulla base degli argomenti presentati dalle parti e salva ulteriore verifica del giudice interno, sottolinea come il diritto nazionale non preveda per esempio alcun termine assoluto di prescrizione per il reato di associazione per delinquere finalizzata all'evasione delle accise sui prodotti del tabacco.

Ciò significa, quindi, che gli artt. 160 e 161 c.p. dovrebbero esse disapplicati già solo per questa ragione, ossia proprio in ottemperanza al principio di equivalenza della tutela riservata agli interessi dell'Unione rispetto a quella garantita ai corrispondenti interessi nazionali. Essendo l'equivalenza e l'effettività, come poco sopra rilevato, limiti da intendersi come cumulativi rispetto all'eventuale utilizzo delle disposizioni processuali interne, la violazione di uno di essi rende in sostanza irrilevante qualsivoglia indagine ulteriore attinente all'altro. Da ciò consegue che l'applicazione del criterio dell'autonomia procedurale sembrerebbe chiudere il cerchio già sul piano della evidente violazione del principio di equivalenza, considerato anche che il suo accertamento da parte del giudice, come è facilmente intuibile, non porrebbe nemmeno quei problemi di vaghezza ed indeterminazione dei requisiti cui ancorare l'obbligo di disapplicazione che gran parte della dottrina ha invece rilevato in riferimento all'ipotesi di violazione del principio di effettività.

<sup>58</sup> Non è mancato chi ha sottolineato come la valutazione dei requisiti della gravità della violazione e del numero considerevole di casi in cui essa si sia verificata risultino troppo incerti e indeterminati, al punto da comportare un eccesso di discrezionalità in una materia invero caratterizzata dal principio di determinatezza. Sul punto si vedano G. CIVELLO, *La sentenza "Taricco" della Corte di Giustizia UE: contraria al Trattato la disciplina italiana in tema di interruzione della prescrizione del reato*, in *AP*, 2015, pp. 11 ss.; O. MAZZA, *Il sasso nello stagno: la sentenza Taricco e il crepuscolo della legalità penale*, in *Rass. Trib.*, 2016, pp. 3 ss.; ID., *La prescrizione del reato fra legalità penale e diritto giurisprudenziale europeo*, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 2016, pp. 8 ss.; A. CAMON, *La torsione d'un sistema. Riflessioni intorno alla sentenza Taricco*, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 2016, pp. 2 ss. A questo proposito è stato altresì rilevato che l'accertamento del contrasto tra le norme interne e l'art. 325, comma 1 TFUE non possa essere demandato alla discrezionalità del giudice, ma all'intervento del legislatore che precisi "quale sia la soglia di gravità della frode dell'IVA che rende operante l'obbligo per lo Stato membro di infliggere sanzioni effettive e dissuasive, tenuto conto delle statistiche nazionali sul numero di prescrizioni che sono state applicate ai detti reati di frode" (Cfr. E. LUPO, *op. cit.*, p. 7).

Ma vi è di più.

Quando la Corte ordina la disapplicazione della norma processuale nazionale che non è in grado di garantire l'effettività della norma di matrice comunitaria, ovvero l'equivalenza rispetto al trattamento processuale riservato ad analoghe fattispecie di derivazione europea, si riferisce non solo al precetto normativo contenuto nella disposizione indicata, ma anche all'interpretazione che di esso viene offerta dalla giurisprudenza interna.

Così la Corte ha fatto, solo per fare un esempio, nel noto caso *Olimpiclub*, in materia di rapporti tra il giudicato interno e il diritto dell'Unione con cui esso veniva in contrasto<sup>99</sup>. In quell'occasione, in applicazione esplicita del principio dell'autonomia procedurale, la Corte non ha prospettato la disapplicazione del puro e semplice articolo 2909 c.c., ma di quella particolare interpretazione che di esso era stata offerta dalla Cassazione tributaria nazionale e che aveva in definitiva condotto all'affermazione del principio della vincolatività del giudicato esterno. Analogamente, nel caso *Taricco* la Corte indica al giudice la strada della disapplicazione – peraltro subordinandola alla duplice verifica di cui si è detto – non solo in riferimento agli artt. 160 e 161 c.p., ma anche a quella peculiare interpretazione che di tali norme è stata tradizionalmente offerta dalla giurisprudenza costituzionale interna circa la qualificazione giuridica di dette disposizioni come aventi natura sostanziale. Di ciò vi è prova proprio nell'analisi che la Corte svolge a proposito del rispetto dei diritti individuali così come riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali e dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, si cui si è ampiamente detto nei paragrafi precedenti.

## 8. Considerazioni conclusive.

Tentiamo a questo punto di tracciare qualche breve considerazione di carattere tendenzialmente conclusivo.

Pare potersi rilevare, alla luce di quanto fino ad ora prospettato, che la pronuncia resa dalla Corte nel caso *Taricco* non sia né così “sbagliata” come alcuni sostengono, né e tanto meno così contraddittoria rispetto alla precedente giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di effetti diretti delle norme dell'Unione. Non solo, infatti, seppure con qualche difficoltà, non sarebbe così assurdo riconoscere effetti diretti all'art. 325 TFUE; ma, più ancora, non sarebbe incoerente con quanto fino ad ora sostenuto dai giudici dell'Unione attribuire ad

<sup>99</sup> Cfr. Corte giust. *Fallimento Olimpiclub*, C-2/08, EU:C:2009:506. Per un commento ci si permette di rinviare a G. VITALE, *Il principio dell'autonomia procedurale in due recenti sentenze della Corte di giustizia: i casi Olimpiclub e Asturcom*, in *DUE*, 2010, pp. 725 ss.

una norma del Trattato un effetto diretto verticale inverso, in specie quando ciò non risulti in alcun modo lesivo dei diritti fondamentali della persona.

Ma la vera chiave di volta del sistema, utile forse a superare tutte le possibili obiezioni sorte attorno al *decisum* in esame, potrebbe essere il criterio giuridico dell'autonomia procedurale, esplicitamente utilizzato nel dispositivo. Infatti, la portata del principio in parola, oltre che la funzione dallo stesso espletata all'interno del sistema giuridico dell'Unione, non possono se non essere considerati in funzione dell'incidenza prodotta dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia sulle norme processuali nazionali e, più in generale, sull'esercizio della funzione giurisdizionale all'interno dei singoli Stati membri. Non a caso, la maggior parte delle ricostruzioni dottrinali aventi ad oggetto l'autonomia procedurale non ha mancato di focalizzare l'attenzione proprio su tale profilo, partendo da una necessaria sintesi del rapporto intercorrente tra i sistemi processuali nazionali e l'ordinamento dell'Unione *tout court*, comprensivo, cioè, tanto delle sue disposizioni processuali, quanto, e più ancora, di quelle di natura sostanziale.

Né, peraltro, ci si può ragionevolmente stupire di un approccio di tal sorta, atteso che non è ormai una novità che il diritto dell'Unione incida insistentemente sul diritto interno e, con esso, sulle sue disposizioni processuali, con ciò dando luogo, talvolta, a problemi di coordinamento non facilmente definibili senza l'intervento, quasi sempre previo rinvio pregiudiziale, della Corte di Giustizia. E sebbene quest'ultima si sia preoccupata di sottolineare l'indipendenza dei singoli ordinamenti giuridici nazionali, non solo in riferimento alle norme processuali strumentali alla tutela delle posizioni giuridico-soggettive dei singoli, ma anche in merito all'organizzazione interna dei sistemi giudiziari, l'esigenza di garantire l'effettività del diritto dell'Unione ha condotto ad interventi più o meno invasivi della giurisprudenza della Corte, pur se all'interno del quadro formale della "collaborazione" con le autorità nazionali<sup>60</sup>.

Il fondamento giuridico di questa azione, infatti, sembrerebbe risiedere, secondo una ormai accreditata giurisprudenza di riferimento, proprio nell'art. 4 del Trattato sull'Unione europea e nell'obbligo di leale cooperazione in esso sancito. Tale obbligo, come la Corte di Giustizia si è preoccupata di precisare, grava su tutte le autorità statali, comprese quelle giurisdizionali, le quali sono peculiar-

<sup>60</sup> Si tenga presente che, anche prima delle sentenze rese nei citati casi *Rewe e Comet*, la Corte aveva avuto modo di sviluppare le premesse di questo ragionamento. Si vedano, in questo senso, Corte giust. 3 aprile 1968, *Molkerei Zentrale*, C-28/67, in *Racc.*, pp. 192 ss, nonché Corte giust. 3 aprile 1968, *Lück*, C-34/67, in *Racc.*, pp. 326 ss, nelle quali il giudice comunitario attribuiva ai tribunali nazionali la competenza a scegliere, tra i vari mezzi offerti dall'ordinamento interno, quelli maggiormente idonei a soddisfare le esigenze di tutela dei diritti attribuiti agli individui *ex art. 90 TCE*.

mente incaricate di «vigilare sull'applicazione e sul rispetto del diritto comunitario nell'ordinamento giuridico nazionale»<sup>61</sup>. È al giudice interno, in altri termini, che è attribuito il difficile compito di garantire la corretta ed effettiva applicazione del diritto dell'Unione all'interno degli Stati membri, con ciò assicurando la conformità degli ordinamenti nazionali agli obblighi scaturenti dai Trattati. Ne deriverebbe che le disposizioni, anche processuali, degli ordinamenti giuridici nazionali, debbano essere interpretate ed applicate in modo tale da soddisfare le esigenze sottese alle disposizioni contenute nei Trattati, nonché in quelle rinvenibili negli atti promananti dalle istituzioni europee, e rendere effettiva la tutela dei diritti dalle stesse derivanti.

La decisione da ultimo resa dalla Corte di Giustizia nel caso *Taricco* esprime con tutta evidenza questa logica, confermando l'autonomia procedurale quale utile ed efficace strumento di coordinamento tra i sistemi nazionali e quello dell'Unione di tutela giurisdizionale dei diritti.

<sup>61</sup> Cfr. Corte giust. 13 luglio 1990, *Zwartveld*, C-2/88, in *Racc.*, pp. I-3365 ss., par. 18.



# I RIFLESSI DELLA SENTENZA *TARICCO* SULL'ORDINAMENTO PENALE NAZIONALE

*Ernesto Lupo*

SOMMARIO: 1. Originalità e importanza della sentenza *Taricco*. - 2. Il seguito della sentenza *Taricco*: un percorso in cui si è “a metà del guado”. - 3. Punti fermi e punti dubbi del percorso finora compiuto. - 4. Diversità tipologica delle disposizioni contenute nei paragrafi 1 e 2 dell'art. 325 TFUE. - 5. Incidenza della direttiva PIF del 5 luglio 2017. - 6. La garanzia della irretroattività della norma penale. - 7. Opportunità della nuova rimessione alla Corte di Giustizia.

## **1. Originalità e importanza della sentenza *Taricco*.**

La sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea (*Grande Chambre*) dell'8 settembre 2015, nella causa C-105/14 avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale di Cuneo nel procedimento penale contro Ivo Taricco ed altri sei imputati, ha immediatamente ricevuto molti commenti ispirati, per lo più, da un atteggiamento di forte critica, quando non di radicale contestazione<sup>1</sup>. Essa ha dato origine a diversi dibattiti e convegni<sup>2</sup>, tra cui merita una particolare menzione, per l'ampiezza dei contributi di studio, quello organizzato dall'Università di Ferrara e dedicato in generale al tema del “controlimiti” rispetto al primato del diritto dell'Unione europea, con riferimento

<sup>1</sup> È significativo, per esempio, il titolo del commento di L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte di giustizia dell'Unione europea può erigere il giudice a legislatore*, in *DPC*, 10 dicembre 2015.

<sup>2</sup> A partire da quello di Firenze, svoltosi il 30 ottobre 2015 e quindi nello stesso mese della sentenza, i cui atti sono pubblicati nel volume curato da C. PAONESSA - L. ZILLETTI, *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell'Unione europea: a proposito della sentenza della Corte di Giustizia Taricco*, Pisa, Pacini Giuridica, 2016.

specifico al diritto penale ed al “caso *Taricco*”<sup>3</sup>. Ne è seguita una vicenda giurisprudenziale del tutto particolare che, all’atto di redazione del presente scritto, è, come si vedrà nel successivo paragrafo, ben lungi dall’essere terminata<sup>4</sup>.

Quali le ragioni di questa accentuata attenzione dottrinale alla sentenza della Corte europea e delle successive tensioni della giurisprudenza, che hanno reso molto nota ed originale la citata sentenza *Taricco*?

Non è sufficiente, per individuarle, osservare che la sentenza ha inciso nella materia penale e, in particolare (almeno secondo molti interpreti) sui principi della legalità penale, che concorrono a formare la “identità nazionale” degli Stati membri, “insita nella loro struttura...costituzionale”, che, secondo l’art. 4, § 2, TUE, l’Unione Europea è tenuta a rispettare. Non poche volte le sentenze della Corte di Lussemburgo hanno interessato la materia penale, facendo venire meno (o comunque incidendo su) la sussistenza di reati, con effetti favorevoli per l’imputato<sup>5</sup>.

È la prima volta, invece, che una sentenza della Corte europea determina un peggioramento della posizione dell’imputato nell’ordinamento italiano, un restringimento (anziché un ampliamento) dei suoi diritti, nell’aspetto relativo alla prescrizione di determinati reati, il cui maturarsi essa può escludere. In particolare, la sentenza ha affermato che la disciplina del codice penale concernente gli atti interruttivi della prescrizione (art. 160, ultimo comma, e art. 161 c.p.) «è idonea a pregiudicare gli obblighi imposti agli Stati membri dall’art. 325, paragrafi 1 e 2, TFUE» quando venga applicata in «procedimenti penali riguardanti frodi gravi in materia di imposta sul valore aggiunto» ed in determinate «circostanze che spetta al giudice nazionale verificare». La conseguenza tratta dalla sentenza europea è che il giudice nazionale è tenuto a disapplicare, «all’occorrenza, le disposi-

<sup>3</sup> Il Convegno si è svolto a Ferrara il 7-8 aprile 2016. Gli atti sono pubblicati, a cura di A. BERNARDI, nel volume *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, Jovene, 2017, con una presentazione molto ampia del curatore.

<sup>4</sup> In coerenza con il titolo di questo scritto, non si considerano i riflessi della sentenza *Taricco* sull’ordinamento dell’Unione europea. Secondo L. SALAZAR, *Habemus EPPO. La luna marcia della Procura europea*, in *AP*, 2017, n. 3, p. 16 (consultabile *on line*), questa sentenza ha dato “decisivo impulso” ai negoziati sulla proposta di direttiva PIF (v. *infra*, § 3), perché essa ha «ribadi(to) la sussistenza di un rapporto imprescindibile tra le frodi all’IVA e le risorse proprie dell’Unione».

<sup>5</sup> V., per esempio, la sentenza 28 aprile 2011, El Dridi, secondo cui la reclusione degli immigrati irregolari per violazione dell’ordine di allontanamento del questore non è compatibile con le prescrizioni della c.d. direttiva rimpatri (16 dicembre 2008, n. 2008/115/CE); le sentenze 6 marzo 2007, Placanica, e 16 febbraio 2012, Costa e Cifone, che hanno ritenuto inapplicabili le sanzioni penali previste per la raccolta non autorizzata di scommesse sportive a quei soggetti ai quali l’autorizzazione era stata negata in violazione del diritto comunitario.



zioni nazionali che abbiano per effetto di impedire allo Stato membro interessato di rispettare gli obblighi impostigli dall'art. 325» citato.

La giurisprudenza ha espresso opinioni molto diversificate in ordine alla possibilità di verificarsi di tale effetto (disapplicazione). Una prima sentenza della Cassazione, emanata subito dopo la sentenza europea, ha dato ampio seguito alla sentenza europea, ritenendo di non potere dichiarare la prescrizione del reato, pur essendo essa già maturata prima della udienza<sup>6</sup>. Al contrario, altra successiva pronuncia della Cassazione ha ritenuto che la sentenza europea non fosse applicabile ai reati prescritti prima della sua emanazione<sup>7</sup>. Altri due collegi della Cassazione hanno sollevato questioni di costituzionalità<sup>8</sup>, come in precedenza aveva fatto la Corte di appello di Milano<sup>9</sup>, ritenendo l'inefficacia della pronuncia della Corte europea perché contrastante con norme e principi della nostra Costituzione e prospettando quindi l'esistenza di controlimiti al primato del diritto europeo, nel contenuto precisato dalla sentenza *Taricco*. Una più recente sentenza della Cassazione ha, infine, ritenuto non operante il dovere di disapplicazione della disciplina nazionale perché, nel caso di specie, erano insussistenti i presupposti del contrasto con il diritto europeo indicati dalla sentenza europea in discorso<sup>10</sup>.

Chiaro è il disorientamento creato dalla sentenza europea *Taricco* e dalla definizione dei suoi effetti sull'ordinamento interno. Esso ha coinvolto anche la Corte di legittimità, che non è stata in grado di dare un orientamento interpretativo uniforme. Anche nella dottrina si è aperta una discussione quanto mai ampia e vivace, che ha interessato gli studiosi di diverse materie: diritto penale e proces-

<sup>6</sup> Sez. III, 17 settembre 2015 (dep. 20 gennaio 2016), n.2210 (in *CP*, 2016, p.1445). La prescrizione del reato, secondo la sentenza, era maturata sin dal 16 gennaio 2015 (§ 7 della motivazione).

<sup>7</sup> Sez. IV, 25 gennaio 2016 (dep. 26 febbraio 2016), n.7914 (in *CP*, 2016, p.1466). Questa sentenza e quella citata nella nota precedente sono annotate da M. GAMBARDELLA, *Caso Taricco e garanzie costituzionali ex art.25 Cost.*, *ivi*, p. 1462.

<sup>8</sup> Le due ordinanze, di contenuto non uguale, sono della Sez. III: 30 marzo 2016, n.28346 e 31 marzo 2016, n.33538. Solo la prima di esse è stata presa in esame dalla Corte costituzionale nella ordinanza n. 24/2017, di cui si dirà in seguito.

<sup>9</sup> App. Milano, 18 settembre 2015, in *DPC*, 21 settembre 2015, con nota di F. VIGANÒ, *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE: la Corte di appello di Milano sollecita la Corte costituzionale ad azionare i "controlimiti"*. Anche la pronuncia della Corte di appello di Milano è stata presa in esame dalla citata ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale.

<sup>10</sup> Sez. III, 7 giugno 2016 (dep. 24 ottobre 2016), n.44584 (in *GD*, 2016, n. 46, p. 104), secondo cui, nel caso esaminato, erano insussistenti sia la gravità della frode, sia l'ineffettività delle sanzioni «in un numero considerevole di casi», requisito – quest'ultimo – da «intendersi, *in concreto*, con riferimento alle fattispecie oggetto del singolo giudizio» (§ 4.4.2 della motivazione).

suale penale, diritto europeo, diritto costituzionale. L'effetto è stato l'intervento di tantissime voci<sup>11</sup>.

## 2. Il seguito della sentenza *Taricco*: un percorso in cui si è “a metà del guado”.

La prospettazione di controlimiti alla efficacia della sentenza *Taricco* nell'ordinamento interno e della conseguente rimessione alla Corte costituzionale delle relative questioni ha incanalato il dibattito dottrinale ed ha costituito un punto di riferimento per la giurisprudenza, anche perché il giudice costituzionale ha, in tempi piuttosto celeri<sup>12</sup>, esaminato le eccezioni di incostituzionalità, decidendo di porre alla Corte di giustizia dell'Unione europea questioni di interpretazione dell'art.325, paragrafi 1 e 2, TFUE e della stessa sentenza *Taricco*, in applicazione dell'art.267 TFUE<sup>13</sup>.

Il testo approfondito e complesso della ordinanza della Corte cost. ha dato adito ad un amplissimo dibattito dottrinale tra gli studiosi delle diverse materie coinvolte, svoltosi in diverse sedi. Anche qui va segnalato un Convegno dell'Università di Ferrara, che ha raccolto moltissimi contributi<sup>14</sup>.

La richiesta alla Corte europea di interpretare una propria sentenza (della *Grande Chambre!*), e quindi di ritornare sulle questioni da essa già decise, esprime la particolare difficoltà della relativa problematica. Si conoscono le “conclusioni” dell'Avvocato generale Yves Bot, presentate il 18 luglio 2017, e si è in attesa della pronuncia della Corte di giustizia. Ma essa non segnerà ancora la conclusione della vicenda che va tuttora sotto il nome di *Taricco*, anche se i casi ed i pro-

<sup>11</sup> V. *retro*, le note 2 e 3.

<sup>12</sup> Corte Cost., ord. 23 novembre 2016-26 gennaio 2017, n. 24, con cui sono state poste alla Corte di giustizia tre questioni di interpretazione.

<sup>13</sup> L'art. 267 TFUE attribuisce alla Corte di Giustizia la competenza «a pronunciarsi, in via pregiudiziale: a) sull'interpretazione dei trattati» (e quindi dei due paragrafi citati dell'art. 325 TFUE); «b) sulla interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni dell'Unione» (e quindi della sentenza della Corte di Giustizia). Nella lettera a) rientrano i primi due quesiti formulati nel dispositivo della ordinanza n. 24, nella lettera b) il terzo quesito.

<sup>14</sup> Il convegno è stato tenuto il 24 febbraio 2017. Gli atti, curati da A. BERNARDI - C. CUPELLI e contenenti trenta interventi oltre l'introduzione, sono pubblicati nel volume *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, Jovene, 2017 (della stessa collana della pubblicazione citata *retro* nella nota n. 3). La lettura di questo volume dimostra i tanti aspetti coinvolti dalla sentenza *Taricco* e dalla successiva ordinanza n. 24 della Corte cost., di cui non può darsi completamente conto in questo scritto, che si limita ai profili ritenuti decisivi dallo scrivente, in attesa della (seconda) sentenza della Corte di Giustizia.

cessi oggetto della ordinanza della Corte cost. sono, ovviamente, diversi. Vi sarà, infatti, la pronunzia finale della Corte cost. sulle questioni di costituzionalità pendenti; seguiranno, infine, le decisioni conclusive dei giudizi di merito sospesi per gli incidenti di costituzionalità.

Allo stato è difficile prevedere se la sentenza *Taricco*, pronunziata dalla Corte europea nel 2015, produrrà effetti nell'ordinamento penale italiano ovvero se essa sarà resa inefficace, anche solo in parte, da una pronunzia della Corte cost. che faccia prevalere i principi supremi dell'ordinamento nazionale, e cioè quelli che vengono denominati i controlimiti al primato del diritto europeo, primato che deriva dalla limitazione di sovranità consentita dall'art. 11 Cost. ed ora realizzatasi con l'Unione Europea.

Il concetto dei controlimiti è stato da tempo ravvisato in concreto dalla Corte cost., in origine per quanto riguarda l'ordinamento concordatario tra Stato e Chiesa cattolica. In alcune sentenze degli anni '70 e '80 si affermò che quel concordato incontrava limiti nei "principi supremi dell'ordinamento costituzionale", e questo portò alla pronunzia di incostituzionalità n. 18/1982 per violazione del principio della tutela giurisdizionale previsto dall'art. 24 Cost. Recentemente i controlimiti sono stati ravvisati dalla Corte cost. nei confronti dell'ordinamento internazionale, in relazione alla norma consuetudinaria dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione per atti *jure imperii*, ritenuta in contrasto con lo stesso principio della tutela giurisdizionale (sentenza n. 238/2014). Anche rispetto al diritto europeo il giudice costituzionale ha affermato in astratto la possibile operatività dei controlimiti<sup>15</sup>, ma non li ha mai applicati in concreto.

Nell'ordinanza n. 24/2017 la Corte non menziona espressamente i controlimiti, ma vi si ritrova la nozione, subito dopo il riconoscimento del primato del diritto dell'Unione, come limitazione dello stesso: «l'osservanza dei principi supremi dell'ordine costituzionale italiano e dei diritti inalienabili della persona è condizione perché il diritto dell'Unione possa essere applicato in Italia»<sup>16</sup>. Quella tale osservanza non sussista «in specifiche ipotesi normative» – continua la Corte – «sarebbe necessario dichiarare l'illegittimità costituzionale della legge nazionale che ha autorizzato la ratifica e resi esecutivi i Trattati, per la sola parte in cui essa consente che quell'ipotesi normativa si realizzi»<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> I precedenti sono citati nella stessa ordinanza n. 24 (§ 2): sentenze n. 183/1973, 170/1984, soprattutto 232/1989 (sulla quale ultima v. *infra*, § 4).

<sup>16</sup> Le parole trascritte nel testo sono nel § 2 della ordinanza n. 24. La sottolineatura è dello scrivente.

<sup>17</sup> Per l'osservazione che la Corte cost. ha opposto alla sentenza europea «un vero e proprio controlimito, pur senza mai invocarlo direttamente come tale» v. C. CUPELLI, *La posta è in gioco. Il caso Taricco nel dialogo tra le Corti*, in A. BERNARDI - C. CUPELLI, *Il caso Taricco*

È chiaramente prospettata, all'inizio della ordinanza, l'eventualità che la Corte cost. neghi effetto alla sentenza *Taricco* nell'ordinamento italiano<sup>18</sup>. E tale pericolo si percepisce chiaramente dal seguito della stessa.

Può allora dirsi che la sentenza *Taricco* segna soltanto l'inizio di un percorso per pervenire alla definizione del contenuto del primato del diritto europeo nella materia penale. Il terreno su cui si ci muove è viscido e scivoloso come il fondo di un corso d'acqua da guardare. Siamo ora in mezzo al guado e non conosciamo ancora il punto di arrivo, e cioè le caratteristiche della *primauté* nella materia qui considerata.

È una nota positiva che questo punto di arrivo sia raggiunto attraverso un dialogo tra la Corte europea e la Corte costituzionale italiana, la quale, per la seconda volta in un giudizio incidentale<sup>19</sup>, solleva una pregiudiziale eurounitaria, esprimendo con chiarezza la propria posizione e le proprie competenze, ma chiedendo al giudice europeo il previo avviso sulla interpretazione del diritto europeo. Dialogo difficile, ma effettivo e, speriamo, fruttuoso.

La speranza trova fondamento in un precedente (in materia diversa da quella penale) in cui la Corte cost. ha dissentito dall'orientamento della Corte di Giustizia sugli effetti nel tempo delle sentenze da essa emanate in via pregiudiziale. La Corte italiana<sup>20</sup> ha ritenuto contrastante con il principio supremo enunciato dall'art. 24 Cost. (diritto alla tutela giurisdizionale) l'esclusione della efficacia della sentenza della Corte europea rispetto alle parti del giudizio principale nazionale, anche se – nel caso di specie – ha giudicato inammissibile (per un motivo procedurale) la conseguente questione di costituzionalità del Trattato della Comunità europea, non pervenendo così all'applicazione del controllo limite, pure accertato. Successivamente la Corte di Giustizia ha mutato sostanzialmente la propria giurisprudenza, perché ha fatto comunque salva l'applicabilità nel giudizio principale (dello Stato membro) della sentenza da essa emessa in

*e il dialogo tra le Corti*, cit., p. 94, il quale ritiene che sarebbe stato preferibile azionarlo «da subito e direttamente». Nello stesso senso M. LUCIANI, *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, *ivi*, p. 195. Come si dirà alla fine (*infra*, § 7), ritengo, invece, più opportuna la scelta compiuta dalla Corte cost.

<sup>18</sup> Tale eventualità, peraltro, viene qualificata dalla Corte come “sommamente improbabile”.

<sup>19</sup> Per il primo caso di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia in un giudizio incidentale di costituzionalità v. C. cost., ord. 18 luglio 2013, n. 207, in *FI*, 2013, I, c. 3059, sulla reiterazione delle supplenze annuali nel settore scolastico. La Corte di giustizia ha risposto con la sentenza 26 novembre 2014, in *FI*, 2014, IV, c. 569. C. cost., 20 luglio 2016, n. 187, in *FI*, 2016, I, c.2993, ha poi concluso il giudizio incidentale con una pronuncia di incostituzionalità.

<sup>20</sup> Corte cost., 21 aprile 1989, n. 232.

via pregiudiziale, anche nelle ipotesi, piuttosto eccezionali, in cui alla sentenza interpretativa della normativa dell'Unione Europea è stato riconosciuto effetto *ex nunc*<sup>21</sup>.

### 3. Punti fermi e punti dubbi del percorso finora compiuto.

Anche se il percorso è ben lungi dall'essere compiuto, qualche risultato può dirsi raggiunto, come si desume dalla citata ordinanza n. 24 della Corte cost.

Un primo punto fermo è costituito dall'ammissione esplicita della Corte cost. che il diritto dell'Unione europea può prevalere anche su singole norme della Costituzione italiana<sup>22</sup>. È questa una giurisprudenza definita come "consolidata" dalla Corte di Giustizia nella sentenza Melloni<sup>23</sup>, ma l'affermazione espressa ed assoluta può considerarsi nuova nella giurisprudenza della Corte cost.<sup>24</sup>. Anche il *Tribunal Constitucional* di Madrid, che ha posto la questione interpretativa risolta dalla detta sentenza europea, ha poi rigettato il ricorso *de amparo* proposto dal Melloni, in cui si invocava la garanzia prevista dall'art. 24 della Costituzione spagnola, non sulla base del primato del diritto europeo, ma dando al citato art. 24 una interpretazione tale da rendere la garanzia in esso prevista inapplicabile nel caso di specie (consegna di una persona ad un ordinamento straniero)<sup>25</sup>.

Un secondo punto fermo è costituito dalla inclusione tra i controlimiti (anche se non così denominati espressamente dalla Corte cost.) del principio di legalità in materia penale, considerato «un principio supremo dell'ordinamento, posto a

<sup>21</sup> Cfr. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, 7 ed., Padova, Cedam, 2012, p. 329.

<sup>22</sup> § 6 della ordinanza n. 24: «l'obiettivo della unità, nell'ambito di un ordinamento che assicura la pace e la giustizia tra le Nazioni, giustifica una rinuncia a spazi di sovranità, persino se definiti da norme costituzionali».

<sup>23</sup> Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 26 febbraio 2013, Melloni, § 59 della motivazione. Questa sentenza ha ritenuto che la normativa sul mandato di arresto europeo prevale sulla garanzia processuale prevista dall'art. 24 della Costituzione spagnola.

<sup>24</sup> Il principio, peraltro, era desumibile implicitamente dalla individuazione dei controlimiti non in tutte le norme costituzionali, ma soltanto, come si è detto, nei principi supremi e nei diritti inalienabili della persona. Per apprezzare la recente posizione della Corte cost. è utile tenere presente che, nella citata sentenza n. 183/1973, la stessa Corte aveva ritenuto che «appare difficile configurare anche in astratto l'ipotesi che un regolamento comunitario possa incidere in materia di rapporti civili, etico-sociali, politici, con disposizioni contrastanti con la Costituzione italiana» (§ 9).

<sup>25</sup> Decisione del *Tribunal Constitucional* del 13 febbraio 2014, su cui v. F. VIGANÒ, *Obblighi di adeguamento al diritto UE e "controlimiti": la Corte costituzionale spagnola si adegua, bon gré mal gré, alla sentenza dei giudici di Lussemburgo sul caso Melloni*, in *DPC*, 9 marzo 2014.

presidio dei diritti inviolabili dell'individuo»<sup>26</sup>. Su questa affermazione nessun dissenso può provenire dal giudice europeo poiché il principio della legalità dei reati e delle pene è espressamente posto dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, «che ha lo stesso valore giuridico dei trattati» (art. 6, paragrafo n. 1, del TUE), nonché dall'art.7 della CEDU, i cui diritti fondamentali «fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali» (art. 6 citato, paragrafo n. 3)<sup>27</sup>.

Può considerarsi punto fermo anche il contenuto del principio di legalità in materia penale, come precisato nella ordinanza n. 24 per la parte che viene in rilievo nella problematica affrontata. Esso «esige che le norme penali siano determinate e non abbiano in nessun caso portata retroattiva». Mentre l'irretroattività della norma sfavorevole costituisce una garanzia tradizionale ed indiscussa della legalità penale, il principio di determinatezza, in passato, non ha formato oggetto di molta attenzione da parte della Corte cost., tanto che l'ordinanza n. 24 è stata indicata come segno della «riscoperta nazionale della determinatezza»<sup>28</sup>.

Su ambedue gli aspetti del principio di legalità non diversa è la posizione espressa dalla Corte di giustizia. Per quanto attiene al requisito della determinatezza, questa Corte ha affermato: il principio posto dal citato art. 49 della Carta «esige che la legge dell'Unione definisca chiaramente le infrazioni e le relative sanzioni» e che gli interessati «debbano poter conoscere senza ambiguità i propri diritti ed obblighi e regolarsi di conseguenza»<sup>29</sup>. È ovviamente affermato anche il divieto di retroattività della legge penale sfavorevole<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> § 2 della ordinanza n. 24, da cui sono tratte anche le parole subito dopo riportate nel testo in ordine al contenuto del principio di legalità in materia penale, che la Corte cost. ha ritenuto rilevante nel caso di specie.

<sup>27</sup> V. anche l'art.51, paragrafo 3, della citata Carta dell'Unione Europea, secondo cui «laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione». Con riferimento specifico al principio di legalità previsto dall'art. 49 della Carta v. anche le *Spiegazioni* ad essa relative, da tenere in «debito conto» secondo la prescrizione dell'art.6, § 1, ultima parte, del TUE.

<sup>28</sup> Così M. BIGNAMI, *Note minime a margine dell'ordinanza Taricco*, in A. BERNARDI e C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, cit., p. 44, il quale indica le sole tre occasioni in cui la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di norme penali per difetto di determinatezza.

<sup>29</sup> Corte di Giustizia (Grande Sezione), 29 marzo 2011, ThyssenKrup Nirosta GmbH, § 80 e 81 (ove sono anche richiamati precedenti).

<sup>30</sup> Corte di giustizia, 8 ottobre 1987, Kolpinghuis Nijmegen, § 13. L'art. 49 della Carta dispone anche la retroattività della legge penale favorevole sopravvenuta, che non è contenuta nell'art. 25 della Costituzione italiana.

Il punto dubbio, che ha determinato la rimessione alla Corte di Giustizia, concerne l'inclusione o meno della prescrizione del reato nel principio di legalità penale. La Corte cost. ha ribadito la risposta positiva al quesito, da essa data in precedenti pronunzie: la prescrizione «incide sulla punibilità della persona»<sup>31</sup> e «la Costituzione italiana conferisce al principio di legalità penale un oggetto più ampio di quello riconosciuto dalle fonti europee, perché non è limitato alla descrizione del fatto di reato e alla pena, ma include ogni profilo sostanziale concernente la punibilità»<sup>32</sup>. Su questo aspetto del principio di legalità – osserva la Corte cost. – non vi sono norme dell'Unione, onde esso non riguarda direttamente le competenze dell'Unione e perciò ogni Stato membro dell'Unione è libero di seguire la sua tradizione nazionale.

Si può prescindere da ogni considerazione su quest'ultima osservazione<sup>33</sup> perché l'assenza di una disciplina europea sulla prescrizione del reato è affermazione oggi superata dalla recente direttiva n. 2017/1371 del 5 luglio 2017, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale (c.d. “direttiva PIF”), entrata in vigore il 17 agosto 2017<sup>34</sup>. L'art. 12 di questa direttiva disciplina i «termini di prescrizione per i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione» e sembra considerare la prescrizione (non causa di estinzione del reato, ma) nel suo contenuto processuale di spazio temporale «che consenta di condurre le indagini, esercitare l'azione penale, svolgere il processo e prendere la decisione giudiziaria» (§ 1 e 2). Oggi, quindi, esiste una disciplina europea della prescrizione (sia pure a livello di direttiva) per i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, nei quali vanno com-

<sup>31</sup> § 4 della ordinanza n. 24.

<sup>32</sup> § 8 della ordinanza n. 24.

<sup>33</sup> In senso critico v. R. SICURELLA, *Oltre la vexata quaestio della natura della prescrizione. L'actio finium regundorum della Consulta nella ordinanza Taricco, tra sovranismo (strisciante) e richiamo (palese) al rispetto dei ruoli*, in A. BERNARDI - C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, cit., p. 422, la quale, pur riconoscendo che la prescrizione penale non era ancora oggetto di alcuna armonizzazione, ritiene che non perciò può affermarsi l'estraneità della disciplina interna di questa materia rispetto all'ordinamento europeo.

<sup>34</sup> La direttiva, pubblicata nella *G.U.* della Unione europea del 28 luglio 2017, è entrata in vigore il ventesimo giorno successivo alla pubblicazione (art. 19). Essa include espressamente le frodi “gravi contro il sistema comune dell'Iva”, come definito dalla stessa direttiva (art. 2, par. 2, e art. 3, par. 2, lettera d). Va, però, osservato che questa direttiva è stata emanata sulla base dell'art. 83, paragrafo 2, TFUE, che concerne la cooperazione giudiziaria in materia penale. Si tratta di base giuridica diversa dall'art. 325 TFUE, il quale ultimo coesiste con le misure di armonizzazione previste dal citato art. 83, secondo il sistema del c.d. “doppio binario” (L. SALAZAR, *Commento all'art. 325*, in A. TIZZANO, *Trattati dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 2417).

prese, in linea di principio, «la frode e le altre attività illegali» che sono oggetto dell'art. 325 TFUE<sup>35</sup>.

Alla direttiva PIF è collegata la normativa del recentissimo Regolamento sulla istituzione della Procura europea (EPPA) come nuovo organo dell'Unione<sup>36</sup>. Questa Procura, infatti, «è competente per i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione di cui alla direttiva» PIF (art. 22 del Regolamento, paragrafo 1)<sup>37</sup>, onde essa, una volta attuata, sarà competente ad agire per tali reati, applicando direttamente le norme europee emanate nel 2017. Sulla interpretazione ed applicazione del diritto europeo è prevista, poi, la competenza della Corte di Giustizia (art. 42, paragrafi 2 e 3).

Non sembra, pertanto, che possa ora negarsi la competenza della Corte di Giustizia ad interpretare la disciplina dell'Unione sulla prescrizione dei detti reati, qualunque sia la tesi che si voglia sostenere per il periodo precedente alla menzionata direttiva PIF.

Va, però, considerato che la disciplina dell'art. 12 della direttiva PIF, se sembra avere un contenuto processuale (e non di diritto sostanziale), è piuttosto generica, perché non impone agli Stati membri di prevedere termini di prescrizione dei reati<sup>38</sup>, non rende necessaria, nel caso in cui termini vi siano, la previsione di cause di loro sospensione o interruzione, soprattutto nulla dice sugli effetti della causa interruttiva (punto – quest'ultimo – che, come si vedrà, è quello essenziale del caso *Taricco*).

La menzionata disciplina europea (sopravvenuta alla ordinanza n. 24) rende, comunque, difficile l'adesione alla opinione espressa dall'Avvocato generale presso la Corte di Giustizia nelle citate conclusioni del 18 luglio 2017, sulla necessità che, in via interpretativa e cioè attraverso una «nozione autonoma del diritto dell'Unione» concernente l'interruzione della prescrizione, si pervenga ad un re-

<sup>35</sup> Va osservato che il Regolamento (CE, Euratom) n. 2988/95 del 18 dicembre 1995, relativo alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità, realizzata mediante “misure e sanzioni amministrative riguardanti irregolarità relative al diritto comunitario”, prevede, in ordine alle azioni giudiziarie per l'irrogazione delle sanzioni amministrative una diretta ed analitica disciplina dei termini di prescrizione, che pertanto non viene rimessa ai singoli Stati.

<sup>36</sup> Regolamento n. 2017/1939 del 22 ottobre 2017, pubblicato nella *G.U.* della Unione europea del 31 ottobre 2017, entrato in vigore il successivo 20 novembre. Per una illustrazione di questo Regolamento v. L. SALAZAR, *Habemus EPPA*, *cit.*, p. 19.

<sup>37</sup> I successivi paragrafi dell'art. 22 prevedono anche una competenza accessoria (per connessione) a quella principale disposta dal paragrafo 1.

<sup>38</sup> Ciò risulta dal *considerando* n. 22, secondo cui la norma della direttiva sulla prescrizione «non dovrebbe creare alcun pregiudizio agli Stati membri che non prevedono termini di prescrizione per le indagini, l'azione penale e l'esecuzione».



gime uniforme in tutta l'Unione<sup>39</sup>. L'uniformità dovrebbe impedire che, nella disciplina degli Stati membri, venga fissato un termine fisso (*délai préfix*), così da evitare che il termine prescrizione si trasformi di fatto in un termine di decadenza<sup>40</sup>. Siffatto effetto dell'interruzione della prescrizione non vi è nell'art.12 della direttiva PIF, pure se esso – va ribadito – sembra collocare la prescrizione nell'ambito del diritto processuale, anziché del diritto sostanziale.

#### 4. Diversità tipologica delle disposizioni contenute nei paragrafi 1 e 2 dell'art. 325 TFUE.

La sentenza della Corte di Giustizia *Taricco* considera globalmente i primi due paragrafi dell'art. 325 TFUE<sup>41</sup>, riferendosi, nel dispositivo n. 1, inizialmente agli «obblighi imposti agli Stati membri» da ambedue i paragrafi, e successivamente, ricordando che «il giudice nazionale è tenuto a dare piena efficacia all'art. 325, paragrafi 1 e 2». La stessa unificazione dei due paragrafi è compiuta dalla Corte cost. nella ordinanza n. 24, il cui dispositivo sottopone al giudice europeo «questioni di interpretazione dell'art. 325, paragrafi 1 e 2». Correlativamente anche le conclusioni dell'Avvocato generale presso la Corte europea, nella prima delle cinque risposte finali, esprimono l'avviso che «l'art. 325, paragrafi 1 e 2, TFUE deve essere interpretato nel senso che esso...»<sup>42</sup>.

Nei precedenti interventi sulla sentenza *Taricco*<sup>43</sup> ho espresso l'opinione, di cui sono ancora convinto, che vi sia una profonda differenza tipologica tra le disposizioni dei due menzionati paragrafi dell'art. 325 e che tale differenza renda diversamente operante il principio di legalità sotto l'aspetto della garanzia della determinatezza della norma penale (che è uno dei due aspetti del principio di legalità che, come si è visto, è stato considerato nella ordinanza n. 24 della Corte cost.)<sup>44</sup>.

<sup>39</sup> § 101-103 delle conclusioni dell'Avvocato generale Yves Bot.

<sup>40</sup> § 79 delle citate conclusioni.

<sup>41</sup> Per un commento sull'intero art. 325 v. L. SALAZAR, in A. TIZZANO, *Trattato dell'Unione europea*, cit.

<sup>42</sup> § 188, n. 1, delle conclusioni.

<sup>43</sup> *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale. Riflessioni sulla sentenza Taricco*, in *DPC*, 26 febbraio 2016 e in *Il filo delle tutele nel dedalo d'Europa* a cura di E. FALLETTI - V. PICONE, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, p. 33; *Introduzione* al convegno tenuto a Roma il 4 ottobre 2016 sul tema *Aspettando la Corte costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo*, in *AIC*, 2016, n. 4.

<sup>44</sup> Il secondo aspetto, relativo alla irretroattività della norma penale, sarà considerato *infra*, nel § 6.

La disposizione del paragrafo 1 è talmente generica da porre un mero obiettivo di risultato, come bene ha osservato la Corte cost.<sup>45</sup>. Il dovere degli Stati<sup>46</sup> di adottare “misure” che «siano dissuasive e tali da permettere una protezione efficace» contro «la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione» è una previsione legale che indica non un precetto penale determinato, ma uno scopo che richiede, come afferma la Corte cost., «una normativa che predefinisca analiticamente casi e condizioni» delle condotte illegali lesive degli interessi finanziari dell'Unione. Questa lettura della disposizione del Trattato trova conferma proprio nella sentenza *Taricco*, la quale ha dovuto introdurre in essa alcune condizioni limitative della sua applicabilità, e cioè che si sia in presenza di “un numero considerevole di casi di frode grave”. Ma la sussistenza di questi presupposti, e soprattutto del “numero considerevole di casi” in cui le sanzioni non siano dissuasive e non permettano una protezione efficace, richiede un accertamento, in linea di massima, non compatibile con il giudizio su uno o più fatti. Il paragrafo 1, in altri termini, sia nella sua previsione letterale, sia nella interpretazione integratrice che ne ha dato la Corte di Giustizia, necessita dell'*interpositio legislatoris*, onde esso obbliga lo Stato italiano, ma non può obbligare il giudice per la sua inidoneità a porre un precetto penale determinato.

Qui non si è in presenza soltanto di un limite inerente alla incidenza del diritto europeo sulle norme penali nazionali. La stessa inidoneità dell'art. 325, paragrafo 1, a porre un dovere di disapplicazione della norma interna con esso contrastante dovrebbe affermarsi se alla norma da disapplicare si attribuisse natura processuale. Il principio di legalità concerne anche la normativa processuale<sup>47</sup> perché il giudice è vincolato al rispetto della legge anche nella disciplina delle attività processuali. E l'ordinamento non consente che gli sia affidata la decisione di applicare o meno una determinata norma processuale in dipendenza di un fatto estraneo al processo e di incerta determinazione, come l'osservanza o meno della stessa norma “in un numero considerevole di casi”.

<sup>45</sup> § 5, parte finale, della ordinanza n. 24. L'espressione, peraltro, era già stata usata dalla Corte di Giustizia, secondo cui le disposizioni dell'art. 325 «pongono a carico degli Stati membri un obbligo di risultato preciso» (§ 51). La Corte cost. ha osservato correttamente che l'obiettivo di risultato non può essere imposto al giudice penale.

<sup>46</sup> La disposizione pone lo stesso dovere pure per l'Unione, al quale il successivo paragrafo 4 dell'art. 325 attribuisce anche il compito di adottare misure di prevenzione e di lotta per pervenire ad una protezione sia nell'ambito dell'Unione stessa che “in tutti gli Stati membri”.

<sup>47</sup> In tal senso, nel nostro ordinamento, è l'art. III, primo comma, Cost., secondo cui «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge».

Di tipo ben diverso è la disposizione contenuta nel paragrafo 2 dell'art. 325. Qui l'enunciato normativo, che si indirizza ai soli Stati membri, è molto preciso: le misure adottate contro le frodi lesive degli interessi finanziari europei devono essere identiche a quelle esistenti nell'ordinamento nazionale per combattere le frodi contro gli interessi finanziari interni (c.d. "principio di assimilazione"). Si impone, pertanto, una comparazione tra due discipline previste a livello nazionale, quando esse sono diverse: quella applicabile alle frodi contro gli interessi finanziari dello Stato e quella contro gli analoghi fatti che ledono (anche) gli interessi finanziari dell'Unione. Se le misure previste nel secondo caso sono meno efficaci di quelle applicabili nel primo caso, il principio di assimilazione ne impone la disapplicazione in modo da rendere uniforme le une alle altre. Poiché il termine di comparazione è costituito da una precisa disciplina già esistente a livello nazionale (quella per combattere le frodi interne) e poiché l'applicazione del principio di assimilazione può comportare soltanto l'estensione di detta disciplina anche alle frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, non può mai ipotizzarsi la violazione della garanzia di determinatezza della norma penale (fatta salva l'eventualità che indeterminata sia già la norma interna presa a comparazione). Conseguenza che l'applicazione del paragrafo 2 dell'art. 325 non può mai determinare una violazione del principio di determinatezza delle norme penali, che è uno dei due controlimiti opposti dalla Corte cost. alla sentenza europea.

La conferma, anche qui, si può trarre dalla sentenza *Taricco*. Come si desume dal suo § 42, il caso di specie preso in esame era quello della «costituzione di un'associazione per delinquere allo scopo di commettere delitti in materia di Iva nonché una frode nella medesima materia per vari milioni di euro». Per questo reato la disciplina della prescrizione (art. 160, ultimo comma, e art. 161, comma secondo, c.p.) prevede un limite assoluto ed insuperabile anche in presenza di una pluralità di atti interruttivi, e cioè un termine decadenziale (*délai préfix*) secondo l'espressione dell'Avvocato generale presso la Corte di Giustizia. Ma nelle stesse disposizioni è prevista per altri determinati reati anche una regola diversa, consistente nell'assenza di tale termine finale di prescrizione qualora siano compiuti atti interruttivi della stessa, e tra i reati ai quali si applica questa seconda regola è compresa l'associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri (art. 291-*quater* del d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43, incluso nell'elenco previsto dall'art. 51, comma 3-*bis*, c.p.p.). Quindi per la tutela degli interessi finanziari statali è prevista una disciplina legale degli effetti dell'interruzione della prescrizione diversa e più efficace della disciplina applicabile alla lesione degli interessi finanziari dell'Unione prodotta da fatti analoghi (associazione per delinquere per commettere delitti in materia

di IVA). Il principio di assimilazione posto dall'art. 325, paragrafo 2, del TFUE impone di applicare anche a questi ultimi reati l'assenza di un termine fisso ed assoluto di prescrizione già previsto per l'associazione finalizzata al contrabbando.

L'effetto del primato del diritto europeo consiste, allora, nel semplice passaggio di determinati reati lesivi degli interessi dell'Unione dall'una all'altra delle due discipline previste dalla legge nazionale in tema di effetti interruttivi della prescrizione. Non si vede come l'applicazione ai detti reati della disciplina prevista per la lesione degli analoghi interessi interni possa violare il principio di determinatezza della norma penale, non essendosi prospettato tale tipo di violazione per la disciplina già esistente e relativa ai reati che ledono i soli interessi finanziari nazionali. Né può ipotizzarsi che questa limitata modifica di disciplina (derivante dalla disapplicazione della norma interna contrastante con la norma europea) possa coinvolgere la nostra identità nazionale tutelata dall'art. 4 del TUE, per l'evidente ragione che si tratta di applicare ai reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione una disciplina che già sussiste nell'ordinamento interno. Si tratta di effetto della *primauté* del diritto europeo incommensurabilmente minore della sua prevalenza su una singola norma costituzionale, riconosciuta legittima dalla stessa ordinanza n. 24 della Corte cost.<sup>48</sup>.

Va, piuttosto, sottolineato che oggetto del primato affermato dalla sentenza europea *Taricco* non è una disposizione di diritto derivato (come quella sul mandato di arresto europeo, ritenuta dalla sentenza Melloni prevalente su una disposizione della Costituzione spagnola), ma è una disposizione del Trattato sul funzionamento dell'Unione, di rango primario e quindi con rilevanza maggiore dell'altra<sup>49</sup>. Essa viene anche richiamata nel primo articolo del titolo del TFUE dedicato alle disposizioni finanziarie (art. 310, paragrafo 6)<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> V. *retro*, § 3.

<sup>49</sup> Sulla sentenza europea Melloni v. *retro*, § 3. Nell'ordinanza n. 24 la Corte cost. distingue la sentenza Melloni da quella *Taricco* per l'esistenza, nell'ambito della materia del mandato di arresto europeo, di una disciplina uniforme interpretata dalla Corte europea, che invece si afferma inesistente per la prescrizione dei reati. La distinzione è stata criticata (tra gli altri, A. BERNARDI, *Note critiche sull'ordinanza Taricco della Corte costituzionale*, in A. BERNARDI - C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, cit., p. 29). V. anche dello stesso Autore, *L'ordinanza Taricco della Corte costituzionale alla prova della pareidolia*, in *RIDPP*, 2017, p. 48 (scritto un poco più ampio e con maggiori riferimenti del precedente). Sicura è invece la distinzione tra le due sentenze europee indicate nel testo.

<sup>50</sup> Secondo la disposizione citata nel testo, «l'Unione e gli Stati membri, conformemente all'art.325, combattono la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione».

La diversità tra i due paragrafi dell'art. 325 è, pertanto, così radicale che la garanzia della determinatezza della norma penale può essere opposta alla applicazione del paragrafo 1, ma non anche del paragrafo 2<sup>51</sup>.

## 5. Incidenza della direttiva PIF (n. 2017/1371).

Si è già fatta menzione<sup>52</sup> della direttiva (UE) del 5 luglio 2017 “relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell’Unione mediante il diritto penale”, successiva alla sentenza *Taricco*. Essa, benché emanata (come si è detto) sulla base della diversa disposizione dell'art.83, paragrafo 2, TFUE, sembra idonea a conferire determinatezza anche al disposto del paragrafo 1 dell'art. 325 TFUE.

L'art. 2, paragrafo 2, di questa direttiva prevede che «in materia di entrate derivanti dalle risorse provenienti dall’IVA», essa «si applica unicamente ai casi di reati gravi contro il sistema comune dell’IVA». Tali reati – si aggiunge – «sono considerati gravi qualora le azioni od omissioni di carattere intenzionale secondo la definizione di cui all'art. 3, paragrafo 2, lettera d), siano connesse al territorio di due o più stati membri dell’Unione e comportino un danno complessivo pari ad almeno 10.000.000 EUR»<sup>53</sup>. La direttiva, pertanto, sia applica soltanto alle frodi IVA transfrontaliere che siano gravi, in relazione alla rilevante entità del danno complessivo prodotto.

<sup>51</sup> L'irrilevanza del principio di determinazione rispetto alla precisa disposizione del paragrafo 2 dell'art. 325 TFUE è condivisa da F. VIGANÒ, *Le parole e i silenzi. Osservazioni sull'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in A. BERNARDI - C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, cit., p. 483.

<sup>52</sup> V. *retro*, § 3, in cui la direttiva è stata considerata per la disposizione sui termini di prescrizione dei reati che ledono gli interessi finanziari dell’Unione. Si è anche segnalato il collegamento con questa direttiva del regolamento dell’Unione n. 2017/1939 del 12 ottobre 2017, istitutivo della Procura europea.

<sup>53</sup> L'art. 3, paragrafo 2, della direttiva, nella parte richiamata dall'art. 2, paragrafo 2 (riportato nel testo), prevede: «ai fini della presente direttiva si considerano frode che lede gli interessi finanziari dell’Unione: [...] d) in materia di entrate derivanti dalle risorse proprie provenienti dall’IVA, l’azione od omissione commessa in sistemi fraudolenti transfrontalieri in relazione: i) all’utilizzo o alla presentazione di dichiarazioni o documenti falsi, inesatti o incompleti relativi all’IVA, cui consegue la diminuzione di risorse del bilancio dell’Unione; ii) alla mancata comunicazione di un’informazione relativa all’IVA in violazione di un obbligo specifico, cui consegue lo stesso effetto; ovvero iii) alla presentazione di dichiarazioni esatte relative all’IVA per dissimulare in maniera fraudolenta il mancato pagamento o la costituzione illecita di diritti a rimborsi dell’IVA».

A questa disposizione si richiama anche l'art.22, paragrafo n. 1, del Regolamento sulla Procura europea n. 2017/1939.

Questa disposizione fornisce una definizione di “reati gravi” transfrontalieri in materia di IVA che ledono gli interessi finanziari dell’Unione, escludendo da essi ogni altra violazione della disciplina dell’imposta. Tale definizione vale a dare un contenuto determinato all’art. 325, paragrafo 1, nel senso che ne precisa l’ambito di applicazione. Contro i reati relativi all’IVA che consistano in una o più delle condotte previste dall’art. 3, paragrafo 2, siano “connesse al territorio” di almeno due Stati dell’Unione, ed abbiano causato un danno non inferiore alla cifra indicata, le misure adottate dallo Stato devono essere dissuasive e realizzare una protezione efficace. Il che – per tornare al caso *Taricco* – certo non avviene quando il principio di assimilazione previsto dal paragrafo 2 dello stesso art. 325 non venga rispettato.

L’assenza, all’epoca, di una normativa specifica come quella dettata dalla direttiva n. 2017/1371 è idonea a spiegare la genericità della sentenza della Corte europea che non ha potuto precisare la nozione di “frode grave” ed ha dovuto aggiungere a questo requisito l’altro del “numero considerevole di casi”. La Corte europea, infatti, ha dovuto fare applicazione della convenzione del 26 luglio 1995 relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, non essendo stata ancora approvata la citata direttiva. Questa convenzione era meno precisa sul concetto di frode grave, perché non menzionava espressamente il requisito della “connessione al territorio” di due o più Stati dell’Unione e rimetteva a ciascuno Stato membro di definire l’importo del danno causato dalla frode, anche se poneva un limite non superiore a 50.000 ECU (art. 2, paragrafo 1). Da qui, probabilmente, è conseguita la necessità per il giudice europeo di aggiungere, per l’applicazione del paragrafo 1 dell’art.325, al requisito della frode grave, in alcun modo precisato, quello del “numero considerevole dei casi” di non applicazione delle sanzioni, requisito – quest’ultimo – completamente estraneo ai fatti da giudicare nell’irrogazione delle sanzioni penali.

La normativa europea del 2017 successiva alla emanazione della sentenza *Taricco* – direttiva PIF e Regolamento istitutivo dell’EPPO – rende avvicinabili i due paragrafi iniziali dell’art. 325, pure nella rilevata diversità tipologica delle disposizioni ivi contenute, perché essa consente di conferire determinatezza al disposto generico del paragrafo 1, specificando le condotte alle quali esso si applica, ed imponendo allo Stato, contro i correlati reati, misure che, in attesa del recepimento della direttiva PIF<sup>54</sup>, sono tenute ad osservare il principio di assimilazione posto dal paragrafo 2 dello stesso art. 325.

<sup>54</sup> Il recepimento della direttiva PIF deve avvenire con disposizioni applicabili a decorrere dal 6 luglio 2019 (art.17).

## 6. La garanzia della irretroattività delle norme penali.

Pieno consenso merita l'ordinanza n. 24 della Corte cost. quando, come si è visto (v. *retro*, § 3) oppone alla sentenza *Taricco* un secondo profilo del principio di legalità, costituito dalla irretroattività delle norme penali sfavorevoli. Il contrasto con la sentenza europea non concerne l'esistenza di tale principio e del diritto fondamentale dell'interessato che da esso deriva. La Corte di Lussemburgo, dopo avere affermato che la disapplicazione delle norme interne per contrasto con l'art. 325 TFUE non può comportare il mancato rispetto dei diritti fondamentali (§ 53), si pone il problema della osservanza del principio di legalità posto dall'art.49 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, ma ne esclude la violazione, anche sulla base del richiamo della giurisprudenza della Corte di Strasburgo nell'interpretazione della corrispondente norma contenuta nell'art. 7 CEDU.

Il contrasto concerne, in realtà, l'ambito del principio di legalità, essendo il riflesso della già evidenziata diversità di opinione tra la Corte costituzionale e ambedue le Corti europee sulla natura della prescrizione del reato come istituto di diritto sostanziale, e quindi sulla sua inclusione o meno in detto principio. È certo, infatti, che, secondo la Corte di Strasburgo<sup>55</sup>, il principio di legalità penale non si estende alle norme processuali (penali), anche se si potrebbe osservare che pure esse devono essere osservate perché si pervenga alla "punizione" dell'autore del reato (per usare il termine "punito" che si legge nell'art. 25, comma secondo, Cost.). Per le norme processuali, pertanto, non opera il divieto di retroattività, ma si applica il principio del *tempus regit actum*<sup>56</sup>.

L'irretroattività della legge penale sostanziale è – come afferma la Corte cost. – un principio irrinunciabile del diritto penale costituzionale. La Corte di Strasburgo lo ha esteso dal disposto della legge alla sua interpretazione giurisprudenziale, nel senso che i mutamenti della giurisprudenza *in malam partem*, per la loro naturale retroattività, comportano l'imprevedibilità della norma applicata,

<sup>55</sup> V., per una rapida informazione, V. ZAGREBELSKY - R. CHENAL - L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, il Mulino, 2016, p. 240.

<sup>56</sup> La tesi opposta è sostenuta da S. MARCOLINI - E. MILITELLO - F. RUGGIERI, *Il caso Taricco e l'affermazione del principio di legalità processuale*, in A. BERNARDI - C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, cit., p. 223, secondo i quali il principio di legalità processuale trova fondamento non soltanto nell'art. III, primo comma, ma anche nell'art. 25, secondo comma, Cost., onde la garanzia di irretroattività della legge penale va riferita anche alla legge processuale (con alcune precisate deroghe). Ma non è questa l'opinione né delle Corti europee, né della Corte costituzionale.

finendo con l'averlo, in pratica, lo stesso effetto di una modifica legislativa<sup>57</sup>. Secondo l'orientamento della Corte dei diritti dell'uomo, la garanzia della irretroattività della norma penale tende ad assicurare la conoscibilità concreta ed effettiva dei reati e delle pene, della *law in action* e non solo di quella *in the books*<sup>58</sup>.

Rispetto alla importanza del principio di irretroattività della norma penale ed alla sua applicazione estensiva riferita alla conoscibilità anche della interpretazione giurisprudenziale, la pronuncia della Corte di Lussemburgo appare superficiale nel non porsi il problema della sua applicazione anche ai fatti commessi anteriormente, quando non era ragionevolmente prevedibile che, per effetto della sentenza *Taricco*, il giudice penale sarebbe stato tenuto a non applicare alcune disposizioni nazionali del codice penale (quelle sugli effetti della interruzione della prescrizione). Sul punto la sola affermazione che si desume implicitamente dalla sentenza *Taricco* è la sua irrilevanza rispetto ai reati che si siano già prescritti<sup>59</sup>.

Si tratta dell'unica eccezione che la sentenza fa rispetto alla affermazione generale espressa in precedenza<sup>60</sup>, secondo la quale la disapplicazione della normativa nazionale contrastante con le disposizioni dell'art. 325 TFUE è operativa «*ipso iure* [...] per il fatto stesso della loro entrata in vigore», a prescindere quindi dalla emanazione della sentenza *Taricco*. Ma tale radicale posizione ignora tutta la richiamata elaborazione della Corte di Strasburgo sulla prevedibilità della applicazione del diritto e sulla necessità che soluzioni ermeneutiche inaspettate non siano, nei fatti, retroattive.

La considerazione della natura processuale della prescrizione, o almeno della sua interruzione (che dipende sempre, nel nostro ordinamento, da atti processuali)<sup>61</sup>, avrebbe imposto alla Corte di Giustizia l'applicazione del princi-

<sup>57</sup> È nota la sentenza della Corte di Strasburgo, 14 aprile 2015, Contrada c. Italia, che ha ritenuto contrastante con l'art. 7 CEDU una condanna per concorso esterno in associazione mafiosa per fatti svoltisi prima dell'assettamento giurisprudenziale sulla ammissibilità della figura criminosa e sulla relativa configurazione. V. anche, in generale, Grande Camera, 21 ottobre 2013, Del Rio Prada c. Spagna.

<sup>58</sup> Sulla legalità penale sostanziale, intesa dalla Corte di Strasburgo come "prevedibilità" del diritto e della pena, v., di recente, F. MAZZACUVA, *Nulla poena sine lege*, in G. UBERTIS - F. VIGANÒ, *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 237.

<sup>59</sup> § 57 della motivazione, ove la Corte di Lussemburgo richiama la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale ritiene conforme all'art. 7 CEDU «un allungamento dei termini di prescrizione quando i fatti addebitati non si siano ancora prescritti».

<sup>60</sup> § 52 della motivazione.

<sup>61</sup> Si intende qui fare riferimento alla concezione c.d. "mista" o "doppia" della prescrizione che, ferma la natura sostanziale del termine di prescrizione, attribuisce invece natura processuale alla sua interruzione costituente l'effetto soltanto di atti processuali. V., per tale



pio del *tempus regit actum*, con la conseguente limitazione della disapplicazione della norma nazionale relativa agli effetti della interruzione ai soli atti interruttivi compiuti dopo la sentenza *Taricco* o, al più, alle prescrizioni ancora in corso alla data di questa sentenza.

Sarebbe stato anche sufficiente che la Corte di Giustizia non si fosse espressa sul profilo temporale della sua pronuncia, e cioè sulla estensione della disapplicazione ai processi in corso. In siffatta eventualità il giudice nazionale sarebbe stato libero di limitare la disapplicazione (nella sola ipotesi di contrasto con il paragrafo 2 dell'art. 325, secondo la tesi da me sostenuta) ai fatti commessi successivamente alla sentenza *Taricco*, nella ritenuta natura sostanziale della intera disciplina della prescrizione, ovvero, se si fosse considerata processuale la normativa sugli effetti della interruzione, libero di applicare la regola del *tempus regit actum*. Alternativa – quest'ultima – di interpretazione della legge, che rientra nella competenza del giudice comune, prima ancora che della stessa Corte costituzionale. I riflessi della sentenza *Taricco* sull'ordinamento penale nazionale si sarebbero, pertanto, definiti a livello interpretativo interno, sul quale peraltro si sarebbe dovuto poi prendere atto degli effetti delle sopravvenute normative europee (direttiva PIF e suo futuro recepimento, Regolamento EPPO).

Non può, comunque, ignorarsi, a proposito delle indicazioni per il giudice italiano contenute nella sentenza *Taricco*, che la menzionata posizione radicale (da essa espressa nel § 52) è accompagnata anche da espressioni che, almeno nella loro literalità, rimettono al giudice interno la decisione finale sulla disapplicazione delle norme interne e, prima ancora, l'accertamento definitivo sulla esistenza dei suoi presupposti.

