

LE BASI GIURIDICHE PER L'INTRODUZIONE DI NORME PENALI COMUNI RELATIVE AI REATI OGGETTO DELLA COMPETENZA DELLA PROCURA EUROPEA (*)

di Lorenzo Picotti

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Cenni sull'evoluzione storica degli strumenti penali di protezione degli interessi finanziari europei. – 2.1. Riconoscimento degli interessi finanziari europei quale nuovo bene giuridico meritevole di protezione penale. – 2.2. Sui contenuti degli strumenti di tutela penale degli interessi finanziari europei previsti dalla Convenzione PIF del 1995 e dalla proposta di direttiva del 2001. – 2.3. La c.d. tecnica del doppio testo e le resistenze all'unificazione specie in ambito sanzionatorio – 3. Sulla proposta di direttiva PIF del 2012.– 3.1. Sull'immutata definizione di "frode". – 3.2. Sui reati di corruzione e riciclaggio. – 3.3. Sugli ulteriori reati che offendono gli interessi finanziari europei. –3.4. Sui profili sanzionatori. – 4. Le basi giuridiche del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea per la creazione di norme penali comuni relative ai reati oggetto della competenza della Procura europea. – 4.1. La distinzione strutturale e sistematica fra l'art. 325 e l'art. 83, par. 1 e 2 TFUE quali possibili basi giuridiche per interventi penali dell'Unione contro la frode e gli altri reati che ne ledono gli interessi finanziari. – 4.1.1. Specialità dell'art. 325 TFUE rispetto all'art. 83, par. 1 TFUE. – 4.1.2 Specialità dell'art. 325 TFUE rispetto all'art. 83, par. 2 TFUE. – 4.2. I nessi fra l'istituzione della Procura europea e la "definizione" dei reati oggetto della sua competenza. – 4.2.1. La prospettiva della Commissione europea. – 4.2.2. Critica della prospettiva scelta dalla Commissione europea. – 5. Conclusioni: regolamento e non direttiva quale fonte di "definizione" dei reati oggetto della competenza della Procura europea in forza della base giuridica costituita dal combinato disposto dell'art. 325 e dell'art. 86 TFUE.

1. Introduzione.

Il mio intervento si articolerà in quattro parti. Innanzitutto appare necessaria una introduzione storica (par. 2), per richiamare l'evoluzione che vi è stata nel tempo trascorso dai primi interventi per la protezione penale degli interessi finanziari comunitari ad oggi, avendo come riferimenti essenziali, da un lato, gli strumenti di III pilastro rappresentati dalla Convenzione PIF del 1995 e dai relativi protocolli addizionali¹, dall'altro il ben più ambizioso progetto di *Corpus Juris* per la protezione

* Testo dell'intervento svolto al convegno internazionale di studi *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni* svoltosi presso l'Università di Catania il 20 giugno 2013.

¹ Convenzione per la tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee del 26 luglio 1995 (Convenzione PIF 1995); Protocollo addizionale del 27 settembre 1996 relativo alla corruzione che lede detti interessi finanziari (I protocollo PIF 1996); Protocollo addizionale del 19 giugno 1997 relativo al riciclaggio, alla responsabilità delle persone giuridiche, al sequestro ed alla confisca dei proventi (II protocollo PIF 1997).

degli interessi finanziari europei², contenente norme penali e processuali “comuni” da collocare, invece, in una prospettiva di I pilastro e da cui è originata l’idea stessa della Procura europea, ora in fase di realizzazione. Seguirà una seconda parte dedicata ad un seppur sommario confronto far il contenuto di detti strumenti e progetti e quelli della proposta di direttiva presentata dalla Commissione europea nel 2012 per la lotta contro la frode lesiva degli interessi finanziari dell’Unione mediante il diritto penale³, alla quale fa espresso rinvio, quale fonte per la “definizione” dei reati di competenza della Procura europea, la più recente proposta di regolamento del 2013, che ne prevede l’istituzione⁴ (par. 3). Sulla base di tali acquisizioni si analizzeranno le disposizioni dei Trattati vigenti, per individuare quale sia la base giuridica delle norme europee che dovranno “definire” i reati oggetto della competenza della Procura europea (par. 4). In conclusione si svilupperanno alcune riflessioni critiche sulle proposte della Commissione, con uno sguardo alle prospettive d’attuazione di un coerente “sistema” di diritto penale europeo (par. 5)

2. Cenni sull’evoluzione storica degli strumenti penali di protezione degli interessi finanziari europei.

Una seppur breve riflessione storica appare indispensabile, per aver presente l’evoluzione che abbiamo alle spalle e cercare la radice di taluni nodi problematici, individuati da tempo, che richiedono risposte fornite finora solo in alcuni tratti essenziali.

Muovo al riguardo da una doverosa citazione di Franco Bricola, che nel 1968 sottolineava il “vuoto di tutela” di cui soffrono gli interessi della Comunità europea, e

² *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 (cur.), *Verso uno spazio giudiziario europeo*, Milano, 1997. A tale prima formulazione ha fatto seguito una [seconda, presentata a Firenze nel 1999](#) ed edita nel 2000 – trad. in it. a cura di R. SICURELLA, in G. GRASSO, R. SICURELLA (cur.), *Il Corpus Juris 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, Milano 2003, p. 349 s. – 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. DELMAS-MARTY, J.A.E. VERVAELE (éds.), *The implementation of the Corpus Juris in the Member State*, Antwerpen, vol. I-IV, 2000. Per un commento in italiano si rinvia altresì ai contributi editi in L. PICOTTI (cur.), *Il Corpus Juris 2000. Nuova formulazione e prospettive d’attuazione*, Padova 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.

³ 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, 11.7.2012 COM (2012) 363 final (d’ora in poi per brevità: proposta di direttiva PIF del 2012).

⁴ Proposal for a Council regulation on the establishment of the European Public Prosecutor’s Office, 17.7.2013 COM (2013) 534 final (disponibile per ora solo in inglese, d’ora in poi per brevità: proposta di regolamento EPPO 2013).

questo non solo per fattori giuridici, ma anche per “preminenti fattori politici”⁵. Ancor oggi questo sembra essere il nodo decisivo da sciogliere per lo sviluppo che ci attende, benché l’osservazione risalga ad un tempo in cui si riteneva esclusa la possibilità stessa di creare nuove norme incriminatrici da parte delle Comunità europee, perfino nelle materie di loro competenza, come puntualizzava Cesare Pedrazzi, fotografando lo stato dell’arte non solo delle fonti, ma anche della dottrina dell’epoca, secondo cui l’unica prospettiva di penetrazione del diritto comunitario nelle norme penali sarebbe stato da ricercare in un loro lento “ravvicinamento”⁶.

La forza dei cambiamenti strutturali ha determinato però una più incisiva evoluzione del diritto penale europeo e la necessità di scelte politiche più decise. Raggiunta l’autonomia giuridica e finanziaria del bilancio comunitario, la sua progressiva espansione ha portato infatti ad amministrare sempre più cospicue “risorse proprie” da parte di istituzioni europee o controllate dalle Comunità e poi dall’Unione⁷. Per cui è presto emersa la necessità di una loro efficace protezione di natura anche penale.

2.1. Riconoscimento degli interessi finanziari europei quale nuovo bene giuridico meritevole di protezione penale.

Inizialmente la tutela penale è stata affidata alle “risorse” sanzionatorie degli Stati membri, come affermato – prima del legislatore europeo – dalla Corte di Giustizia nella storica sentenza del 21 settembre 1989 sul caso del c.d. mais greco⁸, dato che “analoghe” offese al patrimonio delle pubbliche amministrazioni nazionali trovano da sempre una rigorosa ed efficace repressione penale, in conformità ad una tradizione giuridica secolare, che accomuna gli Stati membri. Nel contempo, la Corte ha riconosciuto che gli interessi finanziari europei rappresentano un nuovo “bene giuridico” proprio delle Comunità (oggi all’Unione), che merita e necessita un’efficace protezione *penale*, benché non abbia allora affermato una competenza penale europea a

⁵ Cfr. F. BRICOLA, *Alcune osservazioni in materia di tutela penale degli interessi delle Comunità europee* (1968), ora in *Scritti di diritto penale*, Vol. II, Tomo 1, Milano 1997, p. 2357 s.

⁶ C. PEDRAZZI, *il ravvicinamento delle legislazioni penali nell’ambito della Comunità economica europea* (1968), in *Diritto penale*, vol. I – *Scritti di parte generale*, Milano 2003, p. 393 s.; Id., *L’influenza della produzione giuridica della CEE sul diritto penale italiano* (1982), *ivi*, p. 451 s. Per un quadro di tale evoluzione cfr. anche l’ormai classico contributo di G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale. I rapporti fra l’ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*, Milano 1989.

⁷ Sia consentito per brevità rinviare a 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, n. 3, p. 615 s. ed agli empirici riferimenti bibliografici ivi contenuti.

⁸ Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 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*.

porre norme di diritto derivato, direttamente vincolanti i legislatori penali nazionali, in assenza di un'esplicita previsione nei Trattati⁹.

L'*obbligo* di tutela penale degli interessi finanziari europei ha così trovato base giuridica nel principio di "leale cooperazione" degli Stati membri con la Comunità (ex art. 5 del Trattato istitutivo della Comunità europea – d'ora in poi TCE – poi rinumerato dal Trattato di Amsterdam del 1997 quale art. 10 TCE ed infine oggi sostanzialmente trasfuso nell'art. 4, par. 3 del Trattato sull'Unione europea – d'ora in poi TUE): da tale obbligo degli Stati, e non da un potere legislativo della Comunità, la Corte di Giustizia ha dunque tratto il principio di "affidamento" alle sanzioni penali statali, secondo un criterio di "assimilazione" degli interessi europei ai corrispondenti interessi nazionali.

Il Trattato di Maastricht del 1992 ha recepito solo parzialmente questi principi, introducendo l'art. 209 A TCE (da cui è poi scaturito l'art. 280, rinumerato e riformulato incisivamente dal Trattato di Amsterdam ed oggi confluito nel nuovo art. 325 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea – d'ora in poi TFUE, su cui si tornerà ampiamente *infra* par. 4), per una scelta politica prudente di salvaguardia della "riserva" di sovranità statale in materia di determinazione ed applicazione delle sanzioni penali: tanto che esse non sono state neppure menzionate nella nuova norma del Trattato comunitario, né è stato menzionato lo *standard* generale di tutela espresso dalla Corte a definizione del contenuto sanzionatorio di tale obbligo, secondo cui le pene previste ed applicate dagli Stati a tutela degli interessi finanziari europei devono *comunque* essere "effettive, proporzionate e dissuasive" secondo parametri di natura *sovranazionale* che seppur estremamente elastici, dimostrano l'autonomia e titolarità *europee* del bene protetto.

Una competenza penale europea è stata esplicitamente introdotta, dal Trattato sull'Unione, solo nell'ambito del III pilastro, appositamente creato, benché la legittimazione sostanziale alla protezione degli interessi finanziari *propri* della Comunità dovesse – più coerentemente – restare nel I pilastro e distinguersi da quelle finalizzate al contrasto di sfere di criminalità grave e transnazionale, che non era di per sé compito della Comunità combattere, bensì del più ampio progetto politico dell'Unione; come pure da quelle dirette a proteggere diversi beni giuridici, via via "europeizzati" in quanto oggetto o frutto delle politiche comunitarie (si pensi all'ambiente, ai mercati finanziari, alla sicurezza sul lavoro, alla proprietà intellettuale, ecc., su cui si tornerà in seguito)¹⁰.

⁹ Pur sottolineando la legittimità delle singole disposizioni nazionali di natura penale introdotte a tutela delle sovvenzioni e finanze europee, la giurisprudenza comunitaria le considerava espressione di una mera "facoltà", non di un "obbligo" degli Stati membri: cfr. ad es. Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 2 febbraio 1976, causa C 50/76, ed al riguardo criticamente G. GRASSO, *Comunità europee*, cit., p. 172.