Ciò risulta, innanzitutto, dal dispositivo della sentenza ove si afferma espressamente che “spetta al giudice nazionale verificare” le circostanze (precisate dal giudice europeo) in presenza delle quali devono ritenersi violate le disposizioni dell'art. 325 TFUE e che, conseguentemente, il dovere della disapplicazione delle norme nazionali insorga solo “all'occorrenza”. Nella motivazione (§ 53), come si è già rilevato, si afferma che, qualora dovesse pervenirsi alla detta disapplicazione, il giudice nazionale «dovrà allo stesso tempo assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati», evitando di «infliggere sanzioni alle quali, con

prospettiva, F. ROSSI, *L'incidenza del diritto europeo sulla parte generale del diritto penale alla luce della saga Taricco*, in A. BERNARDI - C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, cit., p. 384. Anche secondo M. CAIANIELLO, *L'ordinanza di rinvio della Corte costituzionale nel caso Taricco: dialogo tra sistemi o conflitto identitario*, *ivi*, p. 68, «ipotizzare che la tutela tipica del diritto sostantivo si limiti alla individuazione e al decorso del periodo di tempo originario, e che quello supplementare, cagionato dalla interruzione, vada ricondotto al diritto processuale è proposta meritevole di considerazione (e forse anche di accoglimento)».

ogni probabilità, sarebbero sfuggiti in caso di applicazione delle [...] disposizioni nazionali» da non applicare.

La piena valorizzazione di queste espressioni avrebbe consentito ai giudici nazionali di riconoscere effetto alla sentenza *Taricco*, sia pure limitato nell'ambito (solo il paragrafo 2 dell'art. 325) e nel tempo (escludendone l'applicazione retroattiva).

## 7. Opportunità della nuova rimessione alla Corte di Giustizia.

Pur potendosi gli effetti della sentenza *Taricco* definire a livello soltanto nazionale, va ritenuta opportuna la decisione della Corte cost. di chiedere una nuova pronuncia della Corte di Giustizia, e quindi un riesame delle questioni già affrontate<sup>62</sup>.

Meritano di essere approfonditi gli aspetti particolari che presenta la *primauté* del diritto europeo nella materia penale. Questa caratteristica essenziale del nuovo ordinamento è stata individuata ed affermata in relazione a materie estranee al diritto penale, in un periodo in cui le istituzioni europee non avevano una diretta competenza penale. La materia penale è contraddistinta da garanzie costituzionali che concorrono a formare "l'identità nazionale" degli Stati membri, «insita nella loro struttura [...] costituzionale», che l'Unione europea è tenuta a rispettare (art. 4, paragrafo 2, TUE). L'esistenza delle garanzie costituzionali nazionali nella materia penale conferisce necessariamente al primato del diritto europeo un contenuto particolare, che attende però di essere precisato. Il problema non si è posto fino a quando gli effetti del primato, essendo andati a beneficio dell'imputato, non hanno inciso sulle dette garanzie. Nel momento in cui tale incidenza in senso negativo si è determinata in conseguenza di alcune sentenze della Corte di Giustizia<sup>63</sup>, il problema è insorto ed esso merita di essere approfondito, anche perché le competenze penali attribuite all'Unione dal Trattato di Lisbona sono destinate a renderlo molto frequente.

<sup>62</sup> L'ordinanza n. 24 della Corte cost. è qualificata «decisione saggia e prudente» da G. DE AMICIS, *Il caso Taricco e le Corti nel prisma dei controlimiti: dialogo o supremazia?* in A. BERNARDI - C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, cit., p. 133. Un nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia era stato auspicato da E. CANNIZZARO, *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali*, in A. BERNARDI, *I controlimiti*, cit., p. 60 e da L. DANIELE, *La sentenza "Taricco" di fronte alla Corte costituzionale: come deciderà la Consulta?*, in *AIC*, 2016, n. 4.

<sup>63</sup> Ci si riferisce, oltre che alla sentenza *Taricco*, alla già citata sentenza *Melloni* (v. *retro*, § 3).

La vicenda *Taricco* è una ottima occasione per tale approfondimento perché pone in evidenza le diversità che esistono tra gli Stati membri nella previsione e nella disciplina della prescrizione del reato. Queste diversità non saranno più ammissibili almeno negli Stati che hanno aderito alla cooperazione rafforzata sulla istituzione della Procura europea (EPPO), che indagherà ed eserciterà l'azione penale per i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione e per quelli ad essi connessi, se commessi nel territorio di uno o più dei detti Stati (artt. 22 e 23 del citato Regolamento n. 2017/1939). Anche se è previsto che l'azione è esercitata dinanzi agli organi giurisdizionali nazionali (art. 36), la sua titolarità in capo all'EPPO (anche se non necessaria: art. 25) non è compatibile con una disciplina non uniforme in tema di prescrizione del reato. Ed infatti già l'art. 39 prevede, come uno dei motivi di archiviazione del caso, la «scadenza del termine legale nazionale per l'esercizio dell'azione penale» (lett. e), e cioè la prescrizione come applicazione del diritto all'oblio (ma non quella prevista a tutela della ragionevole durata del processo).

Indubbiamente la conciliazione tra le garanzie costituzionali nazionali previste in materia penale ed il primato del diritto europeo costituisce un compito di notevole difficoltà. Ciò rende utile, se non necessario, lo strumento del dialogo tra i giudici europei ed i giudici nazionali. E l'ordinanza n. 24/2017 della Corte cost. costituisce indubbiamente uno strumento di dialogo, anche se, da più parti, se ne è ravvisato un contenuto da *ultimatum*<sup>64</sup>.

È, d'altro canto, opportuno che questo dialogo avvenga, per quanto riguarda i giudici nazionali, con la Corte costituzionale, e non con i singoli organi giudiziari ai quali è attribuita, nel sistema ordinamentale dell'Unione Europea, ogni decisione sulla disapplicazione delle norme interne per contrasto con il diritto dell'Unione. Si tratta, come è chiaro, di individuare le garanzie costituzionali che, in materia penale, possono contribuire a definire l'identità nazionale; questo compito non può non coinvolgere la Corte preposta alla tutela della nostra Costituzione<sup>65</sup>. D'altro canto, le vicende giudiziarie successive alla sentenza *Taricco* hanno dimostrato che il problema non può essere affidato alla giurisdizione penale, in cui neanche la Corte di cassazione è riuscita a dare ad esso una risposta uniforme, dimostrando che la sua composizione troppo ampia ed il suo *modus procedendi* (effetti tutti del patologico numero di ricorsi per cassazione) sono ini-

<sup>64</sup> Così, tra i tanti, R. KOSTORIS, *La Corte costituzionale e il caso Taricco, tra tutela dei controlimiti e scontro tra paradigmi*, in A. BERNARDI - C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, cit., p. 181; A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronunzia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti*, *ivi*, p. 393.

<sup>65</sup> La stessa posizione è espressa da F. PALAZZO, *La Consulta risponde alla "Taricco": punti fermi, anzi fermissimi, e dialogo aperto*, in *DPP*, 2017, p. 287.

donei all'esercizio della funzione di nomofilachia ad essa attribuita dall'ordinamento. Onde opportunamente il compito di dialogare con la Corte di Giustizia è stato assunto dalla Corte costituzionale. Vedremo i risultati di questo non facile, ma essenziale dialogo.

Il dialogo è essenziale perché il risultato al quale mira va giudicato in modo positivo. Non ostante lo scetticismo che si nota in una sensibile parte della cultura penalistica italiana, ritengo di condividere la posizione di chi afferma che «i diritti fondamentali devono essere difesi oggi in Europa e con l'Europa; non contro l'Europa»<sup>66</sup>. Questa posizione trova il proprio indiscutibile fondamento nella valutazione del passato, in cui – come si è condivisibilmente riconosciuto – «grazie al dialogo in parola il patrimonio dei diritti di cui individui e gruppi sociali beneficiano si è vistosamente arricchito»<sup>67</sup>.

<sup>66</sup> F. VIGANÒ, *Le parole e i silenzi*, cit., p. 475.

<sup>67</sup> A. RUGGERI, *Incontri e scontri tra Corte di giustizia e giudici nazionali: quali insegnamenti per il futuro?*, in *www.federalismi.it*, n. 21/ 2017, 8 novembre 2017, p. 26.

---

Sezione II  
*Cooperazione giudiziaria e garanzie difensive.  
Le prospettive dischiuse dall'istituzione  
dell'Ufficio della Procura europea*



# CONTROLLO GIURISDIZIONALE DELL'ATTIVITÀ DELLA PUBBLICA ACCUSA E PROTEZIONE DEI DIRITTI DELLA DIFESA NELLE INVESTIGAZIONI TRANSNAZIONALI IN MATERIA DI CRIMINALITÀ ECONOMICA

*Vania Patanè*

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Verso l'istituzione di una Procura europea - 3. (segue) Controllo giurisdizionale dell'attività della pubblica accusa. - 4. Poteri di controllo del giudice nazionale in materia di mandato di arresto europeo e ordine europeo di indagine. - 5. Conclusioni.

## **1. Premessa.**

In materia penale lo Stato moderno ha da sempre espresso, in modo assai più marcato che in altri settori, le sue prerogative di sovranità, mostrando una tendenziale chiusura verso interferenze esterne; l'irrompere dell'Europa, tuttavia, cambia radicalmente questa prospettiva, aprendo nuovi scenari.

Lo spazio penale europeo è stato generato su un mosaico di differenti sistemi legali in costante interazione, dietro la sollecitazione di due forze agenti in direzioni opposte: l'una, quella della limitazione, l'altra, quella dell'espansione. Le possibilità di scelta, per gli Stati, in ambito penale, si auto-limitano, si espandono e si arricchiscono reciprocamente – in una linea di confluenza posta tra politiche di integrazione e principi di preservazione delle identità nazionali – talvolta orientate all'armonizzazione delle legislazioni o ad un'implementazione del principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie, ovvero tese a un miglioramento del funzionamento della cooperazione.

Già con Maastricht, nel 1993, ci si era discostati dal concetto di cooperazione giudiziaria classica, identificando tale materia come di "interesse comune", per

compensare la progressiva, graduale erosione subita dalla sovranità degli Stati membri in materia penale. Successivamente, il Trattato di Amsterdam (firmato il 2 ottobre 1997 ed entrato in vigore il 1° maggio 1999), con la creazione di uno spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia, consacra la rottura del tradizionale paradigma di cooperazione, conferendo alla giustizia penale una dimensione europea; infine, il Trattato di Lisbona (firmato il 13 dicembre 2007, ed entrato in vigore il 1° dicembre 2009) introduce, a sua volta, innovazioni significative nel modello in vigore. Esso tiene conto, ovviamente, di tutti i fattori appena menzionati, individuando le linee portanti di una politica penale europea che risulta basata sul principio di sussidiarietà e sull'idea che i grandi vettori della costruzione dello spazio penale europeo – anche attraverso la creazione di attori giudiziari europei e l'affermazione di un'Unione Europea come soggetto “proprio” delle relazioni internazionali – non possono che procedere congiuntamente, non solo per ragioni pratiche, ma, soprattutto, per il bisogno di riferirsi a valori e priorità comuni

L'azione dell'Unione Europea in materia penale risulta adesso agevolata dall'abolizione dei settori distinti per le varie politiche – i cosiddetti pilastri – che ne avevano caratterizzato la struttura istituzionale, dal conseguente assoggettamento di tutta l'area dello spazio di libertà sicurezza e giustizia al principio della preminenza del diritto europeo sul diritto nazionale degli Stati membri e dall'efficacia diretta degli atti giuridici dell'Unione; con in più l'estensione, anche alle materie del terzo pilastro, del processo legislativo ordinario.

Una scelta destinata ad attivare tutti i meccanismi comunitari con la forza pervasiva che li contraddistingue. Il nostro diritto processuale penale – come quello di tutti gli Stati membri – si troverà ad interagire sempre più intensamente con il diritto dell'Unione. Inoltre, a premere sui già fragili argini statuali c'è da tempo la CEDU: sotto la spinta delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo i sistemi processuali nazionali sono sempre più costretti a rivedere dogmi e assetti consolidati; sicché il contenuto normativo, e quindi la regola fissata dal legislatore nazionale risultano non più esclusivamente condizionati dalle scelte discrezionali da quest'ultimo compiute, ma risentono, in maniera più o meno evidente, a seconda dei settori interessati, di un preciso obbligo di puntuale adeguamento<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Con riferimento alle sentenze della Corte costituzionale che hanno definito in termini innovativi, rispetto al passato, il rapporto che intercorre tra legislazione ordinaria e i vincoli che derivano da accordi internazionali a cui si è data esecuzione con legge, v. Corte Cost., sent. nn. 348 e 349 del 2007 ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)). Queste due pronunce, che pur fanno riferimento all'intera area dei vincoli giuridici che derivano da accordi internazionali, si applicano in modo specifico al rapporto intercorrente tra le fonti primarie e i vincoli sca-



Le questioni si intersecano con il più ampio dibattito relativo al confronto tra la scrittura della norma ad opera del legislatore e la sua concreta applicazione da parte del giudice (*law in the books e law in action*).

Sotto il primo aspetto, vengono in gioco le questioni legate all'ottemperanza, da parte del legislatore interno, dei vincoli scaturenti dagli ordinamenti sovranazionali (ed anche dalla Costituzione, così come interpretata dalla Corte costituzionale), che fanno sì che il contenuto normativo – e quindi la regola fissata dalla norma – risulti non esclusivamente determinato da opzioni discrezionali del legislatore nazionale, ma, più o meno, condizionato (e predeterminato) da scelte effettuate in altri sistemi (in particolare il sistema dell'UE, rispetto al quale il legislatore nazionale risulta gravato da un preciso obbligo di puntuale adeguamento).

In punto di concreta applicazione della norma, lo snodo essenziale è evidentemente costituito dal ruolo della giurisprudenza, e, innanzitutto, del giudice nazionale, sia nella sua qualità di “interprete” – in virtù della natura stessa dell'attività ermeneutica che, lungi dall'essere oggettivamente neutra, conferisce sempre nuova linfa vitale al dettato normativo –, sia nella sua qualità di “anello” di congiunzione e saldatura tra ordinamenti integrati (quali sono, seppur in misura diversa, gli ordinamenti degli Stati membri dell'Unione Europea e degli Stati membri del Consiglio d'Europa, nonché in una differente prospettiva, gli ordinamenti sovranazionali della UE). Tale suo ultimo ruolo fa sì che egli rappresenti il canale “ordinario” di ingresso di principi e di “norme” di altri ordinamenti, secondo la dinamica della “interpretazione conforme” *lato sensu* intesa, con tutte le problematiche ad essa riconnesse.

All'interno di uno spazio senza frontiere, di libera circolazione di persone, beni, servizi e capitali, nessuno Stato, agendo isolatamente, è in grado di approntare adeguate strategie di contrasto al fenomeno criminale. Risulta, quindi, evidente il nesso fra dimensione territoriale dell'Unione Europea e nuove istanze della giustizia penale: di qui l'esigenza di “misure compensative” degli squilibri creati dall'apertura delle frontiere e dal progressivo allargamento dei confini dell'Unione, che diventano il necessario strumento per rendere la cooperazione giudiziaria più efficace, soprattutto nella lotta contro una criminalità che riveste sempre più connotati transnazionali.

Nell'ottica di una di una nozione di “sovranità condivisa” logica implicazione di questa dimensione di “spazio comune europeo”, l'influenza di norme esterne

turenti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, avendo tratto origine proprio da vicende processuali riferite al problema del rispetto di alcuni principi della CEDU, quali applicati da una serie di sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo.

sull'ordinamento giuridico interno è certamente positiva quando aumenta il tasso di tutela dei diritti, con un sostanziale «arricchimento della sfera di legalità»<sup>2</sup>. Ma va valutato con attenzione, ed evitato, anche il rischio che si incida negativamente sulla specificità dei principi e dei valori che connotano in modo qualificante un sistema giuridico.

## 2. Verso l'istituzione di una Procura europea.

Premetto subito che i brevi spunti di riflessione che mi limiterò a esporre nel corso di questo mio intervento saranno inevitabilmente circoscritti all'individuazione di quelli che sono, essenzialmente, le coordinate normative e gli eventuali nodi problematici di ciascuno dei temi esaminati, temi che saranno più in dettaglio poi sviluppati dai relatori che interverranno subito dopo.

Nel prevedere la possibilità di creazione di una Procura europea «a partire da Eurojust» (art. 86 § 1 TFU) il Trattato di Lisbona ha operato una sintesi chiarificatrice dei progetti di differente natura comunitaria ed intergovernamentale. È stato creato un nuovo livello, in cui trova riconoscimento una politica criminale per l'Europa che abbia come protagonisti Eurojust con poteri rinforzati, una procura europea competente per individuare, perseguire e rinviare a giudizio, eventualmente in collegamento con Europol<sup>3</sup>, gli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, ma, nella prospettiva di un ampliamento delle attribuzioni di tale organo, anche per combattere quelle «forme di criminalità grave che presenti una dimensione transnazionale» (86 § 4 TFU).

La necessità di rendere la cooperazione giudiziaria più efficace e il comune convincimento che essa rappresenti uno strumento essenziale nella lotta contro una criminalità che riveste sempre più connotati transnazionali, si sono coniugati con l'esigenza, anch'essa non procrastinabile, di una giustizia dell'Unione emblematicamente rappresentata dalla previsione della Procura europea, ossia di una struttura volta al contrasto di reati che ledono gli interessi finanziari dell'U.E.

<sup>2</sup> G. TESAURO *Una procura europea per l'Unione del futuro*, in N. PARISI - M. FUMAGALLI MERAVIGLIA - A. SANTINI - D. RINOLDI (a cura di), *Scritti in onore di Ugo Draetta*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, p. 724.

<sup>3</sup> L'Ufficio europeo di polizia, Europol, istituito con l'obiettivo di migliorare la qualità e l'efficacia dell'attività di cooperazione degli Stati membri nella prevenzione e nella lotta a forme gravi di criminalità organizzata, è stato recentemente sostituito, mantenendo inalterata la denominazione, dall'Agenzia dell'Unione Europea per la cooperazione nell'attività di contrasto, attraverso il Regolamento 2016/794/UE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2016.

(frode, corruzione, riciclaggio di proventi illeciti) sulla base dell'assunto che questi non siano sufficientemente garantiti dalle autorità inquirenti nazionali. All'interno di uno spazio senza frontiere, di libera circolazione di persone, beni, servizi e capitali, nessuno Stato, agendo isolatamente, è in grado di approntare adeguate strategie di contrasto al fenomeno criminale<sup>4</sup>.

A differenza di Eurojust, che ha comunque rappresentato l'indispensabile strumento per "traghetare" la materia giudiziaria dalla logica intergovernativa a quella più propriamente comunitaria, seppure ancora nell'ottica della cooperazione e del coordinamento "orizzontale" tra autorità nazionali, la Procura europea, finalmente creata il 12 ottobre 2017 attraverso il Regolamento relativo «all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea»<sup>5</sup> –, ad oltre un ventennio di distanza dalle prime proposte in materia ed all'esito di circa 4 anni di intensi negoziati – si colloca in uno scenario giudiziario integrato con quello degli Stati membri, di fronte ai cui organi giurisdizionali il procuratore europeo eserciterà l'azione penale.

La *ratio* che fonda la previsione di una tale struttura, volta, almeno in questa prima fase, esclusivamente al contrasto di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione Europea<sup>6</sup>, sulla base dell'assunto che questi non siano sufficientemente garantiti dalle autorità inquirenti nazionali, è proprio quella di dotare l'Unione di uno strumento ispirato a una logica di integrazione fra diversi livelli di amministrazione della giustizia. È questo elemento di integrazione funzionale, che investe le due fasi (indagini e giudizio) del processo penale, a rappresentare

<sup>4</sup> Di recente, in argomento, v. F. GIUFFRIDA, *The European Public Prosecutor's Office: King without kingdom?*, in *www.ceps.eu*, 14 febbraio 2017, 6 ss.

<sup>5</sup> Affinché la Procura europea sia effettivamente operativa sono previsti tempi molto lunghi, che si aggiungono a quelli che, come noto, hanno preceduto la sua approvazione; infatti, nell'art. 120 del Regolamento è espressamente stabilito che essa assumerà i compiti di indagine e di azione penale non prima di tre anni a partire dalla sua adozione.

<sup>6</sup> La competenza dell'EPPO viene determinata attraverso il rinvio alla direttiva (UE) 2017/1371 sulla protezione degli interessi finanziari dell'Unione (c.d. "direttiva PIF") e comprenderà, quindi, tutti i reati lesivi di tali interessi, tanto sul versante delle entrate come su quello delle uscite, includendo anche le frodi all'IVA (ma solo qualora le relative condotte siano connesse al territorio di due o più Stati membri e comportino un danno complessivo pari alla considerevole cifra di almeno 10 milioni di euro) e le condotte di corruzione attiva e passiva e quelle di appropriazione indebita che ledano gli interessi finanziari dell'Unione, nonché quelle di partecipazione ad un'organizzazione criminale (di cui alla decisione quadro 2008/841/GAI), quando l'attività dell'organizzazione criminale sia incentrata sulla commissione dei reati PIF. A titolo di competenza c.d. "ancillare", l'EPPO potrà inoltre procedere nei confronti di qualsiasi altro reato "indissolubilmente legato" ad un reato PIF.

In argomento, più diffusamente, cfr. L. SALAZAR, *Definitivamente approvato il Regolamento istitutivo della Procura europea (EPPO)*, in *DPC*.

un salto di qualità rilevante rispetto alle già esistenti iniziative e strutture di cooperazione organizzata nel settore penale.

Con la Procura europea siamo di fronte all'ipotesi di una prima fase, quella investigativa, affidata ad un organo dell'Unione, al quale competerà attivare la fase del giudizio e rappresentare l'accusa dinanzi a un organo giurisdizionale nazionale: da questo punto di vista la sua istituzione rappresenterebbe una vera e propria novità "di sistema".

Risulta, peraltro, evidente che un processo di integrazione può svolgersi più rapidamente dove più ridotti sono gli ambiti di mera discrezionalità che dovrebbero guidare l'azione della Procura europea. Il diritto derivato dovrà, quindi, farsi carico di fissare le regole e le modalità necessarie al suo funzionamento, attraverso l'adozione di previsioni tassative sui punti più controversi; operazione, questa, che implica la necessaria individuazione delle più rilevanti "criticità" di ordine tecnico rispetto alle possibili scelte di carattere generale destinate a regolare l'assetto dell'Ufficio del procuratore europeo e i relativi poteri.

Le difficoltà con cui deve fare i conti questo processo genetico di una Procura europea è anche legato ad un'inevitabile ritrosia degli Stati membri a cedere potere all'organismo sovranazionale in un ambito strettamente connesso alla sovranità quale è la potestà di punire<sup>7</sup>. Ciò spiega la scelta, prima menzionata, di circoscrivere, almeno nella fase iniziale, le competenze della Procura europea ai soli reati finanziari che aggrediscono gli interessi comunitari, pur con l'inevitabile ricaduta di dar vita ad un processo settoriale di armonizzazione in materia penale: è fuor di dubbio, infatti, che un ambito di operatività ristretto garantisca maggiori *chances* di successo a un organo inquirente la cui opera si affianca all'attività repressiva delle autorità statali.

Tuttavia, nel progettare l'architettura dell'accusa europea si è anche tenuto conto di un probabile, successivo ampliamento della sfera di attribuzioni di quest'organo, non destinato a rimanere circoscritto alla tutela degli interessi finanziari dell'Unione, come del resto lascia intendere l'art. 86 § 4 TFUE, prospettando una possibile estensione delle attribuzioni della Procura europea anche a quelle «forme di criminalità grave che presenti una dimensione transnazionale», ossia, fenomeni criminosi quali, ad esempio, la criminalità organizzata, il terrorismo, il traffico di essere umani, i reati commessi via *Internet*, tutti già oggetto di

<sup>7</sup> In argomento, più diffusamente, e, soprattutto, con particolare riferimento alle modifiche intervenute nel corso dei negoziati intergovernativi, v. G. DE AMICIS, *Garanzie e controllo giurisdizionale dell'attività del Pubblico ministero: standards sovranazionali e prospettive di creazione di una Procura europea*, in questo volume; ID. *La cooperazione verticale*, in AA.Vv. *Manuale di procedura penale europea*, a cura di R.E. KOSTORIS, III ed., Milano, Giuffrè, 2017, p. 264 ss.

una parziale armonizzazione sul versante sostanziale e su cui l'Unione è incline a trovare un accordo politico.

Lasciar fuori, almeno in prima battuta, questa tipologia di reati serve ad evitare che, sul versante processuale, sia questa categoria di illeciti a "forzare" la convergenza proprio su quelle regole *ad hoc* che i vari ordinamenti contemplano, in via esclusiva, per tali fattispecie criminose.

Se la scelta di unificare alcuni settori della giustizia penale dovesse realizzarsi elevando a regola comune europea previsioni dirette a contrastare le forme più allarmanti di criminalità, potrebbe, infatti, prefigurarsi il rischio di esasperazioni unilaterali delle esigenze di sicurezza, con un conseguente appiattimento verso livelli inferiori di tutela dei diritti e il progressivo imporsi delle regole meno garantiste.

Così come è avvenuto, ad esempio, a livello di legislazioni nazionali, in materia di lotta al terrorismo, nell'ottica di favorire una conoscenza pervasiva del fenomeno si rischia di determinare una pericolosa alterazione dei meccanismi di bilanciamento tra le ragioni della prevenzione e quelle dell'accertamento giurisdizionale: l'enfaticizzazione della prevalenza, rispetto ad ogni altra istanza, della funzione di prevenzione dei rischi per la sicurezza della Stato, tipicamente propria degli apparati di polizia e di *intelligence*, potrebbe comportare un affievolimento dei controlli e delle garanzie giurisdizionali; dimenticando che i procedimenti giudiziari sono e devono restare sede di accertamento delle responsabilità penali (nel pieno rispetto delle garanzie proprie della giurisdizione) e non luogo di ratifica di scelte operate in nome della sicurezza, ma non rispettose dei diritti fondamentali dell'individuo.

### **3. (segue) Controllo giurisdizionale dell'attività della pubblica accusa.**

L'istituzione della Procura europea deve necessariamente accompagnarsi all'elaborazione di alcune regole comuni, sia sostanziali che processuali, che risultano essenziali al suo funzionamento: si pensi, ad esempio, alla previsione di procedure di controllo sui provvedimenti adottati da quest'organo nell'esercizio delle sue funzioni. Sono molti i momenti della fase preliminare in cui l'intervento di un organo giurisdizionale appare indispensabile, proprio al fine di garantire l'uguaglianza fra i cittadini e l'uniforme applicazione del diritto penale nell'ambito territoriale dell'Unione Europea, nonché il rispetto dei diritti e delle garanzie della persona lungo tutto l'arco del procedimento. In realtà, si è abbandonata l'idea di un "Ufficio europeo" con il potere di indagare su tutto il territorio dell'Unione e di esercitare l'azione penale davanti al Tribunale di una giurisdizione nazionale prescelta, essendosi optato per un meno invasivo "collegio" di pubblici ministeri

designati dai governi nazionali, preposto al solo coordinamento delle attività di indagine e di accusa condotte nei e dai singoli Stati membri.

Ci sono alcuni strumenti d'indagine, particolarmente invasivi, che pur dovendo rientrare nella disponibilità del procuratore europeo per le evidenti finalità investigative, devono, in considerazione degli effetti pregiudizievoli che scaricano sulla sfera di libertà dell'indagato, essere sottoposti a un preventivo controllo di carattere autorizzativo da parte del giudice, fatte salve, naturalmente, motivate ragioni di ineludibile urgenza<sup>8</sup>.

Tali investigazioni saranno, in linea di principio, svolte dai procuratori delegati, ma atteso il carente apparato di forze di supporto di cui dispongono e, *in primis*, l'assenza di propri organi di polizia, dovranno necessariamente fare ricorso nell'esecuzione delle investigazioni alle competenti autorità nazionali, dando loro istruzioni vincolanti, con il risultato di attribuire a queste ultime, nella sostanza, un ruolo determinante per il funzionamento delle indagini europee<sup>9</sup>.

Per ciò che riguarda il controllo giurisdizionale sulle attività del procuratore europeo il Regolamento prevede un ruolo ridotto per la Corte di giustizia europea, stabilendone la competenza a pronunciarsi in via pregiudiziale solo in relazione ad un numero assai limitato di ipotesi. Tra queste vi sono le questioni relative alla validità degli atti procedurali della Procura europea, se sollevate direttamente sulla base del diritto dell'Unione, all'interpretazione o alla validità di disposizioni del diritto dell'Unione, compreso il Regolamento stesso, alle decisioni di archiviazione, nella misura in cui vengano contestate sulla base del diritto dell'Unione, ed infine alle controversie legate al risarcimento dei danni causati dall'operato della Procura europea, a clausole compromissorie, al personale ed al diritto di accesso del pubblico ai documenti.

#### **4. Poteri di controllo del giudice nazionale in materia di mandato di arresto europeo e ordine europeo di indagine.**

In relazione al mandato di arresto europeo, (Dec quadro 2002/584/GAI), il cui presupposto fondante è costituito dal principio del mutuo riconoscimento delle decisioni penali, sappiamo che il nostro legislatore ha accolto solo in parte le

<sup>8</sup> Va sottolineato che il concetto di urgenza, legato spesso all'esigenza di evitare la dispersione di prove di cui si presume l'esistenza, è chiaramente dimensionato su una base di legittimazione assai più ampia della flagranza e si applica indipendentemente dal momento della commissione di un reato.

<sup>9</sup> In argomento si rinvia alle considerazioni svolte da G. DE AMICIS, *Garanzie e controllo*, cit.

statuizioni della disciplina sovranazionale, talché la legge di adeguamento della normativa interna (l. 22 aprile 2005, n. 69) manifesta deviazioni, talora anche sensibili, rispetto a quanto disposto dalla decisione quadro, chiarendo, così, fin dall'esordio, che l'adeguamento potrebbe essere soltanto parziale. Nella legge si sottolinea, anzitutto, che l'attuazione della decisione quadro trova un limite nella compatibilità delle sue disposizioni «con i principi supremi dell'ordinamento costituzionale in tema di diritti fondamentali, nonché in tema di diritti di libertà e del giusto processo». A conferma di quanto dichiarato, dopo aver ricordato che il mandato d'arresto è una decisione giudiziaria, se ne subordina l'esecuzione alla condizione che il provvedimento cautelare in base al quale il mandato è stato emesso sia stato sottoscritto da un giudice e sia motivato, ovvero che si tratti di una sentenza irrevocabile. Il tutto, però, non è previsto dalla decisione quadro e mal si concilia con il principio del mutuo riconoscimento sul quale la decisione si fonda.

Del resto, già la *Relazione* della Commissione sull'attuazione della decisione quadro in materia di mandato di arresto europeo<sup>10</sup>, nel riscontrare le “decelera- zioni” applicative di tale modello di cooperazione, aveva stigmatizzato la presunzione, sicuramente erronea, di una ritenuta capacità degli ordinamenti degli Stati membri nel garantire una giustizia penale non solo efficace ma anche equa, premessa indispensabile per il reciproco affidamento fra le autorità giudiziarie e, quindi, per il riconoscimento e l'esecuzione delle loro decisioni<sup>11</sup>.

Altro profilo estremamente problematico del tema che in questa sede si affronta riguarda le implicazioni in tema di prova penale, poiché risulta evidente come il problema della diversità delle discipline nazionali in tale materia ponga sul tappeto la questione dell'impiego processuale di dati probatori “allogeni”, vale a dire, formati nell'ambito di una sovranità territoriale straniera.

Ogni qualvolta ci si trovi a trattare della possibilità di “veicolare” del materiale probatorio all'interno di un procedimento penale diverso da quello che in origine ne ha giustificato la formazione e contrassegnato le finalità, occorre confrontarsi con la tematica, assai articolata e complessa, del bilanciamento da realizzare tra istanze cognitive ed efficientistiche, istituzionalmente sottese al processo penale, e valori come il diritto di difesa e il contraddittorio nella formazione della prova, che del processo dovrebbero rappresentare (almeno tendenzialmente) altrettanti canoni fondanti e che, comunque, tali sono per l'ordinamento italiano, soprattutto a seguito della riforma costituzionale del 1999.

<sup>10</sup> COM(2011) 175 def., dell'11 aprile 2011.

<sup>11</sup> F. SIRACUSANO, *Procedure di cooperazione giudiziaria e garanzie difensive: lungo la strada, a piccoli passi*, in questo volume.

Con la recente Direttiva 2014/41/UE del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale (OEI)<sup>12</sup>, le istituzioni europee hanno elaborato uno strumento che appare dotato di nuove e molteplici potenzialità, poiché, ispirandosi al principio del mutuo riconoscimento, è il frutto di una nuova impostazione, che intende realizzare un "sistema globale" di acquisizione delle prove nelle fattispecie aventi dimensione transfrontaliera, tale da sostituire tutti gli strumenti esistenti nel settore, e da potersi utilizzare per tutti i tipi di prove con precise e rapide modalità di esecuzione e con circoscritti motivi di rifiuto (*considerando* n. 6).

L'ordine europeo di indagine si sostanzia in una "decisione giudiziaria" emessa dalla competente autorità di uno Stato membro (Stato di emissione), affinché siano compiuti uno o più atti di indagine specifici in altro Stato membro (Stato di esecuzione) ai fini dell'acquisizione di prove.

C'è un duplice ordine di condizioni alle quali l'art. 6 della Direttiva subordina il ricorso a questo istituto: oltre al rispetto delle regole nazionali applicabili in un caso interno analogo, incombe sullo Stato richiedente un preliminare vaglio in ordine alla necessità dell'attività richiesta ai fini del procedimento ed alla proporzionalità della stessa in relazione allo scopo al quale è preordinata.

La direttiva, – scaturita da una iniziativa avviata nell'aprile 2010 da otto Paesi membri dell'U.E. – trova la sua base normativa nell'art. 82, par. 1, lett. a) del Trattato di Lisbona ed introduce un nuovo strumento omnicomprensivo finalizzato all'acquisizione e circolazione delle prove, siano esse precostituite o costituenti, con la sola eccezione, espressamente prevista, degli atti istruttori compiuti nell'ambito delle squadre investigative comuni. Al di fuori di questa ipotesi specifica, per la quale continua a trovare applicazione il regime di assistenza giudiziaria vigente, la Direttiva in esame dovrebbe, almeno in linea di principio, essere destinata a porre fine alla frammentarietà dell'attuale sistema giuridico in materia probatoria, sostituendo gli altri meccanismi di cooperazione intergovernativa, nonché la decisione quadro 2003/577/GAI del 22 luglio 2003 relativa al blocco e congelamento di beni e la decisione quadro 2008/978/GAI del 18 dicembre 2008, sul "mandato europeo di ricerca delle prove" (MER), teso a ottenere da uno Stato membro oggetti, documenti e dati allo scopo di utilizzarli nel procedimento penale instaurato in un diverso Paese. Ciò che ha compromesso l'efficienza di tale ultimo strumento, determinandone uno scarso utilizzo nella pratica, è stata, probabilmente, la previsione di una procedura bifasica, secondo cui il provvedimento di blocco o di sequestro avrebbe dovuto essere accompagnato da un'ulteriore e diversa richiesta di trasferimento della prova nello Stato richiedente, in conformità alle norme applicabili nel campo dell'assistenza giudiziaria in materia penale.

<sup>12</sup> Direttiva pubblicata in *GUUE*, 1° maggio 2014, L. 130/1.



A fronte di questa limitata applicazione del MER, in parte ascrivibile al fatto di risultare circoscritto soltanto alle prove “precostituite”, dovendosi ricorrere alle tradizionali forme di assistenza giudiziaria per l’acquisizione delle prove “costituenti”, con l’ordine europeo d’indagine le istituzioni europee hanno elaborato uno strumento che appare dotato di nuove e molteplici potenzialità, poiché, ispirandosi al principio del mutuo riconoscimento, è il frutto di “una nuova impostazione” che intende realizzare un «sistema globale di acquisizione delle prove nelle fattispecie aventi dimensione transfrontaliera», tale da sostituire «tutti gli strumenti esistenti nel settore» e da potersi utilizzare per tutti i tipi di prove, con precise e rapide modalità di esecuzione e con circoscritti motivi di rifiuto<sup>13</sup>.

La Direttiva in parola, recepita nel nostro ordinamento attraverso il d.lgs. 21 giugno 2017, n. 218, è stata, però, oggetto di critiche, sollevate da quella parte della dottrina che non ha mancato di sottolineare come, solo in apparenza, l’introduzione dell’ordine europeo d’indagine abbia generato un’effettiva metamorfosi delle prescrizioni probatorie previste dal nostro ordinamento<sup>14</sup>.

Da “regole” a struttura chiusa, impennate su bilanciamenti tra i valori in gioco prestabiliti in astratto dal legislatore, queste prescrizioni si trasformano in “principi” a struttura aperta, il cui contenuto può essere individuato dal giudice in ciascuna vicenda concreta in base ad un proprio temperamento tra le varie esigenze che si contrappongono nella raccolta transnazionale delle prove.

Del resto, la creazione di tale congegno di acquisizione probatoria nasce proprio all’insoddisfazione derivante dai precedenti tentativi di innesto del principio del mutuo riconoscimento al terreno della prova penale<sup>15</sup>.

A fronte della mancanza di regole probatorie all’interno della Direttiva sull’ordine investigativo europeo è, allora, necessario individuare criteri di razionalità alla stregua dei quali orientare l’operazione valutativa del giudice nazionale, intesa a precludere l’ammissione e la conseguente utilizzazione di prove illegittimamente formate *ultra fines*. È di tutta evidenza, peraltro, che dietro le nuove frontiere che si schiudono all’attività interpretativa possano celarsi insidie. Da un

<sup>13</sup> Direttiva 2014/41/UE del 3 aprile 2014, *considerando* n. 6, pubblicata in n. *GUUE*, 1° maggio 2014, L. 130/1.

<sup>14</sup> Più diffusamente, in argomento, v. M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull’ordine europeo di indagine penale*, in *DPC*, 2015, n. 2, in particolare pp. 6-10. Cfr., inoltre a A. RYAN, *Towards a System of European Criminal Justice*, cit., p. 31; L. CAMALDO, *La Direttiva sull’ordine europeo di indagine penale (OEI): un congegno di acquisizione della prova dotato di molteplici potenzialità, ma di non facile attuazione*, in *DPC*; R. DEL COCO, *L’ordine europeo d’indagine e poteri sanzionatori del giudice*, *ivi*.

<sup>15</sup> Sul punto v. M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull’ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 10 ss.

lato, vi è, infatti, il rischio che si accentui la componente creativa dell'attività interpretativa, agevolando, così, il processo disgregativo di un'auspicabile certezza a livello ermeneutico, soprattutto in ambito comunitario. Dall'altro lato, non può essere sottovalutato il pericolo che, nel bilanciamento tra esigenze contrapposte, possano prevalere letture "funzionali" in tema di diritti individuali.

## 5. Conclusioni.

Dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona sono stati numerosi i tentativi volti a creare i presupposti (seppure, talora, più "apparenti" che "reali") per colmare, in qualche misura, le differenze strutturali esistenti tra i vari modelli di indagine e approvvigionamento probatorio nell'ambito dell'Unione Europea. Tuttavia, nonostante il varo di una Procura europea e di una disciplina sulla raccolta *ultra fines* della prova in ambito europeo, soprattutto su quest'ultimo fronte i più recenti interventi del legislatore di Bruxelles non sembrano essere stati in grado di produrre l'auspicata, piena ed effettiva armonizzazione delle procedure volte a rendere reciprocamente ammissibile e utilizzabile il risultato probatorio ovunque raccolto. Nel tentativo di soddisfare un'istanza di semplificazione dei modelli, a fronte della innegabile complessità delle soluzioni adottate, si è pervenuti a un risultato finale che sembra assimilabile a una serie di norme processuali in bianco da applicare nel rispetto dei diritti fondamentali della persona, nell'ambito di un quadro normativo articolato e frammentario.

Indubbiamente, al Trattato di Lisbona va ascritto il merito di aver posto le premesse, nell'ottica di un progressivo affrancamento dal dogma della sovranità nazionale come impedimento a essenziali forme di collaborazione a fini di giustizia, per la costruzione di un apparato di "regole intermedie" tra i grandi principi (che, soprattutto per quanto concerne i diritti dell'accusato, sono già fissati nelle diverse Carte dei diritti fondamentali della persona umana) e le regole procedurali di maggior dettaglio, comunque da mantenere nella competenza del legislatore nazionale. Regole intermedie senza le quali «quel livello adeguato di armonizzazione che è indispensabile per una reciproca fiducia, non solo di facciata»<sup>16</sup>, rimarrebbe un miraggio.

C'è da auspicare che le scelte compiute dal legislatore europeo, in questo settore, riescano sempre a garantire, anche attraverso operazioni di bilanciamento ad alto tasso di complessità, tutti i diritti e le garanzie indispensabili per la con-

<sup>16</sup> Così M. CHIAVARIO, *Giustizia europea e processo penale: nuovi scenari e nuovi problemi*, cit., p. 468.

figurazione e la delimitazione della tutela penale dell'attività di accertamento giudiziale dei fatti e delle responsabilità. Senza mai pregiudicarne lo scopo o sterilizzarne la funzione.



## PROSPETTIVE ALLA LUCE DELL'ISTITUZIONE DELL'EPP0 CON PARTICOLARE RIGUARDO AL CRIMINE ORGANIZZATO: UN (ASSAI SOGGETTIVO) STATO DELL'ARTE\*

*Lorenzo Salazar*

La lotta contro il crimine organizzato rientra tra gli obbiettivi dell'Unione europea quantomeno a partire dall'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam (1° maggio 1999). L'Europa e l'Unione europea in particolare sono tuttavia apparse confrontarsi con il tale problema a corrente per così dire alternata ed in maniera, se non episodica, quantomeno "asistemica".

L'odierna situazione a livello dell'Unione appare caratterizzata da una drammatica assenza di programmazione e visione strategica. Ciò dal momento che il Consiglio europeo appare avere sostanzialmente "abdicato" al ruolo di definire gli orientamenti strategici della programmazione "legislativa e operativa" nello Spazio di Libertà Sicurezza e Giustizia (SLSG) che l'art. 68 del Trattato di Lisbona gli aveva invece (forse incautamente) affidato sulla scorta dell'esperienza, tutto sommato positiva, maturata con la successiva adozione dei programmi di Tampere (1999), l'Aia (2004) e Stoccolma (2009).

L'assenza di vero *planning* strategico lascia purtroppo aperto il campo all'improvvisazione delle iniziative legislative che vengono rimesse sostanzialmente alle agende delle Presidenze o del Commissario europeo di turno e che appaiono piuttosto dettate dalla necessità di inseguire gli avvenimenti contingenti (che si tratti di attacchi terroristici, di ondate di immigrazione "illegale", etc.) piuttosto che da una vera e propria "visione" per gli anni a venire.

Tra i momenti più elevati di tensione nell'azione dell'Unione contro il crimine organizzato deve doverosamente ricordarsi la creazione, anche su forte impulso

\* Il presente contributo costituisce una rielaborazione ed un aggiornamento della introduzione orale ai lavori svolta in occasione del convegno, anche alla luce delle considerazioni presentate dallo scrivente in occasione della sua audizione, il 13 marzo 2017, al Tavolo "Mafie ed Europa" degli Stati Generali contro il crimine organizzato presso il Ministero della Giustizia.

italiano, del Gruppo Multidisciplinare contro il Crimine Organizzato (GMD) nella seconda metà degli anni '90 e la conseguente adozione delle Raccomandazioni dallo stesso formulate e del conseguente Piano d'azione, primo vero e proprio "documento di programma" nel settore della Giustizia penale ancor prima delle conclusioni di Tampere e degli epigoni delle stesse.

"Coraggiosa" ed innovativa fu ad esempio l'azione comune 98/733/GAI del 1998, con la quale (vedi in particolare il suo art. 2.2) vennero a prevedersi, in forma alternativa o combinata, entrambi i modelli di incriminazione delle condotte di partecipazione ad una associazione criminale, assicurandosi comunque l'assistenza giudiziaria in materia («Indipendentemente dal fatto che abbiano scelto di punire la condotta di cui alle lettere a) e b), gli Stati membri si presteranno la più ampia assistenza per i crimini o i reati di cui al presente articolo»).

Forse meno coraggiosa fu la successiva Decisione quadro 2008/841/GAI, del 24 ottobre 2008 relativa alla lotta contro la criminalità organizzata che abrogò e sostituì l'azione comune del 1998, all'atto della cui adozione la Commissione, insieme alle delegazioni italiana e francese adottarono una dichiarazione di "insoddisfazione" quanto alle ambizioni mancate. In relazione a quest'ultima deve rilevarsi come la prevista "relazione" sullo stato di attuazione (originariamente prevista per l'11 novembre 2012) venne effettivamente pubblicata da parte della Commissione europea solo il 7 luglio 2016, con quasi 4 anni di ritardo e soltanto a seguito del cambio del Commissario responsabile per gli affari interni (la svedese Malstrom) e probabilmente in ragione del fatto che proprio due Stati "nordici" (Danimarca e Svezia) non prevedono tuttora una autonoma incriminazione in materia. Del tutto incerti appaiono inoltre anche i seguiti che la Commissione intende offrire alla propria relazione, soprattutto a causa della qual certa mancanza di coraggio ed iniziativa che appare caratterizzare l'azione dei recenti Esecutivi dell'Unione (si vedano a tale riguardo anche gli scarsi esiti riservati alle richieste contenute nella Relazione della Commissione CRIM, adottata dal Parlamento europeo l'oramai lontano 25 ottobre 2011 - P7 TA(2011)0459).

In tale quadro in chiaroscuro, lo strumento che, a partire dalla prima decade del secolo corrente, ha innovato e reso maggiormente efficace la cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri è stato sicuramente il mandato d'arresto europeo. Occorre sottolineare, infatti, che trattasi della prima e più efficace applicazione del principio del mutuo riconoscimento, che è stato fortunatamente preservato dagli improvvidi tentativi di rivisitazione auspicati da alcuni settori del Parlamento europeo nel corso della trascorsa legislatura i quali, nell'attuale situazione di generale ritrosia a compiere passi in avanti nel settore della giustizia europea, avrebbero potuto condurre a sostanziali regressioni.

Ciò su cui potrebbe oggi venire avviata una seria riflessione è piuttosto l'individuazione di una sede appropriata (da individuarsi probabilmente nella Rete Giudiziaria Europea in materia penale - EJN) dove poter convogliare e fare emergere i casi di mancata cooperazione, procedendo quindi alla loro successiva analisi, al fine di verificare, su tale base concreta, l'eventuale opportunità o necessità di interventi di modifica degli strumenti UE esistenti od anche sollecitare l'esercizio da parte della Commissione europea dei propri poteri di intervento nel quadro della procedura di inadempimento, al fine di sanzionare le eventuali condotte di violazione dei propri obblighi da parte delle autorità giudiziarie che non cooperino lealmente e pienamente.

Le istanze di cooperazione sorte dalla necessità del contrasto alla criminalità transnazionale e sottese all'adozione del mandato d'arresto europeo hanno connotato altresì un nuovo strumento adottato dall'Unione europea al fine di realizzare il più ampio progetto di avvicinamento degli ordinamenti degli Stati membri: l'ordine europeo di indagine penale (EIO), introdotto dalla direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, e per una volta tempestivamente attuato da parte italiana attraverso il d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108.

Riferendosi ora all'agenzia dell'Unione per la cooperazione giudiziaria Eurojust, l'attuazione da parte italiana delle due Decisioni Eurojust del 2002 e del 2008 è da ritenersi ancora particolarmente insoddisfacente in particolare per ciò che riguarda la "natura giudiziaria" delle funzioni ed i poteri effettivi del nostro Membro nazionale (MN). In particolare molto resta ancora da fare sul piano del pieno conferimento allo stesso di poteri realmente giudiziari in linea con quanto prevede la più recente Decisione 2009/426, ai sensi del cui art. 9-*quater* il MN deve poter: a) emettere e completare richieste e decisioni in materia di cooperazione giudiziaria, anche con riferimento agli strumenti che applicano il principio del riconoscimento reciproco; b) eseguire nel proprio Stato membro richieste e decisioni in materia di cooperazione giudiziaria, anche con riferimento agli strumenti che applicano il principio del riconoscimento reciproco; c) disporre nel proprio Stato membro misure investigative ritenute necessarie durante una riunione di coordinamento organizzata dall'Eurojust per assistere le autorità nazionali competenti interessate da una determinata indagine e alla quale sono invitate a partecipare le autorità nazionali competenti interessate dall'indagine; d) autorizzare e coordinare consegne controllate nel proprio Stato membro.

Il successivo art. 9-*quinquies* della Decisione del 2008 prevede anche che nei casi urgenti il MN abbia «il diritto di [...] autorizzare consegne controllate ed eseguire, in relazione al proprio Stato membro, una richiesta o decisione in materia di cooperazione giudiziaria, anche con riferimento agli strumenti che applicano il principio del riconoscimento reciproco».

Né la situazione verrà sostanzialmente a mutare con l'adozione del nuovo Regolamento Eurojust (Regolamento (UE) 2018/1727 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018 che istituisce l'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione giudiziaria penale (Eurojust) e che sostituisce e abroga la decisione 2002/187/GAI del Consiglio, in GUUE L 295, del 21 novembre 2018, p. 138) il quale non appare peraltro recare sostanziali innovazioni costituendo in gran parte una riformattazione della precedente decisione del 2008.

La legge italiana 41/2005 recante attuazione della prima decisione Eurojust molto venne ad occuparsi della procedura di nomina (per un vizio di origine legato alle vicende che nel 2001 avevano condotto alla nomina del primo membro nazionale di Pro-Eurojust e quindi di quello di Eurojust) e della retribuzione del MN ma, per ciò che riguarda i suoi poteri, lo autorizza solo a chiedere od a effettuare attività di raccordo e di stimolo senza conferirgli poteri diretti e concreti. Anche lo stesso perdurante status di "magistrato fuori ruolo" del MN italiano, costituente peraltro un portato della stessa procedura di nomina riservata al Ministro, appare oramai un anacronistico ed antistorico reliquato di una situazione da lungo tempo superata dai fatti e dai testi ai quali assai meglio si attaglierebbe la istituzione di veri e propri posti tabellari ad hoc presso la Direzione Nazionale Antimafia ed Antiterrorismo per il membro nazionale ed i suoi aggiunti, consentendo così agli stessi, ai fini di una più efficiente azione di contrasto al crimine organizzato, di trovarsi dotati del massimo dei poteri aperti dalla Decisione istitutiva ponendosi sullo stesso piano dei loro omologhi degli altri SM.

Tra le più recenti novità suscettibili di incidere sul panorama europeo della lotta al crimine organizzato, sia pur in un ben specifico settore di criminalità, deve segnalarsi la recente adozione e la successiva entrata in vigore, Il 20 novembre 2017, dopo oltre 20 anni di gestazione, attraverso una procedura di cooperazione rafforzata che vede la partecipazione di 20 (e probabilmente presto 21) Stati membri, tra cui l'Italia, del regolamento sull'istituzione di una Procura europea (EPPO) che avrà sede in Lussemburgo e competenza ad indagare e perseguire, dinanzi alle giurisdizioni nazionali degli Stati partecipanti, gli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione (Regolamento (UE) 2017/1939, del 12 ottobre 2017, in GUUE L 283, del 31 ottobre 2017).

Inizialmente organizzato su un modello di tipo verticistico, articolato su un agile livello centrale composto di soli 5 membri che avrebbero diretto le indagini condotte, a livello decentralizzato, dai procuratori europei delegati, è stato successivamente adottata una struttura centrale di tipo collegiale, diretta dal Procuratore capo europeo e composta da un procuratore europeo per ogni Stato partecipante, il quale sovrintenderà di regola alle inchieste condotte nel territorio del



suo Stato di origine dai procuratori europei delegati che continuano a costituire il livello decentrato dell'organo.

Quanto alla competenza materiale, il Regolamento rinvia alla recente direttiva (UE) 2017/1371 (in GUUE, L 198/29) sulla protezione degli interessi finanziari dell'Unione ("la direttiva PIF"); la stessa si estenderà quindi su tutti i reati lesivi di tali interessi – incluse le frodi all'IVA (ma solo qualora trattisi di condotte transfrontaliere comportanti un danno complessivo di almeno 10 milioni di EUR) – nonché sulle condotte di corruzione attiva e passiva e quelle di appropriazione indebita che ledano gli interessi finanziari dell'Unione; essa comprenderà inoltre, in forza del Regolamento, anche le condotte di partecipazione ad un'organizzazione criminale incentrata sulla commissione dei reati PIF ed ai reati c.d. "ancillari", vale a dire qualsiasi altro reato "indissolubilmente legato" ad un reato PIF ed alle condizioni ivi individuate, tra cui la maggior gravità del reato PIF rispetto a quello connesso.

A seguito dell'entrata in vigore il 20 novembre 2017 del Regolamento istitutivo dell'EPPO, per ciò che riguarda le concrete esigenze della lotta contro il crimine organizzato, appare legittimo interrogarsi quanto alla migliore scelta tra le possibili (e concrete) prospettive di sviluppo di EPPO attraverso il ricorso al 4° comma dell'86 TFUE ed il pieno sviluppo delle potenzialità di Eurojust offerte dalla base giuridica dell'art. 85 TFUE.

Per quanto riguarda quest'ultima, occorre ricordare come, già avanzata all'interno del parere adottato il 21 giugno 2016 dalla Camera dei Deputati in occasione delle discussioni sulla proposta di direttiva UE in materia di terrorismo (Doc. XVIII n. 43, p. 6), l'espansione delle competenze dell'EPPO anche ai reati di terrorismo sia stata di recente proposta da parte del Ministro della Giustizia italiano, concretandola in una lettera indirizzata al suo omologo spagnolo, dopo i gravissimi fatti di Barcellona del 17 agosto 2017, e subito replicata al Commissario europeo per la Giustizia ed alla Presidenza di turno estone. L'idea è stata poi rilanciata dal Presidente della Commissione, J.C. Juncker, nel suo "Discorso sullo stato dell'Unione" del 12 settembre 2017 e, a pochi giorni di distanza, dal Presidente della Repubblica francese E. Macron, in un discorso sull'Europa pronunciato alla Sorbona, e dal Presidente del Parlamento europeo Tajani in occasione dell'approvazione del testo di regolamento da parte del Parlamento, schiudendo così nuovi ed inattesi spiragli verso tale scenario ancor prima della formale adozione dello stesso. Anche la Commissione ha presentato, in parallelo ad una revisione dello statuto dell'OLAF e per adeguare l'Ufficio alla nuova realtà, una comunicazione "in prospettiva 2025" dove viene affrontato anche il tema di una possibile estensione del mandato dell'EPPO anche ai reati di terrorismo.

In merito all'estensione delle competenze dell'EPPO in tale direzione certamente un utile modello di riferimento potrebbe provenire proprio dalla proficua esperienza maturata già da molti anni in Italia con la Direzione Nazionale Antimafia le cui competenze, dopo i successi conseguiti attraverso l'attività di coordinamento nei confronti dei reati di criminalità organizzata, è stata recentemente estesa ai reati di terrorismo anche al fine di dare attuazione agli obblighi nascenti dagli strumenti UE in materia (v. in particolare la Decisione 2005/671/GAI, del 20 settembre 2005, concernente lo scambio di informazioni e la cooperazione in materia di reati terroristi, in GUUE L 253, 29.09.2005, p. 22).

Su tale stimolante prospettiva di estensione va tuttavia posto un necessario bemolle, dovendosi ricordare che ogni eventuale decisione in tale direzione dovrà essere assunta – previa approvazione del Parlamento europeo e consultazione della Commissione – da parte del Consiglio europeo ed all'unanimità dello stesso. È dunque con il più alto livello decisionale dei Capi di Stato e di Governo che, al momento appropriato, occorrerà confrontarsi al fine di poter compiere un qualsiasi ulteriore avanzamento.

Ritornando invece alle potenzialità implicite nel dare piena attuazione alla base giuridica offerta dall'art. 85 del Trattato, occorre ricordare come la stessa preveda la possibilità di affidare ad Eurojust il potere di avviare indagini penali o proporre l'inizio, coordinare le stesse e risolvere in maniera vincolante eventuali conflitti di competenza tra le autorità giudiziarie di Stati membri diversi. Ove pienamente attuata (ma all'orizzonte non se ne intravedono in verità i segni), tale disposizione offrirebbe già da sola la possibilità di disporre di un organismo efficace nella lotta nei confronti di tutte le forme di crimine grave transnazionale. Di certo, una volta che Eurojust non venisse più relegata al ruolo di organo di mero coordinamento, si proporrebbe nel contempo la necessità di offrire maggiore legittimità, indipendenza e corrispondente responsabilità al ruolo del Presidente posto alla sua guida ma la base giuridica indicata potrebbe comunque apparire maggiormente a portata di mano, attesa anche la procedura legislativa che la stessa comporta (maggioranza qualificata in codecisione), rispetto a quella prevista dal quarto comma del successivo art. 86 TFUE.

Per ciò che riguarda, invece, il tema della confisca, la situazione della stessa, nel campo del mutuo riconoscimento, appare ancora eccessivamente limitata alle sole decisioni di condanna in diretta conseguenza della commissione di un reato (*"conviction based confiscation"*). Successivamente all'impegno profuso da parte italiana, nel corso della propria Presidenza del 2014, al fine di sollecitare una iniziativa legislativa in tema di mutuo riconoscimento delle decisioni di confisca c.d. *"non-conviction based confiscation - NCB"*, si è arrivati ad una nuova iniziativa legislativa della Commissione in materia di mutuo riconoscimento che ha

finalmente condotto alla adozione del nuovo Regolamento 2018/1805 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca (in GUUE L 303 del 28 novembre 2018) e che dovrebbe consentire di includere il nostro sistema di confisca di prevenzione attraverso un più generale riferimento alle confische pronunziate “*In the framework of criminal proceedings*”.

Certo, anche alla luce della sentenza De Tommaso del febbraio 2017 della Grande Camera CEDU (pur riferita al diverso tema delle misure di prevenzione personali), potrebbe rivelarsi opportuno operare una più generale riflessione sul nostro attuale sistema in materia di misure di prevenzione ed in tal senso sembra muovere una recentissima presa di posizione della giurisprudenza di merito (Corte d’appello di Napoli, VIII Sez. pen. – misure di prevenzione, ord. 14 marzo 2017, Pres. Grasso, Est. Cioffi, in *Dir. Pen Cont.* 31 marzo 2017)

Una volta pervenuti poi a garantire un’effettiva attuazione del principio del mutuo riconoscimento delle misure di confisca su scala europea, non appare inimmaginabile pensare ad una possibile gestione e destinazione altrettanto “europea” dei beni confiscati a livello transnazionale attraverso l’istituzione di un “fondo europeo” che si occupi quindi della loro destinazione a progetti o finalità di natura sociale, indennizzo delle vittime di reati subiti all’estero o transnazionali, etc.

Deve da ultimo darsi atto e plaudersi alla recente implementazione da parte italiana di un grande numero di strumenti UE numerosi dei quali attuativi del principio del mutuo riconoscimento e da lungo tempo rimasti inattuati anche se precedenti al Trattato di Lisbona; occorre riconoscere i meriti di una tale azione sistematica che pone rimedio ad una situazione di strutturale e cronico ritardo italiano nella implementazione degli strumenti di cooperazione UE che ha condotto a colmare nell’arco di pochissimi anni un pesante *gap* che si trascinava da oltre un decennio e che ha consentito di vedere finalmente ratificata ed in vigore (ma solo dal 20 febbraio 2018) la convenzione dell’Unione europea di assistenza giudiziaria in materia a ben oltre tre lustri dalla sua adozione.

In guisa di conclusione ed al fine di promuovere il dibattito in materia, si ritiene possano avanzarsi le seguenti proposte quali spunti di discussione volti a garantire una maggior efficacia dell’azione europea contro il crimine organizzato.

Porre anzitutto rimedio alla attuale drammatica assenza di visione strategica nel settore dello SLSG legata alla mancata attuazione da parte del Consiglio europeo dell’art. 68 TFUE, anche attraverso possibili iniziative da parte di un gruppo di Stati che guardino oltre la o le contingenti emergenze che occupano l’attualità.

Effettuare chiare scelte politiche con riferimento all'opzione di muovere finalmente verso una piena attuazione dell'art. 85 TFUE per il rafforzamento di Eurojust od in alternativa farsi ricorso all'art. 86, comma 4 TFUE estendendo la competenza dell'EPPO ad altre forme di criminalità grave transnazionale.

Offrire in ogni caso piena ed effettiva attuazione anche a livello interno italiano al quadro normativo Eurojust attraverso il nuovo Regolamento istitutivo. Il Membro nazionale, in raccordo con le AG locali (che continuerebbero comunque a disporre degli atti e fascicoli processuali), dovrebbe avere il potere di redigere lui stesso (magari dialogando con gli omologhi degli altri SM interessati dalle stesse) MAE, EIO ed altri strumenti di mutuo riconoscimento etc., soprattutto nei casi di inchieste che vedano coinvolte più Procure. Al conferimento di tali effettivi poteri giudiziari in capo al Membro nazionale italiano dovrebbe corrispondere una modifica statutaria che non veda più lo stesso come magistrato collocato fuori ruolo ma pienamente integrato nella giurisdizione. Egli dovrebbe non solo provenire dalla DNA ma anche rimanere integrato nella stessa (analogo esigenza si pone almeno per il suo assistente che può sostituirlo in caso di assenza). Il potere di nomina del membro italiano dovrebbe conseguentemente venire trasferito dal Ministro al CSM (mantenendo il concerto del Ministro come avviene per gli incarichi apicali).

La Rete Giudiziaria Europea ed Eurojust dovrebbero divenire la sede di una vera e propria *clearing house* della cooperazione giudiziaria penale, ai fini di un effettivo monitoraggio dei casi di mancata o cattiva cooperazione, dove far emergere ed analizzare gli stessi al fine di promuovere le necessarie conseguenti iniziative in termini di revisione legislativa od eventualmente di controllo giurisdizionale degli inadempimenti degli Stati membri da parte della Commissione europea e della Corte di giustizia.

Dovrebbe promuoversi l'adozione di una nuova *Roadmap* sui diritti processuali delle persone coinvolte nel processo penale (che includa ad es. i temi della custodia cautelare, delle indagini difensive, etc.) offrendo così anche nuovo slancio alla programmazione legislativa nel quadro dell'Unione.

Da ultimo e più in generale, occorre anche tornare infine a riflettere sulle possibilità di un superamento della tradizionale dialettica "ravvicinamento *vs.* mutuo riconoscimento". Il ravvicinamento normativo nel campo sostanziale e processuale, effettivamente esteso anche al campo dei diritti difensivi, sembra poter costituire un potenziale "antidoto" alla crisi attuale, potendo in qualche modo contribuire a "rassicurare" le sempre più diffidenti opinioni pubbliche nazionali sul fatto che lo Spazio comune di Giustizia si fonda non già su di una cieca fiducia riposta nei sistemi degli "altri" ma su di un (più) solido zoccolo di norme comuni a tutti.

# I POTERI DI CONTROLLO DEL GIUDICE NAZIONALE IN MATERIA DI MANDATO DI ARRESTO EUROPEO E DI ORDINE EUROPEO DI INDAGINE PENALE

*Andrea Reale*

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Mandato di arresto europeo e poteri di controllo del giudice nazionale - 2.1. Requisiti formali del mandato di arresto europeo. Controllo giurisdizionale nella fase preliminare. - 2.2. Obbligo di traduzione. - 3. I controlli sostanziali. Cause ostative alla consegna e sue applicazioni. 3.1. a) La valutazione dei gravi indizi di colpevolezza. - 3.2. b) limiti massimi della carcerazione preventiva. - 3.3. c) rispetto delle garanzie giusto processo: processo *in absentia*. - 3.4. d) rispetto di diritti fondamentali: divieto di trattamenti inumani o degradanti. - 3.5. e) esecuzione della pena di persona residente o dimorante nel Paese di esecuzione. - 4. I poteri di controllo dell'autorità giudiziaria in materia di ordine europeo di indagine penale. - 4.1. Osservazioni sulle norme dettate dalla direttiva 2014/41/UE in materia di OEI. - 4.2. L'attuazione della direttiva 2014/41/UE in Italia e sue possibili implicazioni.

## **I. Premessa**

Il Trattato di Lisbona del 13.12.2007 ha definitivamente sancito il principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie, così dando un'evidente svolta in senso "orizzontale" alla cooperazione giudiziaria nei Paesi membri dell'Unione Europea.

Si è trattato della conclusione di un lungo percorso, che ha visto le sue tappe principali nel Consiglio Europeo di Cardiff del 1998, ripreso nelle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere l'anno successivo (15-16 ottobre 1999), proseguito in un Programma di misure volto alla sua attuazione, destinato alla creazione di «uno spazio giuridico europeo per l'extradizione»<sup>1</sup> e, altresì, nel Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa del 29 ottobre 2004.

<sup>1</sup> *Programma di misure per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali*, in GUCE 15.1.2001 n. C 12,10.

La soppressione dell'istituto della estradizione in favore di un sistema di “consegna” diretta tra autorità giudiziarie degli Stati membri ha conferito un ruolo di primaria importanza alle autorità giudiziarie dei Paesi che hanno traslato nel proprio ordinamento giuridico quel principio.

Si parla oggi metaforicamente di “giudice penale europeo”, atteso che le autorità giudiziarie dei vari Paesi membri avranno il compito di dare attuazione alle richieste di esecuzione di provvedimenti giurisdizionali, cautelari o definitivi, dei colleghi di altri Stati aderenti all'Unione Europea, così come di dare seguito alle richieste di prove (o di mezzi di ricerca della prova) “costituende” da parte di altri aderenti all'UE, pur nella pluralità e nella diversità dei sistemi giudiziari che li caratterizza.

L'armonizzazione, sia processuale, sia sotto il profilo sostanziale, è in corso e necessita di una serie di interventi che possano garantire «il rispetto dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale in tema di diritti fondamentali, nonché in tema di diritti di libertà e del giusto processo»<sup>2</sup>, così come prescritto, in tema di mandato di arresto europeo, dalle disposizioni di principio che hanno conformato il nostro ordinamento alla decisione quadro n. 2002/584/GAI del Consiglio dell'Unione Europea del 13 giugno 2002, ovvero, in tema di ordine europeo di indagine penale, dall'art. 1 d.lgs. 21 giugno 2017 n. 108 (che ha dato attuazione alla direttiva 2014/41/UE del 3 aprile 2014).

La chiave di lettura delle disposizioni eurounitarie ed il parametro interpretativo delle norme interne li hanno indicati la Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella famosa sentenza *Pupino* (causa C-105/03 del 16.6.2005, punto 43), ove viene chiarito che «applicando il diritto nazionale, il giudice del rinvio chiamato ad interpretare quest'ultimo è tenuto a farlo per quanto possibile alla luce delle lettera e dello scopo della decisione quadro al fine di conseguire il risultato perseguito da questa e di conformarsi così all'art. 34 n. 2, lettera b), T. U. E.».

Trattasi del principio di interpretazione conforme, secondo il quale deve essere preso in considerazione il diritto nazionale nel suo complesso per valutare in che misura quest'ultimo possa ricevere un'applicazione tale da non sfociare in un risultato contrario a quello perseguito dalla decisione quadro.

Alcuni recenti arresti della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, in particolare le sentenze nel caso *Melloni*, di cui si dirà *infra*, ed in quello *Taricco* (oggetto di più approfondite considerazioni in altri contributi del presente volume), hanno posto, da qualche anno, il problema del coordinamento (talvolta sarebbe meglio parlare di conflitto) tra il diritto dell'Unione Europea e della sua interpretazione dei giudici di Lussemburgo (talvolta definita “creativa”), il cui primato

<sup>2</sup> Così l'art. 1, comma 1, legge n. 69 del 22.04.2005.

nei Paesi membri è principio consolidato, e la tutela dei diritti fondamentali, sanciti nelle carte costituzionali dei Paesi membri, che dovrebbero divenire recessivi davanti agli atti normativi dell'UE.

La ricerca di “*standard* di tutela” uniformi, previa creazione di una legislazione procedurale in ordine ai diritti iscritti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, costituisce l'aspirazione delle istituzioni europee nella costruzione di una sorta di «diritto processuale penale europeo» ovvero di un «giusto processo europeo»<sup>3</sup>, che potrebbe prevenire eventuali contrasti.

Ne è scaturito un vivacissimo dibattito dottrinario e giurisprudenziale, nel quale ha svolto (e svolge) un ruolo determinante la dottrina dei “controlimiti”, intesi come limiti alle limitazioni di sovranità poste dal diritto eurounitario, al fine di garantire i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale ed i diritti inalienabili della persona umana.

In esso i principali protagonisti sono le Corti costituzionali dei Paesi membri, chiamate a valutare l'eventuale incompatibilità tra le normative in esame.

Dal caso Taricco e dalla sua ricerca di una soluzione che eviti il rischio di un *ultimatum* alla CGUE sul rispetto del principio di legalità in ambito penale, sancito dall'art. 25 Cost., ad esempio, è scaturita una importante ordinanza di rimessione della Corte costituzionale italiana alla Corte di Lussemburgo<sup>4</sup>.

Il giudice nazionale diviene, in questo contesto, «veicolo prioritario del diritto europeo nel contesto ordinamentale interno, e in tale suo ruolo gravato da precisi obblighi (interpretazione conforme, disapplicazione) in vista dell'efficace attuazione del diritto dell'Unione», ponendosi come «elemento al tempo stesso di saldatura (e tenuta) del sistema integrato di ordinamenti ma anche di possibile rottura (degli equilibri) dell'ordinamento interno in cui esso opera»<sup>5</sup>.

I suoi poteri/doveri in materia di cooperazione giudiziaria europea – caratterizzata dai nuovi rapporti diretti tra autorità giudiziarie e dalla applicazione immediata degli atti normativi dell'Unione Europea – costituiscono uno dei settori nevralgici nei quali è chiamato a svolgere il suo difficile ruolo di controllo diffuso di costituzionalità delle norme comunitarie e di applicazione delle stesse.

<sup>3</sup> Vd. T. RAFARACI, *Diritti fondamentali, giusto processo e primato del diritto dell'U.E.*, in *PPG*, n. 3/2014, p. 3.

<sup>4</sup> Corte Cost., ord. 26/1/2017 n. 24.

<sup>5</sup> Così R. SICURELLA, *Oltre la vexata quaestio della natura della prescrizione. L'actio finium regundorum della Consulta nell'ordinanza Taricco, tra sovranismo (strisciante) e richiamo (palese) al rispetto dei ruoli*, in “*Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale, Atti del convegno svoltosi nell'Università degli Studi di Ferrara il 24 febbraio 2017*”, a cura di A. BERNARDI, C. CUPELLI (a cura di), Napoli, Jovene, 2017.

## 2. Mandato di arresto europeo e poteri di controllo del giudice nazionale.

Tra le prime declinazioni del principio di mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie in materia penale vi è stata quella del mandato di arresto europeo<sup>6</sup> (sinteticamente: MAE), che ha consentito il superamento dell'impostazione verticale della cooperazione in materia di arresto e consegna di persone ricercate in uno Stato membro, sia in fase di cognizione (provvedimenti cautelari personali), sia in fase di esecuzione penale (sentenze di condanna), in favore di meccanismi di tipo orizzontale, di relazioni dirette tra le varie autorità giurisdizionali, caratterizzati dalla prevalenza della tecnica sulla politica e sulla cooperazione intergovernativa (cfr. Corte Cost. n. 143 del 2008).

Detto strumento consente all'autorità giudiziaria<sup>7</sup> di un Paese membro di chiedere all'omologo rappresentante dell'Ordine giudiziario in altro Stato dell'UE di dare seguito alla consegna di una persona sulla scorta del modello di atto di cui al formulario codificato nell'Annesso alla Decisione quadro.

Si tratta di un atto distinto ed autonomo rispetto al provvedimento coercitivo emesso nel procedimento penale interno.

La cooperazione giudiziaria si sostanzia nella emissione della "euro ordinanza", come da taluno è stata definita, in uno dei Paesi dell'UE e nella sua esecuzione da parte dello Stato nel quale si trova la persona ricercata.

La Decisione quadro 2002/584/GAI è diretta, mediante l'istituzione di un nuovo sistema semplificato e più efficace di consegna delle persone condannate o sospettate di aver violato la legge penale, a facilitare e ad accelerare la cooperazione giudiziaria allo scopo di contribuire a realizzare l'obiettivo assegnato all'Unione di diventare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, fondandosi sull'elevato livello di fiducia che deve esistere tra gli Stati membri.

<sup>6</sup> La definizione dello stesso è riportata all'art. 1 della decisione quadro 584/2002: «il mandato d'arresto europeo è una decisione giudiziaria emessa da uno Stato membro in vista dell'arresto e della consegna da parte di un altro Stato membro di una persona ricercata ai fini dell'esercizio di un'azione penale o dell'esecuzione di una pena o una misura di sicurezza privative della libertà».

<sup>7</sup> Per autorità giudiziaria non si intende soltanto un giudice o un organo giurisdizionale, ma anche le autorità chiamate a partecipare alla amministrazione della giustizia nell'ordinamento giuridico in questione. Ne sono esclusi i servizi di polizia (così Corte Giustizia UE cause C-452/16, *Poltorak*, che specifica che «l'emissione del MAE da parte di autorità non giudiziaria non consente di assicurare all'autorità giudiziaria dell'esecuzione che l'emissione di tale mandato d'arresto europeo abbia beneficiato di un simile controllo giudiziario e non può, pertanto, essere sufficiente a giustificare l'elevato livello di fiducia tra gli Stati membri che costituisce il fondamento stesso della decisione quadro») e gli organi del potere esecutivo (così C-477/16, *Kovalkovas*).



Tanto il principio della fiducia reciproca tra gli Stati membri quanto il principio del riconoscimento reciproco, nel diritto dell'Unione, rivestono un'importanza fondamentale, dato che consentono la creazione e il mantenimento di uno spazio senza frontiere interne. Più specificamente, il principio della fiducia reciproca impone a ciascuno di detti Stati, segnatamente per quanto riguarda lo spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia, di ritenere, tranne in circostanze eccezionali, che tutti gli altri Stati membri rispettino il diritto dell'Unione e, più in particolare, i diritti fondamentali riconosciuti da quest'ultimo.

Gli elementi costitutivi della procedura sono costituiti, oltre che dalla relazione diretta tra le autorità di emissione e quella di esecuzione, anche dal superamento del principio del controllo sulla doppia incriminazione, dalla previsione di un *numerus clausus* di motivi di rifiuto di consegna e dalla rapidità e certezza della fase di esecuzione del mandato di arresto europeo, attraverso la predeterminazione di termini massimi per la decisione sulla consegna e per il trasferimento della persona<sup>8</sup>.

Il mandato può essere emesso, ai fini dell'esercizio dell'azione penale, in procedimenti per fatti di reato disciplinati dalla legislazione interna, per i quali è prevista una pena o una misura di sicurezza per un periodo non inferiore ad un anno, nonché in casi di esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privata della libertà personale di durata non inferiore a quattro mesi.

Il principio del riconoscimento reciproco, che costituisce il «fondamento» della cooperazione giudiziaria, implica, a norma dell'articolo 1, paragrafo 2, della Decisione quadro, che gli Stati membri sono tenuti, in linea di principio, a dar corso ad un mandato d'arresto europeo.

L'autorità giudiziaria di esecuzione può rifiutarsi di dare esecuzione a un sifatto mandato soltanto nei casi, tassativamente elencati, di non esecuzione obbligatoria, previsti dall'articolo 3 della decisione quadro, o di non esecuzione facoltativa previsti dagli articoli 4 e 4-bis dello stesso atto europeo.

Inoltre, l'esecuzione del mandato d'arresto europeo può essere subordinata unicamente a una delle condizioni tassativamente previste dall'articolo 5 della Decisione quadro<sup>9</sup>.

L'Italia si è conformata alla decisione quadro che ha previsto questo fondamentale strumento di cooperazione giudiziaria con la legge n. 69 del 22 aprile 2005.

<sup>8</sup> Vd. G. DE AMICIS, *Il mandato di arresto europeo: prassi e problemi applicativi*, in [www.europeanrights.eu/public/commenti/testo\\_de\\_amicis.doc](http://www.europeanrights.eu/public/commenti/testo_de_amicis.doc).

<sup>9</sup> Così Corte Giustizia UE, Sentenza del 5 aprile 2016, *Aranyosi e Căldăraru*, C404/15 e C659/15 PPU, e giurisprudenza ivi citata.

Sin dalla sua attuazione nel nostro ordinamento il legislatore nazionale ha dimostrato, tuttavia, una certa resistenza e rigidità nell'automatico adeguamento alle decisioni giudiziarie di altri Paesi, in particolare rendendo obbligatorie alcune cause facoltative di rifiuto della consegna previste nel provvedimento normativo europeo e introducendo, altresì, requisiti di validità o presupposti di legittimità dell'euomandato nel nostro Stato non espressamente positivizzati dalla Decisione quadro.

È stato evidenziato che la legge italiana determina un sensibile allargamento dei poteri di filtro giurisdizionale sul provvedimento presupposto, non giustificati dalla struttura e dalle finalità perseguite dalla Decisione quadro.

In questa sede si intendono evidenziare, senza pretesa di esaustività, alcune forme di esplicazione dei poteri di controllo del giudice nazionale in materia di mandato di arresto europeo, in particolare quelle che hanno avuto una diffusa applicazione giurisprudenziale.

Ci si riferisce, in particolare, a quelli operanti in fase di procedura passiva di consegna (la cui disciplina interessa gli artt. 5-27 della legge 69/2005), ma che trovano non meno importanti addentellati sin dalle disposizioni di principio della normativa nazionale.

Il controllo giurisdizionale interno è demandato alla Corte di appello nel cui distretto l'imputato o il condannato ha la residenza, la dimora o il domicilio (art. 5 l. 69/2005).

A detto giudice nazionale spetta la verifica della sussistenza delle condizioni per l'esecuzione del MAE.

### *2.1. Requisiti formali del mandato di arresto europeo. Controllo giurisdizionale nella fase preliminare.*

Il *considerandum* n. 8 della Decisione quadro 2002/584 prescrive il dovere, per l'autorità giudiziaria di esecuzione, di un "controllo sufficiente" sulle decisioni relative all'esecuzione di un mandato d'arresto europeo.

L'art. 1, comma 3, l. 69/2005, innanzitutto, richiede che il provvedimento cautelare sia stato sottoscritto da un giudice e sia motivato, ovvero che la sentenza sia irrevocabile.

Si tratta di una norma che introduce un requisito non richiesto neanche dalla Decisione quadro, e persino più rigida di quanto previsto nell'art. 13 Carta costituzionale, atteso che provvedimenti restrittivi della libertà personale, nel nostro ordinamento giuridico, possono essere emessi dal Pubblico ministero e che la Corte di Giustizia UE ha annoverato, tra le autorità giudiziarie competenti ad emettere un ordine europeo, tutti i soggetti chiamati a partecipare all'amministrazione della giustizia.

La dottrina ha sottolineato come sia stato previsto un limite non in sintonia con il principio del mutuo riconoscimento sul quale la decisione quadro si fonda<sup>10</sup>.

Nella giurisprudenza di legittimità italiana, tuttavia, è stato posto un freno ad interpretazioni eccessivamente restrittive. È stato sottolineato, ad esempio, che non solo non è causa di invalidità, ma non comporta neanche la mancata esecuzione del mandato di arresto europeo la circostanza che dalle copie ufficialmente trasmesse dall'autorità di emissione non risulti la sottoscrizione da parte di un giudice del provvedimento cautelare<sup>11</sup>.

L'art. 6, comma 3, l. 69/2005, inoltre, prescrive una limitazione, sempre di carattere formale, ponendo come condizione di esecuzione l'allegazione, al MAE, di copia del provvedimento restrittivo della libertà personale o della sentenza di condanna a pena detentiva che ha dato luogo alla richiesta stessa.

Nelle applicazioni pratiche si manifesta, tuttavia, la tendenza all'alleggerimento da appesantimenti formali, consentendosi di dare seguito alle procedure di consegna anche sulla scorta di mandati di arresto europei (e dei presupposti provvedimenti restrittivi) trasmessi in copie non autentiche, ovvero inviati a mezzo telefax.

L'importante, secondo i giudici di legittimità nazionali, è che sia in qualche modo desumibile l'indicazione precisa del provvedimento su cui si basa l'istanza<sup>12</sup>. Non si è reputata ostativa alla consegna, ad esempio, l'omessa acquisizione, da parte della Corte di appello, del provvedimento restrittivo, sia esso cautelare<sup>13</sup>,

<sup>10</sup> M.R. MARCHETTI, Voce *Mandato di arresto europeo*, in *Enc. Dir., Annali II, tomo 1*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 541.

<sup>11</sup> Cass., Sez. 6, 8/1/2009 n. 1125, *Stojanovic*, Rv. 244140. Analogamente Cass., Sez. 6, 24/9/2012 n. 37124, *Iossa*, rv. 253431, che ha specificato come «lo scopo della disposizione in esame, infatti, non è quello, del tutto formalistico, di avere comunque a disposizione una siffatta sottoscrizione, bensì quello di controllare che, a fronte delle più svariate autorità giudiziarie che hanno la possibilità di emettere il mandato di arresto europeo (che negli ordinamenti stranieri ben potrebbe essere il pubblico ministero, dato che l'art. 6 della richiamata decisione quadro 2002/584/GAI rimette al singolo Stato membro la individuazione di tale autorità) sia certo che il provvedimento cautelare sottostante, cui si intende dare esecuzione, sia stato emesso da un giudice».

<sup>12</sup> Cass., Sez. 6, 11/12/2015 n. 49612, *Posea*, rv. 265470.

<sup>13</sup> Vd., *ex plurimis*, Cass., Sez. 6, 29/12/2010 n. 45668, *Chaoui*, rv. 248972, che ha specificato che: «il requisito della motivazione del provvedimento cautelare in base al quale il mandato è stato emesso non può essere parametrato alla nozione ricavabile dalla tradizione giuridica italiana, che richiede l'esposizione logico-argomentativa del significato e delle implicazioni del materiale probatorio, dovendosi ritenere sufficiente che l'autorità giudiziaria emittente abbia dato "ragione" del provvedimento adottato, il che può realizzarsi anche attraverso la puntuale allegazione delle evidenze fattuali a carico della persona di cui si richiede la consegna».

sia definitivo<sup>14</sup>, purché il mandato di arresto europeo consenta all'autorità giudiziaria del Paese di esecuzione il controllo sui gravi indizi di colpevolezza (art. 17, comma 4, l. 69/2005) o sulla motivazione (art. 18, comma 1, lettera t, l.69/2005), anche se lo Stato di emissione non dia corso alle richieste integrative avanzate dal Paese di esecuzione *ex artt.* 6 e 16 l. 69/2005.

Si è giunti, così, a ritenere pienamente valido ed efficace, ai fini della consegna, un mandato di arresto europeo, anche in assenza di un mandato di cattura interno dello Stato richiedente, di cui diviene atto surrogatorio, purché contenga le indicazioni formali e le motivazioni proprie dell'euromandato, esponendo tutti gli elementi conoscitivi necessari e sufficienti per la decisione sulla consegna comunitaria<sup>15</sup>.

Ulteriore controllo giurisdizionale dell'autorità giudiziaria del Paese di esecuzione, stavolta di carattere non solo formale, è quello sulle allegazioni al MAE, indicate dal comma 4 dell'art. 6 l. 69/2005.

Parte della dottrina parla di «vera e propria fase preliminare»<sup>16</sup>, nel corso della quale l'autorità giudiziaria effettua un controllo che riguarda anzitutto la completezza dei dati previsti dall'art. 6, in secondo luogo valuta la loro sufficienza a fini decisori, potendo chiederne una eventuale integrazione.

In particolare si richiede una relazione sui fatti addebitati alla persona della quale è domandata la consegna, con indicazione delle fonti di prova, del *tempus* e del *locus commissi delicti*, della loro qualificazione giuridica, nonché il testo delle disposizioni di leggi applicabili (con indicazione del tipo e della durata della pena) ed i dati segnaletici identificativi del ricercato.

L'omessa trasmissione non determina soltanto l'attivazione, per via ministeriale, della richiesta della documentazione mancante al Paese emittente, ma può persino costituire causa di respingimento della richiesta, ove non si ottemperi a completare l'allegazione indicata dalla citata norma.

Anche in questi casi la giurisprudenza di legittimità nazionale, con il fine di favorire la più ampia concretizzazione dello spazio giudiziario europeo, ha ovviato alle rigidità della legge, prevedendo che l'assenza della relazione non costituisca causa ostativa alla consegna, qualora ci siano sufficienti elementi ed in-

<sup>14</sup> Vd, *ex plurimis*, Cass., Sez. 6, 3/4/2009 n. 15223, *Burlacu*, rv. 243081; Cass. 20/2/2014 n. 9764, *Canciu*, rv. 259116.

<sup>15</sup> Si trattava, nella fattispecie, di un mandato di cattura nazionale emesso in forma unicamente verbale, come consentito dalla legislazione nazionale olandese, Cass., Sez. 6, 30/12/2014 n. 54, *Van Der Horst*, Rv. 262030.

<sup>16</sup> G. IUZZOLINO, *La decisione sull'esecuzione del mandato di arresto europeo*, in *Mandato di arresto europeo. Dall'estradizione alle procedure di consegna*, a cura di M. BARGIS e E. SELVAGGI, Torino, Giappichelli, 2005, p. 272.

dicazioni esplicitate nel MAE o in altri atti equipollenti, in quanto ciò che conta è che la documentazione trasmessa dallo Stato di emissione consenta all'autorità giudiziaria italiana di espletare il controllo affidatole dalla legge<sup>17</sup>.

Spetta all'autorità giudiziaria richiesta della consegna, in definitiva, la valutazione se le omissioni nelle informazioni prescritte dall'art. 6 l. n. 69 del 2005 determinino una lacuna ostativa alla consegna, tenendo conto della concreta fattispecie penale dedotta e di ogni altra informazione trasmessa.

Può capitare, ad esempio, il caso in cui non sia indicata la pena minima, ma soltanto quella massima da parte dello Stato emittente, ed il giudice nazionale debba verificare se sussista la condizione impeditiva della necessità che il fatto sia punito dalla legge dello Stato di emissione con una pena detentiva non inferiore a dodici mesi.

La Corte di cassazione, in detta fattispecie, ha chiarito che la lacuna non determina di per sé il rifiuto di consegna, ma solo il potere-dovere dell'autorità giudiziaria di esecuzione di richiedere a quella di emissione l'invio delle informazioni ritenute necessarie<sup>18</sup>.

Potrà, al contrario, essere annullata una decisione di consegna, quando la documentazione trasmessa dallo Stato d'emissione, ad esempio in caso di sentenza di condanna, contenga soltanto la mera enunciazione dell'ipotesi delittuosa, accompagnata dal dispositivo di condanna, senza nessun ulteriore passaggio argomentativo, dal quale si possa desumere la sussistenza del fatto addebitato, la sua commissione da parte della persona condannata, sulla base di validi ed esplicitati elementi di prova<sup>19</sup>.

## 2.2. *Obbligo di traduzione.*

L'art. 6, comma 7, l. 69/2005 prevede uno specifico obbligo di traduzione in lingua italiana del mandato di arresto europeo, tanto che costituisce legittimo motivo di rifiuto di consegna la mancata traduzione dello stesso, in quanto equiparato a mancata allegazione<sup>20</sup>.

Appare evidente il diritto per l'imputato di conoscere – e pertanto di comprendere pienamente – il contenuto dell'atto, che viene posto a base della custodia cautelare.

La direttiva 2010/64/UE del 20 ottobre 2010 ha previsto, all'art. 2 §7, l'obbligo di assistenza di un interprete alle persone che non parlino o comprendano

<sup>17</sup> Così Cass., Sez. 6, 20/10/2011 n. 38850, *Estrada Ortiz*, rv. 250793.

<sup>18</sup> Cass., Sez. 6, 21/11/2006 n. 40614, *Arturi*, rv. 235514.

<sup>19</sup> Cass., Sez. 6, 9/12/2008 n. 46294, *Banyis*, rv. 242235.

<sup>20</sup> Cass., Sez. 6, 20/3/2007 n. 17306, *Petruzzella*, rv. 236582.

la lingua del procedimento, nonché la traduzione scritta del MAE a chi non comprende la lingua in cui il mandato è redatto o è stato tradotto dallo stato membro emittente (art. 3 §6), anche se consente la traduzione o il riassunto orale, a condizione che non si pregiudichi l'equità del procedimento (art. 3 §7) e risulti dal verbale (art. 7). Si sarebbe dovuta garantire anche l'impugnazione della decisione che dichiarasse superflua l'interpretazione (considerando n. 25 della citata direttiva).

Nel nostro Paese è stata data attuazione alla direttiva n. 2010/64/UE con il d.lgs. 4 marzo 2014 n. 32.

Novellando il contenuto dell'art. 143 c.p.p., al fine di garantire il diritto di difesa dell'imputato, di rilevanza costituzionale, è stato fatto obbligo all'autorità procedente di disporre la traduzione scritta, entro un termine congruo tale da consentire l'esercizio dei diritti e della facoltà della difesa, tra gli altri, dei provvedimenti che dispongono misure cautelari personali, delle sentenze e dei decreti penali di condanna.

Non è stata apportata alcuna modifica, in senso garantista, alla legge n. 69/2005, probabilmente ritenendosi sufficiente il disposto dell'art. 12, comma 1, l. 69/2005.

In realtà quest'ultima norma si riferisce soltanto ad un riassunto orale del contenuto del mandato di arresto, mentre la direttiva prevede una traduzione scritta, certamente molto più soddisfacente al fine di garantire il diritto ad una piena ed effettiva difesa della persona da consegnare.

È stato notato da attenta dottrina che neanche il richiamo alle norme del codice di procedura penale, posto dagli artt. 9, comma 5, e 39 l. 69/2005, in quanto compatibili, possa consentire di applicare la norma di cui all'art. 143 c.p.p., ubicato nel libro II del codice di rito (e non il titolo I del libro IV, così come richiamato dall'art. 9 cit.)<sup>21</sup>.

Diversamente opina la giurisprudenza di legittimità, traendo le mosse dal disposto del considerando n. 15 della direttiva, secondo il quale i diritti previsti dalla stessa dovrebbero applicarsi, «quali necessarie misure di accompagnamento, all'esecuzione del mandato d'arresto europeo nei limiti stabiliti dalla medesima. Gli Stati membri di esecuzione dovrebbero provvedere all'interpretazione e alla traduzione a beneficio delle persone ricercate che non parlino o non comprendano la lingua del procedimento e assumerne i relativi costi».

Sulla base del *considerando* n. 15 della direttiva, la Corte di cassazione ha ritenuto che l'art. 39, comma 1, l. n. 69 del 2005 consenta di estendere il dettato

<sup>21</sup> M. BARGIS, *Il mandato di arresto europeo dalla decisione quadro del 2002 alle odierne prospettive*, in *DPC*, 4/2015, p. 66.

del nuovo art. 143 c.p.p. al procedimento di esecuzione di un MAE, con riguardo alla traduzione della sentenza, ma «solo quando la persona richiesta in consegna, che non comprende la lingua italiana, ne faccia espressa e motivata richiesta in applicazione del quadro dei principi stabiliti dalla direttiva 2010/64/UE, che impongono agli Stati membri di assicurare la traduzione scritta dei documenti fondamentali per l'esercizio del diritto di difesa, ivi comprese le sentenze»<sup>22</sup>.

Cosicché, a fronte di una specifica richiesta in tal senso formulata, i termini d'impugnazione non potrebbero che decorrere dal momento in cui la motivazione della decisione sia stata messa a disposizione dell'interessato nella lingua a lui comprensibile.

È stato specificato, in un successivo arresto giurisprudenziale, che un analogo diritto non sussiste, invece, con riferimento alla traduzione scritta di atti compiuti nell'ambito del procedimento estero, che può essere richiesta esclusivamente alla competente autorità giudiziaria dello Stato di emissione del MAE<sup>23</sup>.

In un altro caso la Corte di cassazione aveva già chiarito che «intanto può esistere l'indicato diritto alla traduzione in quanto sussista l'obbligo di una specifica comunicazione, che distingua gli atti dal materiale processuale cui la parte può avere comunque accesso diretto, in presenza di un interprete», ulteriormente statuendo che «il fatto che la direttiva (n. 2010/64/UE) esplicitamente si ponga quale strumento di attuazione delle garanzie fondamentali dell'equo processo, come assicurate dall'art. 6 della Convenzione EDU, non implica evidentemente che tale ultima norma debba ritenersi implementata, nella propria funzione di presidio dei 'diritti minimi degli accusati', dalle specifiche disposizioni delle direttive medesima»<sup>24</sup>.

Il manuale aggiornato sull'esecuzione e l'emissione del mandato di arresto europeo<sup>25</sup> chiarisce, infine, che il mandato di arresto europeo debba essere tradotto in una delle lingue ufficiali del Paese membro dell'UE, ovvero in un'altra

<sup>22</sup> Cass., Sez. 6, 8/1/2015 n. 1199, *Ivancescu*, rv. 261639.

<sup>23</sup> Cass., Sez. 6, 24/11/2016, n. 50814, *Aleksishvili*, rv. 265389, dove, ribadito che l'imputato alloggiato che non conosca la lingua italiana, qualora ne faccia espressa e motivata richiesta, ha diritto di ottenere la traduzione dei documenti fondamentali per il corretto funzionamento della procedura di consegna, i giudici di legittimità, alla censura relativa alla violazione dell'art. 143 c.p.p., avanzata dalla difesa dell'imputato, hanno risposto che la traduzione in forma orale del provvedimento cautelare tedesco era stata effettuata immediatamente nel corso dell'udienza ed il ricorrente, inoltre, aveva dimostrato di avere correttamente compreso il contenuto delle contestazioni a suo carico, producendo altresì documentazione volta a contestarne le risultanze probatorie.

<sup>24</sup> Cass., Sez. 6, 15/5/2014 n. 21322, *Alferi*, rv. 260015.

<sup>25</sup> Comunicazione Commissione Europea 28 settembre 2017, C (2017) 6389.

lingua che lo stesso abbia dichiarato di accettare, invitando le autorità giudiziarie dell'esecuzione a provvedere in termini ristretti (da tre a sei giorni) specialmente quando la persona da consegnare sia già stata sottoposta a custodia.

Va, tuttavia, rilevato che alcuni pronunciamenti della suprema Corte di cassazione, persino successivi alla attuazione della direttiva in Italia, abbiano ritenuto legittima la decisione di consegna in relazione ad un MAE esecutivo, al quale non sia stata allegata la traduzione in lingua italiana della sentenza di condanna a pena detentiva che ha dato luogo alla richiesta, qualora la documentazione in atti contenga tutti gli elementi conoscitivi necessari e sufficienti per l'adozione della decisione<sup>26</sup>.

In un altro caso è stato ritenuto che l'omessa traduzione del MAE non determina l'illegittimità per violazione del diritto di difesa dell'ordinanza di custodia cautelare, emessa successivamente alla convalida dell'arresto ai sensi degli artt. 9 e 13, comma secondo, della legge 69/2005, in quanto è sufficiente che l'interessato sia stato informato, in una lingua a lui comprensibile, del mandato emesso nei suoi confronti e del suo contenuto dall'ufficiale di polizia giudiziaria che ha proceduto all'arresto<sup>27</sup>.

### 3. I controlli sostanziali. Cause ostative alla consegna e sue applicazioni.

#### 3.1. a) *La valutazione dei gravi indizi di colpevolezza.*

Il legislatore interno ha subordinato la consegna al riscontro dei gravi indizi di colpevolezza da parte dell'autorità giudiziaria competente (art. 17, comma 4, l. 69/2005). Si tratta di una condizione non prevista dalla decisione quadro sul MAE, che ha dato origine ad un interessante dibattito.

Il tipo di controllo rimesso alla Corte di appello avrebbe potuto determinare, invero, un passo indietro rispetto alla scelta normativa di soppiantare il tradizionale sistema estradizionale, atteso che il vaglio del giudice interno avrebbe potuto comportare una invasione nella valutazione del merito della imputazione, riservata al solo giudice emittente, in violazione del principio di reciproca fiducia e riconoscimento delle decisioni giudiziarie sancito dalle normative internazionali citate.

L'interpretazione adottata dalla Suprema Corte di cassazione italiana, conforme al risultato perseguito dalla decisione quadro, ha consentito di superare detto *empasse*.

<sup>26</sup> Cass., Sez. 6, 22/10/2009 n. 41631, rv. 245289.

<sup>27</sup> Cass., Sez. 6, 5/4/2017 n. 19025, *Jabri*, rv. 269838.



Le Sezioni unite, in particolare, hanno ritenuto sufficiente che il MAE, per il suo intrinseco contenuto o per gli altri elementi raccolti in sede investigativa o processuale, sia fondato su un “compendio indiziario” ritenuto dall’autorità giudiziaria emittente seriamente “evocativo” di un fatto-reato commesso dalla persona di cui si richiede la consegna. È sufficiente la “riconoscibilità” dei gravi indizi di colpevolezza, spettando all’autorità emittente ogni valutazione sulla loro consistenza e forza probatoria<sup>28</sup>.

Non appare necessario che il mandato di arresto, dunque, contenga una elaborazione dei dati fattuali che pervenga alla conclusione della gravità indiziaria, così come prevista dall’art. 273, comma 1, del codice di procedura penale italiano, ma è necessario e sufficiente che le fonti di prova relative all’attività criminosa ed al coinvolgimento della persona richiesta – emergenti dal contenuto intrinseco del mandato o, comunque, dall’attività supplementare inviata dall’autorità emittente – siano astrattamente idonee a fondare la gravità indiziaria, sia pure con la sola indicazione delle evidenze fattuali a suo carico<sup>29</sup>.

Ostativa alla consegna, in definitiva, ai sensi del comma 4 dell’art. 17 l. 69/2005, sono soltanto i mandati (e la documentazione allegata agli stessi) che siano sprovvisti di ogni indicazione sulle specifiche fonti di prova relative alla condotta criminosa ed alla riferibilità della stessa al soggetto agente<sup>30</sup>, ovvero quelli che si limitino ad una mera duplicazione della narrativa del capo di imputazione<sup>31</sup>.

Analogamente deve dirsi con riferimento al controllo giurisdizionale dell’autorità giudiziaria del Paese di esecuzione sulla motivazione del titolo di arresto. È stato escluso che detto vaglio debba essere rapportato a quello ricavabile dalla tradizione giuridica nazionale, ritenendo sufficiente che l’autorità di emissione abbia dato “ragione” del mandato di arresto, anche solo attraverso la puntuale allegazione delle evidenze fattuali a carico della persona da consegnare.

La causa di rifiuto della consegna disciplinata nella legge 69/2005 (art. 18, lettera t) non potrà essere invocata, dunque, nel caso in cui il provvedimento

<sup>28</sup> Cass., S.U. 30/1/2007 n. 4614, *Ramoci*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1911.

<sup>29</sup> Cass., Sez. 6, 6.11.2013 n. 44911, *Stoyanov*, rv. 257466; conforme, da ultimo, Cass., Sez. 6, 6.6.2017, n. 28281, *Mazza*, rv. 270415.

<sup>30</sup> Cass., Sez. 6, 17.7.2008 n. 30439, *Frunza*, rv. 243591 (La Suprema Corte, nella fattispecie, ha ritenuto corretta la decisione della corte di appello di rifiutare la consegna, in quanto lo Stato di emissione aveva soltanto dichiarato che gli indizi a carico del ricercato derivavano da “vaste indagini” svolte dalla polizia, senza fornire altre indicazioni, non consentendo pertanto di verificare se il mandato fosse fondato su un compendio indiziario che l’autorità giudiziaria emittente avesse ritenuto seriamente evocativo di un fatto-reato commesso dalla persona richiesta in consegna).

<sup>31</sup> Cass., Sez. 6, 10/6/2009 n. 26698, *Barna*, rv. 244282.

da eseguire non abbia il medesimo impianto motivazionale previsto nel nostro ordinamento giuridico, essendovi soltanto l'obbligo, per il giudice italiano, di verificare che i provvedimenti incidenti sullo *status libertatis* del Paese richiedente non siano immotivati<sup>32</sup>.

Analogamente l'ordinanza applicativa della misura della custodia cautelare in carcere, emessa in esecuzione di un mandato di arresto europeo in Italia, non deve contenere la descrizione sommaria del fatto e l'indicazione delle norme violate, che si rinvergono nel mandato di arresto, né deve farsi carico delle valutazioni in tema di adeguatezza e proporzionalità della misura (e di concedibilità della sospensione condizionale della pena), potendo la Corte di appello valutare, in sede di sommaria delibazione, al limitato fine cautelare, l'esistenza di elementi sufficientemente certi che offrano ragioni idonee a ritenere che ricorrano, in concreto e allo stato, elementi ostativi alla consegna secondo il disposto dell'art. 9, comma sesto, legge n. 69 del 2005<sup>33</sup>.

Di recente è stato ribadito che il controllo del giudice nazionale, in sede di convalida di arresto, è caratterizzato da un "orizzonte limitato", atteso che, nell'ambito della cooperazione giudiziaria internazionale, esso deve arrestarsi al controllo sulla legittimità formale (ricorrenza di uno dei casi previsti dalla legge), appurare che non vi sia un errore di persona (art. 13, comma 2, l. 69/2005), richiedendosi soltanto la motivazione sul pericolo di fuga e sull'assenza di cause ostative alla consegna<sup>34</sup>.

Non trovano applicazione, in tali casi, le disposizioni codicistiche sulle ordinanze applicative di misure cautelari personali (art. 273, comma 1 e 1-bis c.p.p.) e vengono limitati gli interventi defensionali a coefficienti "minimali"<sup>35</sup>, per la intrinseca diversità dei presupposti del procedimento che il legislatore nazionale appronta in sede di convalida di arresto *ex art. 13 l. 69/2005* rispetto a quelli previsti nel nostro ordinamento in casi di flagranza.

### 3.2. b) *limiti massimi della carcerazione preventiva.*

Tra le cause di rifiuto della consegna che il nostro legislatore ha disciplinato – prevedendole tutte come obbligatorie, come sopra ricordato, in difformità a quanto previsto dagli artt. 3 e 4 della decisione quadro del 2002 – risulta di particolare pregnanza quella del rispetto dei limiti massimi della custodia cautelare in carcere nel Paese di emissione (art. 18, lettera e, l. 69/2005).

<sup>32</sup> Cass., Sez. 6, 23/4/2009 n. 17722, *Hysaj*, cit. da G. DE AMICIS, op. cit., p. 61.

<sup>33</sup> Cass., Sez. 6, 5/5/2006 n. 19764, *Truppo*, in rv. 234164.

<sup>34</sup> Cass., Sez. 6, 31/5/2017 n. 29815, *Gregorio*, rv. 270641.

<sup>35</sup> Cass., Sez. F., 4/9/2008 n. 34958, *Laporta*, rv. 240718; conformi: Cass., Sez. 6, 5/6/2006 n. 20550, *Volanti*, rv. 233743; Cass. 19/2/2007 n. 7708, *Sanfilippo*, rv. 23556.

Va innanzitutto esplicitato che si tratta di un motivo non previsto dalla Decisione quadro.

L'anomalia del contrasto con i motivi esaustivi di rifiuto della consegna sanciti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea<sup>36</sup> si spiega nella tutela dei principi costituzionali in materia di giusto processo (vd. *considerando* n. 12 della Decisione quadro), che hanno trovato sponda anche nella raccomandazione del Consiglio d'Europa del 27.9.2006, la quale invita i Paesi membri a dotarsi di sistemi di «*continuous reviews*», «*at regular intervals*», dei periodi di detenzione cautelare pur prescindendo dalla fissazione di predeterminati termini, di fase e complessivi («*maximum periods*»).

La nostra Carta fondamentale demanda al legislatore nazionale la fissazione dei limiti massimi di carcerazione preventiva (art. 13, comma 5, Cost.).

La legge attuativa della direttiva sul mandato di arresto ha posto le cosiddette «clausole di salvaguardia», in particolare i controlli sulla compatibilità delle disposizioni della Decisione quadro con i principi supremi dell'ordinamento costituzionale in tema di diritti fondamentali, nonché in tema di diritti di libertà e di giusto processo (art. 1 l. 69/2005), facendo specifico riferimento alla CEDU, agli artt. 5 e 6 della stessa convenzione europea (diritto alla libertà ed alla sicurezza e diritto al processo equo) ed ai principi e regole del giusto processo, ivi compresi quelli relativi alla libertà personale.

La giurisprudenza CEDU non esige la previsione di termini massimi di fase durante la carcerazione preventiva, purché l'imputato venga condotto al più presto in giudizio.

Infatti l'art. 5, comma 3, CEDU statuisce che ogni persona arrestata o detenuta, conformemente alle condizioni previste dal paragrafo 1 c) del presente articolo, deve essere tradotta al più presto dinanzi a un giudice o a un altro magistrato autorizzato dalla legge a esercitare funzioni giudiziarie e ha diritto di essere giudicata entro un termine ragionevole o di essere messa in libertà durante la procedura.

Le sezioni unite della Corte di cassazione<sup>37</sup>, chiamate a pronunciarsi sul potenziale contrasto giurisprudenziale a cui poteva dare adito la lettera e) dell'art. 18 l. 69/2005, hanno chiarito il tipo di controllo che il giudice nazionale è tenuto a svolgere in detti casi, in funzione delle garanzie equivalenti a quelle derivanti dal nostro sistema processuale.

<sup>36</sup> Sentenza *Wolzenburg* C-123/2008, punto 57; sentenza 1° dicembre 2008, causa C-388/08 PPU, *Leymann e Pustovarov*, punto 51; sentenza del 5 aprile 2016, *Aranyosi e Căldăraru*, C404/15 e C659/15 PPU, punto 80.

<sup>37</sup> Cass., SS.UU. 30/1/2017 N. 4614, *Ramoci*, rv. 235352.

È sufficiente, ma anche necessario, che il Paese emittente preveda un controllo temporaneo e che sia fissato un limite temporale “implicito”, in modo che si instauri, obbligatoriamente e con scadenze predeterminate, un controllo giurisdizionale funzionale alla legittima prosecuzione della custodia cautelare nella fase antecedente alla pronuncia di condanna, ovvero, in alternativa, alla estinzione della stessa.

Nel caso in esame la previsione di un termine massimo di custodia cautelare in carcere prima della sentenza di condanna (sei mesi), prevista dall’ordinamento tedesco, oltre che il periodico controllo (ogni tre mesi) della necessità del mantenimento dello stato custodiale da parte del giudice (anche di ufficio, ove l’imputato non sia munito di difensore di fiducia) rispondono alle garanzie difensive richieste dal nostro Paese.

In casi successivi la Corte di legittimità ha ribadito detto orientamento sia con riferimento ad un mandato di arresto emesso dal Regno Unito<sup>38</sup>, sia con una richiesta proveniente dalla Ungheria<sup>39</sup>.

Una delle più recenti sentenze del Supremo Collegio in argomento ha escluso che sussista l’ipotesi di rifiuto di consegna previsto dall’art. 18, lett. e) legge 22 aprile 2005, n. 69 anche nel caso in cui Paese richiedente sia il Lussemburgo, posto che l’ordinamento processuale di quest’ultimo, pur non contemplando limiti di durata massima della carcerazione preventiva, prevede che spetti al

<sup>38</sup> Cass., Sez. 6, 14/12/2012 n. 48777, imp. *Crepuljar*, Rv. 254012, specificando che, anche in quel caso, «è pienamente compatibile con i principi fondamentali del nostro ordinamento una disposizione, quale quella contenuta nel sistema processuale dello Stato richiedente la consegna, che stabilisce che, nell’ambito di una determinata fase quale quella del giudizio di primo grado, il termine di durata della custodia cautelare possa essere eccezionalmente prorogato dal giudice sulla base di accertate condizioni predeterminate dalla legge. Al contrario, è dirimente che quel sistema fissi, comunque, un termine massimo di durata della custodia cautelare, che coincide con la pronuncia della sentenza di condanna di primo grado: previsione, questa, la quale solo apparentemente contrasta con la disciplina dettata dal nostro codice di rito, che collega la efficacia della misura cautelare alla definizione dell’intero processo e, dunque, all’emissione di una sentenza di condanna irrevocabile, ma che, ai fini che qui interessa, non è di ostacolo alla operatività delle norme in materia di mandato di arresto Europeo, tenuto conto che, secondo il pacifico orientamento di questa Corte, per la operatività di tale istituto, sostitutivo in ambito UE di quello estradizionale, non è affatto richiesta una esatta «sovrapponibilità» dei sistemi processuali posti a confronto, essendo sufficiente che in quello dello Stato richiedente siano dettate regole di garanzia (quale, nella fattispecie, quelle che nella legislazione dello Stato membro di emissione del mandato, prevedono la individuazione di un termine di durata della misura cautelare connesso alla pronuncia della sentenza di condanna di primo grado) sostanzialmente assimilabili a quelle fissate nel nostro impianto processuale penale a tutela dei diritti di libertà dell’indagato».

<sup>39</sup> Cass., Sez. 6, 5/1/2015 n. 49, *Chitoroaga*, rv. 261847.

giudice istruttore «in ogni momento» il controllo sulla protrazione della sua durata, attribuendo altresì alle parti coinvolte la possibilità di ottenere una obbligatoria valutazione sulla permanenza delle condizioni legittimanti la custodia cautelare<sup>40</sup>.

### 3.3. c) *rispetto delle garanzie del giusto processo: processo in absentia.*

Un'ulteriore forma di controllo del giudice nazionale, che riguarda il mandato di arresto esecutivo, è presupposto dalla lettera g) dell'art. 18 l. 69/2005.

Tra i “*ground of refusal*”, infatti, l'art. 4-*bis* della decisione quadro – introdotto dalla decisione quadro 2009/299/GAI – ha oggi previsto quello della celebrazione del processo in assenza dell'imputato.

La mancata conoscenza del procedimento e l'emissione della sentenza che irroga una sanzione privativa della libertà personale in un procedimento nel quale l'imputato non è comparso, possono costituire motivo facoltativo di rifiuto della consegna.

Sono previste quattro eccezioni, ben dettagliate nell'atto normativo europeo, idonee a dimostrare il rispetto degli oneri informativi relativi al soddisfacimento di taluni requisiti processuali da parte dell'autorità emittente.

Sarà precìpuo onere del richiedente allegare le informazioni previste dall'art. 4-*bis* della Decisione quadro MAE, relative al processo nel quale è imputata la persona da consegnare, allo Stato di esecuzione. Il giudice di quest'ultimo Paese ha il dovere di controllare il rispetto delle suddette condizioni e la facoltà di richiedere garanzie allo Stato di emissione (vd. art. 19, lettere a) e b) l. 69/2005).

Di particolare importanza la decisione assunta dalla Corte di Giustizia europea in questo specifico ambito.

La questione interpretativa veniva proposta dalla Corte costituzionale spagnola ed aveva ad oggetto tre questioni pregiudiziali riferite all'art. 4-*bis* Decisione quadro MAE: 1) se l'art. 4-*bis* § 1 «debba essere interpretato nel senso che vieta alle autorità giudiziarie nazionali, nei casi indicati dalla medesima disposizione, di subordinare l'esecuzione di un mandato di arresto europeo alla condizione che la sentenza di condanna di cui trattasi possa essere riesaminata al fine di garantire i diritti della difesa dell'interessato»; 2) nel caso di soluzione affermativa data alla prima questione, se il suddetto art. 4-*bis* § 1 «sia compatibile con le esigenze derivanti dal diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva e ad un processo equo», previsto dall'art. 47 Carta nonché con i diritti della difesa garantiti dall'art. 48 § 2 della medesima. Infine, in caso di risposta affermativa alla seconda questione,

<sup>40</sup> Cass., Sez. 6, 11/7/2017 n. 34439, *Ovieroba*, rv. 270761.

specificare se l'art. 53 della Carta<sup>41</sup>, in relazione ai diritti riconosciuti dagli artt. 47 e 48, riconosca a tali diritti un livello di protezione più elevato rispetto a quello derivante dal diritto dell'Unione Europea, al fine di evitare una interpretazione limitativa o lesiva di un diritto fondamentale sancito dalla Costituzione di tale Stato membro.

La Corte di Giustizia della Unione Europea, nella famosa sentenza Melloni<sup>42</sup>, ha risposto ai quesiti, affermando che il Paese di esecuzione non può subordinare l'esecuzione di un mandato di arresto esecutivo alla condizione che la sentenza di condanna pronunciata *in absentia* possa essere oggetto di revisione nello Stato membro emittente. Ove ricorra una delle eccezioni previste dall'articolo 4-*bis* della Decisione quadro, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione è privata della possibilità di rifiutare di eseguire il MAE, derivandone che l'art. 4-*bis* § 1 «impedisce all'autorità giudiziaria di esecuzione, in questi quattro casi, di subordinare la consegna di una persona condannata *in absentia* alla possibilità di una revisione, da effettuarsi alla sua presenza, della sentenza di condanna»<sup>43</sup>.

Quanto alla seconda questione, la Corte di Giustizia ha ritenuto che la disciplina emergente dall'art. 4-*bis* Decisione quadro MAE non leda gli artt. 47 e 48 § 2 Carta, specificando che «l'armonizzazione delle condizioni di esecuzione» dei m.a.e. emessi a fini esecutivi delle decisioni pronunciate al termine di un processo in cui l'interessato non è comparso personalmente, attuata dalla decisione quadro 2009/299/GAI, tende, come indica l'art. 1 della medesima, «a rafforzare i diritti processuali delle persone sottoposte a procedimento penale, migliorando al contempo il reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie tra gli Stati membri» (punto 51 della sentenza Melloni).

La Corte di giustizia ha risposto negativamente alla terza questione pregiudiziale, precisando che l'art. 53 Carta «conferma che, quando un atto di diritto dell'Unione richiede misure nazionali di attuazione, resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare gli *standard* nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione» (punto 60 ).

<sup>41</sup> Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, art. 53: «Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri».

<sup>42</sup> Corte Giust. 26/2/2013, C-399/11.

<sup>43</sup> Corte Giust. 26/2/2013, C-399/11, *Melloni*, punto 40.

Ne è scaturito il dibattito sulla dottrina dei controlimiti dei quali si è accennato in premessa<sup>44</sup>. Qui sarà sufficiente evidenziare che si tratta di uno dei più difficili ambiti di svolgimento del potere di controllo del giudice nazionale in ordine al rispetto degli *standards* di tutela dei diritti processuali dell'imputato.

Vero è che gli organismi politici europei stanno tentando di armonizzare la legislazione processuale e di positivizzare le garanzie di cui gli imputati debbono godere nei procedimenti penali. Basti pensare alle direttive nn. 2012/13/UE<sup>45</sup> e 2013/48/UE<sup>46</sup>, ma anche alla più recente direttiva n. 2016/343 del 9 marzo 2016 del Parlamento e del Consiglio sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali<sup>47</sup>.

Esistono, tuttavia, *standards* di tutela processuale diversi in ciascun Paese membro, che potrebbero mettere in difficoltà il singolo interprete sulla esecuzione di un MAE per una condanna resa in un procedimento dove le garanzie del giusto processo non siano state adeguatamente rispettate secondo i parametri, anche di tipo costituzionale, previsti nel Paese di esecuzione.

Va promossa al più presto, dunque, una “uniformità sufficiente”<sup>48</sup>, attraverso “norme minime” capaci di impedire che la concreta esplicazione dei diritti fondamentali di un imputato, per come previsti dagli artt. 47, 48 e 50 CDFUE e dall'art. 6 CEDU (come interpretati dalla Corte di Giustizia UE), non soddisfi le garanzie giurisdizionali del Paese chiamato alla cooperazione ed incidano sulla effettività del giusto processo nel Paese richiesto, senza dover attivare gli strumenti interni che fanno da “controlimite” al primato del diritto dell'Unione.

<sup>44</sup> Una interessante sintesi in P. PAROLARI, *Tutela giudiziale dei diritti fondamentali nel contesto europeo: il dialogo tra le Corti nel disordine delle fonti*, in *Diritto e questioni pubbliche*, XVII, 2017, pp. 31-58.

<sup>45</sup> Direttiva 2012/13/UE del 22 maggio 2013, *sul diritto alla informazione nei procedimenti penali*.

<sup>46</sup> Direttiva 2013/48/UE del 22 ottobre 2013, *relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato di arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari*.

<sup>47</sup> Con specifico riferimento al diritto a presenziare degli imputati, questo ultimo atto normativo europeo statuisce che gli Stati membri garantiscono, agli indagati ed agli imputati, il diritto di presenziare al proprio processo, prevedendo le condizioni della regolare celebrazione del giudizio *in absentia* (art. 8, comma 2, direttiva 2016/343).

Quando non è stato possibile assolvere a dette condizioni e si è giunti a decisione, gli Stati garantiranno che l'indagato o l'imputato, al momento dell'arresto, sia informato della possibilità di impugnare la decisione ovvero del diritto ad un nuovo processo o ad un altro mezzo di ricorso giurisdizionale (art. 8, comma 4, direttiva 2016/343), prevedendo la possibilità di un riesame nel merito della causa (art. 9 direttiva).

<sup>48</sup> Il riferimento è a T. RAFARACI, *op. cit.*, pp.2-3.

Va evidenziato come dalla sentenza Melloni in poi, in realtà, la Corte di cassazione ha ritenuto sufficiente, ai fini della decisione sulla consegna, che l'ordinamento dello Stato emittente rispetti i principi in tema di giusto processo garantiti dalle Carte sovranazionali, in particolare dall'art. 6 CEDU, cui si richiama l'art. III Cost.<sup>49</sup>.

3.4. *d) rispetto di diritti fondamentali: divieto di trattamenti inumani o degradanti.* L'art. 18, lettera h), l. 69/2005 prevede come motivo ostativo alla consegna la sussistenza di un serio pericolo che la persona ricercata venga sottoposta alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti.

Di recente la Corte di Giustizia UE, chiamata a pronunciarsi su richiesta di un tribunale tedesco che aveva ricevuto alcuni mandati di arresto europeo provenienti dall'autorità giudiziaria ungherese e da quella rumena per due diversi imputati, ha fornito una interpretazione particolarmente garantista.

Il giudice tedesco aveva rilevato che le condizioni di detenzione alle quali sarebbero stati sottoposti i due imputati avrebbero violato l'art. 4 Carta dei diritti fondamentali dell'UE, oltre che l'art. 3 CEDU.

I Paesi emittenti erano stati anche recentemente condannati dal giudice di Strasburgo a causa dello strutturale sovraffollamento delle carceri<sup>50</sup>.

La Corte di Giustizia, dopo avere premesso che l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali, quali sanciti segnatamente dalla Carta, non possa essere modificato per effetto della decisione quadro sul MAE (art. 1, comma 3, Decisione quadro), ha chiarito che il divieto di pene o di trattamenti inumani o degradanti, di cui all'articolo 4 della CFDEUE ed all'art. 3 CEDU, ha carattere assoluto in quanto è strettamente connesso al rispetto della dignità umana, di cui all'articolo 1 della Carta.

Ecco perché ha statuito il dovere, da parte del giudice del Paese di esecuzione, di valutare il rischio di sottoposizione a trattamenti inumani o degradanti.

In particolare ha affermato che «l'autorità giudiziaria di esecuzione deve, anzitutto, fondarsi su elementi oggettivi, attendibili, precisi e opportunamente aggiornati sulle condizioni di detenzione vigenti nello Stato membro emittente e comprovanti la presenza di carenze vuoi sistemiche o generalizzate, vuoi che colpiscono determinati gruppi di persone, vuoi ancora che colpiscono determinati centri di detenzione. Tali elementi possono risultare in particolare da decisioni giudiziarie internazionali, quali le sentenze della Corte EDU, da decisioni giudiziarie dello Stato membro emittente, nonché da decisioni, relazioni e altri

<sup>49</sup> Cass., Sez. 6, 27/1/2012 n. 4528, Baldi, rv. 251959.

<sup>50</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 10 marzo 2015, *Varga e altri c. Ungheria*; sent. 10/6/2014 *Vociu c. Romania*.



documenti predisposti dagli organi del Consiglio d'Europa o appartenenti al sistema delle Nazioni Unite»<sup>51</sup>.

Esplicito il riferimento alla sentenza *Torreggiani* del 2013 nella parte in cui la Corte di Lussemburgo sottolinea un obbligo positivo consistente nell'assicurare che ogni prigioniero sia detenuto in condizioni che garantiscano il rispetto della dignità umana, che le modalità di esecuzione della misura non sottopongano l'interessato ad uno stato di sconforto, né ad una prova d'intensità che ecceda l'inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione e che, tenuto conto delle esigenze pratiche della reclusione, la salute e il benessere del detenuto siano assicurati adeguatamente<sup>52</sup>.

Il giudizio va, tuttavia, "individualizzato", ossia, dopo avere appurato, con le misure procedurali suggerite dalla sentenza (quali l'obbligatorio scambio di informazioni complementari sulle prevedibili condizioni di detenzione del ricercato), le condizioni generali di carcerazione nel Paese di emissione del MAE, il giudice nazionale dovrà valutare, in modo concreto e preciso, se «sussistano motivi gravi e comprovati per ritenere che l'interessato corra tale rischio concreto di trattamento inumano o degradante dovuto alle condizioni generali di detenzione nello Stato membro emittente» (punto 92 della sentenza).

«In caso di accertamento positivo, tuttavia, la soluzione non è il rifiuto di consegnare la persona richiesta, ma l'obbligatorio rinvio dell'esecuzione della misura, fino a quando non si ricevano informazioni che consentano di escludere l'esistenza del rischio di trattamenti inumani e degradanti nel caso specifico. Soltanto ove l'esistenza del rischio non possa essere escluso in un tempo ragionevole, l'autorità dovrà decidere se porre fine alla procedura di consegna» (punto 104 della sentenza in esame).

La decisione della Grande Camera riveste particolare importanza, perché per la prima volta i giudici di Lussemburgo affermano che l'esecuzione di un MAE possa essere subordinata all'accertamento sul rispetto dei diritti fondamentali della persona da consegnare.

Qualcuno ha, però, sottolineato la portata attenuata del principio, sia in considerazione della precipua individualizzazione del rischio preservato (e della possibilità che lo Stato emittente possa eludere in concreto la causa ostativa alla consegna), sia in considerazione della natura essenzialmente procedimentale del principio affermato<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> Corte Giustizia UE, Grande Camera 5 aprile 2016, *Aranyosi e Căldăraru*, cause C-404/15 e C-659/15 PPU, punto 89.

<sup>52</sup> Corte EDU, sent. 8 gennaio 2013, *Torreggiani c. Italia*.

<sup>53</sup> F. CANCELLARO, *La Corte di Giustizia si pronuncia sul rapporto tra mandato di arresto europeo e condizioni di detenzione dello stato emittente*, su [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 18.04.2016.

In ambito nazionale le scarse pronunce di legittimità hanno avuto modo di cimentarsi con il giudizio di individualizzazione richiesto dalla Corte europea. In un caso nel quale Paese di emissione era la Romania, proprio in relazione alla situazione delle carceri di quello Stato, la Corte ha fatto riferimento ad un precedente del 2016, affermando che «l'autorità giudiziaria deve rinviare la propria decisione sulla consegna fino a quando, entro un termine ragionevole, non ottenga notizie che le consentano di escludere la sussistenza del rischio: in particolare [...] la Corte di appello dovrà inoltrare all'autorità giudiziaria romena la richiesta di informazioni complementari, ai sensi dell'art. 16 l. n. 69 del 2005, aventi ad oggetto le seguenti informazioni: se la persona richiesta in consegna sarà detenuta presso una struttura carceraria; in caso positivo, le condizioni di detenzione che saranno riservate all'interessato, al fine di escludere in concreto il rischio di un trattamento contrario all'art. 3 CEDU (ovvero il nome della struttura in cui sarà detenuto, lo spazio individuale minimo intramurario allo stesso riservato, le condizioni igieniche e di salubrità dell'alloggio; i meccanismi nazionali o internazionali per il controllo delle condizioni effettive di detenzione del consegnando)»<sup>54</sup>.

Facendo esplicito riferimento alle indicazioni specifiche della Corte di Strasburgo, è stato escluso che possa esserci un "serio pericolo" di sottoposizione a trattamenti inumani o degradanti, qualora dal Paese richiedente venga garantito al detenuto uno spazio non inferiore a tre metri quadrati in regime chiuso, ovvero uno spazio inferiore, in presenza di circostanze che consentano di beneficiare di maggiore libertà di movimento durante il giorno, rendendo possibile il libero accesso alla luce naturale ed all'aria, in modo da compensare l'insufficiente assegnazione di spazio.

In un altro recentissimo arresto (Paese emittente di un MAE esecutivo, stavolta, era il Belgio) la Corte di cassazione ha chiarito che la condizione di rischio connessa a problemi di tipo strutturale, che possono tradursi nella sottoposizione dei detenuti a trattamenti inumani o degradanti, evidenziata da una nota della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>55</sup>, imponga all'autorità giudiziaria richiesta della consegna di verificare in concreto la sussistenza di tale rischio, correlata alla condizione degli istituti carcerari dello Stato di emissione, attraverso la richiesta di informazioni individualizzate allo Stato richiedente relative al tipo di trattamento carcerario cui sarebbe, specificamente, sottoposto il soggetto interessato<sup>56</sup>.

<sup>54</sup> Cass., Sez. 6, 1/2/2017 n. 5472, imp. *Mihai*, rv. 269008; Cass., Sez. 6, 01/06/2016 n. 23277, n. 23277, *Barbu*, rv. 267296.

<sup>55</sup> Corte EDU, sent. 25/11/2014, *Vasilescu c. Belgio*.

<sup>56</sup> Cass., Sez. 6, sent. 3/5/2017, n. 22249, imp. *Bernard Pascale*, rv. 269920.

3.5. e) *esecuzione della pena di persona residente o dimorante nel Paese di esecuzione.* Uno dei motivi ostativi alla consegna della persona ricercata che attribuisce al giudice nazionale del Paese di esecuzione un ampio margine di discrezionalità nel controllo dei suoi presupposti è quello previsto dall'art. 18, lettera r), l. 69/2005.

L'esigenza di consentire alla persona condannata di scontare la pena in un Paese membro nel quale sussistano profondi legami di tipo affettivo, familiare o sociale, è alla base della norma della decisione quadro che aveva inserito tra i motivi di rifiuto quello della dimora o residenza nello Stato di esecuzione ovvero della cittadinanza nello stesso (art. 4, punto 6, Decisione quadro del 2002 sul MAE), ove lo Stato si impegnasse ad applicare la pena o la misura di sicurezza in conformità al proprio diritto interno.

Il fine precipuo è il reinserimento sociale, esplicazione del diritto dell'individuo alla dignità personale garantito dall'art. 1 CDFUE<sup>57</sup>.

La norma interna non aveva, tuttavia, recepito la causa di rifiuto prevista dalla Decisione quadro nella sua ampiezza, limitandone la portata soltanto ai casi in cui la persona ricercata fosse cittadino italiano (vd. art. 18, lettera r), l. 69/2005).

A restituire l'originale significato del motivo ostativo alla consegna, oltre che ad evitare indebite discriminazioni (previste dall'art. 18 TFUE) sono stati il giudice di legittimità, richiamandosi ad alcuni pronunciamenti della Corte di Giustizia UE, e quello delle leggi.

La Suprema Corte di cassazione, in un caso di MAE esecutivo nei confronti di un cittadino rumeno, presente in Italia da circa un anno, nel rigettare il ricorso dell'imputato, ha chiarito che la nozione di "residenza" che viene in considerazione per l'applicazione dei diversi regimi di consegna previsti dalla l. 22 aprile 2005 n. 69, presuppone l'esistenza di un radicamento reale e non estemporaneo dello straniero nello Stato. Ha elencato gli indici concorrenti suggeriti dalla giurisprudenza della CGUE<sup>58</sup>, tra i quali vi sono: la non illegalità della presenza in Italia per il soggetto non comunitario; l'apprezzabile continuità temporale e stabilità della presenza; la sede principale e consolidata degli interessi lavorativi, familiari ed affettivi; il pagamento eventuale di oneri contributivi e fiscali; la distanza temporale tra commissione del reato, condanna all'estero e inizio della presenza in Italia. Per "dimora" si deve, invece, intendere un soggiorno stabile di una certa durata che consenta di acquisire con lo Stato di esecuzione legami di intensità pari a quelli che si instaurano in caso di residenza.

<sup>57</sup> D. SaSAVY, *La tutela dei diritti fondamentali ed il rispetto dei principi generali del diritto dell'unione nella disciplina del mandato di arresto europeo*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 22 ottobre 2012.

<sup>58</sup> Corte di giustizia delle Comunità europee, sent. 17 luglio 2008, C-66/08, *Kozłowski*.

La Corte italiana ha precisato che solo per il cittadino comunitario che abbia acquisito il diritto di soggiorno in conseguenza di una permanenza ininterrotta di cinque anni in Italia è possibile prescindere dalla valutazione di tali elementi, così come indicato dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio dell'Unione 2004/38/CE, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri<sup>59</sup>.

La Corte costituzionale ha poi posto termine alla questione interpretativa, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, lettera r), l. 69/2005, nella parte in cui non prevede il rifiuto di consegna anche del cittadino di un altro Paese membro dell'Unione che legittimamente ed effettivamente abbia residenza o dimori nel territorio italiano, ravvisando un contrasto con gli artt. 11 e 117 della Costituzione, in relazione ai parametri interposti dell'art. 4, n. 6, della Decisione quadro MAE e dell'art. 18 TFUE<sup>60</sup>.

L'efficacia additiva della sentenza del giudice delle leggi impone all'autorità giudiziaria del Paese di esecuzione una determinante operazione di controllo circa la sussistenza del presupposto della residenza o della dimora, legittime ed effettive, all'esito di una valutazione complessiva degli elementi caratterizzanti la situazione della persona, quali, tra gli altri, la durata, la natura e le modalità della sua presenza nel territorio italiano, nonché i legami familiari ed economici che la stessa intrattiene nel nostro Paese.