¹⁰ La distinzione – come meglio si vedrà anche *infra* – non coincide quindi con la bipartizione proposta nell'estesa indagine di 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 2005, in specie p. 318 s., che la ritiene corrispondente ai due ambiti di competenze penali delineati rispettivamente dai par. 1 e 2 dell'art. III-271 del Trattato istitutivo di una Costituzione per l'Europa del 2004, come noto non ratificato,

Questa basilare distinzione fra i *diversi* fondamenti delle competenze penali europee è ancor oggi rilevante per la corretta interpretazione sistematica delle previsioni dei Trattati (*infra* par. 4), contro la perdurante resistenza politica degli Stati a riconoscere un autonomo ambito di competenza penale europea in materia, che determina i limiti in cui può essere esercitata.

Per effetto delle scelte politiche espresse nel Trattato di Maastricht del 1992 sono stati dunque affidati agli strumenti di I pilastro solo interventi di tutela mediante sanzioni amministrative¹¹, mentre per gli interventi penali si è ricorsi alla Convenzione PIF del 1995 ed ai relativi protocolli addizionali, aventi forme più vicine al comune diritto internazionale, con relative procedure di ratifica, lungaggini applicative e limiti alla verifica della loro piena attuazione, che non a fonti coerenti con l'idea di una "Comunità di diritto" od anche di un'Unione politica di Stati, all'epoca non essendo neppure disponibili, nell'ambito del III pilastro, le più efficaci decisioni quadro, previste solo qualche anno dopo dal Trattato di Amsterdam¹².

2.2. Sui contenuti degli strumenti di tutela penale degli interessi finanziari europei previsti dalla Convenzione PIF del 1995 e dalla proposta di direttiva del 2001.

Rileggendo gli strumenti di III pilastro degli anni '90 e comparandoli col contenuto delle diverse proposte in materia di tutela penale degli interessi finanziari europei succedutesi nel tempo, ci si accorge però con sorpresa che, nonostante il profondo cambiamento, da allora ad oggi, delle rispettive basi giuridiche, le previsioni di diritto penale sostanziale non presentano variazioni realmente significative.

Come è sottolineato nella motivazione della prima proposta di direttiva PIF del 2001, questa si limitava volutamente a riprodurre senza modificazioni – salva una razionalizzazione sistematica – le norme di diritto penale sostanziale già contenute nei tre strumenti convenzionali PIF all'epoca non ancora ratificati (tutti) da tutti gli Stati membri, al fine soprattutto di operare una "pressione" politica per il completamento delle relative procedure interne¹³.

ma poi sostanzialmente trasfuso *in parte qua* nell'art. 83 TFUE, parimenti collocato all'interno dello "spazio di libertà, sicurezza e giustizia".

¹¹ Si vedano in particolare il regolamento CE ed Euratom n. 2988/95 del Consiglio del 18 dicembre 1995, relativo alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee ; nonché il regolamento CE ed Euratom n. 2185/96 del Consiglio dell'11 novembre 1996, relativo ai controlli e alle verifiche sul posto effettuati dalla Commissione ai fini della tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee contro le frodi e altre irregolarità.

¹² Ai sensi dell'art. 34 TUE (previgente), le decisioni quadro si avvicinavano al modello della direttiva – strumento di armonizzazione del I pilastro – vincolando gli Stati quanto al "risultato" da raggiungere, non però quanto alla "forma" ed ai "mezzi" che restavano interamente affidati alla competenza nazionale. Ben diversa era però la procedura legislativa, essendo richiesta l'unanimità per le decisioni del Consiglio; mentre la prospettiva di "ravvicinamento" delle legislazioni penali nazionali doveva essere funzionale soltanto al rafforzamento della "cooperazione giudiziaria e di polizia" propria del III pilastro.

¹³ Cfr. la motivazione della Commissione alla proposta di Direttiva sulla tutela penale degli interessi finanziari della Comunità del 23 maggio 2001 COM (2001) 272 definitivo – poi modificata: COM (2002) 577

Il dato più innovativo era rappresentato dalla base giuridica di I pilastro, indicata dalla Commissione – quale fondamento della prima proposta di direttiva in materia penale – nell’art. 280 TCE, nel frattempo entrato in vigore, che era interpretato in conformità all’orientamento espresso da una parte della dottrina¹⁴, come direttamente attributivo di competenza penale alla Comunità europea. La portata della clausola restrittiva, contenuta nella seconda parte del suo par. 4, veniva infatti circoscritta all’esclusione di interventi comunitari sugli aspetti processuali, per i quali la Commissione stessa si riservava di presentare una successiva proposta di decisione quadro nell’ambito del III pilastro¹⁵ (poi invece ritenuta superflua, per essersi nel frattempo completato il processo di ratifica, anche se con esiti tutt’altro che soddisfacenti)¹⁶.

Anche se intendeva superare l’orizzonte della “cooperazione giudiziaria e di polizia” fra gli Stati e con l’Unione, propria del III pilastro, la proposta di direttiva PIF del 2001 si discostava dal modello del *Corpus Juris* – delineato all’esito degli studi promossi dalla stessa Commissione¹⁷ – che prefigurava una più coerente “unificazione” delle fonti, sia di diritto penale sostanziale (con otto specifiche incriminazioni ed alcune disposizioni di carattere generale su singoli istituti)¹⁸, sia di diritto processuale penale, comprendenti regole non solo sul funzionamento e sulle competenze della progettata Procura europea, ma anche sull’acquisizione e validità delle prove, sulle misure cautelari, ecc., con l’obiettivo dichiarato di creare un “microsistema” di diritto penale europeo in cui la Procura stessa potesse operare efficacemente su tutto il territorio dell’Unione, demandando solo la fase del giudizio alla giurisdizione degli Stati di volta in volta territorialmente competenti¹⁹.

definitivo del 16 ottobre 2002– che fu infine abbandonata perché si giunse, seppur in ritardo, alla ratifica degli strumenti PIF da parte degli Stati membri (peraltro non ancora da parte della Repubblica ceca); mentre la proposta di decisione quadro per regolare gli aspetti processuali non fu mai presentata.

¹⁴ Così già K. TIEDEMANN, *Pour un espace juridique commun après Amsterdam*, in *Agon*, 1998, n. 17, p. 12-13; più ampiamente ID., *EG und EU als Rechtsquellen des Strafrechts*, in *Roxin-FS*, Berlin 2001, p. 1401 s., 1406 s.; in senso conforme E. BACIGALUPO, *La tutela degli interessifinanziari della Comunità: progressi e lacune*, in Grasso G. (cur.), *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione. L’esempio dei fondi strutturali*, Milano 2000, p. 24-26; nonché più ampiamente L. PICOTTI, *Potestà penale dell’Unione europea nella lotta contro le frodi comunitarie e possibile “base giuridica” del Corpus Juris*. In *marginem al nuovo art. 280 del Trattato CE*, ivi, p. 357 s., 364; in senso contrario *ex multis* G. GRASSO, *Prefazione*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (cur.), *Il Corpus Juris 2000*, cit., p. 2 s. ed in successivi scritti.

¹⁵ Cfr. la motivazione della Commissione alla proposta di Direttiva PIF del 2001, cit., p. 5 s.

¹⁶ Sull’insufficienza dell’attuazione degli strumenti PIF si vedano i rapporti della Commissione del 25 ottobre 2004 COM (2004) 709 definitivo e del 14 febbraio 2008 COM (2008) 77 definitivo, richiamati anche nella motivazione dell’ultima proposta di direttiva PIF del 2012, cit., p. 2 s. Volendo, per quanto riguarda l’Italia, cfr. L. PICOTTI, *L’attuazione*, cit., con ampi riferimenti dottrinali, normativi e giurisprudenziali.

¹⁷Cfr. *supra*, nota 2.

¹⁸ Erano previsti quattro delitti “comuni” (frode, frode negli appalti, riciclaggio e ricettazione, associazione per delinquere) e quattro delitti “propri” dei funzionari (corruzione, malversazione, abuso d’ufficio, rivelazione di segreti d’ufficio): per un commento analitico si rinvia a L. PICOTTI, *Il Corpus Juris 2000. Profili di diritto penale sostanziale*, cit., p. 3 s.

¹⁹ Fra l’ampia letteratura sui contenuti processuali del *Corpus juris*, oltre a rinviare agli studi e volumi collettanei già citati, si vedano M. BARGIS, S. NOSENGO (cur.), *Corpus juris, pubblico ministero europeo e*

Vero è che la conferenza di Nizza del dicembre 2000 non aveva approvato la precedente proposta della stessa Commissione di introdurre nel Trattato comunitario una specifica base giuridica per attuare siffatto ambizioso progetto, non essendo considerato sufficiente l'art. 280 TCE, che non comprendeva espressamente, fra le "misure necessarie" di lotta alla frode, anche la creazione di una nuova istituzione comunitaria centrale, quale la Procura europea²⁰. Il ripiegamento sulla riduttiva proposta di direttiva PIF del 2001 ha sancito l'accantonamento politico di quel modello, in attesa degli sviluppi del progetto di Trattato per l'istituzione di una Costituzione per l'Europa, in cui avrebbe dovuto essere inserita una disposizione contenente l'espressa base giuridica per istituire la Procura europea²¹, come in effetto è avvenuto con l'inedito art. III-274 di detto Trattato, da cui è poi derivato l'attuale art. 86 TFUE. Nel frattempo si perpetuava però la dicotomia di fonti di I e di III pilastro, per intervenire con sanzioni punitive anche nel settore in esame, oltre che in molti altri.

2.3. La c.d. tecnica del doppio testo e le resistenze all'unificazione specie in ambito sanzionatorio.

La c.d. tecnica del "doppio testo", che ha afflitto per lungo tempo la politica criminale europea²², traduceva in termini di competenze giuridiche il latente conflitto istituzionale e politico fra la spinta all'unificazione (ed, all'epoca, "comunitarizzazione") delle fonti europee in materia penale e la resistenza opposta dagli Stati, più propensi a ricorrere al metodo intergovernativo (qual era quello del III pilastro) ed a richiedere così l'unanimità delle decisioni in materia, per garantire uno scudo di protezione alla "sovranità" statale sulle scelte di fondo della politica

cooperazione internazionale, Milano 2003; A. LANZI, R. RUGGIERI, L. CAMALDO (cur.), *Il difensore e il pubblico ministero europeo*, Padova 2002; L. CAMALDO, *Il pubblico ministero europeo dal Corpus Juris al Trattato di Lisbona: un "fantasma si aggira per l'Europa"*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, 2010, p. 69 s.

²⁰ Si veda lo specifico "Contributo complementare della Commissione alla Conferenza intergovernativa sulle riforme istituzionali del 29 settembre 2000", presentato in vista del Consiglio europeo di Nizza, che è riprodotto come Allegato 1 al *Libro verde sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una procura europea*, 11.12.2001 COM (2001) 715 definitivo, p. 80 s., in specie p. 81. Proposta ribadita dalla Commissione anche nel suo *Rapporto sulle reazioni al Libro verde sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari*, in data 19.3.2003 COM(2003) 128 definitivo. Sull'urgenza di approvare l'art. 280 *bis* si era espresso anche il Parlamento europeo con la *Risoluzione sul Libro verde* in data 27.03.2003 – P5_TA-PROV (2003)0130, acquisendo la *Relazione della Commissione per il controllo dei bilanci del 24.2.2003 Finale (A5-0048/2003)*, a cura di D.R. THEATO, in specie p. 17.

²¹ In conformità a quanto richiesto con forza, anche mediante una "lettera aperta" in data 4.12.2002 del Direttore dell'OLAF e del Comitato dei supervisori al Presidente della Convenzione europea, Valéry Giscard d'Estaing, che si può leggere al sito citato nella nota precedente.