In questo modo la Corte costituzionale ha ritenuto confliggente la norma interna con quella "esterna", il cui contenuto, nella prospettiva della risocializzazione del condannato, oggettivamente riconosce a tutte e tre le categorie di soggetti ivi menzionati (cittadini, residenti e dimoranti nel territorio dello Stato di esecuzione) lo stesso tipo di tutela<sup>61</sup>.

Le successive sentenze della Corte di cassazione si sono conformate alla interpretazione "adeguatrice" della norma ed hanno specificato che l'art. 18, lettera r), l. 69/2005, trovando il suo *pendant*, con riferimento al mandato di arresto processuale, nell'art. 19, comma 1, lett. c) della stessa legge, impone di verificare in maniera sostanziale, e non formale, l'esistenza, per il cittadino di un altro Stato membro dell'UE, dei requisiti di collegamento con il territorio del nostro Paese, «nel senso di rilevare l'obiettiva presenza di uno o più indici concretamente sintomatici di un reale e non estemporaneo radicamento dell'interessato con lo Stato italiano, nel quale ha inteso stabilire la sede principale dei propri interessi

<sup>59</sup> Corte di giustizia delle Comunità europee, sent. 6 ottobre 2009, C-123/08 *Wolzenburg*.

<sup>60</sup> Corte Cost. 16/6/2010 n. 227.

<sup>61</sup> P. GAETA, V. MANES (a cura di), *L'estradizione, il mandato di detenzione europea ed altre forme di cooperazione in materia penale*, in [www.dirittopenaleeuropeo.eu](http://www.dirittopenaleeuropeo.eu), Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale svoltosi a Lisbona il 16 novembre 2012.

affettivi ed economici, in maniera tale da assimilarne la posizione a quella del cittadino italiano»<sup>62</sup>.

Ad ampliare il potere discrezionale di valutazione dell'autorità giudiziaria del Paese di esecuzione su questa precipua causa di rifiuto della consegna ha, infine, provveduto un'altra sentenza della CGUE, che, chiamata a pronunciarsi su un quesito interpretativo sollevato dal giudice francese su un MAE esecutivo nei confronti di un cittadino portoghese, ha precisato che i Paesi membri, nella trasposizione nel loro ordinamento del disposto dell'art. 4, punto 6, della direttiva 2002/584, possono recepire il suo dettato con una certa discrezionalità, ma non sono legittimati ad escludere in maniera assoluta ed automatica da detto ambito i cittadini di altri Stati membri che dimorino o risiedano nel suo territorio, indipendentemente dalla valutazione sulla esistenza dei loro legami stabili con lo stesso<sup>63</sup>.

Toccherà, ancora una volta, al giudice nazionale del Paese di esecuzione valutare volta per volta la sussistenza dei presupposti per la consegna – o di un motivo ostativo – alla luce dei principi enunciati nelle sentenze *Kozlowski* e *Wolzenburg*.

#### **4. I poteri di controllo dell'autorità giudiziaria in materia di ordine europeo di indagine penale.**

4.1. *Osservazioni sulle norme dettate dalla direttiva 2014/41/UE in materia di OEI.* Sulla strada della creazione di un diritto penale europeo e del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie, di tipo sia cautelare, che definitive, si pone, a sua attuazione, il principio di libera circolazione delle prove in ambito eurounitario, anche per la necessità di un coordinamento di indagini per reati ai danni di interessi finanziari UE o per quelli connotati da ambiti transfrontalieri.

In esecuzione del programma di Stoccolma, adottato dal Consiglio europeo nel dicembre del 2009, il Parlamento europeo ed il Consiglio hanno emanato la direttiva n. 2014/41/UE del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale (sinteticamente OEI). Essa è entrata in vigore a partire dal 22 maggio 2017. In Italia la normativa di attuazione è stato il decreto legislativo 21 giugno 2017 n. 108, entrato in vigore il 28 luglio del 2017.

<sup>62</sup> Così Cass., Sez. 6, 25/11/2014 n. 50386, *Batanas*, rv. 261375. Conformi Cass., Sez. 6, 26/2/2014 n. 9767, *Echim*, rv. 259118; Cass., Sez. 6, 20/11/2013 n. 46494, *Chiriac*, rv. 258414; Cass., Sez. 6, 3/5/2017 n. 22249, *Bernard Pascale*, cit.

<sup>63</sup> Corte di Giustizia delle Comunità europee, sent. 5 settembre 2012, C-42/11, *Lopes Da Silva*.

È presto per una valutazione ed una analisi delle prime interpretazioni giurisprudenziali in materia, sebbene sia possibile, in questa sede, porre al centro del dibattito alcuni spunti derivanti dalla lettura congiunta dei principi sanciti dalla direttiva comunitaria e di quelli attuati nel nostro Paese, anche alla luce dell'esperienza derivante dalla cooperazione in materia di MAE, oltre che alcune considerazioni, in positivo ed in negativo, sull'impatto delle *regulae iuris* di nuova introduzione.

Lo scopo perseguito dal legislatore eurounitario è quello della istituzione di «un sistema globale di acquisizione delle prove nelle fattispecie aventi dimensione transfrontaliera, basata sul principio del riconoscimento reciproco» e previa «sostituzione di tutti gli strumenti esistenti nel settore che contempli, per quanto possibile, tutti i tipi di prove, stabilisca i termini di esecuzione e limiti al massimo i motivi di rifiuto»<sup>64</sup>.

Tra le caratteristiche precipue della nuova normativa vi è la onnicomprensività, atteso che l'OEI potrà essere usato per ogni tipo di prova, sia per quelle reali, sia per quelle documentali, sia per una prova dichiarativa, sia per attivare mezzi di ricerca della prova (come le intercettazioni), persino per operazioni sotto copertura.

È stato segnalato<sup>65</sup> da subito il “sincretismo” del metodo adottato dall'OEI, atteso che da una parte esso appare una chiara declinazione del principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie (di cui all'art. 82 TFUE), dall'altro si rinvencono soluzioni adottate con il regime delle “vecchie” rogatorie.

La nozione di OEI viene fornita dall'art. 1 direttiva<sup>66</sup> e dall'art. 2 del d.lgs. 108/2017<sup>67</sup>.

Rileva da subito la portata “orizzontale” dello strumento adottato, atteso che la libera circolazione delle prove favorisce una agile e rapida cooperazione tra gli Stati attraverso un diretto contatto tra le autorità giudiziarie, connotato

<sup>64</sup> Così testualmente si legge nel considerando n. 6 della direttiva 2014/41/UE. L'art. 34 della stessa provvede ad elencare con precisione le convenzioni e le decisioni quadro sostituite.

<sup>65</sup> M. CAIANELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in *PPG*, 3/2015, p. 3.

<sup>66</sup> «L'ordine europeo di indagine è una decisione giudiziaria emessa o convalidata da un'autorità competente di uno Stato membro (lo “Stato di emissione”) per compiere uno o più atti di indagine specifici in un altro Stato membro (lo “Stato di esecuzione”) ai fini di acquisire prove conformemente alla presente direttiva».

<sup>67</sup> Per ordine di indagine si intende «il provvedimento emesso dalla autorità giudiziaria o dalla autorità amministrativa e convalidato dall'autorità giudiziaria di uno Stato membro dell'Unione europea, per compiere atti di indagine o di assunzione probatoria che hanno ad oggetto persone o cose che si trovano nel territorio dello Stato o di un altro Stato membro dell'Unione ovvero per acquisire informazioni o prove che sono già disponibili».

anche da tempi rapidi di esecuzione e da procedure semplici e senza ulteriori formalità<sup>68</sup>.

Ancora lontana sembra, al contrario, la possibilità di un'armonizzazione di tipo "verticale", come auspicato anche dalla Commissione europea sin dall'adozione del Programma di Stoccolma, volto all'adozione di regole comuni in tema di ammissibilità, acquisizione ed utilizzabilità della prova. Hanno prevalso le ragioni politiche delle singole comunità e l'attaccamento alle tradizioni giuridiche dei Paesi membri, specialmente in ambito penale<sup>69</sup>.

Una prima novità assoluta prevista nella direttiva è la possibilità di attivazione di un OEI da parte della persona sottoposta ad indagini o dall'imputato, nonché dal suo difensore, nel quadro dei diritti di difesa applicabili conformemente al diritto ed alla procedura penale nazionale (art. 1, par. 3, direttiva 2014/41/UE). Come si dirà *infra*, tuttavia, è una facoltà dalle armi spuntate, per così dire, se non impari, rispetto ai poteri ed alle conoscenze specifiche degli atti del procedimento in capo all'autorità inquirente.

Venendo alle modalità applicative dell'ordine di indagine, va rimarcato un primo tipo controllo demandato all'autorità giudiziaria del Paese di emissione, consistente nella valutazione di proporzionalità, di adeguatezza e di applicabilità al caso in questione dell'atto di indagine da richiedere.

Va, dunque, accertato: se le prove che si intendano acquisire siano necessarie e proporzionate ai fini del procedimento, tenendo sempre conto dei diritti della persona sottoposta ad indagini o imputata; se l'atto di indagine scelto sia necessario e proporzionato per l'acquisizione delle prove; se sia opportuno emettere un OEI affinché un altro Stato partecipi all'acquisizione di tali prove<sup>70</sup>, se gli atti richiesti avrebbero potuto essere emessi alle stesse condizioni in un caso interno analogo (art. 6, par. 1, lettere a) e b) della direttiva OEI).

Solo dopo questo vaglio, l'autorità del Paese di emissione trasmette la richiesta con ogni mezzo scritto a disposizione.

L'art. 9 della direttiva OEI introduce una particolare novità, ossia l'obbligo per il Paese di esecuzione di applicare la c.d. "*lex fori*" nell'esecuzione dell'ordine di indagine, in particolare quella di «attenersi alle formalità e alle procedure espressamente indicate dall'autorità di emissione» (art. 9, par. 2, direttiva OEI).

<sup>68</sup> Per una prima lettura della direttiva vd. L. CAMALDO, *La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale: un congegno di acquisizione della prova dotato di molteplici potenzialità, ma di non facile attuazione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 27/5/2014.

<sup>69</sup> Vd. CAIANELLO, *op. cit.*, p. 2. Vds. anche il *Libro verde sulla ricerca delle prove in materia penale tra gli Stati membri e sulla garanzia della loro ammissibilità* dell'11 novembre 2009 (COM 2009 624 def.).

<sup>70</sup> Vd. i *considerando* 10 e 11 della direttiva 2014/41/UE.

È prevista una clausola di salvaguardia, che impedisce il rispetto di tali forme e procedure ove esse siano in conflitto con i principi fondamentali del diritto dello Stato di esecuzione.

Nella stessa ottica di promozione della *lex fori* si inserisce la disposizione che prevede la possibilità di chiedere allo Stato di esecuzione che una o più autorità del Paese di emissione partecipino alla esecuzione, anche con un ruolo attivo, purché tale forma di collaborazione non si ponga in contrasto con i principi fondamentali e non leda gli interessi relativi alla sicurezza nazionale (art. 9, par. 4, direttiva OEI).

Altre disposizioni della direttiva si inquadrano chiaramente nel principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie dei Paesi membri.

Come per il MAE, infatti, viene indicata una lista di 32 reati per i quali non bisogna richiedere il vaglio della doppia incriminazione (art. 11, par. 1, lettera g), direttiva OEI). Si impone il dovere di dare seguito al provvedimento dello Stato emittente senza ulteriori formalità, e con le stesse modalità con cui si procederebbe se l'atto di indagine fosse stato disposto da un'autorità dello Stato di esecuzione (art. 9, par. 1, direttiva OEI).

A comprova della tendenza alla libera circolazione delle prove ed alla fiducia reciproca i motivi di rifiuto di esecuzione di un OEI, previsti dall'art. 11 direttiva, sono ridotti all'essenziale<sup>71</sup> e, con precipuo riferimento a certe prove (quelle

<sup>71</sup> Seguendo il disposto dell'art. 11, par. 1, direttiva OEI, l'autorità di esecuzione potrà rifiutare il riconoscimento o l'esecuzione di un OEI qualora: a) il diritto dello Stato di esecuzione preveda immunità o privilegi che rendono impossibile l'esecuzione dell'OEI, ovvero norme sulla determinazione e limitazione della responsabilità penale relative alla libertà di stampa e alla libertà di espressione in altri mezzi di comunicazione che renderebbero impossibile l'esecuzione dell'OEI; b) in un caso specifico, l'esecuzione leda interessi essenziali di sicurezza nazionale, metta in pericolo la fonte delle informazioni o comporti l'uso di informazioni classificate riguardanti attività di intelligence specifiche; c) l'OEI sia stato emesso nel quadro dei procedimenti di cui all'articolo 4, lettere b) e c), e l'atto investigativo non sia ammesso a norma del diritto dello Stato di esecuzione in un caso interno analogo; d) l'esecuzione dell'OEI sia contraria al principio del *ne bis in idem*; e) l'OEI si riferisca a un reato che si presume commesso fuori del territorio dello Stato di emissione e interamente o parzialmente nel territorio dello Stato di esecuzione, e la condotta per la quale l'OEI è emesso non costituisca reato nello Stato di emissione; f) sussistono seri motivi per ritenere che l'esecuzione dell'atto di indagine richiesto nell'OEI sia incompatibile con gli obblighi dello Stato di esecuzione ai sensi dell'articolo 6 TUE e della Carta; g) la condotta riguardo alla quale è stato emesso l'OEI non costituisca reato in base al diritto dello Stato di esecuzione, a meno che riguardi un reato elencato nelle categorie figuranti nell'allegato D, come indicato dall'autorità di emissione nell'OEI, qualora sia punibile nello Stato di emissione con una pena o una misura di sicurezza detentiva della durata massima di almeno tre anni; o h) il ricorso all'atto di indagine richiesto nell'OEI sia limitato dal diritto dello Stato di esecuzione a un elenco o a una categoria di reati o a reati punibili entro una certa soglia fra cui non figura il reato oggetto dell'OEI.



già costituite, come le informazioni di un archivio di polizia, ovvero quelle non implicanti coercizione, come l'audizione di un testimone, di un esperto, ovvero la richiesta di basilari dati informatici) vige il principio di libera disponibilità ed accesso (art. 10, par. 2, direttiva OEI).

Particolarmente innovativo anche il potere dell'autorità giudiziaria del Paese di esecuzione di disporre un atto di indagine alternativo a quello richiesto, in particolare, quando l'atto di indagine richiesto nell'OEI non è previsto dal diritto dello Stato di esecuzione, oppure quando l'atto di indagine richiesto nell'OEI non sia disponibile in un caso analogo interno, ovvero quando un altro scelto dall'autorità di esecuzione possa assicurare lo stesso risultato con mezzi meno intrusivi (art. 11, par. 1, lettere a) e b), nonché art. 11, par. 3, direttiva OEI).

Da subito i primi commentatori hanno evidenziato “la metamorfosi” del diritto delle prove avviato dalla direttiva in esame, atteso che le prescrizioni probatorie di ciascuno Stato – fino ad oggi connotate da rigida ermeneusi ed applicazione, “custodite” e rispettate dagli interpreti in relazione al predeterminato bilanciamento di interessi in esse svolte in astratto dal legislatore interno – appaiono trasformate in “principi” a struttura aperta, il cui contenuto può essere individualizzato dall'autorità giudiziaria del Paese di esecuzione in base ad un contemperamento tra le esigenze che si contrappongono nel caso in esame, nell'ambito della raccolta transnazionale delle prove<sup>72</sup>.

Nella maggior parte dei casi sarà fisiologico pervenire alla sostituzione della fattispecie probatorie nazionali con regole straniere.

È vero che non si tratta di una assoluta novità nel nostro ordinamento.

Alcune disposizioni normative previste nel nostro di codice di procedura penale avevano già da tempo dato preferenza alla *lex loci* in relazione a taluni atti probatori (vd., ad es., art. 431, comma 1, lettere d) ed f) c.p.p.; art. 512-*bis* c.p.p.; art. 78, comma 1, disp. att. c.p.p.; art. 729, comma 1, c.p.p.).

Certe pronunce della giurisprudenza di legittimità avevano dato adito a questo genere di soluzioni in alcuni casi di cooperazione giudiziaria<sup>73</sup>.

La novità della direttiva OEI è, però, il salto evolutivo che essa effettua ed impone ai Paesi membri.

<sup>72</sup> Vd. M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *DPC*, 4/2015, pp. 90-91.

<sup>73</sup> Famoso il caso Mills: nella sentenza della Cass., S.U., 25/2/2010 n. 15208, nel paragrafo 10.4 si legge: l'adesione agli atti internazionali in tema di cooperazione giudiziaria comporta l'«implicito riconoscimento della diversità dei singoli ordinamenti e dell'impegno a riconoscere gli atti compiuti secondo i diversi sistemi, in armonia con il principio di prevalenza delle norme pattizie su quelle interne riconosciuto dall'art. 696 c.p.p.».

Mentre con i precedenti strumenti di assistenza giudiziaria le fattispecie probatorie nazionali potevano essere sostituite da fattispecie straniere, le quali però costituivano sempre regole emesse da un legislatore, «con la direttiva sull'OEI le regole nazionali possono essere disapplicate, per cedere il posto a 'principi probatori' monopolizzati dalla giurisprudenza»<sup>74</sup> della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

È stato segnalato dal medesimo Autore che il mix derivante dal rispetto delle procedure e formalità indicate dal Paese di emissione, dei principi fondamentali del Paese di esecuzione e dei diritti fondamentali delle persone tutelati dalle carte internazionali, integrano norme a “struttura aperta”, che vanno riempite caso per caso dall'autorità giudiziaria chiamata a raccogliere ed utilizzare le prove.

In un altro scritto si è parlato di «norme processuali in bianco» che rinviano a seconda dei casi alla *lex fori* o alla *lex loci* o a forme solo embrionali di armonizzazione<sup>75</sup>.

Come si comprende facilmente, il rischio di abusi da parte del giudice nazionale in ordine al potere di concretizzazione della prova con le formalità e procedure provenienti dal Paese di emissione è davvero elevato.

Privilegiare esigenze di celerità potrebbe far risultare soccombenti alcuni diritti della difesa di tipo fondamentale o le principali regole del giusto processo. L'eccessiva attenzione ai diritti fondamentali, viceversa, potrebbe incidere sul proficuo ed utile esito dell'OEI.

Specularmente determinante è la possibilità di utilizzare nel Paese di emissione la prova formata e raccolta nel paese di esecuzione.

È stato saggiamente detto che “*per circolare la prova deve essere compatibile non soltanto con le norme del paese in cui viene raccolta, ma anche con i principi del paese in cui viene utilizzata ai fini decisori*”: sarebbe davvero “*poco confortante scoprire che una prova illegittima diventa utilizzabile solo perché è battezzata come 'europea'*”<sup>76</sup>

La soluzione suggerita dalla più attenta dottrina<sup>77</sup>, ma anche dalla stessa direttiva (vd. considerando n. 12), appare quella della valorizzazione dei principi di equivalenza e di proporzionalità, dettati dagli artt. 52 e 53 della Carta di Nizza<sup>78</sup>.

<sup>74</sup> Così testualmente M. DANIELE, *op. cit.*, 2015, p. 91.

<sup>75</sup> M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, in *DPC*, 3/2016, p. 64.

<sup>76</sup> Così E. AMODIO, *Diritto di difesa e diritto alla prova nello spazio giudiziario europeo*, in A. LANZI, F. RUGGIERI, L. CAMALDO (a cura di), *Il difensore e il pubblico ministero europeo*, Padova, Cedam, 2002, p. 107.

<sup>77</sup> Così M. DANIELE, *op. cit.*, 2015, p. 92; M. CAIANELLO, *op. cit.*, p. 6.

<sup>78</sup> Articolo 52 CDFUE: *Portata dei diritti garantiti 1. Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare*

Appare necessario un bilanciamento tra i valori in gioco, che tenga conto della necessità di limitare un diritto fondamentale di una persona, soltanto ove occorra perseguire finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o l'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui; va comunque garantito uno standard di tutela che consenta di rispettare il contenuto essenziale del diritto fondamentale compreso dall'atto di indagine; la limitazione deve essere strettamente necessaria e non devono esistere alternative meno invasive capaci di assicurare l'obiettivo perseguito.

Di questa attività preliminare risultano incaricati non una, bensì entrambe le autorità giudiziarie chiamate a pronunciarsi nel singolo procedimento: sia quella del Paese emittente, sia quella del Paese di esecuzione.

Qualcuno ha ravvisato in questa attività una deroga al principio del mutuo riconoscimento delle decisioni, atteso che entrambe le autorità devono separatamente effettuare lo stesso controllo, eventualmente dopo essersi reciprocamente consultate in caso di contrasto<sup>79</sup>.

Giova osservare, infine, che proprio il rafforzamento del principio di proporzionalità, al fine di bilanciare le finalità perseguite dal MAE ed il rispetto dei diritti fondamentali della persona imputata aveva indotto il Parlamento europeo nella risoluzione del 27.2.2014 a denunciare un uso indebito delle procedure di consegna per reati minori ed in circostanze in cui potrebbero essere usate alternative meno invasive.

Uno dei modi per attuare il suddetto principio può consistere nell'impiego di altri strumenti di reciproco riconoscimento. La direttiva 2014/41/UE ne suggerisce uno.

*il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui. 2. I diritti riconosciuti dalla presente Carta che trovano fondamento nei trattati comunitari o nel trattato sull'Unione europea si esercitano alle condizioni e nei limiti definiti dai trattati stessi. 3. Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa.*

Articolo 53 CDFUE: *Livello di protezione. Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri.*

<sup>79</sup> Così M. CAIANELLO, *op. cit.*, p. 6.

In taluni casi, infatti, specialmente per lo svolgimento di un singolo atto di indagine (ad esempio audizione mediante videoconferenza, ovvero per la partecipazione al processo), piuttosto che l'emissione di un euromandato per il trasferimento della persona da un Paese all'altro, sarà possibile avvalersi di un ordine europeo di indagine, così meglio soddisfacendo anche il principio di proporzionalità.

La direttiva 2014/41/UE prevede espressamente (art. 11 § 1 lett. f) che l'autorità di esecuzione possa rifiutare il riconoscimento o l'esecuzione di un OEI qualora «sussistono seri motivi per ritenere che l'esecuzione dell'atto di indagine richiesto» nell'OEI «sia incompatibile con gli obblighi dello Stato di esecuzione» ai sensi dell'art. 6 TUE e della Carta<sup>80</sup>.

Sul crinale dei diritti di difesa, infine, è stato evidenziato che il loro rispetto derivi direttamente dagli art. 48 CDFUE e dall'art. 6 del Trattato UE. Vi è un esplicito riferimento alle direttive del Parlamento europeo e del Consiglio riguardanti i diritti procedurali dell'indagato/imputato<sup>81</sup> (v. *considerando* n. 15 direttiva OEI). A questi vanno aggiunti il diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali ed il rafforzamento della presunzione di innocenza, consacrati nella direttiva del 9 marzo 2016 (2016/343/UE).

Con riferimento all'iniziativa dell'imputato la parte privata, come detto, potrà sollecitare un atto di indagine attraverso l'OEI. Di certo l'autorità giudiziaria chiamata a decidere sulla istanza dovrà farlo con provvedimento motivato.

Molti commentatori hanno, tuttavia, evidenziato la forte “disparità delle armi” tra accusa e difesa, specialmente nei procedimenti aventi portata transnazionale, tenuto conto del tempo nel quale l'imputato e la sua difesa potranno ottenere la *disclosure* (e venire a conoscenza degli elementi a carico).

È stato brillantemente detto<sup>82</sup> che, in questi casi, «*the right counsel is in the wrong place*», per affermare come sia paradossale che il difensore che possa mettere in discussione il risultato probatorio non abbia a disposizione le conoscenze necessarie per coltivare efficacemente l'eventuale eccezione processuale.

Al contrario le autorità inquirenti, anche a seguito dello scambio di informazioni dalle quali è avulsa la difesa, potranno operare un'attività di *cherry picking*, ossia quella di scelta degli elementi probatori utili al perseguimento dell'imputa-

<sup>80</sup> Vd. al riguardo M. BARGIS, *Mandato di arresto europeo e diritti fondamentali: recenti itinerari “virtuosi” della Corte di giustizia tra compromessi e nodi irrisolti*, in *DPC*, 2/2017, p. 179.

<sup>81</sup> Si tratta delle più volte citate direttive 2010/64/UE, 2012/13/UE e 2013/48/UE, rispettivamente sul diritto all'interpretazione ed alla traduzione, sul diritto all'informazione nei procedimenti penali, sul diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato di arresto europeo.

<sup>82</sup> M. CAIANELLO, *op. cit.*, p. 8.

to (atteso che potranno giovare anche di quelli raccolti dalle omologhe autorità del Paese di esecuzione, peraltro coperte dal segreto investigativo).

Giova ricordare che le eccezioni relative alla ammissione della prova vanno decise dall'autorità giudiziaria del Paese emittente, ma quelle relative alla assunzione della stessa devono essere contestate nel Paese di esecuzione.

Per non dire, infine, che la direttiva OEI non prevede né un dovere di *full disclosure* (degli elementi a sostegno dell'OEI) nei casi di attivazione di un ordine di indagine, né un sistema di "eurodifesa" capace di operare un contatto tra difensori operanti nei diversi ordinamenti.

#### 4.2. *L'attuazione della direttiva 2014/41/UE in Italia e sue possibili implicazioni.*

Il d.lgs. 108/2017 ha affidato il compito di riconoscimento e di esecuzione di un OEI al Procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto nel quale devono essere compiuti gli atti richiesti (art. 4). Le competenze affidate alla Corte di appello in ambito di rogatorie dall'estero risultano così soppiantate dalle nuove attribuzioni all'autorità inquirente presso il tribunale del capoluogo.

La scelta è stata motivata chiaramente dalla finalità di rendere più celere lo svolgimento delle procedure, oltre che di investire l'autorità ordinariamente deputata allo svolgimento delle indagini e maggiormente a conoscenza di eventuali pendenze giudiziarie interne connesse a quelle per le quali si richiede l'attivazione dell'OEI.

Viene garantita la possibilità di partecipazione di autorità giudiziarie dei Paesi di emissione, come previsto dalla direttiva, nonché la possibilità della creazione di squadre investigative comuni (art. 8 d.lgs. 108/2017). Le modalità di partecipazione, tuttavia, vengono concordate con il Procuratore della Repubblica, tenuto conto di quanto stabilito dal giudice per le indagini preliminari ove richiesto dell'esecuzione dell'ordine di indagine (art. 8, comma 3, d.lgs. 108/2017).

Quando l'autorità di emissione ha richiesto che l'atto sia compiuto dal giudice o quando ciò è imposto dalla legge italiana in ragione della natura dell'atto medesimo (per esempio, intercettazione telefonica o telematica), il procuratore distrettuale competente investirà il giudice per le indagini preliminari che, ricevuta la richiesta, autorizzerà l'esecuzione previo accertamento delle condizioni per il riconoscimento dell'ordine di indagine, con le forme previste per il procedimento in camera di consiglio (art. 5 d.lgs. 108/2017).

La circolare esplicativa del Ministero della Giustizia del 26-30 ottobre 2017<sup>83</sup> ha chiarito che a partire dal 31 ottobre 2017, la concentrazione in capo ai procu-

<sup>83</sup> Pubblicata on line su <https://www.penalecontemporaneo.it/d/5693-la-circolare-del-ministero-della-giustizia-sul-cd-ordine-europeo-di-indagine> in data 7.II.2017 con nota di E. SELVAGGI.

ratori della Repubblica presso i tribunali del capoluogo di distretto delle competenze inerenti l'esecuzione dell'assistenza giudiziaria connoterà anche il sistema rogatorio, in base al decreto legislativo 3 ottobre 2017, n. 149, recante Disposizioni di modifica del libro XI del codice di procedura penale, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 16 ottobre 2017.

Le richieste di assistenza giudiziaria per le attività di acquisizione probatoria (ma anche quelle orientate al sequestro di beni a fini di confisca) vanno trasmesse e trattate dal Procuratore e, laddove si tratti di atti necessitanti dell'intervento del giudice ("acquisizioni probatorie da compiersi davanti al giudice") o della sua autorizzazione, costui dovrà presentare senza ritardo le proprie richieste al giudice per le indagini preliminari distrettuale. Agli stessi soggetti competerà la decisione di sospendere l'esecuzione della richiesta «quando da essa può derivare pregiudizio alle indagini o a procedimenti penali in corso» (art. 724, comma 8, c.p.p.), così come l'autorizzazione della presenza all'esecuzione dell'atto di rappresentanti o incaricati dello Stato richiedente (art. 725, comma 3).

Tornando all'applicazione dell'OEI, il Procuratore della Repubblica dovrà provvedere a emettere, salvi i casi di rifiuto o restituzione, un decreto motivato di riconoscimento, entro il termine (ordinatorio) di 30 giorni o entro il più breve termine eventualmente indicato dall'autorità di emissione, quando sussistono ragioni di urgenza o di necessità (ragioni che l'autorità di emissione dovrà evidenziare nella sezione B del modulo OEI).

Laddove si profili la sussistenza di condizioni formali e sostanziali che potrebbero condurre al rifiuto del riconoscimento, prima di emettere un provvedimento di tenore negativo, l'autorità giudiziaria interna è tenuta a dare tempestiva comunicazione del rilievo all'autorità di emissione, «al fine di rimuovere, ove possibile, il motivo di rifiuto» (art. 6, comma 2).

Nel termine di 90 giorni successivi al decreto di riconoscimento deve aver luogo l'esecuzione dell'atto, cui si procederà secondo le forme espressamente richieste dall'autorità di emissione se queste non contrastano con i principi dell'ordinamento giuridico dello Stato (sezione I del modulo).

Venendo ai poteri di controllo dell'autorità giudiziaria del Paese di esecuzione nelle procedure passive (nella normativa nazionale il titolo II del decreto legislativo parla di «richiesta dall'estero»), va subito rimarcata la presenza della clausola generale del rispetto dei principi dell'ordinamento costituzionale e della CDFUE in tema di libertà fondamentali, nonché in tema di diritti di libertà e di accesso (art. 1).

L'autorità giudiziaria dovrà svolgere un controllo sia di tipo formale (sui requisiti dell'OEI) sia di tipo sostanziale (artt. 7, 11 e 12) prima di riconoscere e dare esecuzione all'OEI.

Tra i controlli di tipo formale, ad esempio, vi è quello relativo all'autorità del Paese di emissione dell'OEI, al fine di verificare la sua legittimazione.

La necessità di armonizzazione con i diversi sistemi processuali dei Paesi membri ha reso necessaria una disposizione generale come quella prevista dall'art. 2, lettera b), d.lgs. 108/2017. Il presupposto resta, comunque, che sulla richiesta, anche in casi di iniziativa di organi amministrativi, si sia espressa un'autorità giudiziaria inquirente o giudicante<sup>84</sup>.

La sanzione del difetto di legittimazione dell'autorità emittente, in tali casi, è la restituzione dell'ordine di indagine (art. 10, comma 3, d.lgs. 108/2017).

Un altro controllo di tipo formale è quello sulla completezza dell'OEI o sulla manifesta erroneità o non corrispondenza al tipo di atto richiesto delle informazioni trasmesse (art. 10, comma 1, lettera a, d.lgs. 108/2017).

Da subito i primi commenti alla normativa hanno evidenziato il *pendant* con gli analoghi poteri rimessi all'autorità giudiziaria nel caso di MAE incompleto, che dovrebbero imporre una restrizione interpretativa nell'applicazione dei motivi di rifiuto ai casi nei quali l'incompletezza o l'inesattezza risultino essenziali e non abbiano avuto successo le interlocuzioni intese all'integrazione, al chiarimento o alla rettifica dell'OEI<sup>85</sup>.

Quanto alle verifiche di tipo sostanziale l'art. 10 della normativa nazionale ha tipizzato le cause di rifiuto e restituzione dell'OEI, rendendo obbligatori i motivi di non riconoscimento o di non esecuzione previsti dall'art. 11 della direttiva OEI.

Tra quelli elencati risultano di particolare importanza i motivi di rifiuto basati sul divieto di *bis in idem* o l'incompatibilità con i diritti ed i principi fondamentali di cui all'art. 6 Trattato UE e della CFDUE, ovvero il rispetto del principio di legalità penale. Sotto questo ultimo profilo la condizione è declinata in senso non formalistico: l'autorità giudiziaria italiana dovrà stabilire se il fatto per il quale è stato emesso l'OEI sia punito dalla legge italiana come reato, prescindendo dall'identità di *nomen juris* e dalla perfetta corrispondenza degli elementi costitutivi della fattispecie interna e di quella configurata dall'autorità emittente<sup>86</sup>.

<sup>84</sup> Per la concreta verifica del presupposto vd. circolare Ministero Giustizia 26-30 ottobre 2017, p. 17.

<sup>85</sup> La Relazione illustrativa dello schema del decreto di attuazione riferisce il rifiuto al caso dell'incompletezza non emendata dell'OEI, richiamando l'art. 16 (2) lett. a) della direttiva che impone all'autorità di esecuzione di informare immediatamente e con qualsiasi mezzo disponibile l'autorità di emissione del caso in cui «è impossibile [...] adottare una decisione sul riconoscimento o sull'esecuzione a motivo del fatto che il modulo previsto nell'allegato A è incompleto o manifestamente inesatto».

<sup>86</sup> Vd. circolare Ministero Giustizia, cit., p. 21.

La doppia incriminabilità dei fatti, inoltre, rinviene due deroghe, già previste dalla direttiva UE ed anche nell'ambito del MAE, ossia il regime di massima e libera circolazione di alcune prove di carattere non coercitivo o documentale (vd. art. 9, comma 5, d.lgs. 108/2017)<sup>87</sup> e delle categorie di reato riprese dall'elenco contenuto nell'allegato D della direttiva che obbligano il Paese di esecuzione a prestare assistenza (quando il fatto risulta punibile nello Stato di emissione con una pena non inferiore a tre anni o con una misura di sicurezza detentiva).

Di particolare importanza la esplicazione del principio di proporzione nel nostro ordinamento, dettato dall'art. 7 d.lgs. 108/2017, ove si chiarisce che l'autorità del Paese di esecuzione dovrà ritenere non proporzionato l'OEI «se dalla sua esecuzione può derivare un sacrificio ai diritti e alle libertà dell'imputato o della persona sottoposta alle indagini o di altre persone coinvolte dal compimento degli atti richiesti, non giustificato dalle esigenze investigative o probatorie del caso concreto, tenuto conto della gravità dei reati per i quali si procede e della pena per essi prevista».

I primi commentatori hanno rilevato alcuni aspetti di criticità del decreto attuativo, nel senso di un rischio di pregiudizio delle regole italiane relative alla ammissibilità, raccolta ed utilizzazione delle prove.

Quanto al requisito delle regole di ammissibilità delle prove nel Paese di emissione, mentre la direttiva appare assolutamente chiara (art. 6, par. 1), l'art. 27 d.lgs. 108/2017 prescrive che esso possa essere emesso dal P.M. o dal giudice nell'ambito delle rispettive attribuzioni, senza nulla dire sui requisiti di ammissibilità.

Così, ad esempio, nei casi di richiesta di intercettazioni telefoniche o relativi a dispositivi o sistemi informatici da raccogliere all'estero, poiché gli artt. 43 e 44 del decreto attuativo della direttiva radicano la competenza nella emissione di OEI in capo al pubblico ministero, potrebbe essere surrettiziamente ed illegittimamente bypassato il requisito di ammissibilità di cui all'art. 267 c.p.p., che prevede che sia il giudice per le indagini preliminari ad autorizzare le operazioni di intercettazione.

Non può in tali casi non evidenziarsi che il risultato di un atto di indagine del genere sarebbe necessariamente inutilizzabile in Italia, sia in considerazione di quanto prescritto nella relazione illustrativa al decreto (che presuppone che un

<sup>87</sup> Si tratta delle acquisizioni di verbali di prove di altri procedimenti; delle informazioni contenute in banche dati accessibili all'A.G., dell'audizione di persona informata sui fatti, del testimone, del consulente o del perito, della persona offesa ovvero dell'indagato/imputato; del compimento di atti di indagine che non incidono sulla libertà personale e sul diritto all'inviolabilità del domicilio (sono gli atti non coercitivi di cui all'art. 10, par. 2, lettera d) direttiva), dell'identificazione di persone titolari di uno specifico numero telefonico o indirizzo email o IP.



OEI possa essere emesso alle condizioni stabilite dalla legge italiana), sia alla luce della efficacia diretta del disposto normativo dell'art. 6 direttiva 2014/41<sup>88</sup>.

Per quanto attiene ai requisiti di ammissibilità della prova nello Stato di esecuzione, è stato evidenziato che la direttiva prescrive, in caso di OEI avente ad oggetto un atto coercitivo, che esso sia disponibile in un caso interno analogo.

Ciò si traduce nel controllo di sussistenza, nel Paese di esecuzione, dei presupposti di ammissibilità della prova, come previsti dalla *lex loci* (potrebbero essere previsti, ad esempio, limiti in relazione a reati di una certa gravità o ai limiti edittali della sanzione).

L'art. 9, commi 1 e 3, d.lgs. 108/2017 specifica che l'OEI va rifiutato qualora non ricorrano i presupposti che la legge italiana impone per il compimento dell'atto istruttorio e non è possibile compiere altri atti comunque idonei al raggiungimento del medesimo scopo.

Così, proseguendo nell'esempio delle intercettazioni, l'art. 23 d.lgs. 108/17 prevede la competenza del giudice per le indagini preliminari, sia per valutare i motivi di rifiuto di cui all'art. 10, ma anche le condizioni di ammissibilità previste dalle norme interne (artt. 266 e ss. c. p.p.).

La forte criticità si manifesta, tuttavia, in caso di intercettazioni da svolgere senza l'assistenza tecnica, previste dall'art. 24 d.lgs. cit. In questi casi il potere del giudice del Paese di esecuzione si limita ad un eventuale ordine immediato di cessazione delle operazioni soltanto ove esse siano state disposte in riferimento ad un reato per il quale, secondo l'ordinamento interno, le intercettazioni non siano consentite.

In detti casi sembrerebbe che il mutuo riconoscimento e la piena fiducia nei mezzi di ricerca della prova adottati dal Paese emittente operino in modo quasi integrale e che la *lex fori* prevalga nettamente sulla *lex loci*.

Il controllo sembrerebbe limitato soltanto alla sussistenza dei presupposti di cui agli artt. 266 e 266-*bis* c.p.p., non anche di quelli di cui all'art. 267 (in particolare i gravi indizi e la indispensabilità ai fini delle indagini).

In realtà si tratta di un rischio soltanto apparente, atteso che il Paese richiedente dovrà certamente comunicare gli elementi fattuali posti alla base dell'OEI, in quanto la citata norma non può mai porsi in deroga al disposto dell'art. 9, commi 1 e 3 citati. Va, infatti, sottolineato l'obbligo di rispetto dei diritti fondamentali previsto dagli artt. 1 della direttiva UE e del d.lgs. 108/2017.

Il giudice nazionale avrà il dovere, dunque, di effettuare detto controllo e di richiedere, nel caso in cui le richieste di OEI siano incomplete, ogni chiarimento.

<sup>88</sup> Così M. DANIELE, *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d.lgs. n. 108 del 2017*, in *DPC*, 7-8/2017, p. 210.

In caso di risposte insoddisfacenti da parte del Paese emittente, l'esito non può che essere l'inutilizzabilità dei dati raccolti<sup>89</sup>.

Con riferimento, invece alle modalità di acquisizione delle prove, è stato segnalato da subito l'ambiguità del decreto legislativo, che prescrive il rispetto delle procedure e delle formalità del Paese di emissione, purché non contrarie ai principi dell'ordinamento giuridico dello Stato (artt. 4, comma 2 e 5, comma 3, d.lgs. 108/2017). L'evanescente concetto di "principio fondamentale" rischia di sacrificare l'osservanza di primarie garanzie difensive o, ad esempio, il rispetto del metodo dell'esame incrociato nella audizione di un testimone o un imputato.

Alcuni hanno parlato della necessità di pervenire ad una *lex fori* temperata, atteso che l'autorità di emissione dovrebbe demandare a quella di esecuzione di adottare modalità previste a pena di inutilizzabilità dalla sua legislazione, ma la richiesta andrà certamente temperata con i principi fondamentali del Paese di esecuzione. Analogamente nelle procedure attive, l'Italia potrà concordare sulle modalità di acquisizione della prova, in modo da salvaguardare le rispettive esigenze di utilizzabilità della prova nel corso del successivo processo in Italia e di acquisizione della stessa con modalità che non siano in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento<sup>90</sup>.

Il principio di proporzionalità farà da ago della bilancia e da metro di valutazione della correttezza della prova acquisita ai fini di una diagnosi di inutilizzabilità delle stesse. Nei casi, ad esempio, di procedure attive, con riferimento agli atti di indagine acquisiti *ex artt. 431 e 512-bis c.p.p.*, saranno da considerare vietate le prove raccolte a seguito di violazione del contraddittorio, del diritto di difesa e degli altri diritti fondamentali in gioco, non debitamente motivata alla luce delle circostanze del caso concreto.

I rischi che il principio di proporzionalità potrebbe determinare una imprecisione nelle regole probatorie connesse alla legalità processuale (prevista nel nostro ordinamento dall'art. III Cost.) e, soprattutto, i pericoli di un eccessivo potere discrezionale, in assenza di chiari vincoli legali, in capo alle autorità giudiziarie in ambito di cooperazione internazionale (con la «creazione di un diritto giurisprudenziale variabile da caso a caso»<sup>91</sup>), dovrebbero essere scongiurati da un uso accorto del citato principio, consistente nella preferenza da accordare a uno strumento piuttosto che a un altro tra quelli contemplati nell'ordinamento e non, invece, al fine di giustificare condotte estranee al tessuto normativo interno.

<sup>89</sup> M. DANIELE, *op. cit.*, 2017, p. 212.

<sup>90</sup> A. VENEGONI in *L'ordine di indagine europeo*, in *Il diritto vivente*, rivista online, 2 novembre 2017.

<sup>91</sup> G. UBERTIS, *Considerazioni generali su investigazioni e prove transnazionali*, in *Cass. pen.*, 1/2017, p. 56.

L'istituzione di una Procura europea<sup>92</sup> e la necessità di una seria opera di armonizzazione “verticale” dei sistemi processuali dei diversi Paesi membri dell'UE costituiranno certamente il modo migliore di venire incontro alle esigenze di bilanciamento tra *lex fori* e *lex loci*, come, peraltro, esplicitamente «statuito dall'art. 82 § 1 comma 1 TFUE, laddove ‘opera una sorta di endiadi tra, da un lato, il fondamento della “cooperazione giudiziaria in materia penale” nel “riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie” e, dall'altro, l'inclusione in essa del ‘ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati nei settori di cui al paragrafo 2 e all'articolo 83’, ossia rispettivamente concernenti le materie penali processuale e sostanziale»<sup>93</sup>.

<sup>92</sup> Vd. Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio, del 12 ottobre 2017, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea.

<sup>93</sup> Ancora UBERTIS, *op. cit.*, p. 56.



VERSO UNO “STATUTO EUROPEO”  
DELLE GARANZIE DIFENSIVE  
NELLE PROCEDURE DI COOPERAZIONE GIUDIZIARIA

*Fabrizio Siracusano*

1. In ambito europeo il tema delle garanzie difensive e della tutela del diritto di difesa nel procedimento penale emerge in stretta connessione con le dinamiche della cooperazione giudiziaria. Se l'esigenza di dotare l'individuo di adeguati presidi difensivi è già particolarmente avvertita nell'ambito del procedimento penale nazionale, essa risulta amplificata all'interno delle procedure transfrontaliere; laddove l'intervento dei poteri repressivi si fa più pressante perché realizzato dagli organi giudiziari e inquirenti di diversi Stati membri<sup>1</sup> e attraverso l'intersecarsi di strumenti di cooperazione che spesso mal interagiscono fra loro<sup>2</sup>. Ciononostante, tale commistione non è stata adeguatamente considerata nelle dinamiche normative che hanno guidato, sino a qualche tempo fa, il legislatore europeo. Proprio la mancanza d'armonizzazione, in ordine al coagulo delle garanzie che dovrebbero orientare l'incedere della cooperazione giudiziaria (secondo canoni di efficienza), ne ha inevitabilmente ostacolato lo sviluppo e rallentato il fisiologico processo evolutivo. Il divario spesso esistente fra differenti modelli di garanzia apprestati dalle varie legislazioni processuali dei Paesi membri ha spesso agito da freno all'edificazione di un efficiente sistema cooperativo, sì da evidenziare l'impellente necessità di investire su di un'opera, se non di unificazione, almeno di armonizzazione degli apparati di garanzia.

<sup>1</sup> Sul punto v. T. RAFARACI, *Il diritto di difesa nelle procedure di cooperazione giudiziaria nel contesto dell'Unione europea*, in ID. (a cura di), *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 120 s.

<sup>2</sup> Si pensi, ad esempio in materia di indagine e prova transfrontaliera, al combinarsi di modelli evocativi a volte della *lex loci*, altre della *lex fori*.

Come si legge nella *Relazione* della Commissione, dell'aprile del 2011, circa l'attuazione della decisione quadro sul mandato di arresto europeo<sup>3</sup>, le riscontrate “decelerazioni” applicative di tale modello di cooperazione valgono a stigmatizzare l'erronea presunzione circa la diffusa capacità degli ordinamenti degli Stati membri di garantire una giustizia penale non solo efficace ma anche equa: un'equità da cui “dovrebbe” scaturire il reciproco affidamento fra le autorità giudiziarie e, quindi, il riconoscimento e l'esecuzione delle loro decisioni. La verità è che la fiducia è ancora un obiettivo da perseguire più che un risultato effettivamente raggiunto; «non è un dogma assoluto, ma andrebbe coltivata sulla base di un'integrazione normativa almeno minimale»<sup>4</sup>.

2. Negli ultimi anni si è notato un mutare di atteggiamento del legislatore comunitario, finalmente incline a sollevare il tappeto del mutuo riconoscimento che celava la polvere delle discipline processuali disarmoniche. Il Trattato di Lisbona, da questo punto di vista, ha rappresentato un vero e proprio momento di cesura: ha costituito lo spartiacque rispetto a due modi di intendere la politica in ambito penale in Europa; ha segnato una svolta per lo sviluppo del diritto penale europeo, innervando, all'interno di una strategia a lungo connotata da istanze principalmente repressive e di difesa sociale, un “nuovo” umanesimo processuale<sup>5</sup>.

Per circa un decennio – lungo l'arco temporale siglato dal Trattato di Amsterdam a quello di Lisbona, passando attraverso il Consiglio di Tampere – il tema delle garanzie difensive non aveva sollecitato l'attenzione del legislatore euro-unitario, interessato più a rafforzare i modelli di cooperazione, sull'abbrivio dato dal principio del mutuo riconoscimento, senza preoccuparsi di accompagnare tale opera con un adeguato irrobustimento dei presidi di garanzia che avrebbero dovuto accompagnarne un efficace sviluppo.

Questa impostazione ha, così, caratterizzato un'attività normativa spinta lungo il binario di un approccio di tipo orizzontale, attraverso la creazione dei modelli fondati sul mutuo riconoscimento, con una totale prevalenza di questa tipologia d'intervento rispetto a una coeva riflessione in chiave di armonizzazione dei sistemi processuali di garanzia dell'individuo. L'Europa dell'Unione si è attestata su di una

<sup>3</sup> COM(2011) 175 def., dell'11 aprile 2011.

<sup>4</sup> Le parole sono di S. ALLEGREZZA, *Cooperazione giudiziaria*, cit., p. 694.

<sup>5</sup> Così definito da C. BRENNER, *Pour un humanisme processual respectueux de l'autonomie processuelle*, in Aa.Vv., *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard. Justice et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processual*, Parigi, Dalloz, 2010, p. 175.

«visione angusta e distorta del processo penale»<sup>6</sup>: inteso quale strumento di difesa sociale; barriera contro il diffondersi di fenomeni criminali di dimensione transnazionale. L'operazione è stata condotta attraverso il miglioramento delle procedure di cooperazione e tramite l'allestimento di strutture di sostegno all'efficace svolgersi delle stesse spinti dall'esigenza di ridurre il più possibile l'area della "non cooperazione". La costruzione di una casa comune ha, così, impegnato gli organismi comunitari nella ricerca dei meccanismi per proteggerla, con scarsa attenzione a quelle garanzie che avrebbero potuto entrare in conflitto con tale aspirazione efficientista. Il pragmatismo ha, alla fine, prevalso sulle aspirazioni ideali; o, comunque, ha agevolato una prospettiva "monoculare" più attenta a "reprimere" che a "garantire".

Frutto di questa fase sono dieci decisioni quadro, tutte volte a rendere più efficiente la cooperazione fra gli Stati membri, senza che alcuna delle stesse sia riuscita a stabilire, in modo adeguato, le modalità e l'intensità della partecipazione difensiva dell'indagato allo svolgimento degli atti degli organi giudiziari coinvolti nella procedura transfrontaliera. La produzione normativa di quegli anni sembra percorsa da un *fil rouge*: grande attenzione all'elaborazione di modelli di efficiente funzionalità; scarsissimo rilievo affidato ai possibili ambiti d'intervento delle prerogative difensive. A tal riguardo, sono emblematici – oltre alla chiara impronta efficientista caratterizzante la decisione quadro 584/2002/GAI in materia di mandato di arresto europeo – i "primi" timidi approcci con la materia "magmatica" della raccolta e della circolazione probatoria. Il procedimento delineato dal Mandato europeo di ricerca della prova<sup>7</sup>, infatti, si soffermava sulla figura dell'organo inquirente; delineava la funzione del giudice; nulla diceva in ordine all'indagato e al suo difensore.

Questa linea d'intervento ha contraddistinto non solo l'opera di ristrutturazione, sotto l'egida del mutuo riconoscimento, dei tradizionali modelli di cooperazione giudiziaria, ma ha anche connotato l'incedere degli «organi investigativi 'para-accusatori'»<sup>8</sup> impegnati nell'accertamento degli illeciti in danno delle risorse comunitarie e dei reati transnazionali: nell'istituire Eurojust non si è provveduto, infatti, a individuare mezzi e strumenti che un interlocutore privato possa opporre ai poteri di tale organo (poteri che si vanno gradatamente estendendo se si considera il ruolo che Eurojust esercita in tema di conflitti di giurisdizione);

<sup>6</sup> L'espressione è di O. MAZZA, *Europa e giustizia penale. La procedura penale*, in *Gli Speciali di DPP* 2011, p. 33.

<sup>7</sup> Decisione quadro 2008/978 GAI del 18 dicembre 2008, entrata in vigore il 19 gennaio 2009, ormai "superata" dall'adozione della Direttiva 2014/241/UE sull'Ordine d'indagine europeo.

<sup>8</sup> Così li definisce F. RUGGIERI, *Diritti della difesa e tutela della vittima nello spazio giudiziario europeo*, in *CP*, fasc. 12, 2007, p. 4331.

analoga scelta è stata fatta, ancora, con riferimento ai poteri d’indagine di OLAF (i cui risultati costituiscono spesso il presupposto di un sempre più crescente numero di procedimenti nazionali); identica considerazione si registra, infine, a proposito delle investigazioni di Europol e, più in generale, in relazione alla disciplina della diffusione dei dati e delle informazioni fra organi di polizia. In tutti questi casi, alla difesa non è stata riservata alcuna reale capacità d’intervento. Ma anche lì dove si è posta l’attenzione al tema delle garanzie difensive – il riferimento è al *Corpus Juris* del 2000 in cui è possibile rinvenire disposizioni che si allineano ai principi della tradizione garantista recepita nella CEDU – è possibile riscontrare un atteggiamento che attribuisce alla difesa, in linea di principio, uno *status* di marginale rilievo rispetto a quello che di solito gli è riconosciuto negli ordinamenti processuali dei Paesi europei<sup>9</sup>.

3. È così avvenuto che il “mutuo riconoscimento” ha, inizialmente, soppiantato ogni spinta propulsiva verso forme di armonizzazione normativa, divenendone il succedaneo; nonostante si sia sempre sostenuto che nella costruzione di uno spazio di giustizia, libertà e sicurezza, armonizzazione e mutuo riconoscimento dovessero camminare di pari passo. Occorre sottolineare, infatti, come fosse ben viva – già all’indomani del Consiglio di Tampere – la consapevolezza dell’esigenza di combinare il potenziamento dei modelli di cooperazione con l’implemento delle garanzie difensive; di accompagnare la creazione di modelli fondati sul mutuo riconoscimento con il rafforzamento delle prerogative della difesa al fine di consolidare la fiducia che ne cementa le fondamenta. L’esigenza di arginare il rischio di un tale sbilanciamento era, così, segnalato già nelle conclusioni del Consiglio del 1999 e riprodotto nel Programma per l’attuazione del principio del mutuo riconoscimento del 2000: forte, all’uopo, il richiamo alla «necessità di rafforzare i diritti processuali dell’individuo di modo che essi non soffrano dell’implementazione di tale principio ma risultino meglio tutelati»<sup>10</sup>. D’altronde, «per

<sup>9</sup> Si pensi, ad esempio, al paragrafo secondo della parte introduttiva dove si legge che il principio del contraddittorio «implica il riconoscimento dei diritti della difesa». Espressione inquietante, quest’ultima: dire che le garanzie difensive sono riconosciute sembra alludere alla concessione di un diritto che non esiste a priori; mentre nella nostra tradizione giuridica continentale la difesa è un diritto naturale e appartiene a un territorio che è extra-normativo, mentre il suo riconoscimento nel *Corpus Juris* fa pensare a qualcosa che si ottiene abbattendo un naturale ostacolo: cfr. E. AMODIO, *Diritto di difesa e diritto alla prova nello Spazio giudiziario europeo*, in *FAmb*, fasc. 4, 2001, p. 550.

<sup>10</sup> Nel Programma (in *GUUE*, 15 gennaio 2001, C-12, 10) viene espresso a chiare lettere il concetto secondo cui «il reciproco riconoscimento deve consentire di rafforzare non solo la cooperazione fra Stati membri, ma anche la protezione dei diritti delle persone».



essere pienamente efficace, il principio del riconoscimento reciproco dipende in gran parte dalla creazione di una cultura giudiziaria comune a livello europeo, basata sulla fiducia reciproca, su principi comuni, sulla cooperazione e su un certo livello di armonizzazione»<sup>11</sup>. Pur nel circuito del “mutuo riconoscimento” la garanzia dell’assistenza difensiva – e degli strumenti attraverso i quali la stessa si appresta – diviene presupposto essenziale della cooperazione giudiziaria e si pone quale premessa indispensabile per il riconoscimento delle decisioni giudiziarie.

Fu così che dopo la Comunicazione al Consiglio e al Parlamento europeo nel luglio del 2000<sup>12</sup>, la Commissione presentò, nel febbraio del 2003, un Libro verde *sulle garanzie procedurali a favore di indagati e imputati in procedimenti penali nel territorio dell’Unione europea*<sup>13</sup>. Ampio il catalogo delle garanzie ivi individuate. L’attenzione, però, venne focalizzata solo su quelle che avrebbero avuto un immediato impatto sulle tematiche affrontate dalle prime applicazioni del mutuo riconoscimento: l’accesso all’assistenza legale, all’interprete e alla traduzione degli atti del procedimento; la comunicazione all’indagato/imputato dei propri diritti; la garanzia di un’adeguata protezione agli indagati/imputati appartenenti a categorie vulnerabili; l’assicurazione dell’assistenza consolare agli stranieri fermati o arrestati. Altre tematiche di più stringente rilievo (soprattutto relative alle materie della detenzione preventiva e dell’approvvigionamento probatorio), pur se debitamente catalogate, restavano fuori dal circuito di più cogente intervento, in quanto non direttamente coinvolte dai modelli di cooperazione sino a quel momento adottati. Ad esse si sarebbe riservato il dovuto spazio in interventi successivi.

Sull’abbrivio dato dal Libro verde del 2003 – e attraverso la medesima selezione ivi operata – si approdava alla Proposta di decisione quadro di «ampio respiro» in materia di determinati diritti processuali in procedimenti penali nel territorio dell’Unione europea dell’aprile 2004<sup>14</sup>: prima tappa, a detta della stessa Proposta, di un più articolato percorso che avrebbe dovuto riguardare, negli anni a venire, una gamma più estesa di “diritti processuali”. Si sarebbe, per l’istante, data attuazione a quelle garanzie idonee a conferire adeguata funzionalità ai modelli di cooperazione a quel tempo edificati sul principio del mutuo riconoscimento.

Com’è noto, tale tragitto si arrestò quasi immediatamente. Il farraginoso *iter* che accompagnò la Proposta di decisione quadro, sino al suo definitivo accantonamento, costituisce chiara espressione di quanto fosse difficile (pur nella dimen-

<sup>11</sup> Queste le parole contenute nella Proposta di raccomandazione del Parlamento europeo al Consiglio “*Sullo sviluppo di uno spazio di giustizia penale dell’UE*” (2009/2012(INI)) dell’8 aprile 2009.

<sup>12</sup> COM(2000) 495 def., del 26 luglio 2000.

<sup>13</sup> COM(2003) 75 def., del 19 febbraio 2003.

<sup>14</sup> COM(2004) 328 def., del 28 aprile 2004.

sione minimale “sollecitata” nella Proposta) accedere a un simile proposito. Tre, essenzialmente, le ragioni di tale inopinata frenata: innanzitutto, i dubbi sulla competenza dell’Unione europea a normare in materia di ravvicinamento fra le legislazioni penali dei Paesi membri a causa del *deficit* democratico dello strumento normativo – la decisione quadro – adottato nell’ambito del “Terzo pilastro”; inoltre, la resistenza degli Stati membri a rinunciare a porzioni di sovranità legislativa in materie quali quelle dei diritti di difesa; infine, l’asserita inutilità di un simile intervento “armonizzante” in quanto l’Europa dei diritti dell’imputato sarebbe già un dato acquisito per effetto della vigenza in tutti gli Stati membri della CEDU<sup>15</sup>.

4. Questa prolungata inerzia del legislatore europeo non è stata scevra da ripercussioni: ha rischiato di minare le basi del mutuo riconoscimento, rallentando la costruzione di un’effettiva area di libertà, sicurezza e giustizia. A lungo andare, proprio la mancanza di un’armonizzazione “preventiva”, nel settore delle garanzie difensive, ha acuito i sintomi di «una crisi di rigetto da parte degli Stati membri»<sup>16</sup>. Essi sono stati, sempre più, indotti a individuare nel mutuo riconoscimento, più che l’approdo fisiologico in un sistema fondato sulla fiducia reciproca, uno strumento di coartazione; una formula edulcorata, volta a costringere il sistema nazionale “cooperante” a dare applicazione a un atto estero che sente estraneo: non per la provenienza, bensì per le regole che lo hanno prodotto.

Come detto, l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona – e il conseguente innesto, nel circuito della cooperazione giudiziaria, di un modello normativo (quello della direttiva) idoneo ad assicurare una legittimazione democratica di cui era priva la decisione quadro – ha dato nuova linfa alla tematica dei diritti fondamentali anche nell’alveo della giustizia penale e ha consentito il riavvio di

<sup>15</sup> A. TINSLEY, *Protecting Criminal Defence Rights through Eu Law: Opportunities and Challenges*, in *New Journal of European Criminal Law*, vol. 4, Issue, 2013, p. 461 s., rileva come il semplice fatto che tutti gli Stati membri dell’UE abbiano recepito la CEDU nel loro ordinamento non ha costituito motivo sufficiente per assicurare una eguale protezione dei diritti fondamentali. In realtà, come è stato efficacemente sottolineato, è difficile fornire una valutazione di perfetta e automatica coerenza della disciplina processuale interna con i principi dell’equo processo europeo. Il problema è adeguare un ordinamento codificato, come quello processuale penale, a una fonte giurisprudenziale come quella europea: cfr. O. MAZZA, *Investigazione prove e cooperazione giudiziaria su scala europea*, in AA.VV., *Processo penale e giustizia europea. Omaggio a Giovanni Conso*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 152.

<sup>16</sup> In questi termini v. S. ALLEGREZZA, *Cooperazione giudiziaria, mutuo riconoscimento e circolazione della prova penale nello spazio giudiziario europeo*, in T. RAFARACI (a cura di), *L’area di libertà sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 712.

tale percorso<sup>17</sup>: con maggiore determinazione, quanto ai tempi; con medesima timidezza, però, quanto ai contenuti<sup>18</sup>.

L'opera del legislatore comunitario ormai poggia su basi indubbiamente più solide. Benché i diritti e le garanzie della persona nei procedimenti penali fossero materia inclusa nella sfera dei diritti fondamentali e, in tale ambito, da tempo la Corte di Giustizia avesse riconosciuto un ruolo attivo all'Unione Europea<sup>19</sup>, oggi ciò – anche in relazione ai diritti fondamentali concernenti la procedura penale – è espressamente previsto nel diritto primario dell'Unione Europea: chiaro, in tale senso il richiamo implicito contenuto nell'art. 6 TUE agli artt. 47, 48 e 50 CDFUE e all'art. 6 CEDU. Le garanzie della persona nel procedimento penale smettono, così, di essere esclusiva pertinenza del legislatore nazionale e irrompono “ufficialmente” nello scenario della legislazione dell'UE.

L'art. 82 par. 2 del TFUE detta le “coordinate” di questo percorso: al Parlamento europeo e al Consiglio è attribuito il potere di «stabilire norme minime» – attingendo al modello normativo della direttiva<sup>20</sup> – tutte le volte in cui ciò appaia «necessario per facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione transnazionale». In quest'ottica, l'operazione può riguardare anche i «diritti delle persone nella procedura penale», e va condotta tenendo nel dovuto conto «le differenze tra le tradizioni giuridiche e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri» e senza imporre agli stessi di dover abdicare, eventualmente, allo *standard* di garanzie più elevato riconosciuto dalla propria normativa nazionale.

<sup>17</sup> Non pare affatto casuale che questo itinerario, arrestatosi per lungo tempo, sia stato riavviato proprio in prossimità dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (avvenuta il 1° dicembre 2009). È, infatti, del 30 novembre 2009 la *Risoluzione* del Consiglio relativa alla fissazione di una *Tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali* (2009/C - 295/01), i cui contenuti sono stati trasfusi nel *Programma di Stoccolma* del dicembre del 2009 (2010/C - 115/01).

<sup>18</sup> Secondo M. CAIANELLO, *Dal Terzo pilastro ai nuovi strumenti: diritti fondamentali, “Road Map” e l'impatto delle nuove direttiva*, in AA.VV., *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 110, va gradualmente emergendo un quadro normativo più sensibile (o meno insensibile) alle istanze di difesa dell'accusato coinvolto in una procedura transfrontaliera.

<sup>19</sup> A tal proposito T. RAFARACI, *Diritti fondamentali, giusto processo e primato del diritto UE*, in *PPG*, 2014, n. 4, p. 2, ricorda come in passato, per via pretoria, i diritti fondamentali siano stati assunti, pur nel silenzio dei Trattati, quali principi generali del diritto comunitario.

<sup>20</sup> Con tutti gli effetti che ne derivano, considerata la quasi completa operatività dell'*acquis comunitaire*, per facilitare e realizzare un pieno sistema di mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie, e per tutelare più efficacemente i diritti dell'imputato: così M. CAIANELLO, *Dal Terzo pilastro*, cit., p. 110.

La tecnica da adottare, seguendo le indicazioni offerte proprio dall’art. 82 par. 2 del TFUE, è quella della creazione di regole minime: «regole intermedie fra i grandi principi e le regole procedurali di maggior dettaglio, giustamente da lasciare al legislatore nazionale»<sup>21</sup>. Una scelta, quella delle “norme minime”, che già svela l’intento programmatico di esaltare i principi di sussidiarietà e proporzionalità<sup>22</sup>. Tra l’altro, nulla impedisce agli Stati membri di «mantenere o introdurre un livello più elevato di tutela delle persone». Non solo, pertanto, chi possiede *standard* di garanzia dell’imputato/indagato più rigidi è “autorizzato” a mantenerli; ma è anche possibile che la fissazione di una *soglia* minima costituisca solo un limite verso il basso; la “base di partenza” da cui gli Stati membri possano muovere (all’interno del proprio contesto nazionale) verso un potenziamento delle garanzie ivi previste.

In questo mutato contesto istituzionale si è innestato un proficuo itinerario legislativo: scandito dalla Tabella di marcia stilata dal Consiglio il 30 novembre 2009 e recepita dal Programma di Stoccolma del dicembre dello stesso anno; approdata alle direttive adottate tra il 2010 e il 2016<sup>23</sup>, alcune delle quali già implementate dal legislatore nostrano.

Si tratta di una svolta sicuramente “innovativa”, ma dal sapore antico. È, infatti, mancata quella necessaria opera di “secolarizzazione” volta a rimodulare il perimetro dei necessari interventi in chiave di armonizzazione delle garanzie difensive alle esigenze manifestatesi nel circuito della cooperazione giudiziaria fondata sul mutuo riconoscimento. I diritti individuati dalla Tabella di marcia del 2009 – riproducenti quelli selezionati nella Proposta di decisione quadro del 2004 – assumono particolare rilievo nell’orbita di un rafforzamento della fiducia reciproca funzionale ad agevolare la cooperazione nelle procedure transnazionali; ma non sono i soli. L’effettivo “salto di qualità” in tale contesto, infatti, non potrà realizzarsi se non attraverso un complessivo studio di tutte le garanzie ivi implicate<sup>24</sup>: un approccio che dovrà verificare «la configurabilità di garanzie mi-

<sup>21</sup> Così M. CHIAVARIO, *Giustizia europea e processo penale: nuovi scenari e nuovi problemi*, in *Lp*, 2008, p. 468.

<sup>22</sup> In questi termini v. T. RAFARACI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 2.

<sup>23</sup> Il riferimento è alle Direttive 2010/64/UE, sul *Diritto all’interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali*; 2012/13/UE sul *Diritto all’informazione nei procedimenti penali*; 2013/48/UE sul *Diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato di arresto europeo*; 343/2016/UE sul *Rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*.

<sup>24</sup> Di certo non può innestarsi in tale ambito – per stessa ammissione, comunque, del Consiglio – la Decisione quadro 2009/299/GAI (in *GUUE* n. L. 81/24 s., del 27 marzo 2009) che ha semplicemente introdotto appositi accorgimenti, in chiave “apparentemente” garan-

nime comuni con riferimento a ciascun settore della cooperazione giudiziaria e certamente nel settore dell'assistenza probatoria e delle relative tecniche»<sup>25</sup>.

5. Sebbene il lamentato squilibrio evidenziato nella politica dell'Unione, in chiave spiccatamente repressiva, fosse avvertito soprattutto nell'ambito di applicazione degli strumenti della cooperazione giudiziaria, il "nuovo" afflato garantista è andato oltre questi più ristretti confini. Non ha inciso solo nel più limitato perimetro delle procedure cooperative, ma ha inteso coinvolgere gli assetti degli ordinamenti processuali degli Stati membri in una dimensione più ampia, attenta anche alle dinamiche delle procedure prettamente nazionali: si è passati, così, da un'armonizzazione quale mezzo per perseguire la cooperazione, a un'armonizzazione quale valore in sé<sup>26</sup>. D'altronde, «in un'Unione allargata la fiducia reciproca deve trovare fondamento nella certezza che tutti i cittadini europei abbiano accesso ad un sistema giudiziario rispondente a livelli di qualità elevati»<sup>27</sup> e che gli *standard* di garanzie, di cui gli stessi possono fruire in un loro incontro con il circuito giudiziario, non debbano mutare a seconda del contesto nazionale in cui ciò si realizza<sup>28</sup>.

L'approccio di ampio respiro coltivato dal Programma di Stoccolma – e tradotto nelle direttive 2010/64/UE, 2012/13/UE, 2013/48/UE e 2016/363/UE – non sembra, quindi, mantenere uno stretto collegamento con il campo specifico d'intervento dell'Unione ai sensi dell'art. 82 TFUE. L'impulso a incrementare il livello di protezione dei diritti dell'accusato nelle situazioni transnazionali convive, nelle scelte del legislatore comunitario, con l'aspirazione a incidere sul fronte della tutela delle garanzie processuali nelle situazioni "interne". Così facendo, come specificato dal *considerandum* 10 della Direttiva 2016/363/UE, le regole minime valgono anche a «rimuovere taluni ostacoli alla libera circolazione dei cittadini nel territorio degli Stati membri».

tista, per meglio assicurare il mutuo riconoscimento del mandato di arresto europeo in materia di giudizio *in absentia*. Sul punto si rinvia, volendo, a F. SIRACUSANO, *Reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie, procedure di consegna e processo in absentia*, in *RIDPP*, 2010, p. 130 s.

<sup>25</sup> Così T. RAFARACI, *Il diritto di difesa*, cit., p. 131.

<sup>26</sup> In questi termini M. BONTEMPELLI, *Le garanzie processuali e il diritto dell'Unione europea, fra legge e giudice*, in *PPG*, 2014, n. 3, p. 81.

<sup>27</sup> Così nel Programma dell'Aja del 2004. Sul punto M. CARTABIA, *"Unità nella diversità": il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali*, in *DUE*, 2005, p. 582 s.

<sup>28</sup> Rileva T. RAFARACI, *Diritti fondamentali*, cit., 3, come il conio di un'ampia base di *standard* di tutela "uniformi" realizza l'obiettivo della libera circolazione delle persone e costituisce un passaggio saliente «verso la creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, contribuendo quanto meno a ridurre una sicura remora a spostarsi spontaneamente da un Paese a un altro dell'UE».

Questa scelta non può certo stupire. Se è vero che l’armonizzazione normativa resta, nel sistema dell’UE, ancorata alla necessità di facilitare il mutuo riconoscimento, è anche vero che lo scopo di realizzare un’effettiva area di sicurezza, libertà e giustizia – sancito dall’art. 3, par. 2 TUE – si colloca in una dimensione concernente la tutela dei diritti fondamentali: primo fra tutti il diritto di difesa dell’imputato e dell’indagato, che va ben al di là della cooperazione giudiziaria. Le “regole minime”, pertanto, incidono *ab imis* sul modello nazionale; hanno, ovviamente, riflesso sugli strumenti di cooperazione in quanto creano una base “minimale” di uniformità dei sistemi nazionali (con i limiti connessi alla clausola di non regressione) che dovrebbe essere idonea a rimuovere gli ostacoli alla effettività del mutuo riconoscimento. Valgono a creare un’uniformità sufficiente non impedendo che – attraverso la clausola di non regressione – gli Stati si assestino (o rimangano) su di un livello di garanzie superiore a quello siglato dalle regole minime.

6. L’umanesimo processuale, che negli ultimi anni ha caratterizzato l’attività del legislatore europeo, sta dunque operando in una dimensione del tutto originale e, per certi versi, più ampia di quella che la base giuridica da cui promana sembrava poter autorizzare.

L’ottica del rafforzamento della fiducia è alimentata in una duplice prospettiva: quella dei cittadini europei, agevolandone la libera circolazione; quella degli organi giudiziari, facilitandone la cooperazione. Il fulcro della fiducia, su cui ruota l’efficacia dei modelli edificati sul principio del mutuo riconoscimento, dal rapporto fra le autorità giudiziarie sembra slittare verso la percezione che i cittadini hanno del sistema giudiziario europeo nel suo complesso<sup>29</sup>.

Animate da questa duplice esigenza, pertanto, le direttive recentemente adottate sul solco tracciato dalla *Road Map* del 2009 non solo incidono in chiave di armonizzazione dei sistemi nazionali, ma provano a integrare in modo diretto anche i modelli di cooperazione giudiziaria. Non solo gli atti normativi di tipo “verticale”, che trovano la propria base giuridica nell’art. 82 par. 2 del TFUE, operano in tale direzione, ma anche quelli connotati da un approccio di natura

<sup>29</sup> L’8 giugno del 2011, al momento della presentazione della proposta della Commissione per la direttiva sul diritto all’assistenza del difensore (proposta di direttiva COM(2011) 326 def.), l’allora Commissario europeo per la giustizia, Viviane Reding, sosteneva che «il diritto a un processo equo è essenziale affinché i cittadini abbiano fiducia nel sistema giudiziario»; un’affermazione che, pur nella sua apparente banalità, assumeva un indubbio significato innovativo rispetto alle scelte che sino a quel momento avevano animato le iniziative dell’Unione intergovernativa nell’ambito del rafforzamento della cooperazione giudiziaria

“orizzontale”, volti a implementare i modelli della cooperazione giudiziaria, mostrano una “nuova” attenzione verso la tutela dell’individuo stretto nella morsa di una procedura transnazionale. La maggiore cura offerta alla tutela delle prerogative difensive si avverte tanto nell’ambito delle procedure di consegna, quanto in quelle volte all’approvvigionamento probatorio: rafforzamento delle garanzie partecipative e del diritto all’assistenza difensiva, anche nel Paese emittente, connotano i “nuovi” confini più garantiti del procedimento di esecuzione del MAE<sup>30</sup>; riconoscimento di una maggiore capacità d’intervento e di “innovativi” spazi di operatività “autonoma” dell’ufficio difensivo nella raccolta di prove transfrontaliere, costituiscono gli aspetti salienti di questa aggiornata visione<sup>31</sup>.

7. Di un altro aspetto occorre tener conto. Procedimenti di cooperazione giudiziaria fondati sul reciproco riconoscimento e procedure nazionali – ben al di là, quindi, dei limiti imposti dall’art. 82 TFUE – non sembrano delimitare in modo definitivo l’ambito di operatività delle regole minime in materia di garanzie procedurali.

La trama predisposta nell’ultimo quinquennio dal legislatore europeo sembra assumere le caratteristiche di uno stereotipo adattabile a tutte le evenienze; anche laddove, probabilmente, risulterebbe più congeniale percorrere altri itinerari poiché ci si muove in un’orbita estranea al perimetro siglato dall’art. 82 TFUE; quando, cioè, l’attenzione è dedicata alla creazione di organismi sovranazionali e non già al rafforzamento della cooperazione transfrontaliera animata dal mutuo riconoscimento. Il riferimento è qui alla Proposta di Regolamento per l’istituzione di un Pubblico ministero europeo. Il relativo Capo IV, dedicato alle garanzie procedurali, anziché stilare un catalogo di garanzie procedurali definite e, so-

<sup>30</sup> Cfr. art. 2 par. 7 e 3 par. 6 Direttiva 2010/64/UE; art. 5 Direttiva 13/2012/UE; art. 10 Direttiva 2013/48/UE. Per una dettagliata analisi circa l’incidenza delle summenzionate Direttive sulle procedure di consegna v., fra i tanti, S. RUGGERI, *Procedimento penale, diritto di difesa e garanzie partecipative nel diritto dell’Unione europea*, in *DPC*; G. CENTAMORE, *Il diritto al difensore nei procedimenti di esecuzione del mandato di arresto europeo nella direttiva 2013/48/UE: osservazioni generali e aspetti problematici*, *ivi*; nonché, volendo, F. SIRACUSANO, *Il diritto all’assistenza del difensore nel procedimento di esecuzione del mandato di arresto europeo*, in D. NEGRI - P. PRENON (a cura di), *Nuovi orizzonti del diritto alla difesa tecnica*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 207 s.

<sup>31</sup> Circa la possibilità, attraverso il ricorso all’OIE, riconosciuta alla difesa di promuovere un atto di indagine all’estero v. art. 1 par. 3 Direttiva 2014/241/UE. La direttiva sull’Ordine di indagine europeo è stata oggetto dell’approfondita disamina, fra gli altri, di M. CAIANELLO, *La nuova direttiva UE sull’ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in *PPG*, 2015, n. 3, p. 1; M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull’ordine europeo di indagine penale*, in *DPC*.

prattutto, articolato a livello sovranazionale, si limita, infatti, a rinviare ai diritti procedurali stabiliti con le direttive emanate in base alla *Road Map* collegata al programma di Stoccolma. Una scelta che è stata ritenuta non adeguata. Come è stato efficacemente sottolineato, appare «paradossale che le iniziative e i primi risultati delle politiche di ravvicinamento procedurale finalizzato a implementare l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento (v. art. 82 TFUE) siano chiamati a supporto di una procedura che, in base all'art. 86 TFUE, ha carattere sovranazionale non solo perché tale è l'organo titolare di essa ma anche perché una fonte sovranazionale – appunto il regolamento *ex* art. 86 TFUE – è chiamata a fissarne le regole procedurali (ivi comprese quelle ispirate alle garanzie e ai diritti)»<sup>32</sup>. L'approccio attraverso il rinvio alle “regole minime”, congeniale in un contesto in cui occorre trovare un punto di equilibrio fra i modelli procedurali “investiti” dalla cooperazione giudiziaria, sembra qui assumere i connotati di una «vera e propria ‘fuga’ da una procedura europea»<sup>33</sup>.

8. Benché il *trend* sia nel verso di una fioritura d'iniziative attente a siglare una piattaforma sufficientemente uniforme di garanzie difensive, la strada da compiere appare ancora lunga. Sulla strada dell'“armonizzazione”, fra regole minime da innestare nel tessuto delle legislazioni nazionali relativamente alle procedure nazionali, e regole sensibili ai bisogni di tutela della difesa nell'ambito delle procedure di cooperazione, resiste il vincolo al tradizionale approccio timido e graduale; un approccio caratterizzato da una selezione ancora insufficiente delle garanzie necessarie a realizzare un reale implemento della fiducia dei cittadini europei nel sistema giudiziario e a rendere più solida l'affermazione del mutuo riconoscimento<sup>34</sup>.

È proprio questo il problema: il passaggio dalle petizioni di principio alla loro effettiva realizzazione appare irto di difficoltà; destinato a confrontarsi con i sistemi nazionali, pur sempre gelosi delle proprie peculiarità. Ciò che conta, in ogni modo, è constatare che il percorso è stato realmente intrapreso (e con buona lena), attraverso la graduale costruzione di un nuovo contesto in cui l'indagato/imputato «non è più solo l'interlocutore occasionale del potere pubblico di accertamento»<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> Così T. RAFARACI, *Il controllo giurisdizionale delle attività del pubblico ministero europeo e l'innesto delle indagini nel procedimento nazionale*, in AA.VV., *I nuovi orizzonti*, cit., p. 327.

<sup>33</sup> Ancora T. RAFARACI, *Il controllo giurisdizionale*, cit., p. 327.

<sup>34</sup> Circa il carattere a volte compromissorio delle scelte adottate e alla criticabile tecnica di redazione delle “regole minime” v. M. CAIANELLO, *Dal Terzo pilastro ai nuovi strumenti*, cit., p. 112 s.

<sup>35</sup> Così F. RUGGIERI, *Diritti della difesa*, cit., p. 4345.



La verità è che, comunque, questi *standard* minimi non sembrano dover assumere particolare rilevanza innovativa rispetto a quanto già previsto in molti Paesi, apportando effettivo miglioramento dei livelli di tutela già esistenti<sup>36</sup>. Ciò avviene nonostante, specie nel settore della circolazione probatoria, l'individuazione di una piattaforma "minimale" condivisa assuma i connotati dell'imprescindibile pre-condizione per la realizzazione della cooperazione. L'"uniformità sufficiente" si lascia apprezzare, quindi, proprio con riferimento all'inesco delle procedure di cooperazione giudiziaria. Dopo tutto, come visto, è questa la finalità perseguita dal legislatore europeo: l'art. 82 TFUE lega l'implemento delle garanzie individuali all'esigenza di rendere efficace il mutuo riconoscimento che costituisce la pietra d'angolo della cooperazione giudiziaria.

In questa dimensione, il raggiungimento dello *standard* minimo sembra poter assicurare l'efficacia del modello di cooperazione; anche se questo *standard* "europeo" si collochi al di sotto del livello di garanzia assicurato dalla Costituzione di uno degli Stati in cooperazione. Il raggiungimento del livello imposto dalla direttiva – e allineato, pertanto, lungo il crinale invocato dall'art. 6 TUE – pone al riparo la procedura transnazionale da ogni inopinato rischio di frenata. Chiare, in tal senso, le ripetute indicazioni provenienti dalla Corte di giustizia: è da ricondurre al principio del primato del diritto dell'UE l'affermazione della sufficienza degli *standard* di tutela dei diritti fondamentali fissati ai sensi della CDFUE. Benché la clausola di non regressione autorizzi – se non, addirittura, spinga – gli Stati membri a mantenere o a introdurre livelli più elevati rispetto a quelli imposti dalle direttive, questi sono comunque non opponibili quando invocare tali più elevate tutele pregiudicherebbe l'efficacia del diritto dell'UE<sup>37</sup>.

Di qui è agevole trarre una conclusione: la stessa clausola di non regressione (prevista, in termini generali, dall'art. 82 par. 2 del TFUE), richiamata in tutte le direttive volte a fissare le regole minime, non ha la capacità d'incidere nella materia della cooperazione giudiziaria. Lo stesso legislatore europeo – così "adeguandosi" alle indicazioni provenienti dalla Corte di Lussemburgo – ne fornisce

<sup>36</sup> Rileva M. CAIANELLO, *Dal Terzo pilastro ai nuovi strumenti*, cit., p. 114, come appaia prevalere un approccio di tipo "burocratico", volto ad accontentarsi di predisporre un livello minimo di protezione, rispetto a *standard* ben più elevati raggiunti non di rado dagli Stati membri.

<sup>37</sup> Cfr. Corte di Giustizia, 26 febbraio 2013, C-399/11, Melloni; Corte di Giustizia, 26 febbraio 2013, C-617/10, Åkerberg Fransson. A questa conclusione la Corte di Giustizia è pervenuta muovendo dall'interpretazione del principio di equivalenza siglato dall'art. 53 CDFUE: la garanzia costituzionale può essere invocata nel contesto europeo, ma tale possibilità è rigidamente subordinata alla condizione che ciò non pregiudichi l'operatività del diritto dell'UE.

un'interpretazione riduttiva. Il *considerandum* 54 della direttiva 2013/48/UE, sul diritto di avvalersi di un difensore, recita espressamente che «gli Stati membri possono ampliare i diritti da essa previsti», ma al contempo prescrive che «tale livello di tutela più elevato non dovrebbe costituire un ostacolo al reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie che dette regole minime mirano a facilitare». Limite idoneo – e sufficiente – affinché il “divario” non si rifletta sulla funzionalità del modello fondato sul mutuo riconoscimento è che il livello di tutela raggiunto non si collochi al di sotto della soglia imposta dalla CDFUE o dalla CEDU, così come interpretate dalla Corte di Giustizia e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Muovendo da simile premessa, però, c'è il rischio che gli ordinamenti statali che offrono un livello più evoluto di garanzie si vedano costretti a usare *standard* eterogenei a seconda che uno stesso diritto venga in considerazione in una procedura esclusivamente interna ovvero di cooperazione giudiziaria<sup>38</sup>. E non solo: questa chiusura verso *standard* più evoluti nazionali rischia di operare anche fuori dal perimetro della cooperazione, tracimando nell'ambito di procedure esclusivamente interne sol che venga in considerazione una qualche materia riconducibile alle competenze dell'UE; la “prevalenza” del diritto dell'Unione opererebbe quale argine invalicabile alla fisiologica espansione delle più vigorose garanzie previste dal sistema nazionale.

<sup>38</sup> Sul punto v. T. RAFARACI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 4.

# LA PROPOSTA DI REGOLAMENTO CHE ISTITUISCE LA PROCURA EUROPEA: UNO STATO DELL'ARTE\*

*Lorenzo Salazar*

SOMMARIO: 1. Il Regolamento istitutivo dell'EPPO. - 2. Riflessi sul diritto nazionale. - 3. Prospettive di estensione della competenza dell'EPPO.

## **1. Il Regolamento istitutivo dell'EPPO.**

Quella che per oltre due decenni aveva rappresentato solo una chimera giuridica per divenire finalmente, nel luglio 2013, una proposta legislativa in materia, all'esito di circa quattro anni d'intensi negoziati è stata finalmente adottata il 12 ottobre 2017 attraverso la seconda procedura di cooperazione rafforzata condotta a termine nel quadro della cooperazione nel settore della Giustizia tra gli Stati membri dell'Unione europea (la prima in campo penale) che ha condotto alla adozione del Regolamento istitutivo della Procura europea, (EPPO, da *European Public Prosecutor Office*, nell'acronimo in lingua inglese) da parte del Consiglio dei Ministri della giustizia dell'Unione che lo ha formalmente adottato il 12 ottobre 2017 dopo aver ottenuto (il precedente 5 ottobre) il necessario via libera da parte del Parlamento europeo.

All'iniziativa prendono parte 22 Stati membri inclusa l'Italia: per ciò che riguarda gli autoesclusi, accanto a Danimarca, Regno Unito ed Irlanda – i quali, in virtù dei rispettivi statuti speciali, non erano sin dall'inizio computati ai fini del raggiungimento dell'unanimità necessaria all'adozione del testo – hanno

\* Il presente contributo costituisce una rielaborazione ed un aggiornamento della relazione svolta in occasione del convegno, alla luce della successiva avvenuta adozione del Regolamento (UE) 2017/1939, del 12 ottobre 2017, in GUUE L. 283, del 31 ottobre 2017, entrato in vigore il successivo 20 novembre.

scelto di rimanere, almeno per il momento, fuori dell'iniziativa anche Polonia, Svezia ed Ungheria.

L'EPPO avrà la sua sede in Lussemburgo e sarà, almeno per il momento, esclusivamente competente ad indagare e perseguire gli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione dinanzi alle ordinarie giurisdizioni nazionali degli Stati partecipanti e secondo le regole processuali di questi ultimi. In merito alla competenza il Regolamento rinvia alla altrettanto recente direttiva (UE) 2017/1371 (in *GUUE*, L. 198/29) sulla protezione degli interessi finanziari dell'Unione ("la direttiva PIF"); la stessa si estenderà quindi su tutti i reati lesivi di tali interessi – incluse le frodi all'IVA (ma solo qualora trattisi di condotte transfrontaliere comportanti un danno complessivo di almeno 10 milioni di EUR) – nonché sulle condotte di corruzione attiva e passiva e quelle di appropriazione indebita che ledano gli interessi finanziari dell'Unione; essa comprenderà inoltre, in forza del Regolamento, anche le condotte di partecipazione ad un'organizzazione criminale incentrata sulla commissione dei reati PIF ed ai reati c.d. "ancillari", vale a dire qualsiasi altro reato "indissolubilmente legato" ad un reato PIF ed alle condizioni ivi individuate, tra cui la maggior gravità del reato PIF rispetto a quello connesso.

Dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la base giuridica che prevede la creazione dell'EPPO, si trova iscritta nell'art. 86 del TFUE che ne delinea anche le caratteristiche principali e la relativa procedura di adozione – legittimando il ricorso alla speciale procedura di cooperazione rafforzata con la partecipazione di "almeno" 9 Stati membri – derogando anche alla oramai generalizzata procedura di co-decisione in favore della semplice "approvazione" da parte del Parlamento europeo.

Quanto alla struttura del nuovo organismo dell'Unione, il modello originariamente delineato dalla Commissione europea nella proposta presentata il 17 luglio 2013 era di tipo verticistico, articolato in un agile livello centrale, composto da un Procuratore europeo e da 4 suoi "sostituti", il quale avrebbe diretto le indagini condotte, a livello decentrato, dai procuratori europei delegati (almeno uno per Stato membro); a tale ultimo modello, tuttavia, venne rapidamente a sostituirsi, in corso di negoziato, quello collegiale, articolato su di livello centrale, diretto dal Procuratore capo europeo, con la previsione di un procuratore europeo per Stato partecipante, nonché di un numero, allo stato non determinato, di "Camere permanenti" composte degli stessi procuratori europei. I procuratori europei delegati (PED), che dovranno essere almeno due per Stato partecipante, fanno integralmente parte dell'EPPO, ma potranno anche continuare ad esercitare le proprie funzioni di procuratori nazionali ove il carico di lavoro del loro *core business* appaia consentirlo. Quando agiscono per conto dell'EPPO essi po-

tranno ricevere istruzioni solo dal livello centrale della Procura e solo ad esso risponderanno del loro operato.

Nel corso del negoziato si è assistito ad un progressivo spostamento del centro decisionale dell'EPPO verso la dimensione nazionale (esaltando il c.d. "*national link*"). Fulcro di tale strategia è stato fare in modo che, all'interno del Collegio, ciascun procuratore europeo sovrintenda, in linea di massima, ai soli casi che riguardano il proprio Stato di provenienza e diriga i "propri" PED, in dialogo costante con gli stessi. Il potere delle "Camere" di influire in concreto sui singoli procedimenti è in realtà limitato ed anche nei casi di avocazione dei procedimenti verso il livello centrale si vedrà in realtà il procuratore dello Stato membro interessato svolgere sempre un ruolo protagonista, essendo in sostanza preclusa agli altri procuratori europei la possibilità di seguire direttamente casi di Stati diversi dal loro, prevedendo in ogni caso, ove ciò avvenga nel limitato numero di ipotesi previsto dal Regolamento, poteri sostanzialmente diminuiti. Del pari, le regole di riparto della competenza tra l'EPPO e le autorità nazionali rischiano di condurre, in molti casi, a vedere lo stesso soccombente in caso di eventuali conflitti positivi di competenza, anche dal momento che a decidere, in ultima istanza, saranno quasi sempre le autorità giudiziarie degli Stati membri.

Quanto agli strumenti investigativi utilizzabili dall'EPPO esso potrà attingere ad un elenco di misure d'indagine (sensibilmente ridotto rispetto all'originaria proposta della Commissione) che dovranno esser messe a sua disposizione, a condizione che il reato per cui si procede sia punibile con una pena massima di almeno quattro anni di reclusione. Tra di esse figurano anche le misure di intercettazione che vengono tuttavia circondate da particolari cautele prevedendosi la possibilità, per gli Stati che lo desiderino, di limitarle solo a specifici reati gravi. In materia di libertà personale, i PED competenti, a seconda dei poteri di cui dispongano in forza del diritto nazionale in casi analoghi, potranno disporre direttamente od invece richiedere l'emissione di misure di arresto o di custodia cautelare, od ancora emettere o chiedere un mandato di arresto europeo ove il soggetto ricercato si trovi in un altro Stato membro.

Una volta concluse le indagini sarà il PED a formulare le proprie richieste alla Camera permanente, chiedendo di esercitare o meno l'azione penale dinanzi a un giudice nazionale, di valutare un eventuale rinvio, di archiviare il caso od ancora di fare ricorso ad una "procedura semplificata" di tipo transattivo ma ciò sarà possibile in quei soli Stati che già conoscano procedure analoghe al "patteggiamento". Se la Camera permanente ha il pieno potere di chiedere al PED di procedere ad un riesame del caso, essa non potrà invece decidere l'archiviazione dello stesso ove fosse stato proposto il rinvio a giudizio.

Sotto il profilo delle garanzie procedurali di indagati e imputati, queste vengono rimesse ad un triplice livello di tutela, consistente nel rinvio alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, alle cinque direttive in materia di garanzie difensive già adottate dall'Unione ed infine alle garanzie addizionali previste dal diritto nazionale di ciascuno Stato partecipante, compresa la possibilità di presentare prove, di chiedere la nomina o l'audizione di periti e l'escussione di testimoni, potendosi anche richiedere all'EPPO di raccogliere prove "per conto della difesa".

Per ciò che riguarda, infine, il controllo giurisdizionale, il Regolamento EPPO prevede per la Corte di giustizia europea un ruolo ridotto, stabilendone la competenza a pronunciarsi in via pregiudiziale solo in relazione ad un numero di ipotesi assai limitato ma non per questo meno incisivo; tra queste devono in particolare segnalarsi le questioni relative alla validità degli atti procedurali della Procura europea, quando sollevate direttamente sulla base del diritto dell'Unione, all'interpretazione o validità di disposizioni del diritto dell'Unione, compreso il Regolamento stesso, ed infine all'interpretazione degli articoli relativi alla competenza materiale dell'EPPO al fine di dirimere eventuali conflitti positivi di competenza con le autorità nazionali, alle decisioni di archiviazione, sempre in quanto contestate in relazione al diritto dell'Unione, ed infine sulle controversie relative al risarcimento dei danni causati dall'EPPO, a clausole compromissorie, al personale ed al diritto di accesso del pubblico ai documenti.

L'EPPO dovrà instaurare "strette" relazioni di cooperazione con Eurojust, OLAF ed Europol e rapportarsi con gli altri partner dell'Unione, i Paesi terzi e le organizzazioni internazionali attraverso la conclusione di accordi di lavoro di carattere tecnico/operativo finalizzati ad agevolare la cooperazione e lo scambio di informazioni tra le parti. A tal fine, in attesa della eventuale conclusione di nuovi accordi in futuro, sarà necessario fare in modo che l'EPPO possa avvalersi sin dall'inizio della propria attività operativa, nel quadro della cooperazione internazionale, degli strumenti già esistenti cui sono parte i suoi Stati membri; ciò potrà avvenire, ad esempio, procedendo alla notifica da parte di ciascuno Stato dei propri PED quali soggetti della cooperazione.

Anche le (complesse) relazioni con gli Stati membri non partecipanti sarà affrontato attraverso la conclusione di "accordi di lavoro" riguardanti lo scambio di informazioni, il distacco di ufficiali di collegamento e di punti di contatto, senza pregiudicare l'eventuale conclusione in futuro di uno strumento giuridico *ad hoc*, relativo alla cooperazione penale tra l'EPPO e le autorità competenti di tali Stati.

Quanto al concreto avvio delle indagini e delle azioni penali avverrà a non meno di tre anni di distanza, attraverso una separata decisione della Commis-

sione su proposta del procuratore capo europeo e solo dopo l'avvenuta adozione del Regolamento interno e degli altri atti di normazione secondaria quali le "direttive" cui è rimessa la disciplina di numerose scelte inerenti l'esercizio stesso dell'azione penale. Tutto questo induce a collocare intorno al 2021 il momento in cui potremo assistere all'avvio delle prime indagini direttamente condotte dalla Procura.

## 2. Riflessi nel diritto nazionale.

La chiave di lettura della situazione venutasi a creare successivamente all'entrata in vigore del Regolamento viene anzitutto offerta dall'art. 288 TFUE, il quale stipula che «Il Regolamento ha portata generale [, ...] è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri». Tale efficacia si espletterà dunque nell'ordinamento italiano senza richiedere formali atti di recepimento da parte del nostro legislatore. Ciò non sembra tuttavia esimere quest'ultimo dalla necessità di intervenire, tanto sul codice penale quanto su quello di procedura penale e sullo stesso ordinamento giudiziario, al fine di consentire l'armonioso inserimento nel nostro sistema del nuovo soggetto dell'UE. Sotto il profilo del diritto penale sostanziale, non appaiono necessarie particolari modifiche al fine di adeguare il diritto interno, entro il prescritto termine del 6 luglio 2019, ai dettami della già ricordata "direttiva PIF" 2017/1371, che delimita l'ambito di competenza materiale della nuova Procura. Ciò dal momento che il legislatore italiano ha già da tempo introdotto fattispecie incriminatrici idonee ad implementare la stessa – in particolare attraverso gli artt. 640-*bis* e 316-*bis* c.p. – tanto per ciò che riguarda le frodi ai danni del bilancio quanto per le fattispecie di riciclaggio, corruzione ed appropriazione indebita ad esse collegate. Anche la disposizione sui termini di prescrizione di cui all'art. 12 della direttiva non sembra sollevare speciali problemi, soprattutto a seguito delle modifiche introdotte in materia dalla recente legge di riforma penale (l. 23 maggio 2017, n. 103, art. 1, comma 11), che hanno, almeno per il momento, messo a tacere finanche le pressanti richieste da tempo avanzate in materia dal Gruppo di lavoro dell'OCSE sulla corruzione internazionale (WGB). Per quanto riguarda la definizione dello status giuridico tanto del procuratore capo (ove a tale carica venisse nominato un magistrato italiano) quanto del "nostro" procuratore europeo, non sembrano incontrarsi particolari problemi. Assunti in qualità di "agenti temporanei" dell'EPPO (art. 96 del Regolamento), essi saranno infatti equiparati, per tutta la durata del loro incarico, ai funzionari dell'Unione, degli stessi applicandosi anche il relativo statuto e la remunerazione. Da ciò discende necessariamente il loro collocamento al di fuori del ruolo organico della magistratura ai sensi

dell'ordinamento giudiziario, così come è del resto sempre avvenuto per tutti i magistrati sin qui "prestati" alle Istituzioni europee od internazionali, in qualità di membri delle relative Corti, di funzionari temporanei o di agenti contrattuali, esperti nazionali distaccati, etc. Oltre che necessaria, tale soluzione appare anche la più logica e coerente con lo statuto "europeo" che verranno ad assumere tali soggetti, in forza del quale essi (come esplicitamente recita l'art. 6 del Regolamento) «agiscono nell'interesse dell'Unione nel suo complesso [...] e non sollecitano né accettano istruzioni da persone esterne all'EPPO, Stati membri dell'Unione Europea, istituzioni, organi, uffici o agenzie dell'Unione». Occorrerà invece verificare il raccordo di tale collocamento fuori ruolo con quanto previsto dal comma 70 dell'art. 1 della l. 06.11.2012, n. 190 (c.d. "Legge Severino") il quale, con riferimento al precedente comma 68, prevede l'inapplicabilità delle disposizioni limitative degli incarichi dei magistrati «ai componenti delle Corti internazionali comunque denominate» al fine di determinare se la Procura europea possa comunque rientrare all'interno di tale definizione; la risposta positiva a tale quesito appare sicuramente da preferire in quanto la natura requirente delle funzioni svolte presso la Procura europea non appare tale da condurre ad escludere la possibilità di farle rientrare in tale definizione allo stesso modo in cui non ne sarebbero escluse le funzioni di natura requirente eventualmente svolte presso la Corte Penale Internazionale.

Del pari si tratterà di un incarico rientrante nell'ambito di applicazione dell'art. 107 della circolare 13778, del 24 luglio 2014, del CSM che disciplina, il collocamento fuori dal ruolo organico della magistratura e, con terminologia che appare probabilmente bisognosa di un aggiornamento, la destinazione di magistrati «a funzioni diverse da quelle giudiziarie» (trattandosi, in questo come in altri casi, di funzioni ad ogni effetto giudiziarie, sia pur ad un livello diverso da quello nazionale). In quanto caratterizzato «dall'esercizio di funzioni giudiziarie e giurisdizionali presso organismi internazionali» (comma 6-bis del citato art. 107), ed alla stessa stregua di quelli presso le già esistenti Corti europee od internazionali, il relativo incarico non apparirà così soggetto agli ordinari limiti previsti per gli incarichi fuori ruolo di altra natura.

Perplessità si palesano, invece, per ciò che riguarda la materia delle impugnazioni, in relazione alla quale gli estensori del Regolamento – probabilmente in ragione della assai minore incidenza degli appelli negli ordinamenti diversi da quello italiano, per non parlare dell'eventualità di ricorsi dinanzi alle Corti Supreme – non sembrano aver prestato particolare attenzione. L'art. 36, co. 7, Regolamento si limita infatti a disciplinare il solo momento della proposizione del ricorso in appello, attribuendo la relativa competenza al PED, che agirà su istruzione della Camera permanente, fatti salvi i casi di urgenza, collegati ad



esempio ad eventuali scadenze dei termini di ricorso, per i quali egli potrà presentare il ricorso autonomamente, informandone senza ritardo la Camera che lo istruirà quanto al successivo mantenimento o ritiro del gravame. Nulla di esplicito si ricava invece dal testo del Regolamento per quanto riguarda la competenza a seguire il procedimento nella fase del giudizio di appello ed a discutere lo stesso dinanzi all'istanza giurisdizionale competente o davanti ad una Corte di ultima istanza. Una prima soluzione al riguardo potrebbe consistere nell'affidare ai PED tutte le eventuali successive fasi dell'impugnazione anche per ciò che riguarda la discussione dinanzi alle relative istanze, facendo leva sul letterale dettato del terzo comma del paragrafo 1 dell'art. 13 del Regolamento – il quale assegna ai procuratori europei delegati la responsabilità di portare i casi in giudizio disponendo in particolare del potere di formulare l'imputazione, partecipare all'assunzione delle prove «ed esercitare i rimedi disponibili in conformità del diritto nazionale» – e considerando in tal modo l'esercizio del rimedio come necessariamente comprensivo anche della relativa fase di discussione. Tale soluzione, fondata sulla applicazione letterale della fonte regolamentare, presupporrebbe però una modifica delle regole relative all'esercizio delle funzioni del pubblico ministero nella fase di appello e di cassazione (art. 51, co. 1, lett. b, c.p.p.) e condurrebbe alla possibilità di vedere sostituirsi tout court ai magistrati delle procure generali presso la corte di appello e quella di cassazione i loro colleghi delle procure distrettuali. Una seconda opzione, diametralmente opposta, potrebbe consistere nell'affermare che il ruolo dei PED si arresti alla sola presentazione e stesura dei ricorsi, lasciando poi alle competenti autorità giudiziarie nazionali (i.e. le procure generali) la discussione degli stessi dinanzi alle corti superiori. Una terza e più articolata ipotesi potrebbe infine consistere nel prevedere la formale assegnazione – verosimilmente senza o con solo parziale esonero dal lavoro ordinario, come consente il comma 3 dell'art. 13 del Regolamento – delle funzioni di PED anche in capo a sostituti procuratori generali presso la corte di appello o la cassazione.

Ben diversa da quella dei componenti del livello centrale appare la situazione statutaria dei procuratori europei delegati (PED). Secondo la lettera dell'art. 96, co. 6 del Regolamento, «sono assunti come consiglieri speciali ai sensi degli articoli 5, 123 e 124 del regime applicabile agli altri agenti», rimanendo peraltro, come esplicitamente stipula l'art. 17, «dal momento della nomina a procuratore europeo delegato e fino alla rimozione dall'incarico [...] membri attivi delle procure o della magistratura dei rispettivi Stati membri che li hanno designati». Muovendo dall'assunto che saranno designati in qualità di PED solo magistrati già in servizio, questi dovranno provenire dalla magistratura ordinaria (e non da quella contabile, egualmente vocata ad occuparsi, ma su un versante diverso da quello

penale, della tipologia di illeciti di competenza dell'EPPO) in quanto l'art. 13 del Regolamento in parola prevede espressamente che i PED debbano disporre «degli stessi poteri dei procuratori nazionali in materia di indagine, azione penale e atti volti a rinviare casi a giudizio» oltre a quelli specificamente conferiti loro dal Regolamento. Sempre con riferimento ai PED, tenuto conto del loro statuto appena illustrato, non appare probabilmente evitabile una modifica normativa che venga a toccare al tempo stesso l'art. 51 c.p.p., al fine di prevedere l'esercizio delle funzioni da parte di questi ultimi nei procedimenti di loro competenza, e l'art. 70 dell'ordinamento giudiziario (R.D. 30 gennaio 1941, n. 12 come modificato dall'art. 20 d.P.R. 22 settembre 1988, n. 449) che regola l'esercizio delle funzioni del pubblico ministero. In particolare potrebbe pensarsi all'aggiunta di un nuovo comma *3-sexies* all'art. 51 c.p.p. (od ancora all'introduzione di un nuovo art. 51-*bis* c.p.p.), il quale preveda che, quando trattisi di procedimenti per i reati, consumati o tentati, individuati ai sensi dell'art. 22 del Regolamento (UE) 2017/1939, le funzioni indicate nel comma 1, lettera a), dello stesso articolo del codice sono attribuite ai procuratori europei delegati individuati presso l'ufficio del pubblico ministero del tribunale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente. A disciplinare la materia provvederà comunque il legislatore delegato in attuazione dei criteri di delega recentemente introdotti nella Legge di delegazione europea 2018 che reca anche i criteri di delega per l'attuazione della direttiva PIF.

### **3. Prospettive di estensione della competenza dell'EPPO.**

Nell'attesa dell'avvio delle attività dell'EPPO, sono già state da più parti avanzate proposte dirette ad un possibile allargamento della competenza della Procura europea al fine di ricomprendervi anche i più gravi reati transnazionali tra cui, in particolare, il terrorismo, così come espressamente consente l'ultimo comma dell'art. 86 TFUE, pur se richiedendo a tal fine l'unanimità del Consiglio europeo. L'Italia, con i ripetuti interventi del Ministro della Giustizia Orlando a sostegno di tale tesi, si colloca in prima fila su tale fronte; l'idea è stata successivamente rilanciata anche dai Presidenti della Commissione e del Parlamento europeo e dal Presidente della Repubblica francese e sembra riscuotere un consenso crescente, almeno a giudicare dalle intenzioni espresse dai Ministri intervenuti in sede di Consiglio al momento della formale adozione del Regolamento. La Commissione ha presentato nel settembre 2018, in parallelo ad una revisione dello statuto dell'OLAF, per adeguare l'Ufficio alla nuova realtà, una Comunicazione indirizzata al Parlamento europeo ed al Consiglio europeo "Un'Europa che protegge: un'iniziativa per estendere le competenze della Procura europea (EPPO)

ai reati di terrorismo transfrontaliero”, del 12 settembre 2018 (COM(2018) 641 final), nella quale viene affrontato il tema della estensione del mandato dell’EPPO anche ai reati di terrorismo.

Il quadro, come è dato vedere, è in pieno movimento e, nonostante i non pochi limiti e i numerosi difetti che caratterizzano il nuovo organismo – figlio, come quasi sempre avviene in Europa, di un difficile compromesso – la creazione della Procura europea sembra poter costituire, piuttosto che il punto di arrivo, quello di partenza verso più ambiziosi obiettivi. Tra questi, in particolare, quello di un fronte comune europeo (che includa anche il versante giudiziario accanto a quelli, sinora privilegiati, del *law enforcement* e dello scambio di informazioni di *intelligence*) nei confronti della grande criminalità transfrontaliera, obiettivo il cui perseguimento sembra reso purtroppo necessario dalla tragica attualità di questi ultimi anni. L’Italia, grazie anche al prezioso bagaglio di esperienza maturata nel corso del tempo soprattutto attraverso l’attività della Direzione Nazionale Antimafia (che non a caso ha visto recentemente estendere la propria competenza anche all’antiterrorismo), si colloca in posizione naturalmente privilegiata all’interno di tale quadro; ciò a condizione naturalmente che la volontà politica continui, anche in futuro e con la medesima determinazione, a coltivare una visione ambiziosa per la cooperazione europea, suscettibile di combinare il valore aggiunto connaturato a tale dimensione con quello offerto dalla preziosa esperienza faticosamente maturata a livello nazionale sul fronte della lotta al terrorismo ed al crimine organizzato.



GARANZIE E CONTROLLO GIURISDIZIONALE  
DELL'ATTIVITÀ DEL PUBBLICO MINISTERO:  
*STANDARDS* SOVRANAZIONALI  
E PROSPETTIVE DI CREAZIONE  
DI UNA PROCURA EUROPEA

*Gaetano De Amicis*

SOMMARIO: 1. La base normativa della proposta di istituzione di un pubblico ministero europeo. - 2. Le ragioni storiche della proposta... - 3. (segue) ...ed il suo iniziale contenuto. - 4. Le principali modifiche intervenute nel corso dei negoziati intergovernativi. - 5. Profili problematici in tema di effettività delle garanzie giurisdizionali. - 6. La mancanza di un accordo unanime fra gli Stati membri e la scelta di procedere con una cooperazione rafforzata. - 7. Conclusioni.

**1. La base normativa della proposta di istituzione di un pubblico ministero europeo.**

In attuazione dell'art. 86 del Trattato di Lisbona la Commissione europea ha varato il 17 luglio 2013 una proposta di regolamento finalizzata all'istituzione dell'ufficio del pubblico ministero europeo (*European Public Prosecutor Office - EPPO*)<sup>1</sup>, con una competenza limitata alla individuazione, al perseguimento ed al rinvio a giudizio, dinanzi agli organi giurisdizionali degli Stati membri, degli autori di reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione (reati di frode, corruzione, riciclaggio, contrabbando di diritti doganali, evasione dell'IVA, ecc.), così come definiti nella proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta alle frodi in danno del bilancio dell'Unione, elaborata dalla

<sup>1</sup> Si tratta del documento COM(2013) 534 final.

Commissione l'11 luglio 2012 ed in seguito definitivamente approvata, dal Parlamento e dal Consiglio dell'Unione Europea, il 5 luglio 2017<sup>2</sup>.

L'art. 86, par. 1, del Trattato di Lisbona ha sostanzialmente ripreso il testo dell'art. III-274 del Trattato costituzionale del 29 ottobre 2004, sottoscritto ma non ratificato né entrato in vigore fra gli Stati membri dell'U.E., ed ha espressamente introdotto una base giuridica per l'istituzione del pubblico ministero europeo, stabilendo che per combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, il Consiglio, deliberando mediante regolamenti da adottare secondo una procedura legislativa speciale, può istituire una Procura europea "a partire da Eurojust".

La deliberazione deve essere adottata all'unanimità, previa approvazione del Parlamento europeo. In mancanza di tale requisito è prevista la possibilità, per un gruppo di almeno nove Stati membri, di instaurare una procedura di cooperazione rafforzata a norma degli artt. 20, par. 2 e 329, par. 1, TUE, informandone il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione.

Nell'impostazione accolta dal Trattato, dunque, l'istituzione della Procura europea tende a realizzare, sia pure inizialmente con riguardo alle sole esigenze di tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea, l'obiettivo di una direzione centralizzata delle indagini e dell'azione penale, attraverso un'attività istruttoria da svolgere direttamente sull'intera area territoriale dell'U.E., senza la preventiva intermediazione delle autorità giudiziarie nazionali<sup>3</sup>.

## 2. Le ragioni storiche della proposta...

L'idea di una Procura "centralizzata" a livello europeo, aleggiante ormai da circa un quindicennio nelle riflessioni politiche e nel dibattito dottrinale, prende corpo dalla diffusa preoccupazione di porre un argine alla penetrazione della criminalità transnazionale, le cui illecite attività sono state per certi versi facilitate dall'abolizione delle frontiere a seguito degli Accordi di Schengen del 14 giugno 1985, mentre era largamente avvertita la convinzione che l'efficacia dell'attività di contrasto posta in essere dagli organi giudiziari e di polizia rischiasse di rimanere imbrigliata entro il perimetro dei confini statali ed ostacolata dalle sensibili differenze fra le legislazioni dei vari Stati membri dell'U.E.

<sup>2</sup> Cfr. Direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 luglio 2017, in *GUUE*, 28 luglio 2017, L. 198/29.

<sup>3</sup> Per un quadro d'insieme sul tema v., di recente, F. GIUFFRIDA, *The European Public Prosecutor's Office: King without kingdom?*, in *www.ceps.eu*, 14 febbraio 2017, 6 ss.

Già nel 1997, infatti, un gruppo di studiosi di diversi Paesi, sotto la direzione della Prof.ssa M. Delmas-Marty, aveva tracciato un progetto delle possibili forme e caratteristiche di tale organismo, non solo sotto il profilo istituzionale, ma anche in relazione alla struttura dell'ufficio, alle modalità di conduzione dell'attività investigativa – comunque limitata alla tutela degli interessi finanziari comunitari – e al quadro dei rapporti con le autorità giudiziarie nazionali.

Nonostante il notevole interesse suscitato dalla proposta di creazione della Procura europea contenuta nel *Corpus iuris* del 1997<sup>4</sup>, il Consiglio europeo di Tampere del 15-16 ottobre 1999 non prese in considerazione la possibilità di istituire tale organismo, optando per la scelta più “morbida” di configurare una Unità di cooperazione giudiziaria composta di magistrati (Eurojust), con il compito di agevolare il “buon coordinamento” tra le autorità nazionali responsabili dell'azione penale, e di “prestare assistenza nelle indagini” riguardanti i casi di criminalità organizzata, cooperando strettamente con la Rete giudiziaria europea, allo scopo di semplificare l'esecuzione delle domande di assistenza giudiziaria.

### 3. (segue) ...ed il suo iniziale contenuto.

Nella proposta inizialmente elaborata dalla Commissione la struttura dell'organo è decentralizzata e “leggera”: essa comprende, da un lato, un ufficio centrale formato dal Procuratore europeo (nominato dal Consiglio con il consenso del Parlamento europeo) e dai suoi quattro sostituti, nominati con le stesse modalità; dall'altro lato, i Procuratori delegati dislocati sul territorio, almeno uno per Stato membro, ai quali è consentito, se lo Stato membro lo dispone, di operare anche come magistrati nazionali, cumulando in tal modo una doppia funzione (principio del c.d. “doppio cappello”).

Il tipo di rapporto tra Procuratore europeo, sostituti e Procuratori delegati è marcatamente gerarchico, poiché i sostituti devono operare sotto la supervisione del Procuratore e i delegati devono attenersi alle direttive e agli ordini di quest'ultimo, il quale può spostare il caso o avocarlo a sé e anche disporre la revoca dei delegati quando non presentino più i requisiti per la permanenza nelle funzioni. In caso di conflitto tra i due ruoli, il Procuratore europeo darà loro istruzioni di attribuire priorità alle loro funzioni di Procuratori delegati. Come appartenenti all'ufficio dell'EPPO, essi opereranno sotto la direzione esclusiva del Procuratore europeo, dovendo attenersi ai suoi ordini nella conduzione delle indagini e nelle scelte sull'azione penale.

<sup>4</sup> L'ultima, versione del testo, risalente al 2000, è pubblicata in G. GRASSO - R. SICURELLA (a cura di), *Il Corpus iuris 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, Milano, Giuffrè, 2003.

Le investigazioni dell'EPPO potranno svolgersi sul territorio di tutti gli Stati membri dell'Unione, che viene a tal fine considerato alla stregua di un'unica area giudiziaria. Esse dovranno essere informate al principio di proporzionalità e dovranno rispettare in modo imparziale – ricercando elementi a carico e a discarico – i diritti delle persone indagate così come stabiliti dalla Carta di Nizza, con particolare riferimento all'equità del procedimento e ai diritti della difesa. Inoltre, per quanto non disposto dal regolamento, si applicherà la normativa dello Stato membro sul cui territorio le operazioni sono condotte.

L'EPPO è competente ad effettuare le più varie misure investigative (perquisizioni, sequestri dei proventi del reato, intercettazioni di telecomunicazioni, anche informatiche, monitoraggio e congelamento di transazioni finanziarie, operazioni sotto-copertura, accesso a pubblici registri nazionali e europei e anche a registri di interesse pubblico tenuti da privati, fino all'arresto e alle misure cautelari), che però dovranno essere autorizzate e/o convalidate dalle autorità giudiziarie interne.

Tali investigazioni saranno in linea di principio svolte dai Procuratori delegati, ma essi, date le loro scarse forze e comunque non usufruendo di propri organi di polizia, dovranno necessariamente fare ricorso al potere di far eseguire le investigazioni dalle competenti autorità nazionali, dando loro istruzioni vincolanti, con il risultato di attribuire a queste ultime, nella sostanza, un ruolo determinante per il funzionamento delle indagini europee.

Le prove saranno raccolte osservando le regole dello Stato nel cui territorio tale raccolta o formazione avviene. Esse potranno circolare liberamente in tutti gli Stati, sempreché non violino le regole dell'equità processuale e i diritti di difesa precedentemente ricordati, anche quando il diritto interno preveda condizioni diverse di ammissibilità. Viene, dunque, adottato in proposito un sistema di mutuo riconoscimento, in particolare di tipo "passivo".

Sotto tale profilo, dunque, si è rinunciato a predisporre una disciplina unitaria della prova europea, generalmente applicabile all'attività dell'EPPO, che avrebbe sicuramente avuto il pregio della semplificazione e della chiarezza normativa.

In ordine all'esercizio dell'azione penale, la proposta non fa espresso riferimento al modello dell'obbligatorietà, né introduce specifici controlli sulla scelta di procedere all'archiviazione, con la quale, peraltro, l'EPPO può devolvere il caso all'OLAF o ad una competente autorità nazionale, amministrativa o giudiziaria, per eventuali seguiti, amministrativi o di altro tipo. È previsto anche un epilogo archiviativo transattivo, a seguito del pagamento di una somma da parte dell'interessato, quando il danno sia stato comunque risarcito.

In ottemperanza a quanto prevede l'art. 86 TFUE, la fase del giudizio si svolge presso le competenti giurisdizioni nazionali facendo applicazione delle regole interne; in questa fase sia il Procuratore europeo che i Procuratori delegati avranno



gli stessi poteri degli organi d'accusa nazionali. Anche da questo punto di vista, le autorità statuali sono chiamate, dunque, ad esercitare un ruolo di primo piano.

La proposta di regolamento prevede inoltre che vi siano rapporti stretti fra l'EPPO e gli altri organismi europei, anzitutto con Eurojust, poiché i due organi dovranno stabilmente incontrarsi per affrontare temi di comune interesse ed Eurojust potrà essere coinvolto, e associato, alle attività dell'EPPO che riguardino casi complessi o a dimensione sovranazionale, soprattutto nelle ipotesi, non infrequenti, nelle quali le persone indagate risultino coinvolte sia nella commissione di reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione, sia in altre attività criminose connesse. L'EPPO dovrebbe contare anche sulla disponibilità dei servizi di supporto e delle risorse tecnico-amministrative di Eurojust, potendo accedere ad un meccanismo di controllo incrociato automatico della banca dati investigativa di Eurojust (*Case Management System*), sulla base di specifici accordi che verranno conclusi tra i due organismi.

Speciali rapporti sono previsti anche con Europol, mentre con l'OLAF (Ufficio europeo antifrode) l'EPPO dovrà concludere uno specifico accordo che fissi le modalità della loro cooperazione per le attività di prevenzione e contrasto agli illeciti lesivi degli interessi finanziari dell'Unione.

#### **4. Le principali modifiche intervenute nel corso dei negoziati intergovernativi.**

La più significativa opera di revisione del testo della proposta è avvenuta il 14 maggio 2014, sotto la Presidenza greca del Consiglio. Ad essere mutata è la configurazione stessa dell'Ufficio dell'EPPO: resta infatti l'idea di una struttura a due livelli – centrale e periferico – ma mentre quest'ultimo rimane costituito dai procuratori delegati, il primo viene ad essere formato non più da un solo organo a gerarchia “leggera”, bensì da due organi a struttura collegiale (il Collegio, composto dal Procuratore capo europeo, dai suoi sostituti, e dai Procuratori europei, uno per Stato membro, e le Camere permanenti, a loro volta composte dal Procuratore capo o un suo sostituto e da alcuni membri permanenti)<sup>5</sup>.

La ripartizione di funzioni tra i vari organi dell'ufficio appare estremamente complessa e farraginosa. Al Collegio spetta di monitorare le attività della Procura europea e di prendere decisioni strategiche sulle politiche di gestione delle sue attività repressive, senza essere coinvolto nelle indagini. Le Camere permanenti,

<sup>5</sup> Su tali aspetti v. R. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Milano, Giuffrè, 2017, pp. 264 ss.

a loro volta, devono monitorare le attività investigative e l'esercizio delle azioni penali, assicurando l'attuazione delle decisioni strategiche del Collegio. Esse risultano dunque coinvolte nei singoli casi giudiziari loro assegnati dal Procuratore capo europeo, prendono decisioni sui medesimi, ma non possono gestirli direttamente. La concreta attività investigativa e repressiva è invece demandata ai Procuratori delegati, i quali, a loro volta, possono fare proposte alle Camere permanenti sulle decisioni che esse dovranno prendere, senza avere il potere di prenderle loro stessi. Infine, ai Procuratori europei viene affidata la supervisione delle investigazioni e delle azioni penali che riguardano i loro Stati membri, rappresentando così la cinghia di trasmissione tra la Camera competente e i Procuratori delegati.

Si tratta di una struttura molto complessa e pesante che non sembra rispondere ad istanze di efficienza. Il passaggio dal modello gerarchico a quello collegiale fa trasparire, piuttosto, una volontà di controllo dell'attività di repressione europea da parte degli Stati membri, gelosi delle loro prerogative.

Nella stessa direzione sembra andare anche un'altra modifica operata in materia di competenza dell'EPPO: quest'ultima non è più considerata esclusiva, ma concorrente con quella degli Stati membri. Maggiore omogeneità viene invece data al regime delle indagini e delle prove, poiché non viene applicata più la *lex loci*, ma la legge dello Stato da cui proviene il Procuratore delegato incaricato di svolgere le indagini e promuovere l'azione penale.

Nei testi elaborati durante le successive presidenze si è puntato, soprattutto, sull'esigenza di coordinare le regole di indagine e di avvio dell'azione penale con la nuova struttura dell'EPPO, razionalizzandone alcuni profili attraverso la previsione di un sistema di assegnazione automatica dei casi alle Camere permanenti, così evitando, in linea di principio, il rischio di assegnazioni discrezionali; le Camere vengono dotate di maggiori poteri di direzione, assicurando il coordinamento delle indagini e delle azioni nei casi di rilievo transfrontaliero e individuando lo Stato membro presso il quale si svolgerà il processo (in linea di principio lo Stato di provenienza del Procuratore delegato al quale il caso è assegnato). Assegnazione che spetta sempre alla Camera sulla base di criteri prestabiliti, il più importante dei quali è il *locus commissi delicti*, con l'effetto, anche in tal caso, di evitare un'eccessiva discrezionalità operativa, con i relativi rischi di c.d. *forum shopping* sul territorio dell'Unione.

## 5. Profili problematici in tema di effettività delle garanzie giurisdizionali.

Non si è mancato di evidenziare taluni nodi problematici riguardo all'ampio margine discrezionale riservato all'EPPO nella "scelta" del foro ove incardinare il giudizio, giacché in assenza di criteri precisi e vincolanti il controllo giurisdizionale

zionale non potrebbe che limitarsi, in molti casi, ad una verifica “esterna” della correttezza dell’opzione effettuata dall’organo dell’accusa, che tuttavia non cesserebbe per questo di essere, per l’appunto, un’opzione, sia pure ispirata o circoscritta da previsioni di varia natura<sup>6</sup>.

Per quel che attiene, inoltre, al principio di formazione della prova in contraddittorio e al quadro di regole poste a presidio delle altre garanzie procedurali e difensive sembra necessario puntare su un’adeguata valorizzazione delle indicazioni generali offerte dalle disposizioni della Carta di Nizza e dai risultati della elaborazione giurisprudenziale della Corte europea dei diritti dell’uomo, attingendo in particolare alla riflessione che si è andata progressivamente sviluppando sull’art. 6 CEDU, là dove tende ad assicurare un processo equo di fronte ad un “tribunale” competente per decidere circa la fondatezza dell’accusa, specie ove si consideri che tale disposizione non si disinteressa affatto delle fasi antecedenti al dibattimento, giacché le garanzie ivi previste si applicano all’insieme della procedura, compresa la fase delle indagini preliminari, mentre una negazione delle garanzie dell’equo processo nella fase antecedente il giudizio è senz’altro idonea a compromettere l’equità del processo<sup>7</sup>.

Né va trascurata l’ipotesi in cui il giudizio avviato dall’EPPD dinanzi al giudice nazionale si avvalga di taluni risultati probatori assunti in Stati diversi da quello in cui esso si svolge, anche se in tal caso dovrebbero applicarsi i criteri generalmente dettati dalla Corte europea dei diritti umani riguardo al diritto di interrogare o fare interrogare i testimoni a carico e di ottenere la convocazione e l’interrogatorio dei testimoni a scarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico e in ordine alle prove che siano state raccolte in violazione di altri diritti previsti dalla Convenzione. In ogni caso, obbligato a tener conto delle disposizioni convenzionali sarà comunque il giudice davanti al quale si svolge il giudizio<sup>8</sup>.

Analoghi problemi, del resto, sembrano porsi in relazione agli atti di perquisizione personale o domiciliare, alle operazioni di intercettazione di conversazioni, ecc., nel senso della necessità di attivare un controllo o un’autorizzazione da parte di un giudice. Anche sotto tale profilo pare ineludibile un richiamo ai principi elaborati dalla giurisprudenza convenzionale in ordine all’art.8 CEDU, ovvero agli artt.13 e

<sup>6</sup> V. ZAGREBELSKI, *L’istituzione del Procuratore europeo in rapporto alle esigenze dell’equo processo*, in *www.europeanrights.eu*, 2013, pp. 54 ss.

<sup>7</sup> Corte EDU, Pandy c. Belgio, 21 settembre 2006, §50; Corte EDU, John Murray c. Regno Unito, 8 febbraio 1996, §62; Corte EDU, Vera Fernández-Huidobro c. Spagna, 12 gennaio 2010, §109; Corte EDU, Panovits c. Cipro, 11 dicembre 2008, §64.

<sup>8</sup> Cfr., sul punto, le considerazioni di V. SCJARABBA, *L’istituzione della Procura europea e la cooperazione rafforzata: nuove prospettive?*, in *www.europeanrights.eu*, 31 maggio 2017, p. 38.

6, da cui si trae che sempre, in caso di interferenze nella vita personale o familiare ovvero incidenti sulla protezione del domicilio o sulla libertà delle comunicazioni, è necessario che la legge assicuri la possibilità di un efficace ricorso al giudice<sup>9</sup>.

Non rientra nei canoni generali della proposta di regolamento in esame la predisposizione di un *corpus* di norme procedurali uniformi ed autonome, volte a disciplinare in modo puntuale le misure investigative a disposizione dell'organo di accusa sovranazionale. Al contrario, come si è rilevato<sup>10</sup>, la Commissione europea ha preferito mantenere un approccio più cauto e poco intrusivo per gli ordinamenti giuridici interni degli Stati membri, improntato al modello del reciproco riconoscimento, attraverso l'adozione di una normativa che sostanzialmente opera un ampio rinvio alle discipline nazionali, evitando così di incorrere in rilievi da parte degli Stati membri in relazione al rispetto dei principi di proporzionalità e sussidiarietà.

L'impostazione seguita dalla Commissione, tuttavia, sconta i limiti inevitabilmente riconnessi alla scelta di delineare criteri di ammissibilità in giudizio delle risultanze investigative dell'attività svolta dall'EPPO non discendenti dal rispetto di norme comuni sulla raccolta e sulla formazione delle prove, ma derivanti direttamente dall'applicazione del diritto nazionale del luogo in cui la prova è stata raccolta, con la conseguenza che il ricorso al principio del mutuo riconoscimento avviene in assenza di una preventiva opera di armonizzazione normativa.

Armonizzazione che, invece, avrebbe dovuto preventivamente interessare tutti i modelli di attività investigativa vigenti nei diversi Stati membri, agevolando la individuazione di regole minime procedurali, volte a garantire l'ammissibilità nel processo nazionale delle prove raccolte dall'EPPO. Condivisibili, dunque, appaiono le osservazioni critiche<sup>11</sup> in merito alla natura stessa della impostazione generalmente accolta dalla proposta di regolamento, in quanto fondata su un modello di mutuo riconoscimento di tipo "passivo", che richiede unicamente di recepire *de plano*, come se fosse proprio, un prodotto formato sulla base di regole diverse: un approccio, questo, che inevitabilmente comporta il risultato di far circolare nello spazio giudiziario comune europeo non tanto i mezzi di acquisizione probatoria, quanto, piuttosto, il risultato probatorio stesso.

Il rischio che si profila, allora, non è solo quello di creare tensioni tra i sistemi giuridici nazionali, senza raccordare in modo coerente le regole probatorie vigenti, rispettivamente, nello Stato di acquisizione e in quello di utilizzazione<sup>12</sup>, ma

<sup>9</sup> Cfr. V. ZAGREBELSKI, *op. cit.*, 58.

<sup>10</sup> F. MANFREDINI, *L'acquisizione probatoria in ambito europeo: i rapporti tra l'attività investigativa della Procura europea e l'ordine europeo di indagine penale*, in *CP*, 2015, pp. 4211 ss.

<sup>11</sup> R. KOSTORIS, *Pubblico ministero e indagini "nazionalizzate"*, in *CP*, 2014, 4746 ss.

<sup>12</sup> T. ALESCI, *La procura europea per i reati lesivi di interessi finanziari: la proposta di regolamento tra luci ed ombre*, in *AP*, 2014, n. 1, 13.

anche quello di creare un sistema poco garantito, in cui un organo d'indagine sovranazionale opera nel territorio dell'Unione Europea, raccogliendo elementi di prova sulla base di una molteplicità di basi normative (in conformità al criterio *locus regit actum*) e introducendo le relative risultanze all'interno di uno Stato, che tuttavia potrebbe, in ipotesi, prevedere regole di utilizzabilità probatoria diverse da quelle vigenti nel Paese in cui esse sono state raccolte<sup>13</sup>.

Entro tale prospettiva, dunque, sarà importante verificare le modalità di raccordo dell'EPPO con il nuovo strumento dell'ordine europeo di indagine penale (OEI) introdotto nell'ordinamento dell'Unione con la direttiva 2014/41/UE, poiché tale forma di cooperazione, essenzialmente basata sul mutuo riconoscimento, presuppone una decisione giudiziaria emessa o convalidata da un'autorità competente di uno Stato membro (Stato di emissione), per compiere uno o più atti di indagine specifici in un altro Stato membro (Stato di esecuzione), allo scopo di acquisire prove nell'ambito sia di procedimenti penali, che di procedimenti amministrativi, aventi implicazioni penali. Tale strumento, infatti, potrebbe essere utilizzato anche al fine di ottenere prove che sono già in possesso delle autorità competenti dello Stato di esecuzione.

Particolarmente opportuna sembra, infine, la scelta, che il legislatore europeo mostra di aver intrapreso nelle ultime versioni della proposta di regolamento, di collegare le attività investigative dell'EPPO con l'esigenza di un pieno rispetto dei diritti e delle garanzie degli indagati sanciti dalla Carta di Nizza e dalle direttive al riguardo adottate dal Parlamento europeo e dal Consiglio in tema di interpretazione e traduzione degli atti, diritto all'informazione e ad avvalersi di un difensore nel procedimento penale e in quello di esecuzione del mandato di arresto europeo, ecc.