²² In argomento si vedano già i rilievi critici di J.A.E. VERVAELE, *The European Community and Harmonization of the Criminal Law Enforcement of Community Policy. A Cessio Bonorum from the Thirfd to the First Pillar*, in *Festschrift in Honour of Raimo Lahti*, Helsinki 2007, p. 119 s., 128; volendo, con ampia esemplificazione di tale tecnica detta del "doppio testo", cfr. altresì L. PICOTTI, *Superamento della c.d. tecnica del "doppio testo" e tutela penale degli interessi europei*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (cur.), *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Milano 2008, p. 323 s.

criminale, a costo di sacrificare la coerenza e l'efficacia degli interventi sanzionatori nei singoli settori. Esigenza che del resto traspare ancor oggi nella richiesta di unanimità per le decisioni del Consiglio relative all'estensione ad "altre sfere di criminalità" della competenza penale prevista dall'art. 83, par. 1 TFUE, o per l'approvazione del regolamento istitutivo della Procura europea, di cui oggi si discute, ex art. 86, par. 1, TFUE, e che filtra altresì nel meccanismo del "freno di emergenza", di cui all'art. 83, par. 3 TFUE.

La resistenza non riguarda solo il potere di formulare fattispecie incriminatrici, ma ancor più quello di determinare la tipologia ed il livello delle sanzioni penali, oltre che di intervenire sulla disciplina processuale. Del resto già gli strumenti PIF degli anni '90 erano molto generici su tali ultimi aspetti, e lo stesso dicasi per la proposta di direttiva PIF del 2001, che ha pedissequamente riprodotto il loro contenuto, nonostante la ben diversa base giuridica scelta dalla Commissione, che conteneva l'espresso *obbligo* di garantire una tutela "equivalente", oltre che "efficace", in tutto il territorio europeo (cfr. art. 280, par. 4, TCE, oggi trasfuso nel corrispondente par. 4 dell'art. 325 TFUE, su cui v. *infra*, par. 4 e 5).

Perfino la Corte di Giustizia, che ha giocato un ruolo trainante nel processo di creazione del diritto penale europeo, con i suoi fondamentali interventi anteriori alla riforma del Trattato di Lisbona, si è arrestata di fronte al limite dei contenuti sanzionatori della disciplina penale, evidenziando la peculiare delicatezza e sensibilità politica della materia.

Nelle due sentenze del 2005 e del 2007, giudicando di conflitti di competenza fra Commissione e Consiglio – e dunque non dell'interpretazione od applicazione di un diritto penale da "armonizzare" a livello europeo, ma direttamente del potere di "crearlo" da parte delle istituzioni europee – la Corte ha segnato una svolta storica, equiparabile a quella del 1989, perché ha riconosciuto alla Comunità una competenza *penale* di I pilastro, pur se non esplicitamente attribuita dal Trattato, ma desunta "implicitamente" da quelle previste per proteggere l'ambiente e regolare il relativo settore, data l'"indispensabilità" della tutela penale di un siffatto "bene primario" per la Comunità (§ 48), per assicurare "piena efficacia" al diritto europeo (*ibidem*, nonché § 52)²³.

Tuttavia nella seconda sentenza del 2007, in cui è stato dato parimenti rilievo all'integrazione della tutela dell'ambiente nella politica dei trasporti marittimi che veniva in considerazione (§§ 67 e 69)²⁴, la Corte ha inteso salvaguardare le esigenze "politiche" di difesa della sovranità degli Stati nella determinazione della tipologia ed entità delle sanzioni penali, facendo inevitabilmente riemergere la dicotomia interna del diritto penale europeo, appena censurata dalla stessa Corte con riferimento alla tecnica del "doppio testo" (direttiva-decisione quadro) praticata dal Consiglio e sostenuta dagli Stati: la recisa esclusione che la competenza penale comunitaria a

²³Corte Giustizia Comunità Europea, 13 settembre 2005, C-176/03, Commissione v. Consiglio, in *Raccolta*, p. 7879 s.

²⁴ Corte Giustizia Comunità Europea, 23 ottobre 2007, C-440/05, Commissione v. Consiglio, in *Raccolta*, p. 9097 s.

stabilire incriminazioni penali potesse estendersi anche alla determinazione del tipo e del livello delle sanzioni, che era dunque lasciata alla sovranità esclusiva degli Stati membri (§ 70)²⁵, faceva rientrare “dalla finestra” il doppio testo appena cacciato “dalla porta”, rendendo necessaria – accanto ad una direttiva sui reati da incriminare – una decisione quadro per l’eventuale armonizzazione delle relative sanzioni: salvo rinunciare ad armonizzare tale ultimo aspetto a livello europeo, come in effetti è accaduto con le due successive direttive emanate in materia, anteriori all’entrata in vigore del Trattato di Lisbona²⁶.

Nonostante le nuove basi giuridiche introdotte dal Trattato di Lisbona, che estendono esplicitamente la competenza penale europea anche ai profili sanzionatori, si dovrà constatare che la tecnica o meglio “cultura” del c.d. doppio testo tende a perpetuarsi ancor oggi, seppur sotto nuove forme, in specie con riferimento all’interpretazione dell’art. 86 TFUE, di cui ci occupiamo in questa sede (cfr. *infra* par. 4 e 5).

3. Sulla proposta di direttiva PIF del 2012.

La scarsità di modificazioni concernenti il *contenuto* delle proposte in materia di tutela penale degli interessi finanziari europei, rispetto a quello degli strumenti PIF degli anni ‘90 – tuttora vigenti – pur a fronte dei significativi sviluppi che si sono avuti dal 1989 ad oggi sul piano strutturale dell’integrazione europea e della corrispondente legittimazione offerta dalle basi giuridiche positive del diritto penale europeo, è confermata dal sommario esame della nuova proposta di direttiva PIF del 2012.

Nel 1995 la Convenzione PIF ed i suoi protocolli addizionali si basavano sull’art. K3 del Trattato sull’Unione del 1992, nel 2001 la prima proposta di direttiva PIF richiamava l’art. 280 TCE , oggi è l’art. 325 TFUE che viene menzionato dalla Commissione europea quale base giuridica della nuova proposta di direttiva PIF del 2012, mentre l’ancor più recente proposta di regolamento EPPO del 2013, nel prevedere l’istituzione della Procura europea, agli artt. 2, lett. b) e 12 fa a questa integrale rinvio

²⁵ L’assenza di una specifica motivazione al riguardo – che può astrattamente spiegarsi, trattandosi di una delimitazione pretoria della competenza penale “implicita” appena affermata, a sua volta priva di base giuridica espressa – appare in concreto contraddittoria con l’ammissione, che si legge subito dopo, degli “inscindibili legami” che uniscono logicamente le disposizioni in materia di *precetti* e quelle relative alle *sanzioni* penali (§ 72): tanto che per questa ragione la Corte ha disposto l’annullamento dell’intera decisione quadro impugnata dalla Commissione).

²⁶ Si vedano la direttiva 2008/99/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 novembre 2008 sulla tutela penale dell’ambiente; e la direttiva 2009/123/CE, che modifica la direttiva 2005/35/CE, relativa all’inquinamento provocato dalle navi e all’introduzione di sanzioni per violazioni, emanate prima dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona e dunque prive di disposizioni in materia di sanzioni (contenute invece in quelle successive, come ad es. nella direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011 , concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime).

per “definire” i reati oggetto della competenza della Procura stessa, che peraltro trova fondamento giuridico nell’art. 86 TFUE (cfr. *infra*, par. 4).

La povertà di modificazioni ed estensioni nel *contenuto* delle nuove previsioni penali, rispetto a quelle degli strumenti vigenti, nonostante l’evoluzione delle basi giuridiche di un siffatto intervento nei 18 anni trascorsi dalla Convenzione PIF del 1995, rende evidente la difficoltà o scarsa volontà politica di operare un incisivo ricorso allo strumento del diritto penale in questa materia.

3.1. Sull’immutata definizione di “frode”.

Si confronti innanzitutto l’art. 1 della Convenzione – contenente la nozione penale di “frode” che abbraccia, rispettivamente alle lettere a) e b), sia quelle in materia di “spese”, che quelle in materia di “entrate” – con l’art. 3 della proposta di direttiva PIF del 2012: si constata che nulla è cambiato, nonostante la ben diversa formulazione proposta dal *Corpus Juris*²⁷. Il modello di fattispecie resta ancora legato, sul piano oggettivo, alla produzione dell’evento consumativo rappresentato dall’effettivo ed indebito “danno” agli interessi finanziari europei²⁸ e, su quello soggettivo, all’“intenzionalità” della condotta: requisiti selettivi forti per la rilevanza penale dei fatti da punire, più consoni ad un delitto contro il patrimonio privato, come è la truffa comune che si realizza mediante “inganno” del soggetto passivo, piuttosto che ad aggressioni ad interessi di natura pubblica, di grande rilevanza non soltanto economica, realizzate nell’ambito di formali procedure amministrative, escludenti normalmente il diretto rapporto fra l’autore – normalmente costituito da un’impresa, spesso in forma societaria – ed una singola persona fisica, che abbia esclusivo potere decisionale o “destinatario” immediata dei mezzi simulatori, che dovrebbero incidere sulla sua concreta rappresentazione psichica²⁹.

Un chiaro riscontro normativo si ha 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, tenute ben distinte dal

²⁷ 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 a quello della condotta; e che questa potesse 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., 16.

²⁸ 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 attuale di 4000 euro; 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’irrelevanza penale per mancato superamento della soglia pecuniaria predetta: cfr. criticamente sul punto L. PICOTTI, *L’attuazione*, cit., p. 616 s.

²⁹ Sulle differenze di struttura fra il delitto comune di truffa e la frode in sovvenzioni pubbliche, sia consentito rinviare a L. PICOTTI, *L’attuazione*, cit., p. 657 s. ed ivi richiami bibliografici e giurisprudenziali.

modello classico della truffa patrimoniale³⁰. In alcuni ordinamenti, come quello tedesco, si giunge a punire anche la captazione indebita di risorse pubbliche realizzata mediante comportamenti non dolosi, caratterizzati da colpa grave³¹, come suggerito dal *Corpus Juris*.

Un'ulteriore esigenza di adeguamento riguarda la commissione mediante tecnologie e strumenti informatici. Infatti, dopo l'esponentiale diffusione avutasi – per l'apertura al pubblico della rete Internet proprio a partire dalla seconda metà degli anni '90 – delle connessioni telematiche, divenute la regola anche nei rapporti finanziari e con le pubbliche amministrazioni, in pressoché tutti i codici penali degli Stati membri si è avuta l'introduzione di specifiche nuove incriminazioni (anche) per le frodi informatiche, in conformità con gli strumenti internazionali, quali la Convenzione *Cybercrime* del Consiglio d'Europa del 2001, che la stessa Unione europea raccomanda di ratificare ed attuare³².

Benché la formulazione della norma definitoria della “frode”, contenuta nella Convenzione PIF del 1995 e rimasta invariata nella proposta di direttiva PIF del 2012, appaia astrattamente compatibile con la realizzazione tramite strumenti e procedimenti informatici, è chiara la discrasia ancor maggiore creatasi rispetto al modello di truffa tradizionale, imperniata sul raggiro fraudolento di una persona fisica, con contraffazione o falsificazione materiale di atti e documenti, e comunque sul rilievo decisivo dell'evento consumativo del “danno”, da cui dipende la determinazione del *locus commissi delicti* e, di conseguenza, la competenza territoriale del giudice penale, rilevante anche per l'azione e le investigazioni della Procura europea. Come dimostrano eloquentemente numerosi casi di frodi informatiche realizzate in rete, la determinazione del “luogo” del danno (e del correlativo profitto), rispetto a quello della condotta d'immissione non corretta o manipolatoria dei dati in rete o di loro trattamento “abusivo” nel server o nel sistema informatico dell'ente interessato, crea gravi difficoltà ed incertezze applicative³³, contraddicendo la tendenza emersa nel moderno diritto penale dell'informatica ad anticipare il momento consumativo dei reati commessi nel *Cyberspace* fino ai primi atti e momenti delle condotte realizzate,

³⁰ Cfr. R. SICURELLA, in M. DELMAS-MARTY, J.A.E. VERVAELE (éds.), *The implementation* cit., p. 225 s., 231 s.