## **6. La mancanza di un accordo unanime fra gli Stati membri e la scelta di procedere con una cooperazione rafforzata.**

Il testo normativo elaborato nel 2013 dalla Commissione europea, pur venendo incontro a diffuse esigenze (si stima che ogni anno i bilanci nazionali europei perdano almeno 50 miliardi di euro di IVA versato a causa di frodi transfrontaliere, mentre solo nel 2015, oltre all'ambito dell'IVA, gli Stati membri hanno individuato e segnalato alla Commissione irregolarità fraudolente per un importo di circa 638 milioni di euro), ha suscitato reazioni negative da parte di numerosi Stati membri, che hanno formulato una serie di obiezioni e rilievi critici cui sono seguite diverse riscritture dell'articolato nel corso dei lavori negoziali.

<sup>13</sup> F. MANFREDINI, *cit.*, 4220.

Proprio in conseguenza del mancato raggiungimento di un accordo unanime è stata avviata, il 3 aprile 2017, una procedura di cooperazione rafforzata cui hanno aderito, inizialmente, 18 Stati membri (Belgio, Bulgaria, Croazia, Cipro, Repubblica ceca, Estonia, Germania, Grecia, Spagna, Finlandia, Francia, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Portogallo, Romania, Slovenia e Slovacchia) e successivamente, in occasione del Consiglio Giustizia ed Affari interni dell'8 giugno 2017, altri 2 Stati (Italia ed Austria), che hanno parimenti manifestato l'intenzione di aderirvi.

In tale occasione, dunque, 20 Stati membri hanno raggiunto un accordo politico sull'istituzione di una Procura europea nel quadro – del tutto inedito – della procedura di cooperazione rafforzata: tale accordo ora dovrà essere approvato dal Parlamento europeo e dopo la sua eventuale adozione anche altri Stati membri potranno aderire, in qualsiasi momento, a tale forma di cooperazione.

Nell'ambito della “procedura di approvazione”, infatti, il Parlamento europeo ha il potere di accettare o di respingere una proposta legislativa con votazione a maggioranza assoluta, ma non ha la possibilità di modificarla.

L'assemblea plenaria del Parlamento europeo, dopo che la Commissione libertà civili aveva già votato a favore a larga maggioranza il 28 settembre 2017, ha definitivamente approvato la proposta il 5 ottobre 2017, raggiungendo un accordo essenziale affinché il Consiglio possa adottare formalmente il regolamento. La concreta operatività del nuovo istituto è prevista per il periodo ricompreso fra il 2020 e il 2021.

Gli 8 Paesi che non hanno aderito alla procedura di cooperazione rafforzata – Svezia, Paesi Bassi, Malta, Ungheria, Polonia, Regno Unito, Irlanda, Danimarca e Ungheria – potranno farlo in qualsiasi momento.

Nonostante la sua competenza si limiti al rapporto con gli Stati membri partecipanti, l'EPPO, il cui ufficio centrale avrà sede in Lussemburgo, collaborerà con gli altri Stati membri che decideranno di non aderirvi. A tale riguardo, infatti, il Consiglio ha già invitato la Commissione a riflettere sulla opportunità di presentare una serie di proposte idonee a garantire l'efficacia dei relativi meccanismi di cooperazione giudiziaria.

## 7. Conclusioni.

La dimensione storica del nuovo istituto, inizialmente solo evocato nel progetto del *Corpus iuris* o in documenti programmatici della Commissione europea<sup>14</sup>,

<sup>14</sup> Cfr. il *Libro verde* elaborato l'11 dicembre 2001 dalla Commissione europea, sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una procura europea (COM - 2001 - 715 def.).

tende progressivamente ad inverarsi non solo sotto la spinta delle pressioni provenienti dall'incremento della capacità operativa di organismi sovranazionali quali Eurojust, OLAF ed Europol, ma anche in considerazione della maggiore incisività delle esigenze di tutela degli interessi finanziari comunitari, per i quali l'art. 325, par. 4, del Trattato di Lisbona viene a sopprimere la tradizionale clausola di limitazione contenuta nel previgente art. 280 del Trattato di Amsterdam, secondo cui le misure necessarie nei settori della lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari comunitari non riguardavano l'applicazione del diritto penale nazionale o l'amministrazione della giustizia negli Stati membri.

Al riguardo, tuttavia, accanto ai pericoli di una eccessiva frammentazione dello spazio giudiziario europeo ovvero della predisposizione di un meccanismo di tutela penale a "geometria variabile" (poiché il bene tipicamente comunitario degli interessi finanziari rischierebbe di ricevere una più forte protezione da un gruppo ristretto di Stati membri), deve essere considerato, realisticamente, il peso oggettivo delle difficoltà legate alla prospettiva di un'accettazione immediata ed uniforme di un istituto come quello del pubblico ministero europeo nei vari ordinamenti nazionali, portatori, non di rado, di tradizioni giuridiche e sensibilità culturali talora divergenti proprio per quel che attiene ai profili della collocazione costituzionale e del ruolo processuale del P.M.

Per altro verso, è agevole rilevare che la possibilità di sviluppare ulteriormente il corso della procedura di cooperazione rafforzata appena avviata tra più Stati membri costituirà, già in una prospettiva di medio termine, un potente fattore di progressiva realizzazione dell'istituto.

Appare, dunque, estremamente probabile il verificarsi di una costruzione per "aggregazione", che riunisca per gradi le diverse adesioni muovendo dal nucleo originario di partenza, secondo il percorso procedurale proprio della cooperazione rafforzata.

Sebbene la proposta di regolamento della Commissione sia indubbiamente orientata a sviluppare un'equilibrata integrazione tra il livello europeo e quello nazionale della cooperazione giudiziaria, favorendo il passaggio verso l'articolazione di un sistema normativo organicamente disciplinato, al cui interno potranno ricevere una coerente regolamentazione, sotto la guida del nuovo ufficio giudiziario sovranazionale, le forme, le modalità e gli effetti della collaborazione, oggi solo embrionalmente sviluppata, tra i diversi "attori" dello spazio giudiziario europeo, è altrettanto vero, tuttavia, che ben difficilmente la nuova struttura dell'EPPD potrà essere costituita e funzionare in modo efficace se non si realizzeranno prima talune condizioni, ed in particolare: 1) l'individuazione di un quadro di criteri certi ed omogenei di prevenzione e risoluzione dei conflitti di giurisdizione; 2) la previsione di un controllo giurisdizionale da parte di un

organo indipendente a livello sovranazionale, come la Corte di Giustizia (o una sua Camera interna), in caso di disaccordo tra la Procura europea e gli uffici nazionali del P.M. sulla questione delle competenze in materia di azione penale; 3) la predisposizione di comuni criteri di ammissibilità delle prove (ove si consideri, come evidenziato dallo stesso Parlamento europeo nella sua ultima risoluzione del 5 ottobre 2016<sup>15</sup>, che alcune delle proposte formulate in sede di negoziato intergovernativo sulla richiesta di misure investigative da parte degli Stati membri potrebbero rappresentare, addirittura, un passo indietro rispetto ai, già prudenti, meccanismi di mutuo riconoscimento introdotti dalla direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale); 4) la connessa delineazione di un quadro completo di garanzie difensive generalmente accettate e condivise nelle legislazioni dei diversi Stati membri; 5) un'efficace e piena implementazione dei poteri e delle attribuzioni funzionali dei diversi istituti ed agenzie (Eurojust, Europol OLAF, ecc.) oggi esistenti, con ruoli e dinamiche tendenzialmente sovrapponibili, nei settori della cooperazione giudiziaria e del coordinamento investigativo; 6) la preventiva attuazione nei diversi Stati membri della su citata direttiva sulla lotta contro le frodi e gli altri illeciti lesivi degli interessi finanziari dell'Unione.

Estremamente opportuno sembrerebbe, infine, provvedere sin da ora, ai sensi dell'art. 86, par. 4, TFUE, ad una estensione della competenza della Procura europea – attualmente limitata alle sole fattispecie di reato oggetto della su indicata direttiva – ad altri reati lesivi di beni collettivi di rilievo europeo, ed in particolare a quelli in materia di terrorismo, come auspicato dal Ministro della Giustizia in una missiva inviata il 24 agosto 2017 alla Commissione europea ed alla Presidenza estone del Consiglio dell'Unione Europea, sottolineando come «cooperazione, tempestività nello scambio di informazioni e coordinamento dell'attività di indagine siano elementi determinanti per una strategia globale di contrasto al terrorismo».

<sup>15</sup> Sul tema v. V. SCARABBA, *L'istituzione della Procura europea e la cooperazione rafforzata: nuove prospettive?*, cit., 50.



# IL PUBBLICO MINISTERO EUROPEO E GLI ALTRI ATTORI DELLA COOPERAZIONE GIUDIZIARIA PENALE: I RAPPORTI CON EUROJUST

*Filippo Spiezia*

SOMMARIO: 1. L'istituzione del Procuratore europeo: un antico progetto che viene a compimento. - 2. Perché l'EPPO e come funzionerà? - 3. Eurojust nello spazio giudiziario europeo e le prospettive imminenti di riforma. - 4. I rapporti tra EPPO ed Eurojust: dalla possibile derivazione strutturale alla relazione di cooperazione reciproca. - 5. Considerazioni conclusive.

## **1. L'istituzione del Procuratore europeo: un antico progetto che viene a compimento.**

Il 12 ottobre 2017 il Consiglio dei Ministri della giustizia dell'Unione ha adottato, a seguito di una procedura di *cooperazione rafforzata* che ha visto la partecipazione di 20 Stati membri<sup>1</sup>, il Regolamento sull'istituzione di una Procura europea (EPPO), che avrà sede in Lussemburgo e competenza ad indagare e perseguire, dinanzi alle giurisdizioni nazionali degli Stati partecipanti, gli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> L'8 giugno 2017 venti Stati membri hanno raggiunto un accordo generale sull'istituzione della nuova Procura europea nel quadro della cooperazione rafforzata. Gli Stati membri interessati sono stati: Austria, Belgio, Bulgaria, Cipro, Croazia, Estonia, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Italia, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Portogallo, Repubblica Ceca, Romania, Slovacchia, Spagna e Slovenia. Non tutti gli Stati membri sono stati favorevoli al progetto ma potranno aderirvi in qualsiasi momento successivo all'adozione del Regolamento.

<sup>2</sup> Il 31 ottobre 2017 è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea, n. L 283, il Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio del 12 ottobre 2017, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea («EPPO»).

L'adozione di tale Regolamento fa seguito alla risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 5 ottobre 2017, e conclude una complessa procedura che ha preso le mosse dalla iniziale proposta della Commissione europea, del luglio 2013, per istituire la Procura europea<sup>3</sup>, presentata contestualmente alla proposta di regolamento per la riconfigurazione di Eurojust<sup>4</sup>.

Finalmente, dunque, dopo oltre 20 anni, trova compimento il progetto volto alla creazione di un soggetto con competenza ad indagare e perseguire, dinanzi alle giurisdizioni nazionali degli Stati partecipanti, gli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, anche se l'EPPO avvierà concretamente le sue attività non prima di tre anni a decorrere dall'entrata in vigore del Regolamento.

La possibilità di istituire l'ufficio del Procuratore europeo, quale nuovo organismo destinato ad operare nello *spazio* europeo di libertà sicurezza e giustizia, ha rappresentato uno degli aspetti più innovativi introdotti dal Trattato<sup>5</sup> di Lisbona. La sua base giuridica, contenuta nell'art. 86 del TFUE, rappresenta il punto di arrivo di un lungo percorso avviato dalle istituzioni comunitarie<sup>6</sup> al cui sviluppo hanno contribuito, in modo non marginale, anche esponenti del mondo giudiziario ed accademico.

Benché tale norma si collochi nel Capo IV del Titolo V del TFUE, dedicato alla cooperazione giudiziaria penale, è apparso subito chiaro agli interpreti che l'istituzione del Procuratore europeo avrebbe comportato – se realizzata – la creazione di un organismo *con compiti investigativi diretti* e non di *mera cooperazione giudiziaria*. In tal senso, non lasciava adito a dubbi la previsione di cui al par. 2

<sup>3</sup> Proposta COM (2013) 534.

<sup>4</sup> Proposta COM (2013) 535.

<sup>5</sup> È utile ricordare che l'espressione Trattato riferita al Trattato di Lisbona, include due Trattati: il Trattato sull'Unione Europea (TEU) ed il Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFEU). Il "Trattato di riforma" ha modificato i Trattati esistenti allo scopo di rafforzare l'efficienza e la legittimità democratica dell'Unione allargata, nonché la coerenza della sua azione esterna. Da questo angolo visuale, il Trattato contiene due clausole sostanziali, che modificano, rispettivamente, il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che sostituisce la Comunità europea. Il Trattato UE ha mantenuto il suo titolo attuale, mentre il Trattato CE è stato denominato «Trattato sul funzionamento dell'Unione», in considerazione della personalità giuridica unica dell'Unione.

<sup>6</sup> Cfr. in particolare, la Comunicazione della Commissione sulla *Protezione degli interessi finanziari: la creazione di un procuratore europeo*, 29 settembre 2000, COM (2000) 608, cui fece seguito il *Libro verde* elaborato dalla Commissione europea sulla tutela degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una Procura europea (COM (2001) 715 dell'11 dicembre 2001), leggibile in <http://europa.eu.int/comm/anti-fraud/green-paper/contributions/date.html> e la successiva Risoluzione del Parlamento europeo del 27 marzo 2003, pubblicata in *GUCE*, C 62 E/191 ss., dell'11 marzo 2004.

del citato art. 86, secondo cui la «Procura europea è competente ad individuare, perseguire e rinviare a giudizio, eventualmente in collegamento con Europol», gli autori di reati che ledono gli interessi finanziari quali definiti dal Regolamento previsto nel par. 1, e i loro complici.

La specificazione delle funzioni del nuovo ufficio ci proietta, dunque, in un contesto operativo completamente inedito, che appare collocarsi oltre il concetto di cooperazione giudiziaria<sup>7</sup>, sia essa fondata sulle regole della mutua assistenza penale che sul principio del mutuo riconoscimento.

La natura di organo con funzioni diverse da quelle tipicamente *cooperative* e di *coordinamento* giudiziario è confermata anche da un'interpretazione sistema-

<sup>7</sup> Sui temi della cooperazione giudiziaria nell'Unione europea ampia è la bibliografia. Tra i contributi più significativi cfr. R. SICURELLA, *Il titolo VI del Trattato di Maastricht e il diritto penale*, in *RIDPP*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 1307 e segg.; A. TIZZANO, *Il Trattato di Amsterdam*, Padova, Cedam, 1998, p. 57; R. ADAM, *la Cooperazione in materia di giustizia ed affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo*, in *Due*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 227 ss.; G. LATTANZI, *La nuova dimensione della cooperazione giudiziaria*, in *Dg*, N. 6, Roma, 2000; E. SELVAGGI, *La rete giudiziaria europea: uno strumento per migliorare la cooperazione giudiziaria in materia penale*, in *Dg*, Roma, 2000, p. 1123; F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della comunità europea e dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2001; C. CASCONI, *Diritto penale ed Unione europea*, in *DeG*, n. 17, Milano, Giuffrè, 2002; L. SALAZAR, *Le fonti tipiche dell'Unione europea*, in G. LA GRECA - M. MARCHETTI (a cura di), *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 57 ss.; G. DE AMICIS - G. IUZZOLINO, *Lo spazio comune di libertà sicurezza e giustizia nelle disposizioni penali del trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa*, in *CP*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 3067; M. CHIAVARIO, *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale a livello europeo*, in *RIDPP*, 2005, Milano, Giuffrè, p. 974; L. KALB (cura di), *Mandato d'Arresto europeo e procedure di consegna*, AA.Vv., Milano, Giuffrè, 2005; E. APRILE, *Diritto processuale penale europeo ed internazionale*, Padova, Cedam, 2007, p. 34; F. SPIEZIA, *Crimine Transnazionale e procedure di Cooperazione giudiziaria*, *I Libri di Guida al Diritto*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2006, pp. 47 ss.; F. GANDINI - G. IUZZOLINO - G. NICASTRO - A. PIOLETTI, in *Diritto penale europeo e ordinamento italiano. Le decisioni quadro dell'Unione europea: dal mandato d'arresto alla lotta al terrorismo*, Milano, Giuffrè, 2006; AA.Vv., *Lezioni di diritto penale europeo*, a cura di G. GRASSO e R. SICURELLA, in *Pubblicazioni del centro di Diritto Penale europeo*, Milano, Giuffrè, 2007; L. SALAZAR, *La lotta alla criminalità nell'Unione: passi in avanti verso uno spazio giudiziario comune prima e dopo la Costituzione per l'Europa ed il Programma dell'Aja*, in *CP*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 3516. E. APRILE - F. SPIEZIA, *Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea prima e dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, Ipsoa, 2009; ANDRÉ KLIP, *European Criminal Law. An integrative approach*, Antwerp-Oxford-Portland, Intersentia, 2009; AA.Vv., *European Cooperation in criminal matters: issues and perspectives*, ISISC, Atti e Documenti, n. 19, a cura di M. CHERIF BASSIOUNI - V. MILITELLO - H. SATZGER, Padova, Cedam, 2008; G. VERNIMNEN - V. TIGGELEN - L. SURANO - A. WEYEMBERGH, *L'avenir de la reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne*, Bruxelles, 2009.

tica delle norme del Trattato, ed in particolare da una lettura congiunta con il comma terzo dell'art. 67 del TFUE. Quest'ultimo, al fine di realizzare uno degli obiettivi dello *spazio* – ossia un elevato livello di sicurezza per i suoi cittadini – contempla la possibilità per l'Unione di attivare quattro tipi di misure: di prevenzione e lotta contro la criminalità, di coordinamento e cooperazione tra forze di polizia ed autorità giudiziarie, misure basate sul principio del riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie e, se necessario, misure di ravvicinamento delle legislazioni penali. La creazione del nuovo organismo si inquadra, senza alcun dubbio, nel primo tipo<sup>8</sup>.

## 2. Perché l'EPPO e come funzionerà?

La creazione di un nuovo soggetto nell'ambito dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia comporterà inevitabilmente relazioni e dinamiche operative con gli altri preesistenti attori, in primo luogo con Eurojust, l'organismo dell'UE istituito nel 2002 per rafforzare il coordinamento e la cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri nelle indagini per le forme gravi di criminalità transfrontaliera. Per individuare tali nessi, è necessario ricostruire, sia pure in sintesi, come opererà l'EPPO, avendo altresì presenti, quale presupposto logico della ricognizione, le ragioni di fondo per le quali la Commissione europea ha ritenuto la necessità di avanzare la proposta di costituzione di un nuovo organismo.

L'assunto iniziale è stato che l'opera di contrasto alle frodi non può essere condotta direttamente dagli Stati membri. Attualmente, solo le autorità nazionali possono svolgere indagini penali e perseguire le frodi lesive degli interessi finanziari dell'Unione, ma le loro competenze si arrestano ai confini nazionali. I reati a danno del bilancio dell'UE sono spesso complessi, specie per la loro dimensione transnazionale: implicano diversi soggetti, sistemi di frode sofisticati, coinvolgono vari Paesi e diverse giurisdizioni nazionali. Inoltre, il buon esito delle indagini presuppone una conoscenza profonda del quadro giuridico e amministrativo del caso. Ottenere una cooperazione efficace tra gli Stati membri resta ancora un esito difficile: i sistemi penali non sono perfettamente armonizzati, le procedure di assistenza giudiziaria richiedono tempi non brevi quando trattasi di indagini transfrontaliere, nonostante lo sforzo in atto di semplificazione, ed esigono un grande impegno operativo ed adeguate risorse.

<sup>8</sup> Cfr. K. LIGETI - M. SIMONATO, *The European Public Prosecutor's Office: towards a truly European Prosecution Service*, *New Journal of European Criminal Law*, Vol 4, Issue 1-2, 2013.

È, dunque, comunemente riconosciuto che il sistema attuale non tutela adeguatamente gli interessi finanziari dell'Unione: secondo le stime degli ultimi tre anni sarebbero andati persi mediamente 500 milioni di euro per presunti casi di frode, cifra stimata per difetto.

In tale contesto l'Unione, di fatto, non ha al momento alcun potere di intervenire in caso di distrazione a fini illeciti di tali risorse. Il tasso di successo delle azioni penali riguardanti i reati a danno del bilancio dell'UE (che varia notevolmente da uno Stato membro all'altro: dal 20% circa a oltre il 90%), è spesso compromesso dalla necessità di raccogliere prove fuori dal territorio nazionale.

Le agenzie dell'Unione, Europol, Eurojust e OLAF che esercitano competenze su scala europea, non sono legittimate a svolgere indagini o avviare direttamente azioni penali negli Stati membri, potendo infatti intervenire soltanto nei limiti delle rispettive competenze e funzioni previste dal Trattato. In particolare, l'OLAF – Ufficio europeo per la lotta antifrode, istituito nel 1999, ha il potere di svolgere indagini sostanzialmente di tipo amministrativo, mentre Eurojust è l'organismo di coordinamento sovranazionale per le indagini a carattere transnazionale e di facilitazione della cooperazione giudiziaria.

In base al Regolamento approvato, la Procura europea agirà come un organismo unico con poteri investigativi nell'insieme degli Stati membri partecipanti, senza dover ricorrere, in principio, agli strumenti tradizionali di diritto dell'UE per avviare una cooperazione tra le autorità giudiziarie dei diversi Stati, e potrà riunire esperienze e competenze in un organismo unico.

Non minori dovrebbero essere gli effetti in termini di fondazione di una politica comune in materia di azione penale, mettendo fine all'attuale approccio frammentario. La Procura europea sopperirà alle attuali carenze e interverrà nei casi di frode relativi ai fondi dell'UE di entità superiore ai 10 000 EUR e nei complessi casi di frode all'IVA transfrontaliera che comportano un danno superiore ai 10 milioni di EUR. Ciò dovrebbe quindi garantire una maggiore efficacia dell'azione penale e un migliore recupero delle somme oggetto di frode.

Ai sensi dell'art. 4 del Regolamento istitutivo, la competenza materiale del nuovo organismo corrisponde ai reati di cui alla direttiva "PIF", del pari recentemente adottata (cfr. Direttiva 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 luglio 2017)<sup>9</sup>.

Quanto alle sue caratteristiche funzionali, l'originaria proposta della Commissione disegnava un modello di Procura profondamente diverso da quello uscito dal negoziato consiliare. Essa prevedeva una struttura gerarchico-piramidale

<sup>9</sup> La direttiva sulla protezione degli interessi finanziari dell'UE mediante il diritto penale è stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale dell'UE del 28.07.2017, L198/29.

composta, a livello centrale, da un Procuratore europeo assistito da (soli) 4 sostituti procuratori europei – tutti nominati dal Consiglio, con l’approvazione del Parlamento europeo, per un periodo non rinnovabile di otto anni – e dal personale della Procura.

A livello locale la struttura era completata dai sostituti procuratori delegati (PED), aventi sede nel territorio di ciascuno Stato membro, con competenza a svolgere le indagini e ad esercitare l’azione penale “sotto la direzione e il controllo del Procuratore europeo”.

Come è noto, durante i negoziati in seno al Consiglio, il progetto ha subito una modifica sostanziale, una sorta di “mutazione genetica”, attraverso il progressivo innesto di un crescente “collegamento con il livello nazionale”, che influenza i tratti distintivi della struttura.

Si deve soprattutto all’iniziativa politica francese e tedesca, l’elaborazione dell’idea di trasformare l’originaria struttura “verticistica” in modello “collegiale”. È stato pertanto modificato il testo originario della proposta, prevedendo che il livello centrale della Procura sia composto da un collegio, dalle sue “camere permanenti” e da Procuratori europei delegati. Il collegio sarà poi espressione – ed era ciò che più interessava – di un Procuratore europeo per ciascuno Stato partecipante. Tale risultato, sostanzialmente acquisito già a metà percorso della Presidenza ellenica, nonostante un documento congiunto, di sostegno al modello gerarchico rispetto a quello collegiale, sottoscritto dai Procuratori generali di Italia, Bulgaria, Spagna e Portogallo, venne formalizzato nel giugno 2014, in occasione del Consiglio conclusivo del semestre. Quella struttura è rimasta confermata nei successivi negoziati e nel testo finale.

In base al Regolamento approvato, la Procura europea è un organo dell’Unione indivisibile che opera come ufficio unico (cfr. art. 8 par. 1 del Reg.), strutturato su due livelli: il livello centrale e il livello nazionale.

Il primo è costituito dal Procuratore capo europeo, da 20 Procuratori europei (uno per Stato membro partecipante), due dei quali in veste di sostituti del procuratore capo europeo, dal direttore amministrativo e da apposito personale tecnico e investigativo.

Il livello decentrato è composto dai Procuratori europei delegati, che saranno distaccati negli Stati membri partecipanti. Il livello centrale avrà il compito di vigilare sulle indagini e sulle azioni penali condotte a livello nazionale.

Come opereranno i Procuratori delegati? Saranno costoro a svolgere le indagini e le azioni penali nei rispettivi Stati membri per conto dell’EPPO (cfr. art. 13 del Reg.), collaborando con le autorità di contrasto nazionali e applicando il diritto interno, che dovrà prevedere indefettibilmente un *set* di misure di cui i Procuratori potranno disporre, quali perquisizioni, produzioni di documenti ed acquisizione di

dati informatici, sequestri, ed intercettazioni (cfr. art. 30 del Reg). Ne coordinerà le azioni un ufficio centrale, presieduto dal Procuratore capo europeo, da due sostituti e dai Procuratori europei (cfr. art. 11 e 12 del Reg.). Il Procuratore capo sarà garante della coerenza e dell'efficienza in tutti gli Stati membri partecipanti. La supervisione dell'indagine e l'assunzione delle decisioni essenziali nelle singole procedure è affidata alle camere permanenti (cfr. art. 10 del Reg.), presiedute dal Procuratore capo europeo o da uno dei sostituti e da un Procuratore europeo.

Quello delle camere permanenti è un ruolo importante, in quanto esse dovranno svolgere una attività di supervisione nella gestione del caso ed intervenire per l'assunzione delle decisioni rilevanti, quali quelle in materia di esercizio dell'azione penale, di definizione di accordo transattivo, di delega al sistema giudiziario degli Stati membri, di procedure transfrontaliere in caso di mancato accordo tra i Procuratori delegati.

Grazie alla sua struttura decentrata, la Procura europea potrà accedere direttamente alle competenze nazionali, oltre che alla conoscenza del sistema giudiziario, della lingua nazionale e delle prassi giudiziarie.

I Procuratori delegati potranno continuare a fare i pubblici ministeri nazionali e avranno in questo senso una duplice veste, disponendo degli stessi poteri dei Procuratori nazionali in materia di indagine (cfr. art. 13 del Reg). La condizione, però, è che quando agiscono per conto della Procura europea, lo facciano in piena autonomia dalle autorità giudiziarie nazionali.

Dal punto di vista operativo i Procuratori svolgeranno indagini in tutti gli Stati membri partecipanti in modo coordinato, scambiando rapidamente informazioni e unendo gli sforzi per assicurare il coordinamento delle indagini, la confisca o il congelamento rapidi dei beni e, se necessario, chiedendo l'arresto di sospetti criminali, tutto ciò nell'ambito di una strategia europea comune in materia di indagini e di azioni penali.

Attraverso un meccanismo di assegnazione del tutto innovativo il Regolamento disciplina l'operatività dell'EPPO nel caso di indagini transfrontaliere (cfr. art. 31 del Reg).

La Procura europea sarà un organismo altamente specializzato e indipendente, in linea anche con la nostra tradizione costituzionale.

Ciò significa, in primo luogo, che le istituzioni, gli organi o gli organismi dell'Unione e gli Stati membri dovranno rispettare l'indipendenza della Procura europea e non potranno influenzarla nell'esercizio delle sue funzioni.

In secondo luogo, sarà strutturalmente indipendente e non integrata in un'altra istituzione o in un altro servizio dell'Unione.

In terzo luogo, la nomina del Procuratore capo europeo avrà luogo a seguito di un invito generale a presentare candidature e sarà effettuata dal Parlamento

europeo e dal Consiglio. Una Commissione composta da membri emeriti della Corte di giustizia dell'Unione europea, delle Corti supreme, delle procure nazionali e/o avvocati di chiara fama contribuirà a selezionare una rosa di candidati (cfr. art. 14 del Reg.). Il mandato è limitato a sette anni e non è rinnovabile. In questo modo si è voluto evitare che l'operato del Procuratore capo europeo sia dettato da considerazioni legate a un'eventuale rielezione. Il Procuratore capo europeo può essere sollevato dall'incarico soltanto con decisione della Corte di Giustizia, su richiesta del Parlamento europeo, del Consiglio o della Commissione. Infine, per quanto riguarda i Procuratori europei delegati, il Regolamento garantisce che i Procuratori nazionali nominati alla Procura europea siano completamente indipendenti dalle Procure nazionali.

Sono anche previste garanzie per gli indagati (cfr. artt. 41 e segg. del Reg.). È stato importante rafforzare le garanzie giuridiche a tutela dei soggetti e delle imprese sottoposti a indagini o azioni penali nell'Unione Europea. Il Regolamento comprende una solida e ampia gamma di garanzie intese ad assicurare che i diritti degli indagati e degli altri soggetti coinvolti nelle indagini della Procura europea siano tutelati, a norma tanto del diritto dell'Unione, quanto della legislazione nazionale vigente in materia di diritti della difesa.

In particolare, il Regolamento garantisce che l'indagato goda di tutti i diritti sanciti dalla legislazione dell'UE e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, e li elenca esplicitamente: diritto all'interpretazione e alla traduzione; diritto all'informazione e all'accesso ai documenti; diritto a un avvocato e di comunicare e informare un terzo in caso di arresto; facoltà di non rispondere e presunzione di innocenza; diritto al patrocinio a spese dello Stato; diritto di presentare elementi di prova e di chiedere la nomina di esperti e l'audizione di testimoni.

### **3. Eurojust nello spazio giudiziario europeo e le prospettive imminenti di riforma.**

La rappresentazione e l'analisi delle possibili relazioni tra l'EPPO ed Eurojust richiede che si richiamino, in sintesi, i moduli operativi e funzionali propri di quest'ultimo organismo, nato nel 2002 per migliorare nell'Unione europea l'efficacia della cooperazione giudiziaria ed assicurare il coordinamento ottimale delle indagini per le forme gravi di criminalità organizzata<sup>10</sup>. La *main mission* di Eurojust

<sup>10</sup> Sulla genesi di Eurojust e sulla sua operatività v. G. DE AMICIS, *La costruzione di Eurojust nell'ambito del terzo pilastro dell'Unione europea*, in CP, 2001; E. CALVANESE - G. DE AMICIS, *Le nuove frontiere della cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea*,



è, dunque, il coordinamento delle indagini a carattere transnazionale, come si evince dall'art. 3 della Decisione istitutiva 2002/187/GAI<sup>11</sup>, che concepisce l'organismo quale struttura profondamente operativa, distaccandosi, nel suo statuto normativo e nella prassi, dalla precedente esperienza dei magistrati di collegamento (istituiti a partire dal 1996) e dalla rete giudiziaria europea (nata nel 1998)<sup>12</sup>.

La peculiarità funzionale si riflette sulla struttura: questa, infatti, si presenta non sotto forma di *network* ramificato presso le singole autorità nazionali, ma come organismo centrale con una sede accentrata (l'Aja), presso cui sono rappresentati tutti i 28 Stati membri dell'Unione.

in *Dg*, 2000, 6, 1303; M. PANZAVOLTA, *Eurojust: Il braccio giudiziario dell'Unione*, a cura di M.G. COPPETTA, Torino, 2005, 149 ss.; E. BARBE, *Mandat d'arret europenne, terrorisme et Eurojust*, in *RMC*, 2002, 454; G. DE LEO, *Da Eurojust al pubblico ministero europeo*, in *CP*, 2003, 1433; L. LOPES DA MOTA, *A Eurojust e a emergenza de un sistema de justica penal europeu*, in *Revista portuguesa de ciencias criminal*, 2003, 177; E. CALVANESE - G. DE AMICIS - F. DE LEO - G. FRIGO - E. SELVAGGI, in *GD*, 2005, 14, 34 s.; G. NICASTRO, *Eurojust*, in AA.Vv., *Diritto penale europeo e ordinamento italiano*, Milano, 2006, 63 s. Sui vari problemi legati all'attuazione di Eurojust nell'ordinamento italiano, anteriormente all'approvazione della l. 41/2005 v., infine, G. CASELLI - G. DE AMICIS, *La natura di Eurojust e la sua attuazione nell'ordinamento interno*, in *DeG*, 2003, 28, 94 s.; F. DE LEO, *Quale legge per Eurojust*, in *QG*, 2003, 197; G. SANTALUCIA, *Le misure di legislazione interna per l'Eurojust*, in *DF*, 2003, 1705 s.

<sup>11</sup> Eurojust venne sperimentata, sin dal 2000, con il funzionamento di una Unità provvisoria. Secondo il giudizio espresso da uno dei padri fondatori di Eurojust, l'ex giudice svedese, poi componente del Segretariato Generale del Consiglio, Hans Nilson, la creazione di Eurojust era scritta nelle "stelle", sin dalla costituzione di Europol. Addirittura, il giorno seguente all'entrata in vigore del Trattato di Maastricht, il 2 novembre 1993, fu adottata un'iniziativa che per certi versi ne anticipava la creazione: il Ministro belga della giustizia propose l'adozione di un'azione comune per istituire un "*Centre for Information, Discussion and Exchange in the field of Judicial Cooperation*" (CIREJUD). Tale proposta non trovò concretizzazione, ma costituì la base affinché, più tardi, nel 1998, fosse portata a compimento l'iniziativa per la creazione della Rete europea dei punti di contatto. Il seme era stato comunque gettato: da quel momento si innestarono successive dinamiche inter-istituzionali che sfociarono, nel 2000, nella costituzione dell'organismo nella sua formazione provvisoria di *pro-Eurojust*.

<sup>12</sup> Le funzioni dell'organismo sono disciplinate, in dettaglio, dall'art. 3 della Decisione istitutiva e sono così sintetizzabili:

- 1) agevolare il buon coordinamento tra le autorità nazionali responsabili dell'azione penale, tenendo conto di qualsiasi richiesta formulata da un'autorità competente di uno Stato membro e di qualsiasi informazione fornita da un organo competente in virtù di disposizioni adottate nell'ambito dei Trattati;
- 2) migliorare la cooperazione tra le autorità competenti degli Stati membri, in particolare agevolando la prestazione dell'assistenza giudiziaria internazionale, cooperando strettamente con la rete giudiziaria europea, allo scopo di semplificare l'esecuzione delle rogatorie;
- 3) prestare assistenza nelle indagini riguardanti i casi di criminalità organizzata, in particolare sulla base delle analisi di Europol.

La sua operatività è fondata, in prevalenza, sull'azione dei membri nazionali distaccati da ciascuno Stato membro, ma una serie di competenze essenziali alla gestione amministrativa dell'organismo sono attribuite al collegio, composto dai 28 membri nazionali. Momento centrale sono lo svolgimento di riunioni di coordinamento, nel corso delle quali le autorità nazionali, giudiziarie e di polizia, sono poste in condizione di operare un diretto interscambio informativo, di elaborare comuni strategie investigative, anche con il supporto di appropriate analisi, e di discutere questioni pratiche e giuridiche attinenti alla fase di acquisizione all'estero degli elementi di prova.

Le regole che fissano la "competenza materiale" di Eurojust disegnano un raggio d'azione particolarmente vasto, simmetrico a quella di Europol<sup>13</sup>. Nel 2008 è stata varata una riforma per rafforzare l'organismo: il 16 dicembre il Consiglio ha adottato la decisione 2009/426/GAI<sup>14</sup>, da trasporre negli ordinamenti nazionali il 4 giugno 2011.

Quelle norme perseguivano la finalità di rafforzare le capacità strutturali ed operative dell'organismo, incrementando le prerogative dei membri nazionali<sup>15</sup> e

<sup>13</sup> Secondo la formulazione contenuta all'art. 4 della decisione istitutiva, l'ambito di competenza di Eurojust comprendeva i reati già di competenza di Europol, a norma dell'art. 2 della Convenzione del 26.07.1995 e, in aggiunta, specifiche forme di criminalità appositamente indicate al 1° comma, lett. b) (criminalità informatica, riciclaggio, frodi comunitarie, corruzione, criminalità informatica ed ambientale, partecipazione ad un'organizzazione criminale ai sensi dell'azione comune 98/733/GAI del Consiglio del 21.12.1998). La previsione risentiva di un difetto di coordinamento delle norme sui due organismi, poiché il testo della Decisione su Eurojust, al momento della sua adozione, non aveva potuto recepire le indicazioni sul nuovo mandato Europol contenute nella decisione del 06.12.2001, che estendeva la relativa competenza alle altre forme di criminalità indicate nell'allegato alla Convenzione Europol del 26.07.1995. La decisione 2009/426 semplifica la formulazione con un integrale riferimento alla competenza di Europol. È confermata, inoltre, la competenza aggiuntiva riguardante gli altri reati commessi unitamente a quelli sopra indicati, di tipo complementare: ai sensi dell'art. 4, 2° comma, della decisione, Eurojust può prestare assistenza per indagini relative ad altri reati, su specifica richiesta di un'autorità giudiziaria nazionale di uno Stato membro. Un limite deve tuttavia rinvenirsi nella necessaria transnazionalità del crimine, per effetto del combinato disposto di cui agli artt. 3 e 4 della decisione, secondo cui è pur sempre necessario che la fattispecie oggetto del procedimento comunicato ad Eurojust riguardi «indagini ed azioni penali concernenti due o più Stati membri» per forme gravi di criminalità, ovvero «uno Stato membro ed uno Stato terzo con cui è stato concluso un accordo di cooperazione, o, in assenza di questo, sussiste un interesse essenziale nel fornire tale tipo di assistenza».

<sup>14</sup> La Decisione quadro 2009/948/GAI è in *GUCE* L 328/42 del 15.12.2009.

<sup>15</sup> Rilevano, al riguardo, le attribuzioni aggiuntive di cui all'art. 6, lett. vi) e vii), secondo cui, rispettivamente, il membro nazionale potrà prendere speciali misure investigative ovvero ogni altra misura giustificata dall'indagine o dal procedimento. Inoltre va

del collegio, lo scambio di informazioni con le autorità nazionali ed il miglioramento delle relazioni con la rete giudiziaria e gli altri organismi di cooperazione. Del tutto innovativa è stata poi l'attribuzione di poteri conferiti al membro nazionale nella sua capacità di autorità giudiziaria nazionale, secondo il proprio diritto interno, in base ai nuovi artt. 9 b), 9 c) e 9 d)<sup>16</sup>, salvo l'esercizio di una deroga, ove tale attribuzione fosse in contrasto con i fondamentali principi dell'ordinamento giuridico degli Stati membri<sup>17</sup>. Rilevanti sono state le modifiche apportate ai poteri del collegio dal novellato art. 7, dirette a superare una serie di difficoltà di funzionamento verificatesi nella prassi<sup>18</sup>. Parimenti finalizzate al miglioramento

sottolineata la maggiore incidenza dell'esercizio di tali poteri verso le autorità nazionali, che dovranno in ogni caso fornire spiegazione nei casi di rifiuto alle richieste provenienti dai membri nazionali.

<sup>16</sup> In dettaglio, ai sensi dell'art. 9 b), ciascun membro, nella sua posizione di autorità nazionale, potrà ricevere e trasmettere richieste di assistenza giudiziaria, dar seguito ad esse, adottare iniziative per facilitare l'esecuzione, fornire informazioni supplementari, e nel caso di parziale o inadeguata richiesta di assistenza, potrà fornire alla competente autorità richiedente, informazioni supplementari al fine di assicurare l'ottimale esecuzione. Gli stessi poteri potrà esercitare in relazione alla esecuzione dei provvedimenti che gli verranno trasmessi fondati sul principio del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie. Ai sensi dell'art. 9 c) il membro nazionale potrà, in accordo con la competente autorità giudiziaria e sulla base di una valutazione da operarsi caso per caso, emettere e completare richieste di assistenza giudiziaria o provvedimenti basati sul principio del reciproco riconoscimento; eseguire nel proprio Stato membro richieste di assistenza giudiziaria o provvedimenti basati sul principio del reciproco riconoscimento; ordinare misure investigative considerate necessarie e concordate nel corso di attività di coordinamento organizzate da Eurojust, al fine di fornire assistenza alle competenti autorità coinvolte, ed a condizione che le autorità nazionali cui l'ordine è rivolto, siano state comunque invitate a parteciparvi; autorizzare e coordinare consegne controllate nei loro Stati membri. Infine, ai sensi dell'art. 9 d), i membri nazionali, sempre nella loro posizione di competenti autorità nazionali, nei casi di urgenza, potranno: autorizzare e coordinare consegne controllate nei loro Stati membri; dare concreta esecuzione a richieste di assistenza giudiziaria ovvero a provvedimenti basati sul principio del reciproco riconoscimento.

<sup>17</sup> Il riferimento è alla clausola derogatoria di cui all'art. 9 e) della decisione. Secondo tale previsione, laddove l'attribuzione di tali prerogative sia contraria a regole costituzionali o ad aspetti fondamentali del sistema penale nazionale, il membro nazionale dovrà essere almeno competente ad avanzare, alle proprie autorità nazionali, proposte per l'esercizio delle prerogative di cui agli artt. 9 c) e 9 d).

<sup>18</sup> In particolare, oltre alla conferma dei poteri di cui è già attualmente dotato, il collegio potrà emettere pareri, in forma scritta, non vincolanti, nei casi in cui due o più Stati membri non raggiungano un accordo in presenza di conflitto di giurisdizione, ovvero di rifiuto congiunto ad intraprendere un'indagine penale. Altra nuova attribuzione consisterà nel poter emettere decisioni nei casi di persistente rifiuto ovvero difficoltà nella esecuzione di rogatorie o di decisioni fondate sul principio del mutuo riconoscimento. L'attivazione del collegio è subordinata in tal caso alla duplice condizione che non si raggiunga un accordo tra le com-

delle funzioni di coordinamento investigativo sopranazionale sono state le norme regolanti i flussi informativi tra il membro nazionale e le corrispondenti autorità giudiziarie (art. 13), essendo la disponibilità di informazioni sulla esistenza di indagini a carattere transnazionale o, più semplicemente, di fatti criminosi coinvolgenti due o più Stati membri (ovvero Stati terzi), imprescindibile condizione affinché Eurojust possa svolgere il proprio mandato. Il principio di fondo è che le competenti autorità giudiziarie degli Stati membri devono scambiare con l'organismo ogni informazione funzionale alle esigenze del coordinamento, superando la natura episodica e non strutturata del flusso informativo<sup>19</sup>. Strettamente connesso è il profilo del rafforzamento dei profili di cooperazione con i punti di contatto della rete giudiziaria europea e con i corrispondenti nazionali, mediante l'istituzione del cosiddetto *Eurojust National Coordination System* (art. 12). Scopo della norma è stato quello di collegare tra loro e ricondurre a sistema organico l'operatività dei diversi soggetti cui competono, a livello nazionale, funzioni nell'ambito della cooperazione giudiziaria, a sua volta raccordando tali soggetti con il membro nazionale di Eurojust<sup>20</sup>.

petenti autorità nazionali ovvero che l'empasse non si superi attraverso il coinvolgimento dei corrispondenti membri nazionali.

<sup>19</sup> In dettaglio, le autorità nazionali dovranno comunicare all'organismo, attraverso i previsti canali di trasmissione sicura: - le indagini in cui sia emersa la necessità di istituire una squadra investigativa comuni ed i risultati della stessa; - i casi in cui siano sorti conflitti di giurisdizione o gli stessi potrebbero sorgere; - le indagini in cui vadano disposte consegne controllate riguardanti almeno tre Stati (e coinvolgenti almeno due membri nazionali); - i casi in cui siano emerse reiterate difficoltà ovvero il rifiuto di eseguire richieste di cooperazione giudiziaria. Accanto a queste ipotesi, di agevole interpretazione e trasposizione sul piano interno, vi è l'ulteriore obbligo di comunicazione, a carattere generale, riguardante casi in cui siano coinvolti tre Stati Membri e nei quali siano state trasmesse richieste di assistenza giudiziaria ad almeno due di essi. Perché sorga l'obbligo è necessario che ricorrano ulteriori presupposti: in primo luogo, che il reato per il quale si procede sia punito con una sentenza di condanna o un ordine di carcerazione per un periodo minimo di cinque o sei anni. Inoltre deve ricorrere, questa volta in via alternativa, una delle seguenti tre condizioni: - una particolare qualificazione del reato oggetto del procedimento (traffico di esseri umani, sfruttamento sessuale dei bambini e pornografia infantile, traffico di droga, traffico di armi, corruzione, frode, inclusa quella contro gli interessi finanziari dell'Unione, contraffazione di euro, riciclaggio, attacchi ai sistemi di informazione); - elementi concreti per ritenere la sussistenza o il coinvolgimento di una organizzazione criminale; - indicazioni che il caso possa avere grave dimensione transnazionale o che possa riguardare Stati Membri diversi da quelli direttamente interessati.

<sup>20</sup> L'*Eurojust National Coordination System* è composto dai corrispondenti nazionali di Eurojust, dal corrispondente nazionale per la materia del terrorismo, dal corrispondente nazionale della Rete giudiziale europea e dai punti di contatto della Rete medesima (sino al massimo di tre), oltre che dai punti di contatto della Rete delle squadre investigative comuni,

Anche Eurojust è stata coinvolta nel processo riformatore avviato con il Trattato di Lisbona. Quest'ultimo ha confermato, all'art. 85, la centralità dell'organismo in materia di cooperazione giudiziaria penale, esaltandone il ruolo di coordinamento sopranazionale. Il distacco rispetto al quadro giuridico preesistente è netto se si pone mente ai paragrafi a) e b) del comma secondo dell'art. 85 del TFUE, laddove è prevista la possibilità di conferire all'organismo il potere di iniziare le indagini e di prevenire e risolvere i conflitti di giurisdizione. Vi è, dunque, una base giuridica per conferire ad Eurojust una diretta iniziativa per l'avvio di indagini penali, in particolare per i reati contro gli interessi finanziari dell'Unione, ed un ruolo non secondario nelle questioni relative ai conflitti di giurisdizione, cruciali nelle indagini e azioni penali di natura transfrontaliera, che va oltre la mera consultazione prevista dall'attuale normativa (cfr. art. 12 della decisione quadro 2009/9487/GAI del 30 novembre 2009).

Poiché l'opera riformatrice del 2008 è stata, nella pratica attuazione, di limitato impatto e comunque inferiore alle attese, sia per i ritardi registratesi nelle attività di trasposizione della Decisione n. 426 negli ordinamenti nazionali, che per il disallineamento delle normative nazionali, la Commissione europea, senza neppure attendere le conclusioni del VI ciclo di valutazioni (dedicato per l'appunto al funzionamento di Eurojust e della Rete giudiziaria europea), ha presentato, il 17 luglio 2013, unitamente alla proposta dell'EPPO, anche quella di un regolamento per la riconfigurazione dell'organismo, alla luce dell'art. 85 del TFUE<sup>21</sup>, secondo la procedura legislativa ordinaria.

Gli obiettivi per una riforma ulteriore di Eurojust indicati dalla Commissione erano: l'incremento della efficienza gestionale di Eurojust, dotandola di una nuova struttura di *governance* in grado di liberare l'azione dei membri nazionali da responsabilità non strettamente operative (non concernenti cioè procedimenti di cooperazione giudiziaria); il miglioramento della sua operatività, attraverso una omogenea definizione dello *status* e dei poteri dei membri nazionali (favorita dal ricorso allo strumento regolamentare); l'attribuzione di

della Rete per i crimini di guerra (di cui alla decisione 2002/494/GAI), della Rete degli *asset recovery offices* di cui alla decisione 2007/845/GAI e della rete in materia di corruzione. La riconduzione ad unità del sistema multicentrico sopra menzionato sarà assicurata attraverso il corrispondente nazionale di Eurojust. Qualora diversi corrispondenti nazionali vengano designati (come già accaduto per l'Italia sotto il vigore della decisione del 2002), solo uno di essi assumerà tale compito, assumendo la responsabilità complessiva del sistema al fine di facilitare, a livello nazionale, i compiti di raccordo con Eurojust (art. 13, § 4).

<sup>21</sup> Ci si riferisce alla proposta COM(2013) 535 del 17.07.2013 della Commissione europea di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce l'Agenzia dell'Unione Europea per la cooperazione giudiziaria penale (Eurojust).

un ruolo al Parlamento europeo e ai parlamenti nazionali nella valutazione delle attività di Eurojust, in linea con il Trattato di Lisbona; l'allineamento del suo quadro giuridico con la dichiarazione comune sullo statuto delle agenzie europee<sup>22</sup>, tenendo conto della peculiarità delle sue funzioni; infine la previsione di forme di *raccordo con l'istituenda Procura europea*. Anche se nella sostanza molte delle disposizioni della decisione originaria, emendata nel 2009, restavano immutate, la proposta introduceva alcuni cambiamenti di rilievo, anche nella formulazione normativa, sicché anche norme meramente riproposte avrebbero potuto avere un diverso impatto sul funzionamento complessivo dell'organismo.

Tuttavia, la proposta è del tutto silente in relazione all'attribuzione di possibili prerogative vincolanti verso le autorità giudiziarie, in materia di avvio di indagini penali e di risoluzione di conflitti di giurisdizione.

Le norme concernenti i compiti, le competenze ed i poteri operativi sono stati disseminati lungo l'intero articolato. In particolare, nel capitolo I (artt. 1-5) sono definiti: i compiti dell'organismo (art. 2), le regole di competenza (art. 3), le funzioni operative (art. 4), il loro esercizio (art. 5). I poteri dei membri nazionali (per i quali scompare la preesistente distinzione tra poteri conferiti nella qualità di membri di Eurojust ovvero come autorità nazionali), sono regolati all'art. 8, incluso formalmente nel capitolo II (dedicato alla struttura e all'organizzazione). Ancora, le disposizioni riguardanti lo scambio di informazioni, il *follow-up* alle richieste di Eurojust e altre questioni operative, sono contenute nel capitolo III (concernente le materie operative).

È prevista, come si accennava, una struttura di *governance* a due livelli, come vuole la dichiarazione comune, nel contempo preservando la natura speciale di Eurojust e l'indipendenza. Obiettivo primario è di contribuire e all'efficienza di Eurojust in quanto i membri nazionali, assistiti nelle questioni di bilancio e amministrative, potranno concentrarsi sui compiti operativi.

<sup>22</sup> Va infatti ricordato che a seguito della comunicazione della Commissione "Il futuro delle agenzie europee", il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione hanno convenuto di avviare un dialogo interistituzionale per migliorare la coerenza, l'efficacia e il lavoro delle agenzie decentrate, che ha portato alla creazione di un gruppo di lavoro interistituzionale nel marzo 2009. Il gruppo ha discusso una serie di questioni fondamentali, tra cui il ruolo e la collocazione delle agenzie nello scenario istituzionale dell'UE, la loro creazione e struttura e il loro funzionamento, ma anche questioni di finanziamento, bilancio, sorveglianza e gestione. Tale lavoro ha condotto alla dichiarazione congiunta sulle agenzie decentrate dell'UE, approvata dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione nel luglio 2012, che sarà presa in considerazione nel contesto di tutte le decisioni in materia di agenzie decentrate dell'UE, in base a un'analisi caso per caso.

Il Capo V (art. 38-43) riguarda le relazioni con i partner. Esso rispecchia l'importanza dei partenariati e della cooperazione tra Eurojust e le altre istituzioni, organi e agenzie dell'Unione nella lotta contro la criminalità. In primo luogo, disciplina le relazioni con i segretariati della rete giudiziaria europea, della rete delle squadre investigative comuni e della rete sul genocidio, che sono presso Eurojust. La maggiore rilevanza, tuttavia, si rinviene nelle previsioni sulle relazioni con la Procura europea (art. 41), che prevedono forme di raccordo sia di tipo operativo, attraverso lo scambio di appropriate informazioni, anche in forma automatizzata, che di tipo istituzionale, attraverso regolari incontri tra il presidente di Eurojust ed il Procuratore europeo.

In secondo luogo, considerata l'importanza della cooperazione con Europol, questo capo contiene una disposizione specifica che spiega la relazione privilegiata tra le due agenzie al fine di aumentarne l'efficacia nella lotta contro le forme gravi di criminalità internazionale di loro competenza. È così introdotto un meccanismo per il controllo incrociato dei rispettivi sistemi di informazione e il conseguente scambio di dati. Inoltre, relativamente ai rapporti con i Paesi terzi, la proposta di regolamento si adegua al trattato di Lisbona, che ha modificato il modo in cui l'Unione europea conduce le sue relazioni esterne<sup>23</sup>.

Il testo originario non ha subito sostanziali modifiche durante i negoziati culminati nell'accordo raggiunto in seno al Consiglio. Quest'ultimo è intervenuto in data nel mese di marzo del 2015 per tener fuori la parte relativa ai rapporti con l'EPPO, per il quale, nel frattempo, stava venendo a definirsi il relativo progetto normativo e la cui conoscenza sarebbe stata essenziale per definire i termini delle relazioni con Eurojust.

Esaminando le principali modifiche, si osserva che per quanto riguarda la competenza (precisata all'art 3 della proposta regolamentare), è stata ripristinata, attraverso l'inserimento di un comma *1-bis*, quella forma di competenza *ancillare* già prevista nella decisione originaria, secondo cui Eurojust può altresì, nell'ambito dei suoi compiti, prestare assistenza nelle indagini e azioni penali su richiesta di un'autorità competente di uno Stato membro, per altri tipi di reati diversi da quelli di cui all'allegato.

Uno dei punti più delicati del negoziato è stato, ovviamente, quello concernente le prerogative dei membri nazionali, che la proposta di regolamento, all'art. 8, mirava a rendere maggiormente omogeni tra gli Stati membri. Due spinte di

<sup>23</sup> Le agenzie dell'Unione non saranno infatti più in grado di negoziare accordi internazionali, che dovranno invece essere istituiti a norma dell'articolo 218 del TFUE. Ciò nonostante, Eurojust potrà concludere accordi di lavoro per rafforzare la cooperazione con le autorità competenti di paesi terzi, in particolare attraverso lo scambio di informazioni. È tuttavia mantenuta la validità dei precedenti accordi internazionali.

segno antagonista si sono infatti manifestate: quella espressa dagli Stati tendenti ad ottenere una maggiore flessibilità e, dunque, anche un possibile ampliamento, a livello nazionale, dei poteri giudiziari del proprio membro, e quella, di segno contrario, degli Stati che vedono con sfavore tale attribuzione. Le modifiche introdotte, oggetto dell'accordo raggiunto, hanno pertanto previsto, da un lato, la possibilità che gli Stati membri possono attribuire ai propri membri nazionali prerogative giudiziarie anche ulteriori rispetto a quelli indicati nella proposta della Commissione, in conformità alla propria legislazione nazionale (cfr. art. 8 comma 1-*bis* del testo concordato in seno al Consiglio). Dall'altro, è stata ripristinata la clausola derogatoria secondo cui se, in uno Stato membro, l'attribuzione delle prerogative (specificate ai paragrafi 2 e 3) al membro nazionale è contraria alle norme costituzionali ovvero agli aspetti fondamentali del sistema giudiziario penale, relativi i) alla suddivisione dei poteri tra polizia, magistrati del pubblico ministero e giudici, ii) alla divisione funzionale dei compiti tra procure ovvero iii) alla struttura federale dello Stato membro interessato, il membro nazionale ha competenza a presentare una proposta all'autorità nazionale, responsabile dell'attuazione delle misure in questione.

Quanto al potere di compiere atti giudiziari, di concerto con la loro autorità nazionali, il testo concordato contiene utili specificazioni che superano la vaghezza della originaria formulazione, e tiene conto dell'intervenuta adozione della direttiva sull'*ordine europeo di indagine penale*. Tali prerogative, infatti, si concretizzeranno nel poter emettere ed eseguire ogni richiesta di assistenza reciproca o di riconoscimento reciproco; disporre o chiedere ed eseguire atti di indagine ai sensi della direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014; partecipare, se del caso alle squadre investigative comuni e alla loro costituzione. Tuttavia, se la squadra investigativa comune è finanziata dal bilancio dell'Unione, i membri nazionali degli Stati membri interessati saranno sempre invitati a partecipare. Rimane ferma la possibilità nei casi urgenti, in cui si sia nell'impossibilità di individuare o contattare l'autorità nazionale competente in tempo utile, che i membri nazionali possono prendere le misure sopra indicate, in conformità alla legislazione nazionale, informandone quanto prima l'autorità nazionale competente.

Il testo che esce dal negoziato contiene anche una più puntuale definizione delle competenze del collegio, essendo stato esplicitato, innanzitutto, il principio per cui questo si concentra su questioni operative e comunque connesse con aspetti operativi ed interviene nelle questioni amministrative solo nella misura necessaria ad assicurare l'espletamento dei suoi compiti operativi. L'elenco dettagliato e completo – riportato al comma secondo dell'art. 5 del testo negoziato in Consiglio – dei casi nei quali Eurojust agisce tramite il collegio, è il frutto di



una opportuna riconduzione ad una unica previsione, di norme già esistenti, ma disseminate nell'intero testo della proposta<sup>24</sup>. Non appaiono significative, invece, le modifiche concernenti lo scambio di informazioni con gli Stati membri e tra membri nazionali, la cui disciplina segna un ritorno all'assetto normativo di cui all'art. 13 della decisione del 2009<sup>25</sup>. Il nuovo Regolamento di Eurojust, dopo

<sup>24</sup> In particolare, secondo la proposta di regolamento emendata durante i negoziati, Eurojust agisce tramite collegio:

- a) quando agisce ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1 o 2:
  - i) se richiesto da uno o più membri nazionali interessati da un caso trattato da Eurojust;
  - ii) se il caso comporta indagini o azioni penali che abbiano un'incidenza su scala dell'Unione o possano interessare Stati membri diversi da quelli direttamente interessati;
- b) quando agisce ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 3, 4 o 5;
- c) quando si pone un problema generale riguardante la realizzazione dei suoi obiettivi operativi;
- d) [...]
- e) quando adotta il bilancio annuale di Eurojust [...]
- f) quando adotta il programma annuale e pluriennale e la relazione annuale di attività di Eurojust;
- g) quando elegge o revoca il presidente e i vicepresidenti conformemente all'articolo 11;
- h) quando nomina il direttore amministrativo e, se del caso, ne proroga il mandato o lo rimuove dall'incarico a norma dell'articolo 17;
- i) quando adotta gli accordi di lavoro conclusi ai sensi dell'articolo 38, paragrafo 2bis e dell'articolo 43;
- j) quando adotta norme per la prevenzione e la gestione dei conflitti di interesse in relazione ai membri nazionali;
- k) quando elabora relazioni strategiche, documenti programmatici, orientamenti destinati alle autorità nazionali e pareri riguardanti l'attività operativa di Eurojust.
- l) quando nomina magistrati di collegamento a norma dell'articolo 46;
- m) quando prende qualsiasi altra decisione non espressamente attribuita al comitato esecutivo dal presente Regolamento o non rientrante nella responsabilità del direttore amministrativo a norma dell'articolo 18;
- n) se altrimenti previsto dal presente Regolamento.

<sup>25</sup> Secondo il testo del nuovo art. 21 le autorità competenti degli Stati membri scambiano con Eurojust tutte le informazioni necessarie allo svolgimento dei suoi compiti, conformemente agli articoli 2 e 4 e alle norme sulla protezione dei dati contemplate dal presente Regolamento. Tale disposizione include almeno le informazioni di cui ai paragrafi 4, 5 e 6 [...]. 2. La trasmissione di informazioni a Eurojust è interpretata solo come richiesta di assistenza di Eurojust nel caso in questione se un'autorità competente dispone in tal senso.

3. I membri nazionali scambiano tra loro o con le autorità competenti dei rispettivi Stati membri, senza autorizzazione preliminare, tutte le informazioni necessarie allo svolgimento dei compiti di Eurojust. In particolare, le autorità nazionali competenti informano senza indugio i rispettivi membri nazionali dei casi che li riguardano. 4. Le autorità nazionali competenti informano i rispettivi membri nazionali dell'istituzione di squadre investigative comuni

cinque anni dalla presentazione della proposta, è stato finalmente adottato dal Parlamento europeo e dal Consiglio in data 14 novembre 2018.

#### **4. I rapporti tra EPPO ed Eurojust: dalla possibile derivazione strutturale alla relazione di cooperazione reciproca.**

Quali saranno i rapporti tra l'EPPO e la "nuova Eurojust"? Quali dimensioni operative è possibile stabilire tra i due organismi, tenuto conto della specificità e diversità delle rispettive funzioni, essendo il primo destinato alla investigazione giudiziaria, nello spazio giudiziario europeo, in vista dell'esercizio dell'azione penale per un ambito ristretto di reati, ed il secondo, un organismo di coordinamento e cooperazione per le fattispecie di criminalità a carattere grave e di natura transnazionale?

Nel tentare una ricognizione dei possibili rapporti, occorre riconoscere che lo schema ricostruttivo che si propone è connotato da margini non secondari di incertezza, e ciò per due fondamentali ragioni. In primo luogo, mentre dell'EPPO conosciamo il testo definitivo, culminato nel Regolamento del 12 ottobre 2017, di Eurojust è in pieno svolgimento l'iter finale che condurrà al suo futuro assetto normativo. Se, infatti, sin da marzo del 2015 è stato raggiunto in seno al Consiglio un *approccio generale*, solo il 20 dicembre 2017 il Parlamento europeo ha licenziato il suo rapporto, che contiene una serie di emendamenti rispetto alla proposta originaria della Commissione. A partire da esso prenderà avvio il c.d. "trilogo", ossia la procedura legislativa che, sulla base degli emendamenti formulati dal Parlamento europeo, vedrà il coinvolgimento delle tre competenti istituzioni (Consiglio, Commissione e Parlamento europeo) per l'ottenimento di

e dei risultati del lavoro di tali squadre. Le autorità nazionali competenti informano senza indugio i rispettivi membri nazionali di qualsiasi caso che interessi direttamente almeno tre Stati membri per cui sono state trasmesse richieste o decisioni di cooperazione giudiziaria ad almeno due Stati membri, anche con riferimento agli strumenti che applicano il principio del riconoscimento reciproco e a) il reato in questione è punibile nello Stato membro richiedente o di emissione con una pena o una misura di sicurezza detentiva della durata massima di almeno cinque o sei anni, decisa dallo Stato membro interessato, ed è incluso nel seguente elenco: i) tratta di esseri umani; ii) abuso e sfruttamento sessuale, compresi pornografia minore e adescamento di minori per scopi sessuali; iii) traffico di stupefacenti; iv) traffico illecito di armi, munizioni ed esplosivi; v) corruzione; vi) reati contro gli interessi finanziari dell'Unione; vii) falsificazione di monete e di altri mezzi di pagamento; viii) attività di riciclaggio del denaro; ix) criminalità informatica; b) vi sono indicazioni concrete del coinvolgimento di un'organizzazione criminale; ovvero c) vi sono indicazioni secondo le quali il caso può avere una grave dimensione transfrontaliera o un'incidenza sul piano dell'Unione Europea o potrebbe riguardare Stati membri diversi da quelli direttamente interessati.

un testo condiviso. In base agli emendamenti proposti dal Parlamento, si può inoltre ritenere che alcune modifiche avranno ancora un forte impatto sui futuri assetti di Eurojust e riflessi sulle relazioni funzionali con l'EPPO.

Ovviamente il disegno complessivo di tali relazioni è già ipotizzabile, ed alcune conclusioni possono trarsi, ma le stesse sono caratterizzate dalla loro provvisorietà e destinate ad un successivo controllo. Tale incertezza, a ben vedere, è già presente nel disegno originario emergente dal Trattato di Lisbona, il cui contenuto, sul punto, ha risentito delle esigenze del complesso e delicato compromesso che ha sin dall'inizio caratterizzato il suo concepimento. Nel Trattato si vuole, infatti, un Procuratore europeo "a partire da Eurojust", ma senza fornire alcun ulteriore elemento di dettaglio diretto a riempire di contenuto concreto tale riferimento; se ne prevede l'adozione con voto all'unanimità dei 25 Stati membri del Consiglio, ma subito dopo si introduce una procedura speciale di cooperazione rafforzata con almeno 9 Stati; se ne confinano strettamente le competenze alla sola protezione degli interessi finanziari pur immaginandone, anche dallo stesso primo momento della sua istituzione, la possibile estensione a ben più ampie fasce di criminalità.

L'indicazione "*from Eurojust*" che si legge nell'art. 86 del TFUE, ha segnato uno dei passaggi più delicati per l'opera dell'interprete. Se il dato relazionale con Eurojust appariva imprescindibile, tuttavia le caratteristiche di struttura delineate nei primi documenti sull'EPPO nonché le nette differenze funzionali rispetto ad Eurojust, sembrano discostarsi dalla previsione del Trattato.

In ogni caso, pur a fronte dell'ambiguità della formula normativa del Trattato, il collegamento ad Eurojust appariva sintomatico almeno della volontà di mantenere la futura Procura europea affrancata dalle autorità politiche.