³¹ Si veda il § 264 StGB che punisce espressamente la frode nelle sovvenzioni anche a titolo di “Leichtfertigkeit”.

³² Si veda da ultimo il considerando (15) della direttiva 2013/40/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 agosto 2013, relativa agli attacchi contro i sistemi di informazione e che sostituisce la decisione quadro 2005/222/GAI del Consiglio, recentemente approvata.

³³ Si veda Cass., sez. III, 24 maggio 2012, n. 23798/12, Casalini et al., secondo cui, proprio per la “peculiarità della materia”, “in conseguenza del tipo particolare di condotta posta in essere [nella specie: l'impiego abusivo di un data base, artificiosamente acquisito, con il correlativo vantaggio di poter raggiungere gli iscritti ad un certo sito con la pubblicità di una determinata ditta], si assiste ad una sovrapposizione dei momenti della condotta e dell'evento”: per cui “l'attività manipolatoria del sistema può coincidere con il conseguimento del profitto”; Cass., sez. II, 25 gennaio 2011, Giambertone, 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”.

rispetto alle conseguenze “ultime” da essi prodotte, che possono verificarsi in tempi e luoghi anche “remoti”³⁴.

3.2. Sui reati di corruzione e riciclaggio.

L'estensione ad altri reati lesivi degli interessi finanziari europei appare assai circoscritta e prudente. Della *corruzione* è fornita una definizione autonoma, sia nel caso di quella attiva che nel caso di quella passiva (art. 4, par. 3), con formulazioni solo leggermente più ampie di quelle previste dal protocollo addizionale del 1996, in quanto non più legate al requisito della c.d. “doppia illegittimità”, vale a dire anche dell’“atto” (o dell’omissione) oggetto dell’accordo corruttivo, oltre che – ovviamente – di quest’ultimo. Diviene quindi punibile anche la corruzione per un “atto” in sé astrattamente legittimo. 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 corruttivo³⁵. L’esperienza giurisprudenziale e criminologica hanno da tempo evidenziato la difficoltà di individuare 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 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 inerenti alla funzione od al servizio, fornire informazioni, ecc. Per cui un adeguamento normativo al riguardo si impone anche nelle fonti europee in esame.

Opportunamente è stata invece riformulata in termini più ampi la definizione di “funzionario pubblico” comprendendo non solo coloro che sono investiti di vere e proprie “funzioni” legislative, amministrative e giudiziarie, ma anche coloro che – pur senza svolgerle – partecipano alla gestione degli interessi finanziari europei, inclusi coloro che operano in altri Stati membri od in Stati terzi, oltre che per l’Unione (art. 4, comma 5, lettere a) e b).

Al pari di quanto avveniva nei protocolli addizionali, oltre alla corruzione è prevista l’incriminazione del *riciclaggio*, quale terzo delitto della triade criminologicamente ben nota, che con la corruzione fa capo alla frode. Neppure la nuova proposta di direttiva prevede però una definizione autonoma del delitto di

³⁴ Cfr. In generale già L. PICOTTI, *Sistematica dei reati informatici, tecniche di formulazione legislativa e beni giuridici tutelati*, in L. PICOTTI (cur.), *Il diritto penale dell’informatica nell’epoca di Internet*, Padova 2004, p. 21 s., in specie 92-94.

³⁵ 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, di cui s’è detto nel testo).

riciclaggio che lede gli interessi finanziari europei, operando un rinvio recettizio (cfr. art. 4, par. 2) alla generale definizione fornita dalla fonte comunitaria vigente, aggiornata alla direttiva 2005/60/CE. È evidente che così permane il rischio di non considerare l'evoluzione successiva, essendo già in corso proposte di riforma e aggiornamento della disciplina, ad es. con riferimento all'obbligo d'incriminare specificamente anche il c.d. autoriciclaggio, lasciato per ora alla discrezionalità degli Stati, ovvero nuove forme di c.d. *cyberlaundering*, per cui valgono considerazioni analoghe a quelle sopra espresse per le frodi informatiche.

3.3. *Sugli ulteriori reati che offendono gli interessi finanziari europei.*

L'aspetto di maggior novità, nell'ambito delle incriminazioni contenute nella proposta di direttiva PIF del 2012, è che sono previsti due reati ulteriori – accanto alla frode, alla corruzione ed al riciclaggio – non considerati dai vigenti strumenti, benché 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, avessero suggerito di introdurne un numero maggiore³⁶.

Si tratta dei reati di “comunicazione od omissione di comunicazione di informazioni rilevanti” per la decisione di procedure di aggiudicazione di appalti o la concessione di sovvenzioni, che già non configurino una frode (cfr. art. 4, comma 1 direttiva PIF del 2012), nonché di “ritenzione illecita” di fondi o beni pubblici, che abbraccia anche la “distrazione” a scopi diversi da quelli previsti (art. 4, comma 4, direttiva PIF del 2012), accostabile – nel linguaggio tecnico italiano – all'appropriazione indebita o, meglio, al peculato (fermo restando che la formulazione della norma europea non coincide ovviamente con quella degli artt. 646 o 314 c.p., che non sanzionano espressamente condotte di “distrazione”).

In conformità al principio d'assimilazione delle offese portate agli interessi finanziari europei a quelle portate ai corrispondenti interessi nazionali, che segna tuttora lo *standard* minimo di protezione cui sono tenuti gli Stati, come si evince testualmente dall'art. 325, par. 2 TFUE, vi è da chiedersi perché, oltre a queste due previsioni incriminatrici, non si siano accolte anche le altre proposte motivatamente suggerite dal *Corpus Juris* e dal relativo *Suivi*, contenenti altresì un'attenta formulazione tecnica³⁷.

³⁶ 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”).

³⁷ Si vedano i riferimenti bibliografici di cui alla nota precedente.

Mancano poi disposizioni – seppur minime – di “parte generale”, salvo che per la prescrizione (*infra* par. 3.4), venendo per il resto pedissequamente riprodotto, dai vigenti strumenti PIF, il generico obbligo di incriminare l’istigazione, il favoreggiamento, la complicità ed il tentativo dei predetti reati (art. 5 proposta di direttiva PIF del 2012), la cui concreta disciplina è rimessa *in toto* agli ordinamenti nazionali, secondo il principio di affidamento già da tempo operante, con tutti i connessi rischi di gravi disarmonie, certamente più preoccupanti nella prospettiva d’azione della Procura europea.

Quanto alla responsabilità delle persone giuridiche e degli enti per la commissione di tutti questi reati, al pari di quanto previsto nell’art. 3 del II protocollo addizionale del 1997 non ne è prescritta la qualificazione come di natura penale, ma sono indicati i criteri di massima per l’imputazione dei reati all’ente stesso (art. 6 proposta di direttiva PIF del 2012), secondo la basilare distinzione fra quelli commessi da persone in posizione dominante e quelli commessi da persone soggette alla loro sorveglianza. In tal modo resta però da chiarire, se la Procura europea sia poi competente ad agire anche contro l’ente, specie se la responsabilità non sia formalmente qualificata come di natura penale in singoli ordinamenti (come ad es. in Italia o Germania).

Non è poi prevista alcuna disciplina della responsabilità penale delle persone fisiche aventi ruoli dirigenziali in organizzazioni d’impresa complesse, per reati commessi da loro sottoposti, che compariva nell’art. 3 Convenzione PIF, sebbene con una formulazione così generica da essere stata letta riduttivamente quale mero rinvio ai principi stabiliti dal diritto interno in materia di concorso di persone nel reato³⁸. Eppure, come è emerso nel *Corpus Juris* ed ancor più nel *Suivi*, si tratta di un importante aspetto della disciplina di parte generale, che serve a rafforzare la necessità di riconoscere, disciplinare od introdurre posizioni di garanzia penalmente rilevanti³⁹.

3.4. Sui profili sanzionatori.

La parte in cui la proposta di direttiva PIF del 2012 si distacca sensibilmente dagli strumenti vigenti in materia, pur senza stravolgerne l’impianto, riguarda la determinazione del tipo e del livello delle sanzioni penali per le persone fisiche. Infatti va oltre i criteri estremamente elastici stabiliti con la rituale formula dell’“effettività,

³⁸ Criticamente sul punto L. PICOTTI, *L’attuazione*, cit., p. 657 s.

³⁹ L’apposito art.12 del *Corpus Juris* 2000 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”, precedendo quello dedicato invece alla “Responsabilità penale degli enti”. Cfr. al riguardo M. DELMAS-Marty, J.A.E. VERVAELE (éds.), *The implementation*, cit., in specie p. 73 s.

proporzionalità e dissuasività”, che non crea vincoli tassativi per gli Stati membri, al pari della generica previsione della pena detentiva nei (soli) casi più gravi⁴⁰.

Nella nuova proposta di direttiva PIF del 2012, per la prima volta, sono indicati i livelli edittali *minimi* delle pene detentive per le persone fisiche (art. 8), mentre quelli massimi sono definiti in misura non inferiore ad una certa soglia minima, secondo una formula da qualche tempo consueta sia nelle decisioni quadro già adottate nel vigore del precedente sistema di III pilastro, sia nelle prime direttive di armonizzazione in materia penale emanate dopo il Trattato di Lisbona sulla base dell’art. 83, par. 1 TFUE (in specie contro la tratta di persone, gli abusi sessuali sui minori, gli attacchi informatici)⁴¹.

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 – presentino un determinato livello di gravità del danno cagionato, stabilito in termini pecuniari)⁴² è dichiaratamente funzionale all’esigenza processuale di garantire operatività agli strumenti di cooperazione giudiziaria, quali il mandato d’arresto europeo⁴³ e gli altri provvedimenti suscettibili d’esecuzione diretta in forza del principio del mutuo riconoscimento, di per sé però estraneo alla prospettiva d’unificazione dell’intervento penale europeo. E suscita invece riserve, circa il rispetto del fondamentale principio di “proporzione penale”, che costituisce un diritto fondamentale, *ex art. 49, par. 3, Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*.

Nulla è poi innovato per quanto riguarda le previsioni sanzionatorie nei confronti delle persone giuridiche e degli enti, nei cui confronti resta stabilito 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 soltanto esemplificativamente, nonché la loro entità⁴⁴.

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.

A quest’ultima esigenza sembra rispondere soltanto l’innovativa disposizione in materia di prescrizione dei reati (art. 12 proposta direttiva PIF del 2012), che fissa un

⁴⁰ 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, comporta pene privative della libertà personale tali da consentire l’extradizione.

⁴¹ 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.

⁴² Cfr. l’art. 8, che richiede per i delitti di corruzione e riciclaggio un danno superiore a 30000 euro, mentre i delitti di omessa comunicazione di informazioni e di ritenzione illecita di fondi è stabilito il limite di un danno superiore a 100000 euro; di converso l’art. 7, par. 2, consente per i casi minori, vale a dire con danni inferiori a 10000 euro, sanzioni di natura anche diversa da quella penale.

⁴³ Espressamente in tal senso il considerando (14) della proposta di direttiva PIF del 2012.

⁴⁴ Sul punto non vi è alcuna differenza rispetto al testo dell’art. 9 della proposta di direttiva PIF del 2012.

termine *minimo* di 5 anni dalla commissione del fatto e stabilisce l'obbligatoria efficacia ininterrottiva di determinati atti processuali, cui consegue il raddoppio del termine predetto⁴⁵.

Mentre resta da valutare in che misura sia possibile (o doverosa) una più incisiva ed articolata armonizzazione delle sanzioni, che entri nello specifico della tipologia delle pene e dei relativi livelli edittali, differenziando il trattamento fra i diversi reati non soltanto sulla base dell'elemento pecuniario del "danno", ma investendone il complesso degli elementi costitutivi, in conformità al richiamato principio di "proporzione penale"⁴⁶.