Dunque, la prima proposta avanzata dalla Commissione non immagina la creazione dell'EPPO come una evoluzione della struttura collegiale di Eurojust, ma come soggetto distinto ed indipendente da essa. Nella proposta di regolamento del 17 luglio 2013 emerge, dunque, che il tema dei rapporti con Eurojust – e dunque l'espressione "*from Eurojust*" – è stato risolto non nel senso della derivazione genetico-strutturale, ma in quello operativo-funzionale<sup>26</sup>.

Tale scelta trovasi confermata nel testo finale regolamentare sull'EPPO: già nei *considerando* (n. 10) è specificato che «il Regolamento dovrebbe stabilire relazioni strette tra i due organismi basate su una cooperazione reciproca». Il concetto della cooperazione, visto soprattutto in una prospettiva servente di Eu-

<sup>26</sup> Cfr. l'art. 57 della proposta sull'EPPO e l'art. 41 della proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sull'istituzione di un'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione giudiziaria penale (Eurojust), varata dalla Commissione europea il 17 luglio 2013 - COM (2013) 535 final.

rojust rispetto all'EPPO, viene ribadito nel *considerando n. 69*, per cui, «in virtù del principio di leale cooperazione, tutte le autorità nazionali e tutti i pertinenti organi dell'Unione, compresi Eurojust, Europol e l'OLAF, dovrebbero prestare attivamente sostegno alle indagini e azioni penali dell'EPPO».

Il riferimento a rapporti cooperativi, questa volta anche nella prospettiva della cooperazione con paesi terzi, è ripreso ancora nel *considerando 102*, secondo cui l'EPPO ed Eurojust dovrebbero diventare partner e cooperare sul fronte operativo in conformità dei rispettivi mandati. Tale cooperazione può riguardare qualsiasi indagine condotta dall'EPPO in cui si consideri necessario od opportuno uno scambio di informazioni o un coordinamento delle misure investigative con riferimento a casi che rientrano nella competenza di Eurojust. «Ogniqualevolta chiedi tale cooperazione a Eurojust, l'EPPO dovrebbe operare in collegamento con il membro nazionale di Eurojust dello Stato membro del Procuratore europeo delegato incaricato del caso. La cooperazione operativa può riguardare anche paesi terzi che abbiano concluso un accordo di cooperazione con Eurojust».

Che la cooperazione con Eurojust sia uno dei tratti distintivi del futuro agire dell'EPPO, è poi scolpito in modo indelebile all'art. 3 del Regolamento che disciplina la istituzione del nuovo organismo, che al par. 3 prevede «che l'EPPO coopera con Eurojust e si avvale del suo sostegno in conformità dell'articolo 100». Per certi versi, una collaborazione *lato sensu* con Eurojust sarà necessaria anche in vista della stessa scelta del Procuratore europeo, in quanto la selezione per la sua nomina si baserà su un invito generale a presentare candidature pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, a seguito del quale un comitato di selezione stabilirà una rosa di candidati qualificati, da presentare al Parlamento europeo e al Consiglio. Gli ex membri nazionali di Eurojust faranno parte del comitato di selezione, composto da dodici persone, scelte tra ex membri della Corte di Giustizia e della Corte dei conti ed (cfr. art. 12 del Reg. EPPO).

L'assetto dei futuri rapporti si trova esplicitato, nel testo del Regolamento sull'EPPO, all'art. 100,<sup>27</sup> cui corrisponde, in modo non perfettamente simmetrico, la previsione di cui all'art. 41 del testo sul nuovo Regolamento su Eurojust.

<sup>27</sup> Secondo tale norma:

1. L'EPPO instaura e mantiene relazioni strette con Eurojust, basate su una cooperazione reciproca nell'ambito dei rispettivi mandati e sullo sviluppo di reciproci legami operativi, amministrativi e di gestione come specificato nel presente articolo. A tal fine, il Procuratore capo europeo e il presidente di Eurojust si riuniscono periodicamente per discutere le questioni di interesse comune.

2. Sul fronte operativo, l'EPPO può associare Eurojust alle proprie attività nei casi transfrontalieri, fra l'altro:

a) condividendo informazioni, compresi dati personali, riguardanti le sue indagini, in conformità delle pertinenti disposizioni del presente Regolamento;

Il quadro delle asimmetrie si accresce alla luce di alcuni emendamenti proposti dal Parlamento europeo nel testo della sua risoluzione finale, alcuni dei quali riguardano proprio le relazioni tra EPPO ed Eurojust. Pur nella incertezza del quadro esposto, si possono ritenere alcuni punti fermi circa le future relazioni tra i due organismi.

In primo luogo, vi sarà una collaborazione di tipo *interistituzionale*: si prevede, infatti, che i rappresentanti dei due organismi dovranno stabilmente incontrarsi per discutere ed affrontare argomenti di comune interesse. Tale collaborazione dovrà sfociare in un vero e proprio accordo operativo, che definirà i termini del reciproco rapporto, anche se è avvertita l'esigenza che l'EPPO, anche in attesa dell'eventuale conclusione di nuovi accordi, in futuro, possa già da subito avvalersi, nel quadro della cooperazione internazionale, degli strumenti già esistenti cui sono parte i suoi Stati membri; e della stessa Eurojust.

La collaborazione sarà poi di tipo *operativo*. In tal senso, i due organismi avranno necessità di dialogare ed assistersi per una serie di ragioni.

In primo luogo, ciò potrà avvenire nelle indagini per i reati PIF in senso stretto, di competenza dell'EPPO, che presentino il carattere transnazionale, per la non perfetta coincidenza tra competenza territoriale di tale organismo ed il territorio di tutti i paesi UE. La procedura che ha condotto all'approvazione del nuovo Regolamento coinvolge solo 20 Stati (secondo il meccanismo della cooperazione rafforzata). Ciò lascia spazi di ampia collaborazione nelle indagini coinvolgenti Stati non facenti parte dell'EPPO: fatta eccezione per la Danimarca, il Regno Unito e l'Irlanda che, in virtù dei rispettivi statuti speciali, non erano sin dall'inizio computati nel progetto di istituire una Procura europea, Malta, Olanda, Polonia, Svezia ed Ungheria hanno deciso di non partecipare alla Procura europea. Dal canto suo, Eurojust è composta da rappresentanze nazionali di tutti

b) invitando Eurojust, o il o i relativi membri nazionali competenti, a prestare sostegno alla trasmissione ed esecuzione delle sue decisioni o richieste di assistenza giudiziaria negli Stati membri dell'Unione Europea che sono membri di Eurojust, ma non partecipano all'istituzione dell'EPPO, nonché nei Paesi terzi.

3. L'EPPO ha accesso indiretto, in base a un sistema di riscontro positivo o negativo ("*hit/no hit*"), alle informazioni contenute nel sistema automatico di gestione dei fascicoli di Eurojust. Quando è riscontrata una corrispondenza tra i dati del sistema automatico di gestione dei fascicoli inseriti dall'EPPO e quelli inseriti da Eurojust, ne è data notizia a Eurojust, all'EPPO, nonché allo Stato membro dell'Unione europea che ha fornito i dati a Eurojust. L'EPPO adotta misure adeguate a consentire che Eurojust abbia accesso, in base a un sistema di riscontro positivo o negativo, alle informazioni contenute nel suo sistema automatico di gestione dei fascicoli.

4. L'EPPO può avvalersi del sostegno e delle risorse amministrative di Eurojust. A tal fine, Eurojust può fornire all'EPPO servizi di interesse comune. Le modalità sono regolate mediante un accordo.

e ventotto gli Stati membri dell'Unione Europea, a cui si aggiungono magistrati di collegamento di Norvegia, Svizzera, Stati Uniti d'America e Montenegro con cui Eurojust ha concluso accordi di cooperazione e a cui può fornire il proprio sostegno nel caso in cui le indagini e le azioni penali li interessino.

Ne deriva che Eurojust potrà fornire la propria collaborazione per le fattispecie transnazionali per reati PIF che toccheranno anche il territorio di Stati non partecipanti all'EPPO. Infatti, in queste ipotesi, l'Ufficio del Procuratore europeo potrebbe operare o direttamente, attraverso l'attivazione delle procedure di cooperazione giudiziaria promosse dai suoi Procuratori delegati, ovvero richiedere la mediazione e l'intervento di Eurojust, specie nelle forme più complesse.

In secondo luogo, una cooperazione operativa si può profilare rispetto alle fattispecie connesse ai reati principali, non attratte nella competenza dell'EPPO. Sul punto occorre ricordare che la competenza del Procuratore europeo è stata determinata attraverso il rinvio alla direttiva (UE) 2017/1371 sulla protezione degli interessi finanziari dell'Unione ("la direttiva PIF") e comprenderà quindi tutti i reati lesivi di tali interessi, tanto sul versante delle entrate come su quello delle uscite, includendo anche le frodi all'IVA (ma solo qualora le relative condotte siano connesse al territorio di due o più Stati membri e comportino un danno complessivo pari alla considerevole cifra di almeno 10 milioni di EUR), le condotte di corruzione attiva e passiva e quelle di appropriazione indebita che ledano gli interessi finanziari dell'Unione, nonché quelle di partecipazione ad un'organizzazione criminale (di cui alla decisione quadro 2008/841/GAI), quando l'attività dell'organizzazione criminale sia incentrata sulla commissione dei reati PIF.

È poi precisato, rispetto alle fattispecie di reato connesse, che la competenza c.d. "ancillare" dell'EPPO potrà *attrarre* qualsiasi altro reato indissolubilmente legato" ad un reato PIF, sia pur solo a determinate condizioni individuate dal Regolamento, in particolare nei casi di maggior gravità del reato PIF rispetto a quello connesso.

Nonostante la "dilatazione" della propria competenza – peraltro non presente nel testo originario della proposta – possono ipotizzarsi casi di fattispecie criminose che, sia pur logicamente connesse, non possono ritenersi attratte dalla competenza di tale organismo (si pensi, ad esempio, a condotte di bancarotta fraudolenta in cui potrebbero incorrere talune compagnie sociali coinvolte in meccanismi fraudolenti), e che invece rientrano nella competenza di Eurojust. Quest'ultima ha una competenza più ampia che, nello specifico, copre tutti i reati elencati dall'allegato I alla proposta di regolamento tra cui rientrano, oltre alla frode e ai reati contro gli interessi finanziari dell'Unione, anche i reati di traffico di esseri umani, di armi e di droga, i crimini contro i minori, la corruzione, i reati di immigrazione clandestina, quelli di riciclaggio di danaro e dei

proventi di reato, il terrorismo, i reati informatici, la criminalità ambientale. In queste situazioni possono ipotizzarsi dinamiche di tipo cooperativo ed esigenze di coordinamento, tra Eurojust e l'ufficio del Procuratore europeo, oltre che con le autorità giudiziarie dei Paesi membri.

Inoltre, anche rispetto alle fattispecie attratte nella competenza *ancillare* dell'EPPO, va considerato che il *discrimen* per l'esatta individuazione di tali casi potrebbe non essere così netto, per il tasso di inevitabile incertezza che la clausola normativa sulla competenza accessoria del Procuratore europeo reca con sé, ai sensi dell'articolo 22, comma 3 del Regolamento. Ciò renderà necessario fissare, anche nella pratica, parametri interpretativi affidabili e condivisi sul significato di *altri reati che siano indissolubilmente connessi ai reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea* che, per definizione, sono reati diversi dai reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea e che potrebbero, dunque, rientrare parimenti tra i reati di competenza di Eurojust.

Quest'ultima, poi, anche nei casi di frode sull'imposta sul valore aggiunto (c.d. "*VAT fraud*"), conserva una propria operatività rispetto alle fattispecie che abbiano comportato un danno inferiore a 10 milioni di euro e coinvolga due o più Stati membri e tale soglia non sempre sarà di immediata stima e definizione.

Infine, sempre a condizione che il reato *de quo* rientri nel mandato di Eurojust, come sopra tratteggiato, Eurojust rimane competente per i reati per i quali la Procura europea non abbia esercitato la sua competenza ai sensi dell'articolo 25 del Regolamento, ovvero sia il Procuratore europeo delegato non abbia avviato un'indagine e la camera permanente non lo abbia incaricato di farlo, ovvero nelle situazioni opposte in cui la Procura europea, pur essendo materialmente competente, non abbia esercitato il potere di avocazione ai sensi dell'articolo 27 del Regolamento oppure abbia rinviato il procedimento alle autorità nazionali nei casi di cui all'articolo 34 del Regolamento.

Tutte le descritte situazioni potranno richiedere modalità operative impostate su relazioni di collaborazione con Eurojust, oltre che con le autorità nazionali destinatarie dell'indagine dismessa dall'EPPO.

Ipotizzato, dunque, uno scenario operativo che richiede lo sviluppo di relazioni di collaborazione, tra Eurojust ed EPPO, le concrete dinamiche potranno essere le più varie.

Esse riguarderanno in primo luogo lo scambio di informazioni. A tal proposito nel Regolamento sull'EPPO si prevede che questo ha accesso indiretto, in base a un sistema di riscontro positivo o negativo ("*hit/no hit*"), alle informazioni contenute nel sistema automatico di gestione dei fascicoli di Eurojust. Quando è riscontrata una corrispondenza tra i dati del sistema automatico di gestione dei fascicoli inseriti dall'EPPO e quelli inseriti da Eurojust, ne è data notizia a Eu-

rojust, all'EPPPO, nonché allo Stato membro dell'Unione europea che ha fornito i dati a Eurojust. L'EPPPO adotta misure adeguate a consentire, a sua volta, che Eurojust abbia accesso, in base a un sistema di riscontro positivo o negativo, alle informazioni contenute nel suo sistema automatico di gestione dei fascicoli.

Inoltre, quando il reato che lede gli interessi finanziari dell'Unione è transnazionale ed è necessario raccogliere prove in un altro Paese, se di regola il Procuratore europeo potrà agire sulla base di una singola autorizzazione giudiziaria, da chiedere alle autorità dello Stato membro in cui l'attività investigativa deve essere eseguita, come previsto dall'articolo 31 – senza bisogno, dunque, di ricorrere agli strumenti di cooperazione – il Procuratore europeo delegato dovrà, invece, ricorrere agli strumenti di cooperazione quando le prove devono essere raccolte in Stati membri che non partecipano alla Procura europea. In questi casi il supporto di Eurojust per l'invio e lo scambio delle richieste di assistenza giudiziaria potrebbe essere di grande ausilio. In tale contesto è certamente ipotizzabile che il Procuratore europeo ed i membri nazionali potranno partecipare a riunione di coordinamento ed a tutti i moduli operativi emersi nella pratica dell'organismo di cooperazione.

Ancora, la collaborazione potrà riguardare direttamente la comune partecipazione a strumenti di cooperazione giudiziaria: si pensi al caso in cui il/i membro/i nazionale/i, ed il Procuratore europeo, possono essere membri di una squadra investigativa comune. È poi ipotizzabile il caso in cui il Procuratore europeo delegato chieda al giudice di emanare un mandato d'arresto europeo, ai sensi dell'articolo 33 del Regolamento sulla Procura europea da eseguirsi in uno Stato per il quale l'intervento del membro nazionale di Eurojust potrà agevolare, sostenere e facilitare l'esecuzione.

Sarà poi possibile, nelle stesse ipotesi su menzionate, chiedere ad Eurojust od ai suoi membri nazionali di fare ricorso al loro potere di compiere specifici atti investigativi, ovvero di prestare supporto attraverso la trasmissione di domande di mutua assistenza giudiziaria. Ciò potrà riguardare non solo quegli Stati membri che non prendano parte all'istituzione del P.M. europeo, ma anche gli Stati terzi con cui Eurojust ha, nel corso del tempo, sviluppato accordi cooperativi culminati nella definizione di punti di contatto.

Infine, i rapporti collaborativi tra i due organismi potranno riguardare la *comune gestione di servizi*: in tal senso il Pubblico ministero europeo, sulla base di una specifica intesa che ne disciplinerà i dettagli, potrà contare anche sulla disponibilità del supporto e delle risorse tecnico-amministrative di Eurojust e dovrà poter accedere anche ad un meccanismo di controllo incrociato automatico della banca dati investigativa di Eurojust (*Case Management System*). Uno specifico accordo tra i due organismi fisserà con precisione i dettagli della relativa



cooperazione. È evidente che la scelta, quale sede dell'EPPO, del Lussemburgo, renderà meno agevole la condivisione di quei servizi non basati su tecnologie informatiche, ma solo su risorse umane.

Speciali relazioni, essenzialmente basate sullo scambio di informazioni, dovranno poi essere sviluppate con Europol (art. 58), mentre con OLAF il P.M. europeo dovrà concludere uno specifico accordo (art. 58, par. 3) che fissi le modalità della loro cooperazione al fine di attuare gli obblighi in tema di prevenzione e contrasto degli illeciti lesivi degli interessi finanziari dell'Unione specificamente previsti dall'art. 325, par. 3, TFUE.

## 5. Considerazioni conclusive.

La creazione dell'EPPO rappresenta una novità di rilievo assoluto nel panorama dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia. È la prima volta che all'interno dell'Unione europea viene creato un soggetto con chiari connotati giudiziari e con una giurisdizione estesa all'intero territorio dell'Unione. Si tratta di una occasione per certi versi unica, una prima attuazione di un'Europa federale nel campo della giustizia, che può innescare la rielaborazione di una complessiva architettura dello spazio giudiziario europeo, essendo già stata preannunciata l'iniziativa politica (sostenuta da alcuni stati come l'Italia e la Francia) per l'immediato allargamento delle sue competenze anche ad altre fattispecie euro-unitarie, con particolare riguardo ai reati di terrorismo internazionale.

La soluzione normativa presenta indubbiamente connotati di forte originalità, essendo stata capace di realizzare quel mosaico di "unità di molteplici" che l'attuale struttura collegiale realizza. Tuttavia, proprio questa soluzione potrà essere il punto debole del neonato ufficio. Riuscirà la struttura collegiale ed il funzionamento delle camere ad assicurare, oltre che democraticità dell'organismo, quell'efficienza operativa che sembra piuttosto connaturata ad una struttura di tipo gerarchico, con una chiara catena di comando?

È prudente aspettare e vedere all'opera l'EPPO, prima di dare giudizi e, soprattutto, prima di investirlo di nuove competenze per le quali potrebbe non essere attrezzato né strutturalmente idoneo. Certo, la direzione di un *nuovo centro unificante*, sarà certamente il volano per l'innesto di ulteriori cambiamenti e lo scenario in materia si profila interessantissimo dal punto di vista dell'analisi dei sistemi giuridici e delle istituzioni.

Tuttavia, ciò che conterà, sarà la capacità del neonato organismo di fornire risposte alle domande di giustizia per le quali esso è stato costituito, in definitiva, la capacità di saper tutelare gli interessi dell'Unione e dei suoi cittadini. In tal senso la cooperazione con Eurojust assume un valore importante, non solo dal

punto di vista operativo, ma anche strategico e sarebbe un grave errore indebolire quest'ultima, ovvero non dotarla delle risorse necessarie a continuare l'esercizio di quelle funzioni per le quali le autorità giudiziarie degli Stati membri hanno dimostrato, nel corso degli anni, di fare ricorso in maniera crescente, apprezzando qualità e quantità dei servizi erogati.

La migliore condizione realizzabile, dunque, è quella di una sinergia forte, leale ed ampia tra l'EPPO ed Eurojust, con la consapevolezza che le attività dell'uno potranno accrescere efficienza e legittimazione dell'altra, e viceversa. Una competizione, anche solo immaginata, sarebbe esiziale per entrambi gli organismi e dunque da evitare.

---

PARTE II  
SAGGI BREVI



# LE SINERGIE TRA LA PROCURA EUROPEA ED ALTRI ORGANISMI NELLA PROTEZIONE DEGLI INTERESSI FINANZIARI DELL'UNIONE

*Giovanni A. Cannetti*

SOMMARIO: 1. Vecchi e nuovi attori nel campo della protezione degli interessi finanziari dell'Unione. - 2. Il "dialogo" di EPPD con le altre Agenzie europee. - 3. Il "quadro intrecciato" delle Agenzie europee in area PIF e l'esigenza di riordino.

## **1. Vecchi e nuovi attori nel campo della protezione degli interessi finanziari dell'Unione.**

Per molti anni l'Unione europea si è preoccupata della protezione dei suoi interessi finanziari e della lotta contro la frode, la corruzione e qualsiasi altra condotta illecita che potesse pregiudicarli. Rispetto ad altre Agenzie, come Europol<sup>1</sup> o Eurojust<sup>2</sup>, per cui le frodi rappresentano solo uno dei numerosi ambiti di competenza, l'Ufficio per la lotta antifrode (OLAF)<sup>3</sup> rappresenta un organo "dedicato" specificamente al settore da quasi vent'anni, svolgendo soprattutto indagini sulle irregolarità amministrative<sup>4</sup>, sulle contraffazioni ed il contrabbando di merci.

<sup>1</sup> Europol ha competenza in materia di crimini contro gli interessi finanziari dell'Unione, ai sensi dell'Allegato I del Regolamento 2016/794/UE (nuovo Regolamento Europol).

<sup>2</sup> Istituito con Decisione del Consiglio 2002/187/JHA.

<sup>3</sup> Costituito con decisione della Commissione 1999/352/CE, ECSC, Euratom del 28 Aprile 1999, mentre i successivi Regolamenti (CE) 1073/99 and 1974/99, poi sostituiti dal Reg. 883/13, ne hanno determinato il ruolo e poteri di investigazione.

<sup>4</sup> Ai sensi dell' art. 1 par. 2 del Reg. 2988/95, non modificato dalla c.d. "Direttiva PIF" (cfr. nota 6), l'irregolarità è definita come «[...] any infringement of a provision of Community law resulting from an act or omission by an economic operator, which has, or would have, the effect of prejudicing the general budget of the Communities or budgets managed by

Non a caso, nel 2008, J. Vervaele scriveva: «*If Eurojust is converted into an investigative body and becomes the embryo of an EPP, or if the EPP is established, this will of course have consequences for Europol and OLAF [...] First of all, consideration must be given to the possibility of assigning judicial investigative powers to OLAF within the institutions, bodies and organizations of Europe [...] In this context, it will be necessary to examine whether the functional duality of OLAF should be maintained or whether it would be better to make one part of OLAF completely independent from the Commission*»<sup>5</sup>.

In effetti, l'interesse per la struttura e le competenze delle Agenzie europee coinvolte a vario titolo nelle attività finalizzate alla protezione degli interessi finanziari si è intensificato progressivamente in vista del voto finale del Parlamento europeo per l'approvazione del Regolamento 2017/1939, attuativo della cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea (comunemente denominata "EPPO" dall'acronimo in lingua inglese), intervenuta il 5 ottobre 2017, e con la vigenza della nuova Direttiva sulla protezione degli interessi finanziari<sup>6</sup>. La riflessione formulata da Vervaele ha così acquistato una rinnovata attualità, sollevando riflessioni sul ruolo che si prospetta, anche per tali Agenzie, a seguito del processo di evoluzione del quadro giuridico relativo alla protezione degli interessi finanziari dell'Unione Europea. L'analisi degli effetti dei menzionati interventi normativi sulle Agenzie preesistenti<sup>7</sup>, dotate di prerogative e consolidata esperienza in materia di tutela di interessi finanziari, nonché sulle loro interconnessioni, può infatti confutare o meno la tesi secondo cui ci troveremmo in presenza di un micro-sistema autonomo di diritto penale europeo "in divenire", sia sostanziale che processuale, ossia disciplinante appieno l'uso di poteri che comportano la definizione di attività di indagine e dei limiti per il loro svolgimento. Se in passato qualche passo in avanti poteva scorgersi, in termini di ravvicinamento normativo tra gli Stati membri, ciò riguardava per lo più la fase processuale, anche grazie all'influenza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, mentre questa ten-

them, either by reducing or losing revenue accruing from own resources collected directly on behalf of the Communities, or by an unjustified item of expenditure». Cfr. A.M. MAUGERI, *Il regolamento n. 2988/95: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario, I parte - La natura giuridica delle sanzioni comunitarie, RTDPE*, vol. III, pp. 527-559, 1999.

<sup>5</sup> J. VERVAELE, *The shaping and re-shaping of EuroJust and OLAF, Eucrime: The European Criminal Law Association's Forum*, Vol. 3/4, pp. 180-186, 2008.

<sup>6</sup> C.d. "Direttiva PIF" (UE/2017/1371), recentemente approvata con risoluzione del Parlamento europeo in seconda lettura il 5 luglio.

<sup>7</sup> Per i profili introduttivi sul tema delle Agenzie europee, si veda E. CHITI, *The Emergence of a Community Administration: The Case of European Agencies* (2000), *CMLRev* 309, pp. 311-317; E. VOS, *Reforming the European Commission: What Role to Play for European Agencies*, in *CMLRev*, n. 37/2000.

denza si è manifestata in modo molto meno marcato per la disciplina delle indagini investigative e, in generale, nella fase predibattimentale, in cui tali organismi europei possono offrire un contributo significativo nella scelta di avviare o meno l'azione penale. D'altra parte, le principali prerogative della Procura europea si manifestano proprio in quelle vicende processuali relative all'attività investigativa ed istruttoria, consistenti nell'attività di individuazione, persecuzione e rinvio a giudizio degli autori di (nonché di chi istighi, favoreggi, concorra o soltanto tenti) condotte illecite che pregiudicano gli interessi finanziari dell'Unione (cfr. le norme di cui al Capo V del Reg. 2017/1939). In altri termini, tale nuovo "sistema penale" non potrebbe prescindere da una regolamentazione puntuale, omogenea e capillare del momento predibattimentale, e delle autorità che, a vario titolo, possono intervenire.

Questi interrogativi necessiterebbero allora di una più estesa premessa, difficilmente riassumibile in questa sede, sul modello accolto per la costituzione della Procura europea<sup>8</sup> – spesso definito come un approccio "step by step"<sup>9</sup> – letto congiuntamente con il risultato di armonizzazione del diritto penale sostanziale e processuale ottenuto mediante la Direttiva PIF. Si può tuttavia agevolmente riconoscere che il progetto di Procura europea, per come oggi cristallizzatosi a seguito dell'entrata in vigore del Reg. 2017/1939, non sembra stravolgere, ma nemmeno orientare, implementare o modificare significativamente l'attuale struttura e le

<sup>8</sup> L'ideazione concettuale ha seguito un percorso lungo e complesso, difficilmente riassumibile in poche righe; dalla prima formulazione teorica del "*Corpus Juris*" portant *dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, M. DELMAS - MARTY (a cura di), Parigi, 1997, e la sua seconda versione, M. DELMAS-MARTY - J.A.E. VERVAELE, *La mise en oeuvre du Corpus Juris dans les Etats membres*, Antwerpen-Groningen-Oxford, 2000, vol. I, fino alle relativamente recenti proposte di integrazione della Procura europea con Eurojust. Si rimanda agli atti del seminario "*Eurojust and the Lisbon Treaty: towards more effective action*" organizzato da Eurojust in cooperazione con la Presidenza belga del Consiglio dell'Unione europea. Si è tenuto a Bruges, Belgio, dal 20 al 22 settembre 2010. Si veda anche il documento del Consiglio 17625/10 CATS 105 EUROJUST 147 del 9 Dicembre 2011. Le opzioni allora proposte includevano:

- (i) Una progressiva trasformazione di Eurojust, allargando le competenze ed i poteri dei membri nazionali del Collegio;
- (ii) La creazione di una Procura europea distinta da Eurojust ma che sfruttasse la sua *expertise*;
- (iii) La creazione di EPPO come unità specializzata interna ad Eurojust;
- (iv) La "fusione" di Eurojust ed EPPO, con rispettivi meccanismi di *decision-making*.

Si rinvia altresì al lavoro, ed alla relativa bibliografia, in N. PARISI, *La Procura europea: un tassello per lo spazio europeo di giustizia penale*, in *Studi sull'integrazione europea*, VIII (2013), pp. 47-69.

<sup>9</sup> In questi termini, L. SALAZAR, *Constitution pour l'Europe, programme de La Haye et ministère publi européen*, in *Actes des Journées d'études de Inverigo*, Como, 2005, p. 159.

competenze degli organismi europei competenti a vario titolo nella protezione delle finanze dell'Unione. Anche la Direttiva PIF, la quale si pone certamente in un rapporto di complementarità con il progetto di creazione di EPPO, non è funzionalmente limitata solo a rappresentare una sorta di “diritto sostanziale” per l'operatività di quest'ultima (art. 17), assumendo invece una portata più ampia e generale, valevole per tutti gli Stati membri<sup>10</sup>, anche se non aderenti alla procedura di cooperazione rafforzata di cui all'art. 86 TFUE<sup>11</sup>. Indubbiamente, la lotta alle frodi transfrontaliere richiede uno stretto coordinamento nelle indagini ed esercizio dell'azione penale a livello europeo; gli scambi di informazioni e le attuali forme di coordinamento sembrano invece insufficienti, nonostante i maggiori sforzi di organismi dell'Unione come Eurojust, Europol e lo stesso Ufficio europeo per la lotta antifrode. Essi sono intralciati soprattutto da una serie di problemi, limitazioni e lacune nella ripartizione delle responsabilità tra autorità deputate al contrasto alle frodi, appartenenti a diverse giurisdizioni territoriali e funzionali, che sono poi il principale ostacolo alle indagini e alla repressione efficace dei reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione. Resta inoltre il dato per cui, se Eurojust e Europol hanno il compito generale di agevolare lo scambio di informazioni e coordinare le indagini e azioni penali delle autorità nazionali, ed adesso anche di EPPO, esse non possono in nessun modo svolgerle direttamente; OLAF ha invece il compito di indagare sulle frodi e attività illecite lesive degli interessi finanziari dell'UE, ma le sue competenze sono limitate alle indagini amministrative, secondo la sua attuale regolamentazione, dal momento che è stata esclusa la base dell'art. 325 TFUE come fondativa di una specifica compe-

<sup>10</sup> La direttiva PIF non copre tutte le ipotesi di illecito in materia PIF, e contiene solo regole minime di ravvicinamento per i reati contro gli interessi finanziari europei. Il ricorso allo strumento della Direttiva ha permesso che gli Stati membri mantenessero dei margini di autonomia e discrezionalità nella trasposizione della stessa.

<sup>11</sup> L'8 giugno 2017, venti Stati membri su ventotto hanno accettato di prendere parte alla costituzione dell'EPPO. Nel mese di agosto 2018, anche Olanda e Malta hanno confermato la loro partecipazione alla Procura europea (DECISIONI n° 1094 e 1103/2018 della Commissione europea). Gli altri Stati (Danimarca, Regno Unito ed Irlanda – che in virtù dei rispettivi statuti speciali non erano sin dall'inizio computati ai fini dell'unanimità necessaria all'adozione del testo – Polonia, Svezia, Ungheria continueranno a cooperare con OLAF e saranno comunque obbligati ad interagire con EPPO. Infatti, come Stati membri dell'UE, sono tenuti ad adempiere al principio di leale cooperazione di cui all'art. 4 (3) del TUE e all'obbligo generale di assicurare la protezione degli interessi finanziari dell'Unione (art. 325 TFUE). In conformità dell'articolo 328, paragrafo 1, TFUE, al momento della loro instaurazione le cooperazioni rafforzate sono aperte a tutti gli Stati membri dell'Unione europea. La partecipazione alle cooperazioni rafforzate, anche in corso, resta inoltre possibile in qualsiasi altro momento, fatto salvo il rispetto degli atti già adottati in tale ambito.



tenza penale per l'Unione<sup>12</sup>. La Costituzione di EPPO mediante la procedura di "cooperazione rafforzata" riconferma, forse addirittura consolida, il ruolo degli altri organismi/agenzie europee preposte alla protezione degli interessi finanziari dell'Unione, ed in particolare di Eurojust e OLAF.

## 2. Il "dialogo" di EPPO con le altre Agenzie.

L'art. 86 TFUE dispone che l'istituzione di una Procura europea avvenga «a partire da Eurojust», ne prevede l'ambito delle competenze in materia di contrasto delle condotte lesive degli interessi finanziari dell'Unione – sebbene estendibile a fatti di criminalità grave che presentino una dimensione transnazionale (parr. 1-2 e 4) – devolvendo alla regolamentazione propria di EPPO (par. 3) la disciplina di dettaglio relativa alle condizioni di esercizio delle sue funzioni, le regole procedurali applicabili alle sue attività, all'ammissibilità delle prove e il controllo giurisdizionale degli atti procedurali da essa adottati. Il Trattato affida inoltre alla Procura il compito di «esercizio dell'azione penale davanti agli orga-

<sup>12</sup> L'importanza di una corretta interpretazione dell'art. 325 TFUE, che la riforma di Lisbona ha caricato di ulteriori significati, è emersa in concomitanza con la proposta di Direttiva PIF; Parlamento europeo e Consiglio hanno individuato la base giuridica di quest'ultima direttiva nell'art. 83.2 TFUE, dunque in una disposizione che conferisce loro la competenza ad adottare norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni tramite «direttive» quando «il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si rivela indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione». In tal modo si sottopone il regime dell'attività normativa dell'Unione a tutti i presupposti, i requisiti e, in definitiva, i limiti sulla base dei quali funziona l'attività di armonizzazione normativa in campo penale entro l'Unione ai sensi dell'ultima disposizione richiamata, vincoli che invece sarebbero assenti se l'attività normativa venisse intrapresa sulla base dell'art. 325 TFUE, come appunto aveva prospettato la Commissione nella sua proposta di Direttiva PIF [COM(2012) 363 fin]. Infatti, l'atto adottato su quest'ultima base avrebbe potuto assumere anche la forma di un regolamento e non limitarsi a dettare «norme minime», ma essere significativamente più penetrante, coniugando effetti di diritto sostanziale e processuale; sarebbe stato inoltre sottratto al rispetto alla procedura del "freno di emergenza", che invece è suscettibile di utilizzo nell'occasione dell'adozione delle norme di contrasto a ogni altra forma di criminalità contemplata dall'art. 83 TFUE. Cfr. G. GRASSO, *La «competenza penale» dell'Unione europea nel quadro del Trattato di Lisbona*, in G. GRASSO - L. PICOTTI - R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, par. 8; R. SICURELLA, *La "tutela mediata" degli interessi della costruzione europea: l'armonizzazione dei sistemi penali nazionali tra diritto comunitario e diritto dell'Unione europea*, in G. GRASSO - R. SICURELLA (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2008, specific. pp. 389-390.

ni giurisdizionali nazionali»<sup>13</sup>, sulla base del progetto di decisione proposto dal procuratore europeo delegato e approvata dalla camera permanente, secondo la procedura disciplinata dalle prescrizioni delle norme di cui agli artt. 35 e 36 del Reg. 2017/1939, quest'ultimo così testualmente rubricato. Da tali elementi si determina la natura giudiziaria della procura, indipendente tanto dalle istituzioni dell'Unione quanto dalle autorità nazionali, nonché la differenza rispetto alle funzioni svolte dall'Eurojust e dai suoi membri nazionali, la cui natura giudiziaria è stata esclusa dalla Corte Costituzionale, con la discussa pronunzia della Corte n. 136, del 15 aprile 2011.

Tra i numerosi “punti di giunzione” operativi che la regolamentazione EPPO necessita di predisporre con le Agenzie europee, l'individuazione delle forme della cooperazione tra l'OLAF e l'EPPO risulta particolarmente complessa, in quanto implica l'osservazione di un quadro normativo ancora in fase di implementazione, in particolare per quanto concerne il raccordo tra il Regolamento 2017/1939 del Consiglio del 12 ottobre 2017<sup>14</sup> di attuazione della cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea, ed il Regolamento 883/2013, relativo alle indagini svolte dall'Ufficio europeo per la lotta antifrode, destinato a subire importanti modifiche.

La cooperazione tra l'OLAF e l'EPPO è stata inizialmente un punto di rilievo secondario; l'art. 86 TFEU non la menziona nemmeno, contrariamente alla cooperazione della Procura europea con Eurojust e Europol. La stessa proposta della Commissione per un Regolamento EPPO [COM(2013) 534 *final*] faceva più volte riferimento l'OLAF, ma non conteneva una disposizione appositamente dedicata alla cooperazione tra l'OLAF e l'EPPO. Durante i negoziati emerse però una chiara evoluzione, in particolare a causa dell'abbandono della competenza esclusiva dell'EPPO nel perseguimento dei reati PIF e della prospettiva della sua istituzione attraverso una cooperazione rafforzata. Divenne progressivamente chiaro che l'OLAF sarebbe rimasto un attore chiave nel settore PIF, in particolare nei paesi non partecipanti, e che sarebbe diventato uno dei partner più stretti dell'EPPO. Di conseguenza, il Regolamento EPPO contiene ora una disposizione che riguarda esclusivamente la sua cooperazione con l'OLAF, vale a dire l'art. 101, accompagnato da diffusi rimandi in altre disposizioni e nei considerando. È tuttavia evidente come la disposizione sulla

<sup>13</sup> Sull'utilità di siffatto ruolo v. COM(2011) 293, par. 4.3. Una sintesi dottrinale “ad ampio spettro” sui diversi aspetti che attengono all'istituzione della Procura europea è presente in *La protezione dei diritti fondamentali e procedurali. Dalle esperienze investigative dell'Olaf all'istituzione del procuratore europeo*, Roma, Fondazione Lisli e Lelio Basso, 2014.

<sup>14</sup> Pubblicato in *GUUE*, L. 283 dello scorso 31 ottobre e conseguentemente entrato in vigore il 20 novembre.

cooperazione tra OLAF ed l'EPPO prospetti sinergie tra le due istituzioni di intensità e natura diverse da quelle dedicate alla cooperazione con l'Eurojust (articolo 100); se Eurojust ed EPPO sono chiamati allo "sviluppo di reciproci legami operativi, amministrativi e di gestione", nonché riunioni periodiche (art. 100 par. 1), la speculare norma di cui all'art. 101 par. 1 circoscrive le relazioni al fine di "assicurare l'utilizzo di tutti i mezzi disponibili per la tutela degli interessi finanziari" e lo "scambio di informazioni". Tale ultima norma è espressione eloquente della scelta di abbandonare l'opzione volta a trasformare OLAF nel "braccio investigativo dell'EPPO" tramite una sua assimilazione, poiché ciò avrebbe non solo pregiudicato la capacità dell'OLAF di svolgere in modo efficiente le sue altre funzioni, ma sarebbero potuti altresì emergere profili di incompatibilità con l'art. 86 TFUE, incentrato sull'assistenza delle autorità nazionali e dell'Europol, e la cui formulazione era stata prescelta proprio al fine di porre un argine normativo alle proposte aventi ad oggetto la creazione di un insieme di organismi sovranazionali/federali dell'UE deputati specificatamente alla lotta contro i crimini PIF ed i gravi crimini transfrontalieri<sup>15</sup>. Eppure, il rifiuto di tale assimilazione si pone in rapporto "distonico" rispetto alla scelta, dettata indubbiamente anche da ragioni pragmatiche, di trasferire una parte del personale dell'OLAF all'EPPO, inclusi soprattutto i soggetti preposti alle investigazioni, come era stato ipotizzato inizialmente nella proposta della Commissione<sup>16</sup> ed intuibile dal 117° considerando del Reg. 2017/1939<sup>17</sup>. In altri termini, ci si può chiedere se il trasferimento di personale dell'OLAF dotato di consolidata *expertise* nell'ambito delle investigazioni sulle frodi finanziarie, al di là della necessaria condivisione di *know-how*, non costituisca proprio una

<sup>15</sup> Ministero della Giustizia (Olanda), Nota sull'"area di giustizia penale europea", 8 Maggio 2003, CONV 0733, p. 3.

<sup>16</sup> Cfr. La Commissione, proposta EPPO, COM (2013) 534 def., Memorandum esplicativi, p. 8: «Poiché la fase di preparazione dell'ufficio della procura europea richiede probabilmente diversi anni, i membri del personale saranno gradualmente trasferiti dall'OLAF all'Ufficio della Procura europea. Il numero equivalente del personale trasferito ed i relativi crediti per il finanziamento di questo personale saranno ridotti nel piano dell'organico e nel bilancio dell'OLAF».

<sup>17</sup> «Affinché possa essere pienamente operativa alla data da stabilire, l'EPPO avrà bisogno di personale con esperienza presso le istituzioni, gli organi, gli uffici o le agenzie dell'Unione. Al fine di rispondere a tale esigenza, è opportuno agevolare l'assunzione, da parte dell'EPPO, di agenti temporanei e contrattuali già in servizio presso le istituzioni, gli organi, gli uffici o le agenzie dell'Unione garantendo a tali membri del personale la continuità dei loro diritti contrattuali se sono assunti dall'EPPO nella fase di costituzione di quest'ultima fino a un anno dopo che l'EPPO diventi operativa ai sensi della decisione di cui all'articolo 120, paragrafo 2».

riedizione “diluita” del primo modello ipotizzato (ossia quello di OLAF come braccio investigativo dell’EPPO). È infatti chiaro che l’EPPO non può affidarsi esclusivamente alle autorità nazionali, poiché non può affrontare il rischio di vedere compromessa l’efficienza delle sue indagini dalla mancanza di risorse a livello nazionale o dall’adozione di priorità investigative nazionali non legate alla PIF. L’idea di trasferire parte del personale dell’OLAF all’EPPO consentirebbe quindi all’EPPO di essere meno dipendente dalle risorse messe a disposizione dalle autorità nazionali. Tuttavia, questo trasferimento necessita di alcuni rilievi; si tratterebbe di un trasferimento di posizioni, e non di personale effettivo. Se le persone, e in particolare gli investigatori, accetteranno di aderire all’EPPO, saranno utilmente impiegati soprattutto per accrescere, con il loro bagaglio di conoscenze, la capacità operativa della Procura europea in ambito PIF. Tuttavia, se non rimarranno affiliati anche all’OLAF e non godranno di una sorta di “doppio cappello”, perderanno l’accesso diretto alle risorse e alle banche dati dell’Ufficio<sup>18</sup>. Inoltre, per dotare questo personale di strumenti per aiutare in modo efficiente l’EPPO, dovrebbe essere loro concessa la facoltà di adottare misure investigative nei territori degli Stati membri; tuttavia, la possibilità che gli Stati membri partecipanti si mostrino disponibili ad attribuire tali poteri sembra remota. Infine, un simile trasferimento di risorse, seppur in un’ottica di efficientamento, potrebbe ingenerare ulteriori tensioni tra Agenzie e organismi europei, che rischiano di minarne la mutuale cooperazione.

Un’ulteriore considerazione può essere svolta sul modello di interazione tra OLAF ed EPPO come agenzie separate, in cui la prima si limita a supportare il lavoro dell’altra in forme sussidiarie; se ciò non intacca il mandato e la natura di OLAF, è pur vero che tale scelta rappresenta un limite alla verticalizzazione dei rapporti in ambito PIF, accentuando la dipendenza dalle autorità nazionali. In questo contesto, appare dunque indispensabile una più dettagliata definizione delle modalità di cooperazione tra OLAF ed EPPO e certezza sui rapporti di complementarità tra loro intercorrenti. È pertanto già contemplato l’intervento del legislatore europeo per emendare il Reg. 883/2013, in modo da indicare una scelta netta sulle relazioni bilaterali OLAF-EPPO e gestirne adeguatamente le dinamiche. Il contenuto di tale intervento innovatore dovrà anche far chiarezza sulla possibilità di dotare l’Ufficio antifrode di ulteriori

<sup>18</sup> Come con Eurojust (art. 100 c. 3), l’EPPO ha accesso indiretto, in base a un sistema di riscontro positivo o negativo («hit / no hit»), alle informazioni contenute nel sistema automatico di gestione dei fascicoli dell’OLAF (art. 101 comma 5). Quando è riscontrata una corrispondenza tra i dati inseriti dall’EPPO nel sistema di gestione dei fascicoli e quelli detenuti dall’OLAF, ne è data notizia sia all’OLAF che all’EPPO. Questo meccanismo deve applicarsi reciprocamente anche da OLAF verso EPPO.

poteri investigativi e sul valore probatorio dei *reports* prodotti al termine delle sue indagini<sup>19</sup>.

Un ulteriore profilo di intervento attiene alla necessaria attività di condivisione “dinamica” delle informazioni, parallela e contestuale allo svolgimento delle investigazioni su un caso<sup>20</sup>, in quanto determinante nell’evitare una non sovrapposizione di funzioni, con conseguente spreco di tempo e risorse. Il costante flusso di informazioni pone inoltre la possibilità di successiva identificazione di nuovi elementi fattuali, tali da condurre alla riqualificazione di un comportamento, inizialmente ricondotto ad un’irregolarità amministrativa, come un fatto criminoso. Allo stesso modo, una successiva rideterminazione del danno patito potrebbe implicare la ricaduta del caso al di fuori della competenza dell’EPPO (ai sensi dell’art. 25 (2) e (3) a)). Conseguentemente, potrebbe essere necessario sostenere le previsioni esistenti predisponendo forme di consultazione bilaterale regolari tra EPPO e OLAF, analoghe a quelle previste tra il procuratore capo europeo e il presidente di Eurojust ai sensi dell’art.100, così da assicurare in ogni momento che le indagini siano svolte dall’organismo competente. Emendare il Regolamento dell’OLAF è quindi una tappa necessaria per garantire la coerenza del quadro giuridico fra i due organismi. Sarà altresì necessario introdurre delle norme di dettaglio che disciplinino il divieto di avviare investigazioni amministrative quando la Procura europea decide di esercitare le proprie competenze, in conformità all’art 101 c. 2. (probabilmente attraverso una modifica all’art. 5 del Regolamento 883/2013, rubricato “Avvio delle indagini”).

<sup>19</sup> L’art. 11, par. 2 del Regolamento n. 883/2013 riconosce ai report conclusivi dell’OLAF il medesimo valore probatorio dato nei procedimenti nazionali alle relazioni ispettive dell’autorità amministrativa. Questo spiega l’importanza del principio generale di circolazione probatoria tra l’ambito amministrativo e i circuiti giudiziari nazionali (*double track enforcement systems*), che però risulta condizionato dalle previsioni specifiche delle discipline nazionali. Il risultato è che i report dell’OLAF possono attualmente essere utilizzati solo in quegli Stati membri dove analoghi atti amministrativi delle autorità nazionali sono ammissibili in procedimenti penali.

<sup>20</sup> Un accordo temporaneo tra OLAF ed Europol per lo scambio di dati personali, originariamente impossibile, era stata fornita dall’articolo 22, par. 3 della decisione Europol del 2009 (decisione del Consiglio 2009/371/GAI, ora abrogata). Il nuovo accordo con Europol è ancora in discussione nel contesto di un gruppo di lavoro congiunto Europol/OLAF (Relazione OLAF 2015, p. 22). Viceversa, lo scambio di informazioni tra l’OLAF e l’Eurojust, attualmente basato su un accordo di cooperazione firmato dalle due entità nel 2008, ammette lo scambio di dati personali, non per “sintesi di casi” (punto 5 dell’accordo), ma solo per lo scambio di “Informazioni relative ai casi”, quando la cooperazione è già stata avviata (punto 6 dell’accordo).

### 3. Il “quadro intrecciato” delle Agenzie europee per l’area PIF e l’esigenza di riordino.

Ulteriori elementi che influenzeranno il contesto in cui EPPO potrà esercitare le proprie funzioni sono quelli relativi ai rapporti di interdipendenza e le riforme specifiche di ciascuna Agenzia, come nel caso della nuova proposta di regolamento per Eurojust (attualmente in via di adozione) attore con competenze chiave nel settore del PIF e partner sia di OLAF che l’EPPO. In merito ad Europol, sono evidenti le problematiche sottese all’assenza di disposizioni sull’organizzazione della cooperazione con EPPO all’interno del Regolamento 2016/794 dell’11 maggio 2016, imputabili anche alle tempistiche della negoziazione che hanno riguardato i relativi testi normativi. Si evincono comunque delle differenze tra le disposizioni di cooperazione tra EPPO ed Europol nel regolamento del primo (art. 102) rispetto alle speculari previsioni di accesso alle informazioni conservate da Europol da parte di Eurojust<sup>21</sup> e OLAF (Art. 21). Particolare importanza riveste anche la cooperazione tra Europol e l’OLAF, che in passato ha prodotto buoni risultati, come dimostrato dall’operazione “Diabolo II”<sup>22</sup>, di cui potrebbe beneficiare in futuro la Procura europea avvalendosi delle loro analisi in determinate indagini.

In una prospettiva più ampia, è però la complessiva relazione tra le “agenzie sorelle” nel quadro normativo delle frodi finanziarie che dovrebbe essere migliorata, se non completamente ripensata. Le riforme avviate con il Trattato di Lisbona, le quali sembravano «porre il mercato interno al vertice delle priorità dell’UE come il fulcro delle prossime fasi del processo di integrazione»<sup>23</sup> avrebbero dovuto consolidarne la *partnership* finalizzata al comune obiettivo di garantire un’efficace applicazione penale in un *espace judiciaire européen*. Alcuni autori<sup>24</sup> avevano proposto che le Agenzie, chiamate spesso a “canalizzare” la cooperazione giudiziaria e di polizia degli Stati membri per contrastare la criminalità

<sup>21</sup> Nel 2008, Eurojust ha registrato ulteriori progressi nella cooperazione sia operativa che strategica con Europol, dopo l’installazione di un collegamento sicuro di informazioni tra le due agenzie, insieme alla Rete giudiziaria europea (EJN), con la decisione 2008/976/GAI del Consiglio sull’EJN OJ [2008] L. 348/130 che ha abrogato l’azione comune 98/428/GAI del 29 giugno 1998.

<sup>22</sup> Diabolo II è un’operazione congiunta che ha colpito il contrabbando di sigarette e di altri beni contraffatti nell’ambito della cooperazione intervenuta nella cornice dell’ASEM (The Asia-Europe Meeting). L’operazione è avvenuta tra settembre e ottobre 2009.

<sup>23</sup> S. MONTALDO, *I limiti della cooperazione in materia penale nell’Unione europea*, ESI, 2015, p. 19

<sup>24</sup> Cfr. G. KRATSAS, *A case for OLAF; the place and role of the Anti-fraud office in the European Union context* in *EPL* 2012, p. 87

transfrontaliera organizzata, compresi i crimini finanziari, si sarebbero potute “fondere” in un solo organo dopo la creazione della Procura europea, al fine di convogliare verso un centro unitario la collaborazione degli agenti nazionali e garantire una migliore allocazione delle risorse. Invece, sebbene le sinergie operative tra i tre principali attori siano aumentate grazie alla loro partecipazione a squadre investigative comuni (JIT<sup>25</sup>), la loro dialettica è rimasta in massima parte conflittuale. Fin dall’inizio, Eurojust credeva che l’OLAF lo considerasse come un concorrente istituzionale, poiché gli attribuiva la responsabilità di non essere divenuto “un procuratore europeo responsabile per le frodi”.

Il “malinteso” tra i due organismi può in parte essere imputato alle differenti configurazioni originarie degli stessi, rappresentata dalla dimensione intergovernativa e comunitaria dei vecchi primo e terzo pilastro, emblema di due diversi modelli di integrazione europea nel campo del diritto penale.

Resta il fatto che l’esistenza di diversi organismi sovranazionali, con poteri di coordinamento strettamente limitati alla loro specifica competenza funzionale, in un settore sostanzialmente comune, non è solo un potenziale spreco di risorse umane ed economiche, ma è una causa (certo non l’unica) del mancato raggiungimento da parte degli Stati membri dei livelli adeguati di efficacia, equivalenza e dissuasività richiesti dal Trattato nella lotta contro la frode e altre attività illecite che incidono sugli interessi finanziari per l’Unione europea. Lo stesso Direttore generale dell’OLAF, Giovanni Kessler, ha affermato di recente<sup>26</sup> che gli strumenti messi a disposizione dell’Ufficio Antifrode dai legislatori dovrebbero essere aggiornati affinché esso possa adeguarsi al contesto in divenire in materia di frodi. È quindi altamente probabile che il quadro giuridico nel campo della tutela degli interessi finanziari dell’Unione sarà soggetto a ulteriori cambiamenti, i quali potranno eventualmente consolidare le fondamenta per la costruzione di un vero e proprio nucleo del sistema penale europeo nel ristretto ambito della tutela del rilevante interesse generale dell’Unione alla solidità delle sue finanze.

<sup>25</sup> Decisione quadro del Consiglio 2002/465/GAI. L’articolo. 88, par. 2, lett. b) TFUE, nella definizione dei compiti dell’Europol, contiene una descrizione esplicita della possibilità di azioni operative congiuntamente «con le autorità competenti degli Stati membri o in squadre investigative comuni, eventualmente in connessione con Eurojust». In merito al coinvolgimento di OLAF nelle JIT, si veda S. De MOOR, *Le difficoltà delle squadre investigative congiunte e il ruolo possibile dell’OLAF*, in *Eucriim*, 2009, 3, 95 ss.

<sup>26</sup> Comunicato stampa n. 8/2017, qui visionabile: ([https://ec.europa.eu/antifraud/file/3890/download\\_it?token=UtgKigrI](https://ec.europa.eu/antifraud/file/3890/download_it?token=UtgKigrI)).





“EPPUR SI MUOVE”.  
IL LENTO CAMMINO DELLA DIRETTIVA  
RELATIVA ALLA LOTTA CONTRO LA FRODE  
CHE LEDE GLI INTERESSI FINANZIARI DELL’UNIONE  
E LA QUESTIONE DELLA SUA BASE GIURIDICA

*Miranda Fidelbo*

SOMMARIO: 1. Sviluppi più o meno recenti in materia di protezione degli interessi finanziari dell’Unione. - 2. L’oggetto e l’ambito di applicazione della direttiva (UE) 2017/1371. - 3. Armonizzazione del diritto penale sostanziale e Procura europea. - 4. La base giuridica della direttiva PIF. - 4.1. Art. 83 TFUE *versus* art. 325 TFUE. - 4.2. La preferibilità di un intervento *ex art.* 325 TFUE mediante regolamento. - 5. Conclusioni.

**1. Sviluppi più o meno recenti in materia di protezione degli interessi finanziari dell’Unione.**

Nei Trattati UE non si rinviene una definizione degli “interessi finanziari dell’Unione” in quanto tali, ma dalla formulazione più ampia rispetto al termine “bilancio”, usato altrove nel TFUE (ad esempio all’articolo 310, paragrafo 1, secondo comma), appare evidente che rientrano in questa nozione tutti i fondi gestiti dall’Unione o per suo conto<sup>1</sup>. Merita rilevare, a questo proposito, che l’Organizzazione ha sempre avuto un occhio di riguardo per tale settore: ciò si comprende facilmente se si considera che la tutela delle proprie finanze è essenziale per il raggiungimento degli scopi che essa intende perseguire e, in ultima analisi, anche per la propria stessa esistenza.

<sup>1</sup> Come riferimento si veda anche la definizione all’articolo 1, paragrafo 2, del regolamento (CE, Euratom) n. 2988/95 del Consiglio, del 18 dicembre 1995, relativo alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità, in *GUCEL* 312 del 23.12.1995, pp. 1-4.

Il cammino della direttiva relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell’Unione (c.d. “direttiva PIF”<sup>2</sup>), cominciato nel luglio 2012 con la proposta della Commissione<sup>3</sup>, si è concluso il 5 luglio 2017, quando il Parlamento europeo in seduta plenaria ha approvato il testo della stessa in seconda lettura<sup>4</sup>.

Entro due anni dall’adozione della direttiva tutti gli Stati membri<sup>5</sup> – ad eccezione di Regno Unito e Danimarca, i quali, nell’esercizio del diritto di *opt-out* loro riconosciuto dai Protocolli nn. 21 e 22 allegati ai Trattati, hanno deciso di non partecipare all’adozione della stessa, di non esservi vincolati, né soggetti alla sua applicazione<sup>6</sup> – sono chiamati a recepirla nei rispettivi ordinamenti. Dal momento del suo recepimento, la disciplina della direttiva sostituirà quella disposta dalla Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee (Convenzione PIF) e dai suoi tre Protocolli<sup>7</sup>. Il fine della Convenzione non era quello di creare norme comunitarie autonome, ma di armonizzare quelle degli Stati, di favorire e facilitare la cooperazione giudiziaria penale tra le autorità statali, anche perché la norma che costituiva la base giuridica per la lotta alle frodi (art. 280 TCE), escludeva espressamente che l’azione dell’Unione potesse ri-

<sup>2</sup> Il primo utilizzo di questo acronimo, che sta per «protezione interessi finanziari», si rinviene nella Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee adottata il 26 luglio 1995 (entrata in vigore il 17 ottobre 2002 e integrata da un primo protocollo, del 27 settembre 1996, concernente la lotta contro gli atti di corruzione lesivi degli interessi finanziari dell’Unione, da un secondo protocollo, del 19 giugno 1997, concernente la lotta al riciclaggio di denaro, la confisca dei proventi di reato e la responsabilità delle persone giuridiche e da un terzo protocollo concernente l’interpretazione, in via pregiudiziale, da parte della Corte di giustizia e delle Comunità europee, della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee) al fine di favorire e facilitare la cooperazione giudiziaria penale tra le autorità degli Stati, poiché le frodi comunitarie hanno spesso natura transnazionale.

<sup>3</sup> Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2012, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell’Unione mediante il diritto penale, COM (2012) 363.

<sup>4</sup> La direttiva (UE) 2017/1371 relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell’Unione è entrata in vigore (*ex art. 19*) il ventesimo giorno successivo alla sua pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale dell’UE (*GUUE* L 198, 28 luglio 2017, p. 29 ss.).

<sup>5</sup> Ai sensi degli articoli 3 e 4-*bis* del Protocollo n. 21 allegato ai Trattati, l’Irlanda ha notificato che desidera partecipare all’adozione e all’applicazione della presente direttiva (*considerandum* n. 36 della direttiva).

<sup>6</sup> *Consideranda* 37 e 38 della direttiva.

<sup>7</sup> Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari dell’Unione europea del 26 luglio 1995, entrata in vigore il 17 ottobre 2002. Si veda *supra* nota n. 2.

guardare interventi direttamente incidenti nei sistemi penali degli Stati membri<sup>8</sup>. La Convenzione fu certamente, per l'epoca, uno strumento molto innovativo nel settore del diritto penale, fino ad allora riservato pressoché esclusivamente alla legislazione statale. Tuttavia, tale azione armonizzatrice avvenne con uno strumento tipico del c.d. (ormai *ex*) "Terzo pilastro", cioè una convenzione, espressione del metodo legislativo intergovernativo. Il diritto penale, infatti, è sempre stato considerato dagli Stati membri un baluardo della sovranità nazionale, per cui essi sono sempre stati restii a regolare la formazione della normativa europea in tale settore attraverso il metodo comunitario. La Convenzione soffriva dunque di «limiti intrinseci, non dovuti a colpe proprie, ma derivanti dal quadro generale delle competenze dell'Unione, ancora estremamente deboli all'epoca»<sup>9</sup>.

## 2. L'oggetto e l'ambito di applicazione della direttiva (UE) 2017/1371.

La direttiva, colmando la lacuna dei Trattati e della Convenzione PIF, accoglie una definizione ampia di «tutela degli interessi finanziari dell'Unione», affermando che essa riguarda non solo la gestione degli stanziamenti di bilancio, ma si estende a qualsiasi misura che incida o minacci di incidere negativamente sul patrimonio dell'Organizzazione nonché su quello degli Stati membri (nella misura in cui questo sia di interesse per le politiche dell'Unione), comprese le operazioni finanziarie quali l'assunzione e l'erogazione di prestiti<sup>10</sup>. In particolare, per «interessi finanziari dell'Unione» si intendono «tutte le entrate, le spese e i beni [...] coperti o acquisiti oppure dovuti in virtù: i) del bilancio dell'Unione; ii) dei bilanci di istituzioni, organi e organismi dell'Unione istituiti in virtù dei trattati o dei bilanci da questi direttamente o indirettamente gestiti o controllati»<sup>11</sup>.

Essa stabilisce norme minime circa la definizione dei reati e delle sanzioni in tema di contrasto alla frode e alle altre attività illegali che ledono gli interessi

<sup>8</sup> La Convenzione si proponeva quindi di armonizzare non solo il diritto penale sostanziale introducendo delle definizioni comuni dei reati che venivano considerati come i più pericolosi per l'integrità delle finanze comunitarie (quali la frode, la corruzione e il riciclaggio), ma anche altri aspetti del diritto penale, ugualmente necessari per un'efficace lotta a tali reati, in particolare la prescrizione, la responsabilità delle persone giuridiche e la cooperazione tra gli Stati membri e tra essi e la Commissione.

<sup>9</sup> Così A. VENEGONI, *Dalla Convenzione PIF alla proposta di direttiva per la tutela degli interessi finanziari della UE attraverso il diritto penale*, in L. CAMALDO (a cura di), *L'istituzione del Procuratore europeo e la tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli Editore, 2014, p. 35 ss., al quale si rimanda per un'analisi del tema.

<sup>10</sup> *Considerandum* n. 1.

<sup>11</sup> Art. 2.I, lett. a.

finanziari dell’Unione ed è volta a sostituire la Convenzione PIF allo scopo di rafforzare il livello di protezione da quest’ultima previsto e a di «proseguire nel ravvicinamento del diritto penale degli Stati membri»<sup>12</sup>. Infatti, tale Convenzione è stata trasposta negli Stati membri in maniera non uniforme, con la conseguenza che il diritto penale sostanziale nella materia della tutela degli interessi finanziari dell’Unione europea appare assai frammentato. L’obiettivo della direttiva è quindi quello di ovviare alla situazione esistente caratterizzata da norme della Convenzione a maglie eccessivamente larghe, che hanno permesso interpretazioni piuttosto divergenti tra gli Stati sugli stessi argomenti, essendo alcuni istituti trattati diversamente nei singoli Stati.

### 3. Armonizzazione del diritto penale sostanziale e Procura europea.

Seppur minima, l’armonizzazione del diritto penale sostanziale è, indubbiamente, un elemento importante della protezione globale degli interessi finanziari dell’Unione ed è espressione della tensione verso una sempre maggiore verticalizzazione delle competenze in materia penale e il contestuale progressivo abbandono delle dinamiche proprie della cooperazione. Ma se ne apprezza maggiormente il valore se si comprende il rapporto biunivoco tra l’armonizzazione stessa e l’istituzione della Procura europea (d’ora in avanti EPPO, secondo l’acronimo inglese *European Public Prosecutor’s Office*): infatti, il regolamento che istituisce la Procura europea mediante cooperazione rafforzata non definisce i reati di competenza dell’istituenda Procura, ma rimanda alla legge nazionale di attuazione della direttiva PIF<sup>13</sup>, sulla base della necessità che, dovendo l’EPPO esercitare l’azione penale dinanzi agli organi giurisdizionali nazionali, «la sua competenza sia definita con riferimento al diritto penale degli Stati membri, che qualifica come reato gli atti o le omissioni che ledono gli interessi finanziari dell’Unione e fissa le sanzioni irrogabili in applicazione della normativa pertinente dell’Unione, in particolare la direttiva (UE) 2017/1371 nell’ordinamento giuridico nazionale»<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> *Considerandum* n. 3 della direttiva.

<sup>13</sup> La direttiva (UE) 2017/1371.

<sup>14</sup> Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio del 12 ottobre 2017 *relativo all’attuazione di una cooperazione rafforzata sull’istituzione della Procura europea (“EPPO”)*, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell’Unione europea L 283 il 31 ottobre 2017, *considerandum* 63. Si vedano anche il *considerandum* 11 e gli articoli 4 e 22. Sui fatti criminosi costituenti reati che ledono gli interessi finanziari dell’Unione si rinvia a R. SICURELLA, *Il diritto penale applicabile dalla Procura europea: diritto penale sovranazionale o diritto nazionale ‘armonizzato’? Le questioni in gioco*, in *DPC*, dicembre 2013, p. 20 ss. e a M. PELISSERO, *Competenza della Procura europea e scelte di incriminazione: oltre la tutela degli interessi finanziari*, in G. GRASSO, G. ILLUMINATI,

Pertanto, il valore della direttiva non consiste solo nella realizzazione di un'uniformità sostanziale, ma nell'essere uno strumento fondamentale per il funzionamento dell'Ufficio europeo. D'altra parte, non può dirsi che una tale armonizzazione sia solo strumentale alla definizione dei reati di competenza dell'EPPO, anzi è indipendente dalla sua istituzione. Correlativamente – o, meglio, specularmente – l'armonizzazione delle definizioni dei reati e dei livelli di sanzione non darà, di per sé, risultati soddisfacenti se non è accompagnata e sostenuta da misure di indagine e di azione penale efficaci. In altre parole, il tema dell'istituzione dell'organo di accusa europeo e quello della normativa di diritto penale sostanziale, sebbene strettamente intrecciati, non coincidono perfettamente<sup>15</sup>. A corroborare tale tesi valga il fatto che la Commissione ha adottato le due proposte separatamente, anche ad una notevole distanza temporale l'una dall'altra (un anno esatto), ed i negoziati sulle due proposte si sono svolti in maniera separata. Fa propendere per una siffatta ricostruzione anche la considerazione che se l'EPPO si occuperà, almeno per il momento, solo di reati a danno degli interessi finanziari dell'Unione, così come definiti dalla direttiva, per contro la Procura europea non sarà l'unico organismo inquirente all'interno della Unione ad indagare sui c.d. "reati PIF". Infatti, il regolamento prevede una competenza concorrente tra l'EPPO e le autorità nazionali, basata sul diritto di avocazione dell'EPPO (*considerandum* 13): se quest'ultimo esercita la propria competenza avviando un'indagine o avvalendosi del diritto di avocazione, le autorità nazionali non esercitano le loro competenze in relazione alla stessa condotta criminosa<sup>16</sup>.