Certamente l'applicazione in concreto di tale principio, nei differenti ordinamenti nazionali, può dar luogo a resistenze e diversità di valutazioni, poiché in ognuno esiste (o dovrebbe esistere) una scala di gravità sanzionatoria "interna", di cui va parimenti rispettata la (almeno teorica) coerenza, tenendo conto altresì delle peculiarità di disciplina in materia di commisurazione giudiziale ed esecuzione concreta delle pene. Ma la pretesa che solo i legislatori nazionali possano valutare sistematicamente detti elementi, giustificando la loro competenza esclusiva al riguardo, confligge palesemente con la necessità di armonizzazione anche sanzionatoria, che discende dall'art. 325 TFUE. Mentre è chiaro che non si tratta di problemi tecnicamente insuperabili, per cui appare eccessiva la prudenza della Commissione nell'intervenire più incisivamente, introducendo stringenti parametri di riferimento comuni.

In conclusione, sul piano dei *contenuti* di diritto penale sostanziale i passi in avanti operati dalla proposta di direttiva PIF del 2012 sono molto pochi, rispetto a quanto già stabilito dagli strumenti di III pilastro risalenti agli anni '90, mentre solo in piccolissima parte risultano recepiti i suggerimenti del *Corpus Juris* e dello stesso *Libro verde*. La proposta insomma non appare adeguata alla forte evoluzione che c'è stata a livello strutturale ed istituzionale, in specie quanto a basi giuridiche che fondano le nuove competenze penali europee, dirette a fornire strumenti nuovi e più efficaci per contrastare i fenomeni criminosi in quest'ambito, come è la Procura europea che era estranea alle prospettive dei primi anni '90.

⁴⁵ Già il *Libro verde* (cfr. *supra*, nota 19), par. 5.5., p. 42, sottolineava la necessità di armonizzare le regole in materia di prescrizione, laddove il *Corpus Juris* nulla prevedeva al riguardo. 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.

⁴⁶ Al riguardo 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. 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.

4. Le basi giuridiche del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea per la creazione di norme penali comuni relative ai reati oggetto della competenza della Procura europea.

Alla luce delle acquisizioni raggiunte è possibile esaminare sistematicamente il quadro delle nuove competenze penali dell'Unione europea, introdotte dalla riforma operata dal Trattato di Lisbona, per individuare la corretta base giuridica delle norme di diritto penale sostanziale, che devono “definire” i reati oggetto della competenza della Procura europea.

Se è vero che nella determinazione dello sviluppo storico del diritto europeo, non solo penale, è preponderante il “fattore politico”, l'analisi svolta ha evidenziato anche il peso delle norme giuridiche, in specie dei Trattati e della loro interpretazione, che hanno via via recepito i mutamenti strutturali intervenuti ed indirizzato l'evoluzione successiva. In conformità con la specifica funzione del diritto, tali norme vanno ora lette con le lenti del giurista, applicando le regole dell'ermeneutica nella loro analisi letterale e logica e valorizzandone la genesi storica e la collocazione sistematica, nella consapevolezza che essendo il loro significato condizionato dal contesto strutturale da cui originano ed in cui devono operare, l'ultima parola resta comunque affidata alle scelte politiche del legislatore.

4.1. La distinzione fra l'art. 325 e l'art. 83, parr. 1 e 2 TFUE quali possibili basi giuridiche per gli interventi penali dell'Unione contro la frode e gli altri reati che ne ledono gli interessi finanziari.

Basilare è la distinzione già delineata, ed oggetto di forti resistenze politiche per le sue conseguenze applicative, fra la base giuridica offerta dall'attuale art. 325 TFUE (derivato dall'art. 280 TCE, a sua volta erede, nel I pilastro, del più fragile art. 209 A TCE: cfr. *supra*, par. 2), che occupa l'intero capo 6 – dedicato alla “lotta contro la frode” – del titolo II, relativo alle disposizioni finanziarie, della parte sesta del Trattato dedicata alle “istituzioni” europee; e quella costituita, invece, dagli artt. 82 segg. TFUE, collocati nel più ampio capo 4 riguardante la materia penale del titolo V, dedicato interamente allo “spazio di libertà, sicurezza e giustizia” collocato nella seconda parte del Trattato relativa alle “politiche ed azioni interne” dell'Unione, derivante dal precedente III pilastro dell'Unione europea (il famoso titolo VI, recante lo stesso nome e contenente gli artt. 29 segg. TUE vecchia formulazione). In detto capo 4 si colloca anche l'inedito art. 86 TFUE, introdotto quale base giuridica per istituire la nuova Procura europea, che ricalca in gran parte la formulazione dell'art. 280 *bis*, proposto a suo tempo dalla Commissione in stretta connessione invece con l'art. 280 TCE, trasformato ora nell'attuale art. 325 TFUE e collocato in un diverso capo.

Non si tratta soltanto di differenti formulazioni normative e di diverse collocazioni topografiche, ma anche di correlate radici storiche e strutturali della legittimazione a porre norme penali europee o che comunque vincolino i legislatori penali nazionali.

Certamente, un punto fermo alla luce dell'evoluzione sopra richiamata, è che oggi non può più dubitarsi che le "misure" menzionate dall'art. 325 TFUE comprendano anche quelle penali, essendo stato espressamente abrogato, dal Trattato di Lisbona, l'ultimo periodo del par. 4 dell'originario art. 280 TCE, che sembrava escluderle⁴⁷, mentre per il resto la norma è stata trasfusa con poche modifiche nella nuova.

Da tale genesi, si conferma che trattasi di una *speciale* sfera di competenza (anche) penale, fondata sulla necessità e meritevolezza di (auto)tutela degli interessi finanziari *propri* dell'Unione, quale istituzione, costituenti un bene giuridico *europeo*, autonomo rispetto agli "analoghi" degli Stati membri o altri via via "europeizzati", come riconosciuto fin dal 1989 dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia (cfr. *supra*, par. 2). Il bene giuridico in questione è infatti riconducibile – anche se non riducibile – al "patrimonio" di natura *pubblica* e *sovrana* di cui è istituzionalmente *titolare* l'Unione⁴⁸. E le sue offese sono quindi costituite, oltre che dalle frodi nelle sovvenzioni, cui è riduttivamente titolato il capo contenente la disposizione in esame, anche da molteplici altri delitti, ai quali *espressamente*, anche se genericamente, allude l'art. 325, par. 1 TFUE con la locuzione "altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione": oltre alle corruzioni ed al riciclaggio, già oggetto dei protocolli addizionali alla Convenzione PIF, anche le malversazioni, il peculato, le manipolazioni degli appalti e quanti altri delitti offendano gli interessi finanziari europei, superando l'ambito ristretto di quelli previsti nella proposta di direttiva PIF del 2012 ed in *analogia* invece con i reati che offendono il patrimonio e le finanze delle amministrazioni pubbliche nazionali, da tempo memorabile previsti in tutti gli ordinamenti statali.

Si tratta di un obbligo di protezione penale incombente prima di tutto sull'Unione europea – come aveva già stabilito espressamente, con significativa innovazione rispetto alla formulazione dell'art. 209 A TCE, il disposto letterale dell'art. 280 TCE, in termini pressoché identici a quelli dell'attuale art. 325 TFUE – oltre che sugli Stati membri, come la Corte di Giustizia aveva affermato già sulla base del principio di "leale cooperazione" (cfr. *supra* par. 2). Ha quindi un inequivocabile significato precettivo e vincolante, per l'una e per gli altri, l'utilizzo del modo verbale indicativo, che compare nei cinque paragrafi dell'art. 325 TFUE ("combattono la frode e le altre attività illegali"; "adottano... le stesse misure"; "coordinano l'azione... cooperano..."; "adottano le misure necessarie..."; "La Commissione presenta...").

L'obbligo di garantire una protezione "efficace" ed "equivalente" degli interessi finanziari europei non ha dunque solo una dimensione orizzontale, estesa a tutto il

⁴⁷ Sulla controversa interpretazione di tale clausola (secondo cui le "misure" previste dalla norma "non riguardano l'applicazione del diritto penale nazionale o l'amministrazione della giustizia negli Stati membri") e sul significato della sua soppressione da parte del Trattato di Lisbona (oltre che da quello istitutivo di una Costituzione per l'Europa) cfr. rispettivamente L. PICOTTI, *Potestà penale*, cit., p. 357 s.; L. PICOTTI, *Limiti garantistici delle incriminazioni penali e nuove competenze europee alla luce del Trattato di Lisbona*, in G. GRASSO, L. PICOTTI, R. SICURELLA (cur.), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano 2011, p. 207 s.

⁴⁸ Tale consapevolezza emerge già nel considerando (1) della proposta di direttiva PIF del 2012.

territorio europeo, ma anche una dimensione verticale, e si spinge dunque *all'interno* delle istituzioni e degli organi dell'Unione, come si ricava anche dall'ampia definizione di detti interessi, contenuta nell'art. 2 della proposta di direttiva PIF del 2012⁴⁹. In ogni caso è una competenza che prescinde dal carattere di gravità e transnazionalità dei delitti che li offendono, non nascendo da tali caratteri la necessità di combatterli su basi comuni, bensì dalla qualità ed importanza dei beni giuridici "istituzionali" da tutelare penalmente, in conformità ai principi di sussidiarietà e di proporzionalità "europei", di cui all'art. 5, par. 3 e 4 TUE e relativo protocollo sulla loro applicazione, da integrare con gli specifici requisiti di *extrema ratio* e di proporzione richiesti dalla materia penale⁵⁰.

Il riscontro sistematico della tassatività ed inderogabilità degli obblighi di tutela penale in questo *speciale* ambito di competenze è offerto dalla mancata operatività del meccanismo del c.d. "freno di emergenza", che non è previsto dall'art. 325 TFUE (derivato dal modello del diritto comunitario in cui si collocava l'art. 280 TCE), essendo stato introdotto dal Trattato di Lisbona solo per l'esercizio delle diverse competenze penali di cui agli artt. 82 e segg. TFUE, derivate dal modello del III pilastro. Per queste soltanto è stata codificata l'esigenza di salvaguardare adeguati margini di autonoma valutazione degli Stati membri, rispetto ad interventi nella materia penale che tocchino loro "principi fondamentali", non reputandosi sufficiente la mera interlocuzione dei Parlamenti nazionali sul rispetto del principio di sussidiarietà, nella fase ascendente del processo legislativo, e la competenza degli Stati nell'attuazione delle direttive europee, nella fase discendente.

Dal Trattato sull'Unione si evince del resto che le sfere di competenza penale relative allo "spazio di libertà, sicurezza e giustizia" che l'Unione intende offrire ai suoi cittadini (art. 3, par. 2 TUE) si iscrivono in una prospettiva politica più ampia e meno vincolante, rispetto a quella della tutela degli interessi finanziari europei, essendo finalizzata a realizzare – tramite "misure appropriate", aventi ad oggetto, fra l'altro, nientemeno che la "prevenzione e lotta alla criminalità" – il necessario *pendant* del mercato unico senza frontiere interne, per promuovere la libera circolazione delle persone, oltre che dei servizi, delle merci e dei capitali, e raggiungere gli articolati obiettivi delle "politiche" dell'Unione (cfr. art. 3, par. 3 TUE e Titolo I della menzionata seconda parte TFUE).

La legittimazione sostanziale è dunque ben diversa e la sua realizzazione si proietta negli anni futuri, quale strumento di sviluppo del progetto europeo, che potrà

⁴⁹ Secondo cui "si intendono tutte le entrate e le spese che sono coperte o acquisite oppure dovute in virtù: (a) del bilancio dell'Unione; (b) dei bilanci del istituzioni, organi e organismi stabiliti a norma dei trattati o dei bilanci da questi gestiti e controllati"

⁵⁰ Sull'ampio dibattito concernente i rapporti fra principio sussidiarietà europea e principio di sussidiarietà penale (c.d. *extrema ratio*) basti in questa sede rinviare a M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano 2004, p. 181 s.; volendo cfr. anche L. PICOTTI, *Diritto penale comunitario*, cit., p. 368 s.; più di recente, alla luce del Trattato di Lisbona, nella dottrina europea v. M. VAN DE KERCHOVE, *Le principe de subsidiarité*, in G. GIUDICELLI-DELAGE, C. LAZEREGES (éds.), *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, Paris, 2012, p. 27 s., con ulteriori richiami bibliografici.

essere condizionato da molteplici e differenti fattori, con conseguenti valutazioni e scelte di opportunità e di convenienza politiche, anche quanto a tempi, costi, possibilità concrete di attuazione.

Anziché dalla tassativa situazione di obbligatorietà che si evince dall'art. 325 TFUE, l'esercizio delle competenze penali di cui all'art. 83 TFUE è caratterizzato infatti dalla discrezionalità politica del legislatore europeo, che è sancita dal testo letterale delle formulazioni normative: Parlamento e Consiglio "possono" stabilire "norme minime" mediante direttive, sia per contrastare sfere di criminalità particolarmente grave e transnazionale (art. 83, par. 1, TFUE), sia per garantire "l'attuazione efficace di una politica dell'Unione", se il ricorso anche al diritto penale si riveli "indispensabile", con il solo limite giuridicamente vincolante che si tratti di un "settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione" (art. 83, par. 2 TFUE)⁵¹.

Nondimeno, vi è chi sostiene – specie a livello politico – che la competenza penale a contrastare la frode e le altre attività lesive degli interessi finanziari europei potrebbe trovare base giuridica, in alternativa (od in aggiunta) all'art. 325 TFUE, nel par. 1 od anche nel par. 2 dell'art. 83 TFUE, restando demandata al legislatore l'individuazione di quella più corretta od opportuna. Per cui si richiede un ulteriore approfondimento ermeneutico al riguardo.

4.1.1. Specialità dell'art. 325 TFUE rispetto all'art. 83, par. 1 TFUE.

Quanto ai rapporti fra la base giuridica offerta dall'art. 325 TFUE e quella offerta dal par. 1 dell'art. 83 TFUE, bisogna muovere dal rilievo testuale che la "frode" non solo non è espressamente menzionata fra le sfere di criminalità oggetto della competenza penale prevista da quest'ultima norma, ma ne è anzi stata volutamente espunta, essendo stata presente nel ben più succinto elenco delle sfere di criminalità anteriormente previsto dall'art. 31 TUE (vecchia formulazione), da cui è derivata la norma recepita nel Trattato di Lisbona. La ragione di tale espunzione è da ravvisare nella menzionata *specialità* della competenza penale europea a prevenire e reprimere la frode, che avrebbe già dovuto essere *ab origine* della Comunità, anziché degli strumenti di III pilastro (cfr. *supra* par. 2). Né può sostenersi che la frode rappresenti nella sua essenza una forma di criminalità "grave e transnazionale", da combattere per tale ragione su basi comuni, come è richiesto per le altre sfere di criminalità menzionate dall'art. 83, par. 1 TFUE. Pur potendo manifestarsi come reato sopranazionale, la rilevanza della frode per l'Unione europea (e già prima per la Comunità) dipende, come sopra si è visto, dalla titolarità e dalla natura istituzionale degli specifici interessi (beni giuridici) offesi; tanto che non è meno importante combatterla efficacemente con gli strumenti del diritto penale anche (o forse ancor più) se commessa *all'interno* delle

⁵¹ Sia consentito rinviare per brevità, fra gli interventi in materia, a L. PICOTTI, *Limiti garantistici*, cit., p. 219 s.; criticamente G. GRASSO, *La "competenza penale" dell'Unione Europea nel quadro del Trattato di Lisbona*, in G. GRASSO, L. PICOTTI, R. SICURELLA (cur.), *L'evoluzione*, cit., p. 683 s., in specie 697 s., 706 s.

istituzioni europee, come emerge dal testo e dalla stessa collocazione dell'art. 325 TFUE (che riprende quello dell'art. 280 TCE, riformulato dal Trattato di Amsterdam dopo lo scandalo della Commissione Santer) o se abbia una dimensione meramente "nazionale", come era stato nel caso del c.d. mais greco, oggetto della storica sentenza della Corte di Giustizia del 1989.

In conclusione, l'attuale menzione *soltanto* nell'art. 325 TFUE, e non invece nell'art. 83, par. 1 TFUE, della "frode e delle altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione", nel contesto storico e sistematico richiamato, esprime la chiara volontà del legislatore europeo di dare base giuridica certa e *specificata* alle relative "misure" di contrasto, anche di natura penale, con connotati propri e distinti da quelle che caratterizzano le altre fonti riconducibili al più generale "spazio di libertà, sicurezza e giustizia". Né può ammettersi che il legislatore europeo, nel porre poi fonti di diritto derivato, possa derogare a tali condizioni e vincoli stabiliti dai Trattati.

La conclusione non muta per la corruzione ed il riciclaggio di capitali, delitti che sono invece espressamente menzionati nell'elenco dell'art. 83, par. 1 TFUE, il secondo rappresentando anzi una novità, rispetto al precedente elenco contenuto nell'art. 31 TUE (vecchia formulazione). Anche in tali casi prevale il principio di *specialità* della "materia", per cui se la base giuridica per misure penali europee di contrasto della corruzione e del riciclaggio di capitali *in genere* è costituita dal par. 1 dell'art. 83 cit., quella per misure di contrasto della corruzione e del riciclaggio che portino *specificata* offesa agli interessi finanziari europei va ravvisata nella *speciale* previsione dell'art. 325 TFUE.

Applicando analogo principio si era e va risolta anche la questione concernente alcuni delitti astrattamente rientranti sia nella categoria della "criminalità informatica", inclusa nell'elenco del par. 1 dell'art. 83 TFUE, sia in altri ambiti di criminalità, menzionati dalla medesima norma – come lo stesso riciclaggio, che può essere commesso anche mediante mezzi cibernetici: c.d. *cyberlaundring* – ovvero suscettibili di presentarsi quale oggetto delle competenze penali "accessorie" di cui al par. 2 dell'art. 83 TFUE, come nel caso delle violazioni della proprietà intellettuale su opere digitali diffuse illecitamente in rete⁵². L'esistenza di una base giuridica specifica esclude sempre che si possa applicare quella più generale, che pur astrattamente potrebbe comprenderla, per il principio ermeneutico *lex specialis derogat lege generali*: di conseguenza, la frode "informatica" in sovvenzioni europee, realizzata in rete ed astrattamente riconducibile alla generica sfera della *comune* "criminalità informatica", deve invece continuare ad essere oggetto delle specifiche misure basate sull'art. 325 TFUE, al pari del *cyberlaundring* (e del riciclaggio in genere) che offendano interessi finanziari europei.

⁵² Cfr. L. PICOTTI, *La nozione di «criminalità informatica» e la sua rilevanza per le competenze penali europee*, in *Riv. trim. dir.pen. econ.*, 2011, n. 4, p. 828 s.

4.1.2 Specialità dell'art. 325 TFUE rispetto all'art. 83, par. 2 TFUE.

Altrettanto chiara è la specialità della base giuridica di cui all'art. 325 TFUE rispetto a quella prevista dal par. 2 dell'art. 83 TFUE, che fonda le c.d. competenze penali "accessorie" dell'Unione europea.

Oltre ai rilievi sopra svolti, circa la diversità di funzioni e di legittimazione sostanziale delle competenze penali europee dirette a prevenire e reprimere la frode e gli altri reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, rispetto a quelle riconducibili allo "spazio di libertà, sicurezza e giustizia", si deve sottolineare la discrezionalità politica ancor più ampia che caratterizza la competenza in esame, legata ad una valutazione di "indispensabilità" della tutela penale per rafforzare il raggiungimento dei risultati perseguiti dalle politiche europee, che si manifesta con locuzioni analoghe ("norme *minime*...[di ravvicinamento] ... *possono* essere stabilite mediante direttive") a quelle che compaiono nel par. 1, ma *senza* la delimitazione tassativa delle sfere di criminalità rispetto a cui può essere esercitata detta competenza. Ai sensi dell'art. 83, par. 3 TFUE, è consentito anche in questi casi il ricorso degli Stati al meccanismo del freno di emergenza, non previsto invece dall'art. 325 TFUE. Per cui la base giuridica stabilita per le competenze penali "accessorie" appare incompatibile con l'obbligatorietà precettiva delle "misure" anche penali cui sui riferisce quest'ultima norma.

Si deve aggiungere che l'unico requisito tassativo, stabilito dal secondo periodo del par. 2 dell'art. 83 TFUE, è che le "norme minime" europee in materia penale riguardino un settore oggetto di misure di armonizzazione: requisito facilmente accertabile, verificando se *de jure condito* vi siano già stati interventi europei in materia, con l'effetto che in ipotesi affermativa le direttive penali "sono adottate con la stessa procedura legislativa ordinaria o speciale utilizzata per l'adozione delle misure di armonizzazione in questione", a conferma dello stretto legame di "accessorietà" che le legittima.

Tale limite normativo non può però essere confuso con, né tantomeno sostituire il presupposto dell'"indispensabilità" delle misure penali quale *strumento* diretto a "garantire l'efficace *attuazione* di una politica dell'Unione". Altrimenti, in qualsiasi settore in cui vi siano "misure di armonizzazione" sorgerebbe *ipso iure* anche una competenza penale europea, in palese violazione della volontà legislativa e dell'origine stessa di tale competenza, riconosciuta in termini eccezionali e restrittivi dalla pur innovativa giurisprudenza della Corte di Giustizia nelle due sentenze del 2005 e del 2007 sopra esaminate (cfr. par. 2)⁵³.

⁵³ Sugli stringenti requisiti che deve avere l'esercizio di detta competenza penale accessoria dell'Unione, per non violare principi costituzionali fondamentali, si veda l'articolata sentenza della Corte costituzionale tedesca del 2009 ([Bundesverfassungsgericht, 30 giugno 2009 – 2 BvR 1010/2008 etc.](#), in specie par. 419; in lingua italiana, per un ampio resoconto e commento, cfr. M. BÖSE, *La sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona e il suo significato per la europeizzazione del diritto penale*, in *Criminalia*, 2009, p. 267 s.).

Nel caso della lotta alle frodi e ad altri reati lesivi degli interessi finanziari europei sarebbe dunque errato sostenere che, essendovi stati interventi di armonizzazione sia di I pilastro (contro le “irregolarità” in materia di sovvenzioni comunitarie oggetto di sanzioni amministrative: cfr. *supra*, par. 2.1. e nota 11), sia di III pilastro, mediante gli strumenti PIF degli anni '90 (cfr. *supra* par. 2), il ricorso allo strumento penale sarebbe sol per questo da ricondurre alla base giuridica dell'art. 83, par. 2 TFUE.

Le predette fonti di diritto derivato non possono essere considerate una disciplina di *attuazione* di una “politica” dell'Unione europea (in conformità alle previsioni contenute, in particolare, nella seconda parte del Trattato sul suo funzionamento), alla quale sia “accessorio” il ricorso discrezionale al diritto penale – pur inteso in senso lato, fino a ricomprendere anche le misure sanzionatorie punitive di natura non penale – dato che le sanzioni in questione, penali e non, rappresentano piuttosto l'*oggetto* esclusivo di quelle fonti, come emerge dal citato regolamento CE ed Euratom del 1995, che disciplina le sanzioni amministrative usate quale strumento contro le “irregolarità” nelle sovvenzioni, o dalla Convenzione PIF del 1995 e dai relativi protocolli addizionali, in cui la sanzione penale è lo specifico strumento da introdurre negli Stati membri per *contrastare* la frode e le altre attività *illegali* che ledono gli interessi finanziari europei. Dunque è anche logicamente inconcepibile un legame di “accessorietà” fra dette sanzioni ed una *politica* dell'Unione, diversa od antecedente rispetto a quella *sanzionatoria* attuata per l'appunto con detti strumenti.