I presupposti dell'attività della futura Procura europea passano quindi per un'armonizzazione delle fattispecie incriminatrici e delle relative conseguenze

R. SICURELLA - S. ALLEGREZZA (a cura di), *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Milano, 2013, p. 109 ss.

<sup>15</sup> Per un'analisi sul tema, si veda A. VENEGONI, *Il difficile cammino della proposta di direttiva per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea attraverso legge penale (c.d. Direttiva PIF): il problema della base legale*, in *CP*, n. 6/2015, p. 2442 ss.

<sup>16</sup> Come rilevato da A. VENEGONI (*Il difficile cammino della proposta di direttiva per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea attraverso legge penale (c.d. Direttiva PIF): il problema della base legale*, *op. cit.*, p. 2442 ss.), «anche nella concezione di competenza esclusiva dell'EPPO su tali reati esplicitata nella proposta di regolamento, infatti, esistono delle eccezioni al principio, e quindi situazioni in cui già dal testo di proposta della Commissione si deduce che le indagini su tali reati potranno essere sottratte alla Procura europea per essere trattate dalle Procure degli Stati membri». Si pensi, inoltre, alle ipotesi di reati connessi di cui all'art. 22 par. 3 del regolamento, da cui si deduce che quando un reato PIF è inestricabilmente connesso ad un reato non-PIF, e quest'ultimo è più grave, saranno le autorità nazionali, competenti per il reato più grave, ad occuparsi anche del reato PIF.

sanzionatorie<sup>17</sup>. Come si è già esposto in un precedente lavoro<sup>18</sup>, l'adozione di un *corpus* di norme di diritto penale sostanziale comune è meritevole di plauso non solo per ragioni di legittimazione complessiva, ma soprattutto alla luce dell'esigenza di evitare che la diversità delle discipline nazionali sia un ostacolo al funzionamento della Procura europea. Infatti, «laddove alla centralità delle indagini e dell'azione penale non seguisse la responsabilità dei soggetti autori di tali reati e le relative conseguenze con una tendenziale omogeneità, risulterebbe frustrato il fine ultimo della tutela ed i rei potrebbero avvantaggiarsi della diversità delle legislazioni penali. Non di minore importanza sarebbe la frustrazione di quel senso di giustizia comune a cui si tende»<sup>19</sup>.

Sarebbe riduttivo ritenere che la direttiva (UE) 2017/1371 sia una mera “libsonizzazione” della Convenzione del 1995, in quanto non si darebbe adeguato peso al fatto che essa innanzitutto amplia il novero dei reati che attentano all'integrità del bilancio UE<sup>20</sup>, opportunamente introduce la disciplina vincolante della prescrizione<sup>21</sup> e prevede soglie minime di pene (che gli Stati non possono disattendere) nei confronti degli autori dei reati gravi, di chi con loro concorre istiga o favorisce. Di grande rilievo sono anche l'inserimento della normativa

<sup>17</sup> V. conclusioni di F. RUGGIERI in L. CAMALDO (a cura di), *L'istituzione del Procuratore europeo e la tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli Editore, 2014, p. 172.

<sup>18</sup> M. FIDELBO, *La cooperazione rafforzata come modalità d'istituzione della Procura europea. Scenari futuri di un dibattito ancora in evoluzione*, in *DPC*, n. 3/2016, p. 94.

<sup>19</sup> *Ivi*, p. 95. Indubbi sono quindi i vantaggi dell'adozione, da parte dell'Unione, di misure volte al ravvicinamento delle legislazioni nazionali, tra i quali, come rilevato da autorevole dottrina, quello di «evitare che gli Stati membri con una legislazione penale meno severa rispetto a quella di altri diventino ‘santuari’ per i criminali e che si realizzino fenomeni di *forum shopping* tali per cui la criminalità si sposta negli Stati dove alcuni comportamenti non sono puniti o sono sanzionati meno severamente che in altri ordinamenti e garantire una certa parità di trattamento tra i soggetti perseguibili nei diversi Stati membri». Così C. AMALFITANO, *La competenza penale dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in L. CAMALDO (a cura di), *L'istituzione del Procuratore europeo e la tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli Editore, 2014, p. 14, alla quale si rimanda per un approfondimento sul tema.

<sup>20</sup> La direttiva PIF prevede, oltre ai tre già indicati nella Convenzione (frode, corruzione e riciclaggio), anche taluni «reati connessi», quali quello di corruzione attiva e passiva (art. 4.2), quello di appropriazione indebita (nozione comprendente anche il nostro abuso di ufficio e la malversazione di fondi europei *ex art.* 4.3).

<sup>21</sup> Si obbligano gli Stati membri a contemplare un termine prescrizione non inferiore ai 5 anni dalla commissione dei reati «gravi» di cui agli artt. 3, 4 e 5 della direttiva (*considerandum* n. 22 e art. 12).

vincolante in materia di reati associativi<sup>22</sup> e l'obbligo per gli Stati membri di introdurre le misure necessarie per assicurare che le persone giuridiche nel cui interesse siano commessi i c.d. "reati PIF" possano essere ritenute responsabili<sup>23</sup>. Peraltro, come in precedenza rilevato<sup>24</sup>, la direttiva – superando il silenzio della Convenzione PIF – fa propria un'interpretazione di «reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione» che prescinde dal pregiudizio effettivo o potenziale degli interessi finanziari, rifiutando, di fatto, un'interpretazione letterale e restrittiva della stessa<sup>25</sup>. Tale opzione ermeneutica non solo assicura una maggiore efficacia dell'azione della Procura (che non risulterebbe dipendente dal fatto che si riesca a dimostrare l'effettivo danno o esposizione a pericolo delle finanze europee), ma è anche portatrice di potenzialità espansive della naturale competenza dell'EPPO.

#### 4. La base giuridica della direttiva PIF.

Delineato l'oggetto della direttiva sulla protezione degli interessi finanziari dell'UE e l'interdipendenza tra la stessa e il regolamento istitutivo della Procura europea, ci si concentrerà ora sull'analisi della base giuridica della direttiva PIF, oggetto di disaccordo tra il Consiglio e il Parlamento europeo da un lato e la Commissione dall'altro. Per questa ragione, l'*iter* di adozione della direttiva è stato accidentato. Si affronterà anche la questione – come visto non eccentrica rispetto a questa materia – dell'incidenza che la scelta finale dell'art. 83 TFUE quale fondamento normativo ha sul funzionamento della Procura europea istituita mediante cooperazione rafforzata.

Indubbiamente, la questione della base giuridica è di non poco conto se si considera che la stessa Corte di Giustizia si è espressa nel senso che, date le conseguenze della base giuridica in termini di competenza sostanziale e di procedura, la scelta del corretto fondamento giuridico riveste un'importanza costituzionale<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> In particolare, ai sensi del combinato disposto del *considerandum* n. 19 e dell'art. 8 della direttiva, il fatto che un reato sia commesso nell'ambito di un'organizzazione criminale è considerato una circostanza aggravante, salvo che il diritto nazionale preveda che tali crimini siano puniti come un reato distinto e ciò può comportare livelli sanzionatori più severi.

<sup>23</sup> Art. 6 della direttiva.

<sup>24</sup> Si veda *supra* pp. 2 e 3.

<sup>25</sup> Sul tema si rimanda a N. PARISI - D. RINOLDI, "Economia lecita" e protezione del bilancio dell'Unione Europea tramite il diritto penale. *Spunti in occasione dell'adozione della direttiva relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Organizzazione*, rivista trimestrale *Il diritto penale della globalizzazione*, Pacini Giuridica, settembre-dicembre 2017.

<sup>26</sup> Parere 2/00, del 06.12.2001, emesso ai sensi dell'art. 300 n. 6 TCE sul Protocollo di Cartagena, in *Raccolta*, 2001, p. I- 9713, par. 5.

4.1. *Art. 83 TFUE versus art. 325 TFUE.*

Una delle possibili basi giuridiche per un intervento normativo in tale ambito offerta dal Trattato di Lisbona è l'articolo 83 TFUE, che contiene una specifica potestà normativa dell'UE in diritto penale, consentendo al Parlamento e al Consiglio, che deliberano secondo la procedura legislativa ordinaria, di stabilire «norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale». Il riferimento alla dimensione transnazionale del reato pare doversi, comunque, interpretare in maniera flessibile, nel senso che le disposizioni nazionali attuative della direttiva adottata *ex art. 83 TFUE* potranno trovare applicazione anche qualora il reato da esse armonizzato avesse carattere puramente interno<sup>27</sup>. Qualora così non fosse, verrebbe pregiudicato il funzionamento effettivo e armonico dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia: si tratterebbe, infatti, paradossalmente e senza ragione alcuna, di applicare a fattispecie di reato identiche norme diverse a seconda che la condotta sia stata posta in essere in un solo Stato o in più Stati. Peraltro, una tale interpretazione si desume dalle direttive di armonizzazione processuale adottate a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

Bisogna considerare che lo stesso art. 83.2 TFUE pone dei limiti all'intervento normativo dell'Unione: innanzitutto deve trattarsi di «un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione»; in secondo luogo, la potestà penale può consistere solo nel «ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale», ed inoltre l'intervento deve «rivelarsi indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione». Può quindi ravvisarsi nell'art. 83 TFUE una nuova base legale generale, fino al Trattato di Lisbona non esistente, per gli interventi in diritto penale dell'Unione a qualunque titolo, sia che essi riguardino direttamente dei reati specifici (comma 1), sia che essi riguardino aree extrapenali già oggetto di armonizzazione in passato, ma nelle quali misure penali permettono meglio il raggiungimento dei fini (comma 2). Il settore della protezione degli interessi finanziari dell'Unione, che non è un settore di per sé esclusivamente di diritto penale, potrebbe quindi rientrare in questa seconda categoria<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> C. AMALFITANO, *La competenza penale dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, *op. cit.*, p. 19.

<sup>28</sup> Così A. VENEGONI, *Il difficile cammino della proposta di direttiva per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea attraverso legge penale (c.d. Direttiva PIF): il problema della base legale*, *op. cit.*, p. 2448. Nel prosieguo verranno indicate le ragioni per cui l'art. 325 TFUE è da preferire all'art. 83 come base giuridica per l'intervento dell'Unione in questo ambito.



Nonostante le possibilità offerte dall'articolo 83 TFUE, la Commissione ha ritenuto più appropriato utilizzare quale base giuridica della proposta di direttiva sulla protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea l'articolo 325 TFUE<sup>29</sup>, a motivo del fatto che quest'ultimo prevede il potere di adottare disposizioni di natura penale nel settore specifico della tutela degli interessi finanziari dell'Unione contro ogni forma di azione illegale. In virtù della modifica contenuta nell'art. 325 TFUE (rispetto al previgente art. 280 TCE), espressione dell'eliminazione della struttura in pilastri tra le materie e le competenze dell'Unione, l'azione di armonizzazione dell'Unione può ora contemplare anche atti a contenuto penale<sup>30</sup>. Sotto la vigenza dell'art. 280 TCE, in tale ambito l'Unione poteva intervenire soltanto mediante la normativa del c.d. "Terzo pilastro" e, pertanto, con l'elaborazione di decisioni quadro o, come è stato fatto nel settore in esame, di convenzioni, che, come noto, hanno caratteristiche ed effetti ben diversi da quelli degli atti tipici del pilastro "comunitario"<sup>31</sup>.

La scelta della Commissione non è andata esente da critiche da parte delle istituzioni europee: infatti, fin dall'inizio dell'*iter* legislativo in sede di Consi-

<sup>29</sup> Amplia è la dottrina avente ad oggetto tale disposizione. Si rimanda, oltre ai contributi altrove citati, in particolare a: R. SICURELLA, *Lo spazio penale europeo dopo Lisbona: le nuove competenze dell'Unione europea alla prova dei principi fondamentali dello Stato di diritto*, in N. PARISI, V. PETRALIA (a cura di), *L'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Torino, 2011, p. 122 ss.; G. GRASSO, *La «competenza penale» dell'Unione europea nel quadro del Trattato di Lisbona*, in G. GRASSO, L. PICOTTI, R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, par. 8; R. SICURELLA, *La "tutela mediata" degli interessi della costruzione europea: l'armonizzazione dei sistemi penali nazionali tra diritto comunitario e diritto dell'Unione europea*, in G. GRASSO - R. SICURELLA (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2008, specific. pp. 389-390; R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea: linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici soprannazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 292 ss.; L. PICOTTI, *Il Corpus Juris 2000. Profili di diritto penale sostanziale e prospettive d'attuazione alla luce del Progetto di Costituzione per l'Europa*, in Id., *Il "Corpus Juris 2000". Nuova formulazione e prospettive di attuazione*, Padova, 2004, p. 3 ss.; Id., *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 1999; nonché D. RINOLDI, *Art. 280 (Commento)*, in F. POCAR, *Commentario breve ai Trattati della Comunità europea e dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2001, p. 933 ss.

<sup>30</sup> Per un approfondimento sul tema si rimanda a N. PARISI - D. RINOLDI, *"Economia lecita" e protezione del bilancio dell'Unione Europea tramite il diritto penale. Spunti in occasione dell'adozione della direttiva relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Organizzazione*, op. cit., p. 417.

<sup>31</sup> C. AMALFITANO, *Il ruolo dell'art. 325 TFUE nella sentenza Taricco e le sue ricadute sul rispetto del principio di legalità penale. Possibile una diversa interpretazione ad opera della Corte di giustizia?*, in <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2016/06/amalfitano.pdf>, 5 ottobre 2016, p. 3.

glio (settembre 2012), un'ampia maggioranza degli Stati Membri ha prospettato l'art. 83.2 TFUE come la base giuridica corretta per la proposta. Anche la Commissione giuridica del Parlamento europeo nella riunione del 27 novembre 2012 ha deciso all'unanimità di «raccomandare che la base giuridica appropriata della proposta di direttiva relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale sia l'articolo 83.2 TFUE», sulla base della considerazione che quest'ultima norma costituisca una *lex specialis* per quanto concerne l'attribuzione di competenze relativamente al diritto penale sostanziale e che «consentire il ricorso a diverse basi giuridiche potenziali sulle politiche sostanziali equivarrebbe a ostacolare uno sviluppo coerente della legislazione futura nel settore del ravvicinamento del diritto penale (il che non avrebbe mai potuto figurare fra gli intendimenti del trattato di Lisbona)»<sup>32</sup>. Tale idea è stata mantenuta ferma per tutta la durata dei negoziati che hanno portato gli Stati all'adozione, nel giugno 2013, di una prima generale intesa – formalizzata in sede di Consiglio dei Ministri della Giustizia della UE – su un testo che, oltre a modificare significativamente la proposta della Commissione nelle singole previsioni, ha previsto appunto che la base legale dell'iniziativa sia da individuarsi nell'art. 83.2 TFUE<sup>33</sup>. Il Parlamento europeo in prima lettura ha approvato il documento mantenendo l'opinione secondo cui il fondamento giuridico dell'iniziativa debba ravvisarsi nell'art. 83.2 TFUE, sebbene vada detto che nel corso delle discussioni che hanno preceduto il voto finale, a livello delle diverse Commissioni interessate, sono emerse anche opinioni in favore dell'art. 325 TFUE.

Altre istituzioni sono intervenute nella prima fase dei negoziati. La Corte dei conti europea (cui lo stesso art. 325.4 TFUE riconosce uno specifico ruolo consultivo nella materia delle iniziative legislative per la lotta alle frodi) ha emesso un parere in cui accoglie con favore la proposta della Commissione, condividendone l'impostazione circa la base legale, volta ad assicurare «una protezione equivalen-

<sup>32</sup> Si veda la relazione delle Commissioni per il controllo dei bilanci e per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni del Parlamento europeo, del 25.03.2014, sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale COM(2012) 363 - C7 - 192/2012 - 2012/193(COD), pp. 34-35. A seguito di tale parere, nel corso dei negoziati la base giuridica è stata mutata nell'art. 83 TFUE.

<sup>33</sup> Per un approfondimento sul tema si rimanda a A. VENEGONI, *Il difficile cammino della proposta di direttiva per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea attraverso legge penale (c.d. Direttiva PIF): il problema della base legale*, op. cit., p. 2444. Senza voler scendere nel dettaglio dell'*iter* legislativo, vale la pena qui di rilevare che gli Stati in sede di Consiglio dell'Unione europea hanno rivelato la riluttanza ad accettare normative penali provenienti dalle istituzioni europee. Il 6 giugno 2013 il Consiglio ha adottato un approccio generale e il 16 aprile 2014 il Parlamento europeo ha adottato la sua relazione in prima lettura.

te ed efficace degli interessi finanziari dell'Unione in tutti gli Stati membri, al fine di ridurre o prevenire la perdita di fondi pubblici dell'Unione e garantire in tal modo una giusta esecuzione del bilancio»<sup>34</sup>. Il Comitato delle Regioni, invece, ha riconosciuto che le basi giuridiche di un intervento normativo in questo campo sono previste dal TFUE agli articoli 82, 83, 310 paragrafo 6, e 325, ma ha al contempo segnalato che, «per motivi di sussidiarietà e di efficacia, gli interventi normativi dell'UE in materia penale sono pertinenti solo allorché siano in grado di ovviare a carenze concretamente constatate nelle prassi di contrasto penale adottate dagli Stati membri»<sup>35</sup>, mostrando così indirettamente una preferibilità di intervento con norme minime *ex art.* 83 TFUE.

Appare senza dubbio condivisibile l'opinione espressa da autorevole dottrina circa la preferibilità di un intervento normativo dell'UE ai sensi dell'art. 325 TFUE<sup>36</sup>: chi scrive ravvisa nell'intervento dell'Unione tramite una direttiva *ex art.* 83.2 TFUE una discrasia tra obiettivo, mezzo per raggiungerlo e valore del bene giuridico da proteggere. Infatti, mentre l'intervento penale in base a tale norma è meramente facoltativo (l'Unione *può* intervenire con norme minime), l'art. 325 TFUE sancisce l'obbligo in capo agli Stati membri di tutelare le finanze comunitarie allo stesso modo in cui tutelano le proprie (principio di assimilazione), anche con interventi di diritto penale se necessario. Quest'ultima disposizione stabilisce inoltre che l'Unione e gli Stati membri combattono la frode mediante «misure dissuasive e tali da permettere una protezione efficace». Pertanto, la direttiva adottata ai sensi dell'art. 83 TFUE determina un'incompatibilità tra strumento e bene tutelato – vale a dire le finanze dell'UE – che non può soffrire di tutela discrezionale, ancor di più se si pensa al rango che esso riveste per l'Unione. La summenzionata discrasia si declina anche in un altro senso: non si comprende come sia possibile che lo stesso obbligo di protezione posto in capo agli Stati non sia posto in capo all'Unione e possa essere da quest'ultima soddisfatto mediante una direttiva la cui adozione è solo eventuale<sup>37</sup>. Per di più, l'art. 83.1 TFUE nell'elencare le dieci categorie di reati transnazionali per cui è possibile procedere al menzionato ravvicinamento, non menziona più la frode

<sup>34</sup> Parere n. 8/2012 su una proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla lotta, mediante il diritto penale, contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione (presentato in virtù dell'articolo 325, TFUE), in GU C 383 del 12.12.2012, pp. 1-2.

<sup>35</sup> Parere del Comitato delle regioni «Pacchetto sulla protezione dell'economia lecita», in GU C 391 del 18.12.2012, p. 134 ss.

<sup>36</sup> Si veda diffusamente A. VENEGONI, *Il difficile cammino della proposta di direttiva per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea attraverso legge penale (c.d. Direttiva PIF): il problema della base legale*, *op. cit.*, p. 2445.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 2445 ss.

(a differenza di quanto avveniva negli artt. 29 e 31 TUE pre-Lisbona), implicitamente riconoscendo nell'articolo 325 TFUE la base giuridica specifica per un intervento penale in materia di lotta alle frodi.

Quelle appena esposte costituiscono, a parere dello scrivente, le ragioni principali per cui la scelta del Parlamento europeo e del Consiglio è da criticare. Inoltre, come sopra accennato, l'art. 83.2 TFUE consente solo un'armonizzazione minima, quindi l'adozione di norme a portata generale che lascino un ampio margine di discrezionalità agli Stati nella loro attuazione, impedendo così di ovviare al “difetto” della Convenzione PIF del 1995 e comportando il rischio che perdurino le attuali divergenze normative. Per contro, se fossero state sfruttate appieno le possibilità previste dall'art. 325 TFUE, il ricorso a tale norma avrebbe garantito un risultato di alto livello di integrazione applicabile a tutti gli Stati, per di più se si considera che si sarebbe potuto intervenire anche con disposizioni di natura processuale, posto che la disposizione non limita il campo di intervento al diritto sostanziale.

Peraltro, diverse sono le implicazioni di una tale scelta, in quanto l'art. 325 TFUE conferisce alla normativa adottata in base ad esso una più ampia portata applicativa, assicurata anche dall'impossibilità di ricorrere, in questo caso, al c.d. “freno di emergenza”, mentre l'art. 83 TFUE consente ad alcuni Stati di esercitare la loro facoltà di non aderire e di non rendere quindi operativa la disciplina sul proprio territorio, come avviene per tutte le proposte in materia di giustizia dello stesso Titolo e Capo del Trattato. Nel caso di specie, a parte gli *opt out* di Regno Unito e Danimarca consentiti nell'ambito del Titolo V del TFUE, al momento dell'adozione della direttiva in questione nessuno Stato membro ha deciso di ricorrere al c.d. “freno di emergenza”.

#### 4.2. *La preferibilità di un intervento ex art. 325 TFUE mediante regolamento.*

Sebbene l'art. 325 TFUE non preveda alcun vincolo sulla forma degli atti normativi da adottare sotto la sua base legale (il paragrafo 4 di tale articolo usa il termine generico «misure»), e quindi teoricamente la possibilità di intervenire per il tramite di regolamenti non è esclusa, lo strumento più adeguato per «stabilire *norme armonizzate* di diritto penale in materia di tutela degli interessi finanziari dell'Unione, lasciando agli Stati membri un certo grado di flessibilità per quanto riguarda l'eventuale adozione di disposizioni più severe»<sup>38</sup> è stato ravvisato dalla Commissione in una direttiva. Quest'ultima, certamente invasiva delle preroga-

<sup>38</sup> Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla *lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale*, del 12 luglio 2012, cit., relazione preliminare, punto 3.3, p. 8.

tive sovrane in misura minore rispetto ai regolamenti e più rispettosa del principio di sussidiarietà (art. 5 TUE), dovrebbe essere vista con maggior favore dagli Stati membri: probabilmente, la giustificazione della scelta della Commissione della direttiva piuttosto che del regolamento come misura per disciplinare questo ambito del diritto penale è rintracciabile proprio nel timore di un rifiuto di quest'ultimo strumento da parte dei rappresentanti statali in sede di Consiglio. Inoltre, l'opzione per lo "strumento direttiva" è comprensibile con riguardo al principio di proporzionalità di cui all'art. 5 TUE: infatti, essa «si limita a quanto è necessario per conseguire gli obiettivi» della direttiva stessa<sup>39</sup>.

Nonostante gli aspetti positivi appena menzionati, a parere di chi scrive la necessaria correlazione tra l'unicità del nuovo organo di accusa europeo e la disciplina sostanziale dei reati oggetto della sua competenza sarebbe stata meglio garantita da una fonte quale il regolamento, che per statuto ontologico evita la frammentazione e l'incertezza sugli effettivi contenuti e tempi d'attuazione da parte dei singoli Stati membri<sup>40</sup>. Peraltro, lo strumento regolamentare sarebbe stato più adeguato al contenuto di una disciplina che si richiede essere piuttosto dettagliata. Alla luce di quanto appena affermato, risulta inadeguato anche il disposto dell'art. 22 del regolamento relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea<sup>41</sup>, la cui formulazione è necessaria conseguenza della scelta dello strumento direttiva quale mezzo per introdurre misure di armonizzazione. L'inadeguatezza deriva dal fatto che l'art. 22 affida all'attuazione che daranno gli Stati membri della direttiva PIF il compito fondamentale di «definire» i reati oggetto della competenza della Procura europea, così in parte oscurando e frustrando la peculiare identità di quest'ultima, vale a dire l'essere – nella forma come nella sostanza – un autentico organo di accusa sovranazionale effettivamente sganciato dalle logiche nazionali. Il rischio è che lo sdoppiamento degli strumenti d'intervento nel medesimo settore (direttiva per le norme di diritto penale sostanziale e regolamento per l'istituzione della Procura ex art. 86 TFUE), indubbia manifestazione della mancanza di una volontà politica di utilizzare a pieno tutte le possibilità offerte dai trattati, e lo spazio di attuazione diseguale che è la conseguenza di un'armonizzazione minima, possano nuocere alla stessa Procura europea e possano pregiudicare l'uniformità del funzionamento del sistema.

<sup>39</sup> *Considerandum* n. 35.

<sup>40</sup> L. PICOTTI, *Le basi giuridiche per l'introduzione di norme penali comuni relative ai reati oggetto della competenza della Procura europea*, in G. GRASSO - G. ILLUMINATI - R. SICURELLA - S. ALLEGREZZA (a cura di), *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: Definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, op. cit., p. 101.

<sup>41</sup> V. *supra* nota n. 10.

Come rileva autorevole dottrina<sup>42</sup>, la stessa Corte di Giustizia (e qui si prescindendo dalla trattazione dell'oggetto della pronuncia pregiudiziale) nella sentenza *Taricco*<sup>43</sup> ha implicitamente riconosciuto la valenza dell'art. 325 TFUE quale base giuridica per un intervento dell'UE in materia di contrasto, attraverso il diritto penale, alle frodi che pregiudicano gli interessi finanziari dell'Unione<sup>44</sup>. Questo articolo costituisce il vero e proprio «perno su cui si regge la decisione della Corte di Giustizia»<sup>45</sup>: si tratta di una norma di diritto primario che pone a carico

<sup>42</sup> N. PARISI - D. RINOLDI, *“Economia lecita” e protezione del bilancio dell'Unione Europea tramite il diritto penale. Spunti in occasione dell'adozione della direttiva relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Organizzazione*, op. cit., p. 419.

<sup>43</sup> Sentenza 8 settembre 2015, causa C-105/14, *Taricco e a.* Tra i contributi apparsi sul tema, cfr., senza alcuna pretesa di esaustività, M. LASSALLE, *Taricco kills two birds with one stone for the sake of PIF*, in *www.europeanlawblog.com*, 27 ottobre 2015; A. 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*, in *DPC*, 29 ottobre 2015; L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell'Unione Europea può erigere il giudice a legislatore*, *ibidem*, 10 dicembre 2015; E. LUPO, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale (Riflessioni sulla sentenza Taricco)*, *ibidem*, 29 febbraio 2016; A. VENEGONI, *Ancora sul caso Taricco: la prescrizione tra il diritto a tutela delle finanze dell'Unione Europea ed il diritto penale nazionale*, *ibidem*, 30 marzo 2016; V. MANES, *La “svolta” Taricco e la potenziale “sovrersione di sistema”: le ragioni dei controlimiti*, *ibidem*, 6 maggio 2016; F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, *ibidem*, 9 maggio 2016; nonché A. CIAMPI, *Il caso Taricco impone la disapplicazione delle garanzie della prescrizione: un problema di rapporti fra diritto dell'UE e diritto nazionale e di tutela dei diritti fondamentali, non solo di diritto processuale internazionale*, in *Int'l Lis*, 2015, p. 113 ss.; S. MANACORDA, *Per la Corte di giustizia le frodi gravi in materia di IVA si prescrivono troppo in fretta: note minime a prima lettura della sentenza “Taricco”*, in *AP*, n. 3/2015; D. MICHELETTI, *Premesse e conclusioni della sentenza Taricco dai luoghi comuni sulla prescrizione al primato in malam partem del diritto europeo*, in *Lp*, 3 febbraio 2016; M. BASSINI, *Prescrizione e principio di legalità nell'ordine costituzionale europeo. Note critiche alla sentenza Taricco*, in *Consulta online*, 12 febbraio 2016; M. CAIANIELLO, *Dum Romae (et Brucsellae) Consulitur... Some considerations on the Taricco Judgement and Its Consequences at National and European Level*, in *EJCrimeCLCJ*, 2016, p. 1 ss.; S. MARCOLINI, *La prescrizione del reato tra diritto e processo: dal principio di legalità sostanziale a quello di legalità processuale*, in *CP.*, 2016, p. 362 ss. e V. MAIELLO, *Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus controlimiti*, *ibidem*, 2016, p. 1250 ss.

<sup>44</sup> Si rileva che la pronuncia risale al momento in cui era ancora in corso la discussione in merito alla direttiva PIF, essendo quest'ultima stata adottata il 5 luglio 2017.

<sup>45</sup> M. BASSINI, *Prescrizione e principio di legalità nell'ordine costituzionale europeo*, in L. D'ANDREA, G. MOSCHELLA - A. RUGGERI - A. SAITTA, *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Torino, 2016, p. 362. nello stesso senso, C. AMALFITANO, *Il ruolo dell'art. 325 TFUE nella sentenza Taricco e le sue ricadute sul rispetto del principio di legalità penale. Possibile una diversa interpretazione ad opera della*

degli Stati membri un obbligo di risultato preciso e incondizionato, produttivo di effetti diretti e che dunque ogni disposizione contrastante sarà *ipso iure* inapplicabile. L'art. 325 TFUE impone quindi che l'applicazione di disposizioni procedurali nazionali da parte dei giudici interni sia subordinata alla verifica che le sanzioni previste dallo Stato membro a fronte di condotte fraudolente a danno degli interessi finanziari dell'Unione siano non solo effettive e dissuasive, ma anche almeno equivalenti a quelle poste a presidio della tutela degli interessi finanziari dello Stato. In caso di esito negativo di tale doppia valutazione, la Corte – al fine di dare effettività al disposto dell'art. 325 TFUE – impone ai giudici nazionali di disapplicare la normativa nazionale, anche in ambito penale e nonostante la possibile produzione di effetti sfavorevoli per gli individui (come il prolungamento del termine prescrizione).

Le conclusioni dell'Avvocato generale Yves Bot<sup>46</sup>, nel procedimento pregiudiziale introdotto davanti alla Corte di giustizia dalla Corte costituzionale italiana<sup>47</sup>, corroborano ulteriormente il fatto che il fondamento normativo della tutela penale degli interessi finanziari dell'Organizzazione sia da rintracciare nell'art. 325 TFUE. Prescindendo dall'analisi del procedimento *a quo* pendente davanti alla nostra Corte Costituzionale<sup>48</sup>, ci si limita qui a rilevare che l'Avvocato generale valorizza i principi del primato del diritto dell'Unione e di effettività sul quale si fonda l'articolo 325 TFUE, in ragione del fatto che il diritto dell'Unione, per garantire la propria tutela, esige che qualsiasi violazione sia sanzionata con misure efficaci e dissuasive<sup>49</sup>. Inoltre, si condivide pienamente la posizione di chi ritiene che sia significativo che «le conclusioni – che pur portano una data successiva a quella di approvazione della direttiva, certamente ben conosciuta dall'Avvocato generale – hanno evitato di evocare la direttiva, riferendosi sempre alla proposta di direttiva PIF»<sup>50</sup>.

*Corte di giustizia?*, p. 2. L'autrice rileva che «i giudici di Lussemburgo intendono preservare 'costi quel che costi' i menzionati interessi finanziari dell'Unione, con ricadute almeno in parte anche inaspettate, non rendendosi essi probabilmente del tutto conto dell'impatto che la pronuncia avrebbe avuto sul sistema processuale penale e costituzionale italiano. E, quindi, senza immaginare le reazioni cui abbiamo assistito e ancora di recente stiamo assistendo, ovvero il fatto che tale pronuncia avrebbe potuto addirittura comportare l'invocabilità dei controlimiti».

<sup>46</sup> Conclusioni del 18 luglio 2017, causa C-42/17, *M.A.S., M.B.*

<sup>47</sup> Ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24.

<sup>48</sup> Relativo all'applicazione della sentenza *Taricco*.

<sup>49</sup> Si veda il punto 83, ma anche i punti 19, 94 e 188.

<sup>50</sup> N. PARISI - D. RINOLDI, "Economia lecita" e protezione del bilancio dell'Unione Europea tramite il diritto penale. Spunti in occasione dell'adozione della direttiva relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Organizzazione, op. cit., p. 420.

Confortata dalla posizione espressa dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Taricco*, la Commissione europea – quale garante e promotore dell’interesse generale dell’UE e organo di vigilanza (insieme alla Corte di Giustizia) della corretta applicazione dei Trattati – avrebbe potuto esercitare le sue prerogative, ricorrendo alla Corte per far valere la propria posizione originaria in ordine alla scelta dell’art. 325 TFUE quale base giuridica della direttiva PIF. L’esito di un tale ricorso avrebbe potuto essere un pronunciamento di portata certamente significativa per il futuro del diritto penale europeo nello specifico campo della lotta alle frodi. Tuttavia, la Commissione ha lasciato trascorrere il termine previsto dall’art. 263 TFUE per la proposizione del ricorso.

## 5. Conclusioni.

Dall’analisi sin qui condotta appare chiaro che la protezione degli interessi finanziari dell’Organizzazione, senza dubbio implementata con l’adozione delle «norme minime» di cui alla direttiva 2017/1371, avrebbe richiesto un intervento *ex art.* 325 TFUE piuttosto che *ex art.* 83 TFUE per colmare definitivamente l’insufficienza del principio di assimilazione e le maglie troppo larghe della Convenzione PIF.

Una direttiva – o, come si è sostenuto, un regolamento – adottata *ex art.* 325 TFUE avrebbe giovato anche al funzionamento della (quanto mai necessaria<sup>51</sup>) Procura europea istituita mediante cooperazione rafforzata. Infatti, l’organo di accusa non solo dovrà fare i conti con il fatto di non poter esercitare le proprie funzioni inquirenti e di esercizio dell’azione penale in tutti gli Stati membri in ragione delle modalità della propria istituzione, ma dovrà anche confrontarsi con una normativa sostanziale non ancora completamente unitaria.

E allora si auspica che anche la direttiva PIF, e in particolare la scelta della sua base giuridica, si inserisca nell’ottica dei “piccoli passi” – di cui l’adozione del Regolamento EPPO mediante cooperazione rafforzata è la più evidente manifestazione – necessari ad un’Unione in evidente difficoltà per avanzare, soprattutto in un ambito delicato quale quello del diritto penale.

In questo quadro, l’urgenza dell’operatività dell’organo di accusa europeo risulta ancora più evidente a fronte dell’adozione della direttiva PIF ai sensi dell’art. 83 TFUE, piuttosto che di un regolamento *ex art.* 325 TFUE, per garantire quella necessaria uniformità, se non dal punto di vista sostanziale, almeno dal punto di vista repressivo.

<sup>51</sup> Ci si permette di rinviare a M. FIDELBO, *La cooperazione rafforzata come modalità d’istituzione della Procura europea. Scenari futuri di un dibattito ancora in evoluzione*, *op. cit.*, pp. 99-100 e 122-125.



# LA TUTELA DEGLI INTERESSI FINANZIARI DELL'UNIONE TRA AVANGUARDISMI UNIONISTI E SOVRANISMI NAZIONALI: BASI GIURIDICHE A CONFRONTO

*Annalaura Malinconico*

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Le basi giuridiche della tutela degli interessi finanziari prima e dopo Lisbona. - 3. Il problema della corretta individuazione della base giuridica a tutela degli interessi finanziari: i rischi di un quadro a geometria variabile.

## **I. Premessa.**

Il presente lavoro mira ad analizzare le scelte di politica criminale compiute dall'Unione in quello ad oggi considerato il campo di maggiore sperimentazione dell'integrazione penale europea: la protezione degli interessi finanziari dell'Unione<sup>1</sup>.

Si tratta di un settore di stretta competenza europea che involge «non solo la gestione degli stanziamenti di bilancio, ma si estende a qualsiasi misura che incida o minacci di incidere negativamente sul suo patrimonio e su quello degli Stati membri, nella misura in cui è di interesse per le politiche dell'Unione»<sup>2</sup>.

A stabilirlo è il progetto di Direttiva per la tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione Europea [COM (2012)363 finale] (d'ora in poi direttiva PIF)

<sup>1</sup> R. SICURELLA, *Il diritto penale applicabile dalla Procura europea: diritto penale sovranazionale o diritto nazionale "armonizzato"? Le questioni in gioco*, in G. GRASSO - G. ILLUMINATI - R. SICURELLA - S. ALLEGREZZA (a cura di) *Le sfide dell'attuazione di una Procura Europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Milano, Giuffrè Editore, 2013 p. 54 s.

<sup>2</sup> Cfr. cons. n. 1 della Direttiva per la tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione Europea (PIF), [COM (2012)363 finale], approvata il 5 luglio 2017 in seconda lettura dal Parlamento europeo.

che la Commissione ha presentato nel giugno del 2012. Il progetto vincola gli Stati membri a prevedere, nei rispettivi diritti nazionali, norme minime, sanzioni penali e termini di prescrizione per i reati di frode e le altre attività connesse alla frode che ledono gli interessi finanziari dell'Unione cui la direttiva stessa si applica. Per quanto riguarda le disposizioni sostanziali della direttiva, le posizioni adottate rispettivamente da Consiglio e Parlamento europeo, che hanno mantenuto integralmente gli obiettivi della proposta così come presentata, rispecchiano il compromesso raggiunto nei negoziati, con l'aiuto della Commissione.

Non è stata, invece, condivisa la base giuridica da quest'ultima indicata.

Il Consiglio e Parlamento europeo, infatti, in una chiara inversione di rotta, hanno convenuto sull'individuazione dell'art. 83, par. 2, TFUE, quale base giuridica appropriata, in luogo dell'art. 325, par. 4 TFUE, indicato, invece, dalla Commissione.

## **2. Le basi giuridiche della tutela degli interessi finanziari prima e dopo Lisbona.**

Come noto, la scelta della base giuridica negli *iter* decisionali europei costituisce un presupposto di fondamentale importanza, rappresentando la norma del Trattato che legittima – secondo una certa procedura – l'adozione dell'atto giuridico con cui dare corso ad una determinata azione dell'Unione.

Talvolta la scelta viene effettuata direttamente da quella che viene definita come base giuridica, cioè dalla disposizione primaria su cui si fonda la competenza.

In altri casi, invece, i Trattati lasciano alle istituzioni la scelta dell'atto, attraverso la generica previsione che una data azione debba realizzarsi con l'adozione di «disposizioni», «misure» o «azioni». In questo caso specifico l'art. 296 TFUE stabilisce che le istituzioni lo decideranno «di volta in volta, nel rispetto delle procedure applicabili e del principio di proporzionalità»<sup>3</sup>.

Quanto alla protezione degli interessi finanziari dell'Unione, rappresentando essa un obiettivo essenziale per l'efficacia ed effettività delle politiche europee, ha trovato, nell'ambito del sistema del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, la sua collocazione in un apposito Titolo dedicato alle disposizioni finanziarie, il Titolo II della parte VI del Trattato, relativo alle istituzioni europee<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Più in generale, R. ADAM - A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Torino, Giappichelli Editore, 2014.

<sup>4</sup> Cfr. L. SALAZAR, *Commento all'art. 325 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè Editore, 2014, p. 2415 s.

E in questo Titolo, il Trattato, verosimilmente come reazione alle forme più gravi di aggressioni agli interessi finanziari comunitari, ha anche segnato una svolta decisiva nel riconoscere, al par. 4 dell'art. 325 TFUE, in capo al PE ed al Cons. la competenza ad «adottare le misure necessarie nei settori della prevenzione e lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione».

Come noto, trattasi di una competenza, quella relativa alla adozione delle misure in oggetto, che prescinde dal carattere di gravità e transnazionalità delle attività che ledono gli interessi finanziari dell'UE, non nascendo da tali caratteri la necessità di combatterli su basi comuni, bensì dalla qualità e importanza dei beni giuridici “istituzionali” da tutelare, anche penalmente.

Ed invero è proprio in questo paragrafo che, secondo la Commissione, deve essere rinvenuta l'idonea base giuridica per un vero e proprio intervento *efficace* dell'Unione in materia di protezione dei suoi interessi finanziari attraverso le procedure e gli strumenti che le sono propri, in conformità ai principi di sussidiarietà e di proporzionalità “europei”, di cui all'art. 5, par. 3 e 4 TUE.

Ma per comprendere a pieno le ragioni di tale scelta servirà fare un passo indietro nel tempo.

L'art. 325 TFUE costituisce, a ben vedere, l'ultima fase di sviluppo dell'originario art. 209A Tr. Maastricht, confluito successivamente nell'art. 280 Tr. Amsterdam.

È stato, infatti, il primigenio articolo 209A Tr. di Maastricht a prevedeva che nel combattere le frodi che ledono gli interessi finanziari della Comunità, gli Stati membri adottassero le stesse misure previste per combattere le frodi ai danni dei propri interessi finanziari, apprestando così nel contempo una base normativa per il coordinamento della loro azione contro la frode con l'aiuto della Commissione.

L'articolo aveva sostanzialmente normativizzato il “principio di assimilazione” nella tutela degli interessi finanziari nazionali e comunitari, già affermato alcuni anni prima dalla Corte di Giustizia nella sentenza c.d. “mais greco”.

Invero, agli albori della nascita del bilancio comunitario, la protezione delle risorse finanziarie della Comunità risultava attribuita ad un sistema di tutela composto da sanzioni di carattere punitivo di natura prettamente amministrativa mancando una potestà legiferante penale nella e nelle Comunità europee.

Soltanto grazie ai successivi approdi della giurisprudenza della Corte di Giustizia sono emersi tutta una serie di vincoli a carico dei legislatori nazionali: quelli che avrebbero, poi, costituito l'embrione di una vera e propria politica criminale europea<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Sono una chiara concretizzazione del principio di assimilazione e di proporzionalità nel nostro ordinamento gli artt. 316-*bis* e 640-*bis* c.p., rispettivamente in materia di malversazione a danno dello Stato e truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche.

Ed, invero, proprio a partire dalla celebre sentenza sul caso del “mais greco” – pronunciata il 21 settembre 1989 dalla Corte europea di Giustizia<sup>6</sup> – ha iniziato a delinearci, ai sensi dell'art. 5 TCE, un preciso obbligo per gli Stati membri di sanzionare le violazioni della normativa comunitaria nel settore delle frodi. Ma non è tutto! La Corte si spingeva, invero, fino al punto di palesare la necessità che le violazioni di diritto comunitario venissero sanzionate in condizioni sostanziali e processuali *analoghe* a quelle applicabili alle violazioni di diritto nazionale, *di natura e di importanza similari*, e che le sanzioni avessero, comunque, un “*carattere effettivo proporzionato e dissuasivo*”.

Ciononostante, però, la norma di Maastricht non prevedeva alcuna espressa base legale di intervento per la Comunità in materia sanzionatoria, rimettendo la stessa, nella sostanza, alla sola azione, individuale o coordinata, degli Stati membri.

All'intervento in materia penale provvedeva, infatti, l'art. K. 1, n. 5, Tr. Maastricht il quale inseriva la “lotta contro la frode su scala internazionale” all'interno della lista di materie sulle quali gli Stati membri si impegnavano a cooperare attraverso gli strumenti della cooperazione giudiziaria e di polizia.

Si veniva a creare in tal modo una sorta di “doppio binario” tra il TCE ed il TUE – al secondo venendo rimesso l'intervento attraverso gli strumenti del diritto penale – destinato a proseguire anche nel quadro del successivo Trattato<sup>7</sup>.

A ben vedere con l'art 280 TCE l'Unione ha posto una specifica base giuridica per gli interventi normativi a livello comunitario, in questo settore, recanti forme particolarmente penetranti di condizionamento dei sistemi punitivi nazionali, al fine di garantire una protezione non solo efficace ma anche equivalente all'interno di tutti gli Stati membri.

Tali misure però, ai sensi dell'ultima parte del paragrafo 4, non potevano, per ovvie ragioni, riguardare «l'applicazione del diritto penale nazionale o l'amministrazione della giustizia negli Stati membri» con la conseguente necessità di dover ricercare ancora una volta nelle disposizioni della cooperazione giudiziaria in materia penale (art. 29 TUE, Tr. Amsterdam) la base giuridica per ogni intervento rivolto alla prevenzione ed alla lotta contro la frode che volesse far ricorso agli strumenti propri del diritto penale.

In quest'occasione, infatti, il nostro Legislatore nazionale nel '90 ha modificato tali norme prevedendo un'assimilazione delle erogazioni concesse dagli enti europei a quelle concesse dagli enti nazionali.

<sup>6</sup> Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 21 settembre 1989, causa 68/88, edita fra l'altro in *CP*, 1992, m 904, p. 1654 s., con nota di L. SALAZAR, *Diritto penale e diritto comunitario: la strana coppia*.

<sup>7</sup> Cfr. L. SALAZAR, *Commento all'art. 325 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea*, cit.

È stato con il Tr. di Lisbona che tutto è cambiato.

L'art. 325 TFUE ha, infatti, escluso sul punto, qualunque limite alla possibilità di ricorrere alla tutela penale arrivando ad estendere l'obbligo di garantire una protezione *efficace ed equivalente* degli interessi finanziari dell'UE non solo in una dimensione orizzontale, *su tutto il territorio europeo*, ma anche in una dimensione verticale, *all'interno d'istituzioni, organi ed organismi dell'Unione*.

La mancata previsione dei limiti in ambito penalistico, combinata all'obbligo *tassativo ed inderogabile* di garantire una protezione efficace degli interessi in questione ha fatto così apparire, finalmente, superato quel doppio binario di tutela, venutosi a creare nei precedenti Trattati, in favore di *una specifica competenza penale europea* nell'ambito della protezione degli interessi finanziari *propri* dell'Unione<sup>8</sup>. Di qui, l'interpretazione che ha portato la Commissione a rinvenire la corretta base giuridica della proposta di direttiva PIF proprio nell'articolo 325, par. 4, TFUE.

Tuttavia, in occasione del Cons. GAI del 6 e 7 giugno 2013, una chiara maggioranza delle delegazioni si è espressa in favore di ritenere quale corretta base giuridica della proposta, l'art. 83.2 in luogo dell'art. 325 TFUE<sup>9</sup>.

Questa scelta, più politica che giuridica, ha portato nel successivo negoziato interistituzionale il Consiglio e il Parlamento europeo a convenire sul fatto che i paragrafi 1 e 2 dell'articolo 83 del TFUE costituiscano le basi giuridiche appropriate per stabilire norme minime riguardo alla definizione di reati e sanzioni, anche per quanto concerne i reati nel campo della lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione.

Si è ritenuto, infatti, che l'art. 83 TFUE, inserito nel ben diverso quadro del Titolo V del Trattato, dedicato allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, nell'accogliere la giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di competenze dell'Unione all'adozione di norme penali, fornisca una base giuridica per ogni intervento della stessa in materia di ravvicinamento normativo riguardante le figure di reato e le relative sanzioni, allorquando ciò «si riveli indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione nelle materie di competenza in un settore oggetto di misure di armonizzazione»<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> G. GRASSO, *Prospettive di un diritto penale europeo*, in N. BARTONE (a cura di) *Diritto penale europeo, Spazio giuridico e rete giudiziaria*, Padova, Cedam, 2001, p. 683 s. V. inoltre L. PICOTTI, *Le basi giuridiche per l'introduzione di norme penali comuni relative ai reati oggetto di competenza della Procura Europea*, in *DPC*.

<sup>9</sup> Cfr. comunicato stampa 10461/13.

<sup>10</sup> L. SALAZAR, *Commento art. 83*, in C. CURTI GIALDINO, *Codice dell'Unione Europea operativo*, Simone, Napoli, Gruppo Editoriale Simone, 2012, p. 914 s.

Permangono, pertanto, i requisiti dell'*indispensabilità* dell'intervento normativo e della necessità di assicurare l'*efficacia* delle politiche europee, con espresso riferimento ai settori già oggetto di disciplina di armonizzazione.

Su quest'ultimo profilo, occorre ora definire quale sia il grado di armonizzazione richiesto allo scopo di consentire il ricorso a misure penali per assicurare la piena effettività del diritto dell'Unione.

A ben vedere, i primi tentativi di armonizzazione nel settore in questione si sono avuti nel 1995 con la Convenzione relativa alla protezione degli interessi finanziari delle Comunità Europee e relativi protocolli addizionali<sup>11</sup> (in prosieguo congiuntamente "la Convenzione PIF"), ratificati ed attuati in diritto interno da quasi tutti gli Stati membri.

Detto quadro normativo è stato, poi, arricchito da svariate iniziative dell'Unione in ambito penale volte a contrastare alcune attività illegali ritenute particolarmente dannose per l'economia, come il riciclaggio di denaro e la corruzione le quali, benché non specificamente dirette alla tutela degli interessi finanziari dell'Unione, contribuiscono alla loro salvaguardia<sup>12</sup>. Senza contare che, nella pratica, alcuni reati che colpiscono gli interessi finanziari dell'Unione risultano spesso correlati ai reati di cui all'art. 83, paragrafo 1, TFUE e agli atti legislativi dell'Unione basati su tale disposizione.

Questo coacervo di disposizioni differentemente recepito negli Stati membri ha, però, finito per incidere negativamente sull'efficacia delle politiche dell'Unione tese a difenderne gli interessi finanziari tanto da rendere necessario un intervento di razionalizzazione dell'intera materia con misure "dissuasive" che vincolassero gli Stati membri anche all'adozione di sanzioni penali, e, nei casi più gravi, alla previsione di pene privative della libertà personale.

Senonché autorevole dottrina<sup>13</sup> ha a gran voce paventato il rischio di tornare a concepire il diritto penale in una funzione prevalentemente sanzionato-

<sup>11</sup> Convenzione sulla protezione degli interessi finanziari delle Comunità Europee del 26 luglio 1995 (GU C 316 del 27.11.1995) (frode); primo protocollo del 27 settembre 1996 (GU C 313 del 23.10.1996) e convenzione del 26 maggio 1997 (GU C 195 del 25.06.1997) (corruzione); protocollo del 29 novembre 1996 (GU C 151 del 20.05.1997) (interpretazione della Corte); secondo protocollo del 19 giugno 1997 (GU C 221 del 19.07.1997) (riciclaggio di denaro).

<sup>12</sup> Direttiva (UE) 2015/849 del Parlamento europeo del Consiglio, del 20 maggio 2015, relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario ai fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo, che modifica il Regolamento (UE) n. 648/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e la direttiva 2006/70/CE della Commissione.

<sup>13</sup> Sul punto, più in generale, v. S. MOCCIA, *L'involuzione del diritto penale in materia economica e le fattispecie incriminatrici del corpus juris*, cit., p. 49 s.

ria<sup>14</sup> in aperto contrasto con il principio di *extrema ratio* che legittima il ricorso alla tutela penale solo allorché venga in discussione un bene di significatività comparabile a quello della libertà individuale e non risultino disponibili altri, efficaci strumenti di controllo sociale che meno incidano nella sfera individuale.

A ben vedere, l'Unione nell'approvare la direttiva PIF ha tenuto in considerazione i moniti provenienti dal mondo accademico e, pur ritenendo necessaria l'adozione di misure di carattere penale per contrastare e prevenire la frode e le attività illegali connesse, ha posto gran cura al fine di garantire che queste misure non andassero oltre ciò che è necessario a realizzare detto obiettivo, nel rispetto del principio di sussidiarietà dell'intervento penale.

In conclusione, interpretando in maniera differente il nuovo assetto normativo derivante dall'abolizione del sistema a pilastri e dal riconoscimento di un'espressa competenza dell'Unione in materia penale, si è addivenuti alla scelta di ancorare la direttiva alla base giuridica fornita dall'art. 83, par. 2 TFUE mantenendo così in vita quel richiamato "doppio binario" che mira a tenere tra loro rigorosamente separate le norme PIF del Trattato e le sue norme penali.

### **3. Il problema della corretta individuazione della base giuridica a tutela degli interessi finanziari: i rischi di un quadro a geometria variabile.**

Alla luce dell'intervenuto accordo politico sulla direttiva e delle posizioni adottate dal Legislatore europeo, la Commissione il 7 febbraio 2017, pur non avendo alcuna obiezione da sollevare in merito alle disposizioni sostanziali della direttiva, ribadiva che la stessa avrebbe dovuto basarsi sull'articolo 325 del TFUE e si riservava, pertanto, il diritto di avviare dinanzi alla Corte di giustizia un procedimento avente ad oggetto proprio l'individuazione della base giuridica appropriata per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione.

A ben vedere, l'individuazione della corretta base giuridica a fondamento di un atto di diritto derivato costituisce un profilo di particolare interesse e criticità viepiù in una materia così importante e delicata<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Per un maggiore approfondimento sul tema cfr. G. FIANDACA, *Diritto penale europeo: Spunti problematici di riflessione intorno a possibili modelli di disciplina*, in G. GRASSO - G. ILLUMINATI - R. SICURELLA - S. ALLEGREZZA (a cura di) *Le sfide dell'attuazione di una Procura Europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Milano, Giuffrè Editore, 2013 p. 135 s.

<sup>15</sup> Sul punto, più in generale, v. A. VENEGONI, *Il difficile cammino della proposta di direttiva per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione Europea attraverso la legge penale: il problema della base legale*, in *CP*, n. 6, 2015.

Nel tempo, infatti, si è assistito a situazioni nelle quali l'individuazione della base giuridica si giostrava fra due diversi pilastri, segnatamente fra il pilastro contraddistinto dal metodo comunitario ed i settori intergovernativi della PESC o della cooperazione in materia penale. In questi casi, la differenza di regime risultante dall'opzione per una o l'altra base giuridica non derivava solo dalla diversa modulazione delle competenze dell'Unione e degli strumenti accordati per il loro esercizio – basti pensare alle alla giurisdizione della Corte di Giustizia, all'incidenza della volontà degli Stati nel processo decisionale o anche alle caratteristiche degli strumenti giuridici adottati – ma da un approccio radicalmente differente all'integrazione fra Stati membri.

Su queste tematiche, a prima vista, il Trattato di Lisbona sembra intervenire in maniera risolutiva, grazie alla più volte menzionata soppressione della struttura a tempio dell'Unione europea ed alla conseguente applicazione del medesimo regime per tutti i settori di intervento delle istituzioni sovranazionali.

Tuttavia, come si è avuto modo di constatare con specifico riferimento agli interventi normativi dell'Unione, in tema di protezione degli interessi finanziari a tutt'oggi continua a persistere la necessità di tracciare gli opportuni confini fra i settori disciplinati dal Trattato sul Funzionamento, in particolar modo appunto nell'ambito della “comunitarizzazione” della cooperazione in materia penale.

A ben vedere, infatti, la scelta della base giuridica fornita dall'art. 83, parr. 1-2 del Trattato porterebbe ad un quadro normativo completamente differente rispetto a quello che verrebbe a delinearsi con la scelta della base legale fornita dall'art. 325 par. 4.

Cerchiamo di capirne i motivi.

Come noto, l'art. 83 si inserisce, da un punto di vista topografico, nel Titolo del Trattato dedicato alla creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia e, pertanto, risulta soggetto alla nota prassi degli *opting-out*.

Si tratta di una prassi che ha avuto origine con la riforma di Maastricht del 1992, in particolar modo a fronte delle obiezioni del Governo britannico ad alcune scelte in tema di politica sociale e cooperazione monetaria, di poi formalizzata mediante l'inserimento di Protocolli *ad hoc* allegati ai Trattati<sup>16</sup> e confermata dai successivi.

Invero, anche il nuovo contesto normativo delineato dal Trattato di Lisbona ripropone, rispettivamente ai Protocolli n. 21 e 22, disposizioni specifiche per il Regno Unito, Irlanda e Danimarca rispetto allo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

<sup>16</sup> Più in generale, cfr. S. MONTALDO, *L'esercizio delle competenze dell'Unione Europea ed i limiti della cooperazione in materia penale*, in S. MONTALDO (a cura di), *I limiti della cooperazione in materia nell'Unione Europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, p. 145 s.



Sul punto, l'art. 2 del Protocollo n. 21 dispone che, in linea di principio, nessuna norma o sentenza che coinvolga una materia del Titolo V TFUE possa vincolare i due Stati.

Tuttavia possono essi notificare *ex ante* l'intenzione di partecipare all'adozione ed applicazione di singole misure, purché tale richiesta intervenga entro tre mesi dalla proposta e non determini un'eccessiva dilazione dell'*iter* decisionale. È questo quanto avvenuto per l'Irlanda che ha manifestato, contrariamente al Regno Unito, la volontà di partecipare all'adozione ed applicazione della direttiva PIF.

Parimenti la Danimarca, in via generale, non è vincolata ad alcuna disposizione del Titolo V TFUE, né a singoli atti o sentenze che intervengano nelle materie in esso comprese, né ha essa manifestato, in questa occasione, la volontà di partecipare all'adozione della direttiva in questione.

A fronte, dunque, del tentativo di "governare" le forme di flessibilità riconosciute agli Stati, i suddetti Protocolli aprono scenari in patente conflitto con gli sforzi compiuti dall'Unione nella direzione di creare un sistema di tutela degli interessi finanziari coerente ed uniforme in tutto il territorio europeo.

Senza, poi, considerare l'altro peculiare meccanismo di flessibilità potenzialmente destinato ad incidere in misura significativa sull'omogeneo sviluppo dell'integrazione europea nel settore in parola: il cd. freno d'emergenza, previsto dall'art. 83, par. 3, TFUE.

Come noto, si tratta di una clausola che può trovare applicazione allorché uno Stato membro ritenga che un progetto di direttive di armonizzazione di cui al par. 1 o 2 venga ad incidere su aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale.

In tali situazioni, lo Stato può richiedere di investire il Consiglio europeo della questione provocando in tal modo la sospensione della procedura legislativa ordinaria.

Si tratta di meccanismi di controllo politico sul rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità del tutto assenti nell'alternativa base giuridica fornita dal Trattato all'art. 325.

Da questi profili ben si comprende come la scelta del Legislatore europeo sia stata, in definitiva, quella di fondare la direttiva PIF su una base giuridica inquadrata in un settore di tradizionale prerogativa nazionale, circondato nel Trattato da numerose tutele in favore degli spazi di intervento del legislatore interno e delle peculiarità degli ordinamenti penali dei Paesi membri, creando così quello che è stato definito un quadro normativo "*a geometria variabile*"<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> G. GRASSO, *Prospettive di un diritto penale europeo*, in N. BARTONE (a cura di) *Diritto penale europeo, Spazio giuridico e rete giudiziaria*, Padova, Cedam, 2001, p. 683 s. V. inoltre

### 3. Tra passato e futuro: il controllo della Corte di Giustizia sul rispetto delle basi giuridiche.

Di fronte all'intenzione manifestata dalla Commissione di avviare un procedimento giudiziario dinanzi alla Corte di Giustizia per la individuazione di una base giuridica appropriata per la direttiva PIF, occorre interrogarsi sui poteri di controllo riconosciuti alla Corte di Lussemburgo.

Alla luce dei precedenti giurisprudenziali a partire dalla fine degli anni '90 del secolo scorso ad oggi, si può constatare come la Corte sia più volte intervenuta con pronunce di annullamento – dovute proprio all'erronea individuazione della base giuridica interpilastro – di atti di diritto secondario vertenti sulle più svariate materie<sup>18</sup>.

Se analizzate nella specifica prospettiva della scelta della base giuridica fra i pilastri dell'UE, le pronunce vertono sulla portata applicativa dell'art. 47 TUE, norma che, nel previgente sistema dei Trattati, presiedeva al rispetto dei confini fra integrazione intergovernativa e comunitaria, statuendo che in nessun caso l'esercizio delle competenze attribuite nei settori di matrice intergovernativa potesse arrecare pregiudizio a quelle della Comunità europea.

La Corte in queste occasioni ha più volte ribadito che, con riguardo agli atti dal contenuto variegato e composito, in quanto tali astrattamente riconducibili ad una pluralità di fondamenti di rango primario, l'individuazione della base giuridica dovesse ispirarsi a criteri oggettivi, suscettibili di sindacato giurisdizionale, quali il contenuto e lo scopo dell'atto. Proprio la pesatura di questi elementi è infatti il presupposto per apprezzare quale profilo costituisca l'asse portante dell'atto e quale rivesta una funzione meramente ancillare<sup>19</sup>.

E così, a mero titolo esemplificativo, muovendo dalla valutazione di tali presupposti, la Corte arrivava a dichiarare la nullità, per vizi di illegittimità dovuti, appunto, all'erronea individuazione della base giuridica, della decisione quadro 2003/80/GAI del Consiglio, relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale.

Per gli stessi motivi affermava la nullità della decisione quadro 2005/667/GAI sul rafforzamento della cornice penale per la repressione dell'inquinamento provocato dalle navi, così come della decisione 2004/833/PESC, attuativa della azio-

L. PICOTTI, *Le basi giuridiche per l'introduzione di norme penali comuni relative ai reati oggetto di competenza della Procura Europea*, in *DPC*, 2013.

<sup>18</sup> V., rispettivamente, le sentenze 12 maggio 1998, causa C-170/96, *Commissione c. Consiglio*; 13 settembre 2005, causa C-176/03, *Commissione c. Consiglio*; 23 ottobre 2007, causa C-440/05, *Commissione c. Consiglio*; 20 maggio 2008, causa C-91/05, *Commissione c. Consiglio*.

<sup>19</sup> Sul punto v. S. MONTALDO, *I limiti delle competenze dell'Unione europea nella cooperazione in materia penale*, cit., p. 108 s.

ne comune 2002/589/PESC sul contributo dell'Unione europea all'ECOWAS nell'ambito della moratoria sulle armi leggere e di piccolo calibro.

Giova qui ricordare come parte della dottrina abbia sottolineato la notevole pervasività di tali pronunce, evidenziando come rimedi diversi dalla nullità – segnatamente l'inefficacia o la dichiarazione di irrilevanza dell'atto – avrebbero permesso di conseguire un risultato analogo con maggiore rispetto delle limitate prerogative della Corte nei pilastri intergovernativi. Veniva, infatti, eccetto che il Collegio non godeva, in linea ordinaria, del potere di invalidare gli atti dell'Unione e che un'eccezione a tale regola avrebbe dovuto essere espressamente menzionata dal Trattato, non certo estrapolata dal generico dettame dell'art. 47 TUE mediante un esercizio interpretativo.

Cionondimeno, la Corte di Lussemburgo, anche nel nuovo contesto normativo delineato dal Trattato di Lisbona, ha continuato – nelle frequenti situazioni in cui sussistano più fondamenti normativi possibili reciprocamente incompatibili – ad esercitare il proprio controllo giurisdizionale sulla corretta individuazione della base giuridica degli atti di diritto secondario, tentando sempre di ancorare al corretto ormeggio tecnico-giuridico le preferenze politiche manifestate dal legislatore europeo nell'adozione di un atto, tenendo conto tanto del sostrato normativo preesistente quanto delle priorità palesate dal legislatore nel corso dell'*iter* decisionale e degli scopi dell'atto, il tutto sempre nel rispetto degli equilibri istituzionali e dei principi di sussidiarietà ed attribuzione.

Ciò posto, alla luce dei precedenti giurisprudenziali sopra richiamati, nulla in astratto osterebbe a che la Corte di Lussemburgo accolga il ricorso presentato dalla Commissione in merito all'individuazione della base giuridica della direttiva PIF, ben ritenendo l'art. 325, par. 4 TFUE unica base giuridica in grado di garantire, nel caso di specie, una protezione efficace ed uniforme delle risorse finanziarie negli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell'Unione, in conformità agli obiettivi del Trattato.

Malgrado ciò, il delicato ruolo mitigatore che la Corte di Lussemburgo riveste nel difficile processo d'integrazione penale europea<sup>20</sup> – che continua a palesare le molteplici esitazioni di alcuni Stati membri circa il valore aggiunto che scaturirebbe dall'aver “più Europa” in alcuni settori tradizionalmente legati alla sovranità statale ed alle costituzioni nazionali – potrebbe indurla a non assumere posizioni in netto contrasto con quelle degli Stati membri, in un momento storico come questo, spesso caratterizzato dalla contrapposizione tra *primazia* del diritto dell'Unione e *supremazia* costituzionale.

<sup>20</sup> F. FALATO, *Mandato di arresto europeo, rilevanza delle condizioni di detenzione, tutela dei diritti fondamentali nelle dinamiche della integrazione europea*, in *GP*, 2016, p. 626 s.



# EX LIBRIS



Αριστοτέλης

Questo E-book appartiene a Matteo  
Lanza