Si considerino *a contrario* le ipotesi oggetto delle sentenze della Corte di Giustizia europea del 2005 e del 2007, concernenti la disciplina dell'ambiente e dei trasporti marittimi, che hanno aperto la strada alle prime direttive relative all'uso del diritto penale in funzione “accessoria”: esse si configurano effettivamente quali “strumenti” accessori utili a *rafforzare* l'efficacia dei precetti e delle regole extrapenali emanate in dette materie, sulla base degli artt. 175 e 80 TCE (all'epoca vigenti)⁵⁴. Un analogo rapporto di accessorietà si configura, altresì, rispetto alla disciplina dell'impiego di lavoratori stranieri, dei mercati finanziari o della proprietà intellettuale, per cui sono già state introdotte (anche sulla base dei precedenti trattati) o si stanno per introdurre (*ex art. 83, par.2 TFUE*) direttive contenenti sanzioni penali, per garantire l'efficace “attuazione” delle politiche europee nelle predette materie⁵⁵.

⁵⁴ Cfr. le citate Direttiva 2008/99/ CE e 2009/123/CE, che esplicitamente sanzionano le violazioni di precetti e regole poste da diversi strumenti di diritto derivato nelle rispettive materie.

⁵⁵ Si veda già prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona la direttiva 2009/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 giugno 2009 , che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, emanata ai sensi dell'art. 63, par. 2, lett. B) TCE; nonché la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa alle misure e alle procedure volte ad assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, presentata dalla Commissione il 30.1.2003 COM(2003) 46 definitivo – 2003/0024 (COD), oggetto di incisivi emendamenti da parte del Parlamento europeo nell'aprile 2006, volti specificamente ad introdurre sanzioni anche penali per la violazione delle regole in materia; mentre si basa esplicitamente sull'art. 83, par. 2 TFUE la proposta di direttiva contenente sanzioni penali contro l'*insider*

Per la lotta alla frode ed alle altre attività illegali ad essa connesse, la base giuridica della politica penale dell'Unione è dunque quella dell'art. 325 TFUE, che prevede espressamente una *specificata* competenza (anche) penale europea. Per cui sarebbe illogico, oltre che in contraddizione con il principio di specialità, ricorrere altresì all'art. 83, par. 2 TFUE e qualificare come "accessoria" una competenza penale invece autonoma e diretta dell'Unione, con l'effetto di indebolirne il carattere precettivo, di circoscrivere alle direttive le fonti di diritto derivato utilizzabili, di consentire l'operatività del freno d'emergenza, non previsto dall'art. 325 TFUE.

4.2. I rapporti fra art. 325 TFUE ed art. 86 TFUE: nessi fra l'istituzione della Procura europea e la "definizione" dei reati oggetto della sua competenza.

Occorre a questo punto considerare l'aspetto più nuovo della tematica in esame: quello dei nessi "bilaterali" fra l'art. 325 e l'art. 86 TFUE, suscettibili di lettura da prospettive diverse.

L'elemento testuale e funzionale che li accomuna è il fine di "*combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione*", espresso nell'art. 86, par. 1 TFUE quasi negli stessi termini di cui all'art. 325 TFUE ("*L'Unione e gli Stati membri combattono contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione*": così il par. 1; ma in termini analoghi cfr. anche i suoi parr. 2 e 4; corsivi aggiunti).

L'art. 86 TFUE si colloca però, come detto, nello "spazio di libertà, sicurezza e giustizia" e prevede, quindi, la mera "*possibilità*" di istituire la Procura europea, lasciando all'Unione quella discrezionalità politico-legislativa che caratterizza tale ambito. Si aggiunga che se la sua istituzione è vincolata alla menzionata finalità di "*combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione*", è però espressamente prevista la possibilità di estenderne i compiti anche al contrasto della "*criminalità grave che presenta una dimensione transnazionale*" (art. 86, par. 4 TFUE), con un chiaro rimando alle sfere oggetto della competenza penale di cui all'art. 83, par. 1 TFUE. Il che significa che la Procura europea non è vincolata ad indagare ed agire *soltanto* con riferimento ai reati di cui all'art. 325 TFUE, e si giustifica dunque sotto questo profilo la collocazione sistematica della sua base giuridica nel citato capo 4 del titolo dedicato allo "spazio di libertà, sicurezza e giustizia".

L'istituenda Procura europea si configura in definitiva come uno "strumento" speciale e privilegiato, ma non "necessario" né esclusivo, per l'adempimento dei doveri di protezione degli interessi finanziari incombenti sull'Unione e sugli Stati membri, di cui all'art. 325 TFUE, partecipando per il resto al più ampio progetto politico dello "spazio di libertà, sicurezza e giustizia" richiamato dal Trattato sull'Unione.

Resta allora da stabilire se i regolamenti, che l'art. 86 TFUE indica come le fonti cui *necessariamente* ricorrere in questa ipotesi, rientrano fra le "*misure*" anche di diritto

dealing e le manipolazioni del mercato, presentata dalla Commissione europea in data 25.7.2012 COM (2012) 420 final.

penale sostanziale, che devono essere adottate ai sensi del menzionato art. 325 TFUE, visto che quest'ultima norma non vincola ad intervenire mediante direttive (a differenza di quanto stabilito dagli artt. 82 ed 83 TFUE). Per cui anche le fonti di diritto derivato, cui compete la "definizione dei reati" oggetto della sua competenza, non potrebbero essere le direttive di cui agli artt. 82 ed 83 TFUE, bensì i regolamenti, da approvare all'unanimità, secondo la procedura legislativa speciale di cui all'art. 86, parr. 1, 2 e 3 TFUE.

4.2.1. La prospettiva della Commissione europea.

La Commissione europea, nella citata proposta di regolamento EPPO del 2013, richiama il *solo* art. 86 TFUE quale base giuridica della fonte di diritto derivato con cui essa è istituita e disciplinata, mentre l'art. 325 TFUE è considerato – nella Relazione d'accompagnamento – quale *distinta ed autonoma* base giuridica per stabilire le "misure" di diritto penale sostanziale, che verrebbero definite dalla proposta di direttiva PIF del 2012 (sopra esaminata al par. 3), alla quale il regolamento proposto fa espresso rinvio.

Nella medesima Relazione si sottolinea che l'art. 2, lett. b) della proposta di Regolamento EPPO rinvia espressamente, per la "definizione" dei "reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione" a quelli "previsti dalla Direttiva" oggetto della proposta menzionata, "come attuata dal diritto nazionale"⁵⁶ e che l'istituzione della Procura "completerebbe" il quadro degli strumenti di protezione degli interessi finanziari europei da essa già previsti. Negli stessi termini l'art. 12 della proposta di Regolamento EPPO determina l'oggetto della competenza "diretta"⁵⁷ della Procura europea, costituita per l'appunto dai "reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione", *quali* stabiliti dal diritto *nazionale* che attua la menzionata direttiva PIF del 2012.

4.2.2. Critica della prospettiva scelta dalla Commissione europea.

Alla luce delle acquisizioni sopra raggiunte, la posizione della Commissione europea sui rapporti fra art. 325 ed art. 86 TFUE si presta a molteplici rilievi critici.

Innanzitutto, riconduce l'intervento di armonizzazione dei reati e delle sanzioni che ledono gli interessi finanziari europei – non troppo diverso nel *contenuto* rispetto agli strumenti PIF degli anni '90: cfr. *supra*, par. 3 – ad una prospettiva che, anche per il tipo di fonte prescelta, la direttiva, si sovrappone a quelle proprie dello "spazio di libertà, sicurezza e giustizia", nel cui ambito si collocano i ben diversi interventi basati

⁵⁶ Proposal for a Council Regulation EPPO, 17.7.2013 COM (2013) 534 final, *Explanatory memorandum*, p. 1 e nota 1.

⁵⁷ È infatti prevista, dal successivo art. 13, anche una competenza "ancillare" per i "reati connessi" a quelli richiamati dall'art. 12: cfr. al riguardo l'*Explanatory memorandum*, cit., p. 6.

sull'art. 83 TFUE, anziché sulle specifiche previsioni dell'art. 325 TFUE. Di questa diversa base giuridica è così offuscata la *specialità* e *portata*. Tanto più che la Commissione, nella sua Relazione di accompagnamento alla proposta di direttiva PIF del 2012, non si sbilancia neppure sull'operatività o meno del meccanismo del "freno d'emergenza", i cui presupposti sembrano semplicemente esclusi in concreto nei suoi "considerando" sub 20 (che afferma il rispetto dei diritti fondamentali) e sub 22 (che afferma che essa "non pregiudica le norme e i principi generali di diritto penale nazionale relativi all'applicazione e all'esecuzione delle pene").

Sullo speculare "versante" dell'art. 86 TFUE, poi, sono offuscate ed anzi disconosciute le potenzialità innovative della *speciale* base giuridica prevista per l'istituzione della Procura europea: al punto che la sua istituzione viene presentata quale semplice "completamento" del quadro degli strumenti esistenti o già oggetto della proposta di direttiva PIF del 2012, con palese rovesciamento dell'importanza, da un alto, e vincolatività, dall'altro, dei due strumenti.

L'art. 86 TFUE, infatti, va ben oltre la prospettiva delle competenze derivanti dalle previsioni del III pilastro, orientate alla cooperazione giudiziaria ed al mutuo riconoscimento dei provvedimenti nazionali ed ampiamente sperimentate, con tutti i loro limiti, negli anni passati, ed in certa misura filtrate, con le debite novelle, negli artt. 82 segg. TFUE.

Piuttosto – riprendendo indicazioni risalenti alla proposta della Commissione del 2000, che intendeva inserire un nuovo art. 280 *bis* nel Trattato comunitario, ribadita nel *Libro verde* del 2001, dalla cui riformulazione è derivato l'art. III-274 del Trattato istitutivo di una Costituzione per l'Europa del 2004, antecedente diretto dell'art. 86 TFUE – la base giuridica creata *ex novo* per realizzare la Procura europea, quale inedita istituzione dell'Unione prefigurata dal *Corpus Juris* per combattere i reati che ledono gli interessi finanziari europei⁵⁸, deve *garantire* la necessaria correlazione fra la centralità ed unicità del nuovo organo e la disciplina sostanziale dei reati oggetto della sua azione. Garanzia che è offerta proprio dalla qualità della *fonte* di diritto derivato all'uopo prescelta, costituita dai regolamenti, i quali evitano la frammentazione e l'incertezza sugli effettivi contenuti e tempi d'attuazione da parte dei singoli Stati membri e che logicamente deve estendersi alla "definizione" dei reati su cui esercita la propria competenza⁵⁹.

Appare, dunque, inadeguata la proposta di regolamento EPPO del 2013, laddove affida invece all'*attuazione* che daranno gli Stati membri della (proposta di) direttiva PIF del 2012 ("*as implemented*"), il compito fondamentale di "definire" i reati oggetto della competenza e dunque dell'effettiva azione della Procura europea, riassorbendo in schemi acquisiti (con le debolezze sperimentate) il *novum* che invece è stato recepito nella base giuridica dell'art. 86 TFUE.

⁵⁸ Sulla pacifica derivazione della Procura europea da "una delle più significative proposte contenute nel progetto *Corpus Juris*" cfr. per tutti G. GRASSO, *La "competenza penale"*, cit., p. 713.

⁵⁹ In tal senso cfr. già L. PICOTTI, *Diritto penale comunitario*, cit., p. 367 s.

Il risultato è la *separazione* dualistica fra gli strumenti d'intervento nel medesimo settore, ricondotti a basi e fonti giuridiche impropriamente tenute *distinte*: il regolamento, per l'istituzione della Procura e le norme di carattere processuale (*ex art. 86 TFUE*), la direttiva per le norme di diritto penale sostanziale ed, in particolare, per la definizione dei reati e delle sanzioni (*ex art. 325 TFUE*).

La tecnica e "cultura" del c.d. doppio testo sembra così riaffiorare ancora una volta, sotto nuove spoglie, quale fiume carsico che continuamente riemerge nello sviluppo del diritto penale europeo, per una debolezza della volontà politica di utilizzare tutte le potenzialità innovative del Trattato. Paradossalmente sopravvive all'abolizione del III pilastro una prospettiva di cooperazione mediante *affidamento* alle risorse penali degli Stati membri, di cui occorrerebbe solo "ravvicinare" o "raccordare" le disposizioni interne tramite direttiva, proprio laddove il Trattato – ed i precedenti da cui si è sviluppato – per superare le difficoltà e lacune di tutela emerse nel passato richiedono un *unitario* contesto normativo di diritto penale *processuale* e *sostanziale*, adeguato alla *novità* dell'*unica* Procura europea, competente ad indagare ed esercitare l'azione penale non solo sull'*intero territorio* e spazio giuridico dell'Unione, ma anche *all'interno* delle sue istituzioni, senza che la relativa disciplina debba dipendere dall'attuazione (più o meno disomogenea e tempestiva) che ne diano gli Stati membri.

5. Conclusioni: regolamento e non direttiva quale fonte di "definizione" dei reati oggetto della competenza della Procura europea in forza della base giuridica costituita dal combinato disposto dell'art. 325 e dell'art. 86 TFUE.

Tirando le fila dell'indagine svolta, si deve muovere dalla logica considerazione, che una volta imboccata la strada (in sé non obbligata) dell'istituzione della Procura europea, ai sensi dell'art. 86 TFUE, è giuridicamente oltre politicamente conseguente "integrare" tale base giuridica con quella *precettiva* e *speciale* dell'art. 325 TFUE, anziché relegare quest'ultima ad una funzione separata, che si esaurirebbe in un autonomo, e nel caso di specie addirittura "antecedente" e più debole intervento di mero "ravvicinamento" dei reati e delle sanzioni in materia.

La doverosa lettura sistematica e teleologica delle due norme del Trattato porta a considerare ed applicarle unitariamente, quale "combinato disposto" costituente in definitiva un'unica articolata base giuridica, in conformità alla loro origine storica e soprattutto alla *ratio legis* comune di perseguire più efficacemente la finalità da *entrambe* perseguita: di proteggere penalmente gli interessi finanziari europei.

Da un lato, quindi, è dall'art 325 TFUE che si devono ricavare gli *standard* delle "misure" che devono essere adottate, che vanno oltre le "norme minime" di ravvicinamento di cui all'art. 83 TFUE, per assicurare che la tutela penale degli interessi finanziari europei sia non solo "dissuasiva" ed "efficace", ma anche "equivalente" *in tutto* il territorio dell'Unione, e quindi in tutti i suoi Stati membri, oltre che *all'interno* delle sue istituzioni.

Dall'altro, è dall'art. 86, par. 2 TFUE, che – se istituisce la Procura europea – deve ricavarsi il tipo di fonte di diritto derivato da adottare (rispetto a cui l'art. 325

TFUE è invece neutrale), da ravvisare nel regolamento, od in uno dei regolamenti emanati ai sensi di tale norma, e precisamente quello – o concomitante a quello – che istituisce la Procura europea. È tale regolamento che deve “definire” fin da subito ed in termini unitari i reati oggetto della sua specifica competenza, non potendo questo compito essenziale essere demandato ad una separata direttiva, suscettibile di attuazione differenziata nei diversi Stati membri, sia quanto a contenuti concreti, sia quanto a tempi di effettiva implementazione.

La scelta del regolamento, fondata sull’art. 86, par. 2 TFUE, è insomma intranea, e non certo estranea al contenuto e alle finalità dell’art. 325 TFUE, le cui “misure” – non predeterminate quanto a tipologia – devono essere quelle più idonee e coerenti con il fine di combattere la frode e gli altri reati lesivi degli interessi finanziari europei in modo efficace ed equivalente negli Stati membri.

D'altronde, la mancata menzione del meccanismo del “freno d'emergenza” in tale norma ultima è compensata dal fatto che esso è reso superfluo dalla procedura legislativa speciale che richiede l’approvazione all’unanimità del regolamento stesso e tutela dunque la posizione di Stati anche semplicemente dissenzienti su un intervento così incisivo sul diritto penale di ciascuno, oltre che dell’Unione: ferma restando, in difetto di approvazione, la facoltà di procedere a cooperazione rafforzata fra almeno nove Stati membri (art. 86, par. 1, in specie ultimo comma TFUE).

Né può sostenersi che la sintetica locuzione contenuta nel par. 2 dell’art. 86 TFUE, che per indicare l’ambito di competenza della Procura europea richiama la “definizione” dei reati contenuta nel suo regolamento istitutivo (“reati che ledono gli interessi finanziari europei, *quali definiti* dal regolamento di cui al paragrafo 1”), non sia sufficiente a interpretarla quale base giuridica di un regolamento che contenga disposizioni di diritto penale sostanziale. Da un lato, infatti, essa deve combinarsi con gli obblighi precettivi di protezione da prendere con le “misure” menzionate dall’art. 325 TFUE, dall’altro la sua interpretazione letterale – nel significato “fatto palese dalle parole, secondo la connessione di queste”, come proclama l’art. 11 Disp. Prel. Cod. civ. sull’interpretazione della legge in generale, che sintetizza principi pacifici dell’ermeneutica giuridica – porta a concludere che un’unitaria fonte *regolamentare* (non certo una distinta direttiva) deve stabilire di quali reati si tratta e quali ne sono gli elementi costitutivi.

Certamente dall’analisi grammaticale, sintattica e logica della frase non si può ritenere invece che il participio passato “definiti” si riferisca, anziché ai “reati”, agli “interessi finanziari”, come è stato sostenuto da qualche autore, basandosi sul fragile argomento di talune versioni ambigue od erranee della norma in altre lingue, pur se parimenti ufficiali per il diritto dell’Unione⁶⁰.

Solo per “i reati” ha senso infatti che il regolamento istitutivo della Procura europea fornisca la relativa “definizione” normativa, essendo solo con riferimento ad

⁶⁰ C. SOTIS, *Il trattato di Lisbona e le competenze penali dell’Unione Europea*, in *Cass. Pen.*, 2010, p. 1163 s.; in termini non dissimili G. GRASSO, *La “competenza penale”*, cit., p. 717, che ravvisa un’ambiguità normativa sul punto e vi contrappone la più chiara ed esplicita previsione dell’art. 280 *bis* proposto a suo tempo dalla Commissione (cfr. *supra* par. 3 e nota seguente).

essi, alla loro configurazione ed estensione che si può ravvisare un collegamento logico e funzionale con la determinazione dell'oggetto della competenza della Procura, che deve svolgere le indagini per accertarne i responsabili e rinviare eventualmente a giudizio gli autori ed i complici.

Connessione logicamente insussistente con i semplici "interessi finanziari", che in quanto tali non sono neppure un concetto in sé penalistico, di cui si ravvisi la necessità che siano "definiti" addirittura da un regolamento prescritto dal Trattato, come la stessa Commissione europea del resto riconosce, nel momento in cui colloca la relativa definizione nell'art. 2 della proposta di direttiva PIF del 2012.

È vero che nella proposta della Commissione europea presentata in vista della Conferenza intergovernativa di Nizza del 2000, per introdurre la base giuridica necessaria alla creazione della Procura europea, il nuovo art. 280 *bis* – da introdurre nel Trattato di Roma – esplicitamente stabiliva (al par. 3, lett. a) che il Consiglio avrebbe emanato "regole contenenti gli elementi costitutivi della frode e di ogni altro reato lesivo degli interessi finanziari della Comunità, come pure le pene previste per ciascun reato"⁶¹. Ma mentre, da un lato, tale precedente legislativo conferma l'esigenza logica e sistematica che l'istituzione della Procura europea si accompagni ad una *contestuale* previsione di norme di diritto penale sostanziale, che definiscano unitariamente – con regolamento – le fattispecie dei reati (e le relative pene), in quanto sono l'oggetto delle investigazioni e dell'azione penale della Procura stessa, dall'altro la maggior sinteticità della nuova norma oggi vigente non esclude affatto la *voluntas legis* di demandare al regolamento istitutivo della Procura il compito di definire contestualmente, in termini unitari per tutto l'ambito in cui si esercita la sua competenza, quali siano i reati che ledono gli interessi finanziari europei, e dunque necessariamente anche i relativi elementi costitutivi, salva una maggior elasticità per quanto riguarda i profili sanzionatori.

Come ricorda la Relazione della Commissione europea alla proposta di Direttiva PIF del 2012, l'attuazione degli strumenti PIF negli Stati membri ha dato risultati assolutamente insoddisfacenti, specie sotto il profilo dell'armonizzazione e prassi sanzionatoria⁶². Per cui è logico che si debba oggi ricorrere ad uno strumento ben più incisivo, che garantisca effettivamente, in una cornice di contestualità temporale, l'"equivalenza" della tutela penale mediante norme incriminatrici comuni e sanzioni omogenee da applicare, come è imposto dall'art. 325 TFUE ed è essenziale per un corretto ed "efficace" funzionamento della stessa Procura europea.

⁶¹ Il testo della proposta della Commissione, formulata nel "Contributo complementare" in data 29 settembre 2000 (608) intitolato: "La protection des interets financières communautaires: le Procureur européen" si legge in appendice alla [relazione di sintesi sul Libro verde in data 11.12.2001 COM\(2001\) 705 final \(disponibile sul sito dell'OLAF\)](#).

⁶² Cfr. l'eloquente Tabella a p. 2 e 3 della motivazione della proposta, in cui si evidenziano le disarmonierilevate fra gli Stati membri, per quanto attiene ai profili sanzionatori; ed i precedenti rapporti della Commissione sull'attuazione degli strumenti PIF in data 25.10.2004 COM (2004) 709 final e 14.2.2008 COM (2008) 77 final, già citati.

Necessità che nasce anche dal fatto che nel Trattato la categoria dei reati oggetto della sua competenza è più ampia delle sole frodi ed è individuata tramite il requisito elastico che siano offensivi del bene giuridico “interessi finanziari dell’Unione”: per cui è indispensabile una chiara ed univoca specificazione normativa da parte della fonte derivata, fin dal momento in cui la Procura europea comincia ad operare.

A differenza delle direttive di cui all’art. 83, parr.1 e 2 TFUE, il regolamento in questione non si deve limitare a stabilire “norme minime”, lasciando cioè agli Stati ampi spazi interpretativi in sede di attuazione, ma deve “definire” compiutamente gli elementi costitutivi dei reati che pone ad oggetto della competenza della Procura europea⁶³.

Non si può invece sostenere, allo stato, che la competenza penale europea si estenda anche alla parte generale, che non è espressamente prevista, se non per quanto sia *implicitamente* desumibile da un criterio di “necessità” o, meglio, sussidiarietà e proporzionalità *ex art. 5, par. 3 TUE*. Essa non appare (oggi) neppure opportuna, sia politicamente che sistematicamente, perché l’ipotetica parte generale valida per il diritto penale europeo posto a tutela degli interessi finanziari dell’Unione dovrebbe poi convivere con le parti generali dei singoli codici nazionali, valide per tutti gli altri settori e reati: il che appare ancor meno praticabile della stessa mancata armonizzazione di parte generale. Piuttosto deve concepirsi una disciplina europea di *singoli* istituti (come ad es. in tema di responsabilità delle persone giuridiche, oltre che di prescrizione, che del resto già emerge dalla proposta di direttiva PIF del 2012), in quanto strettamente *connessi* alle specifiche tipologie di reato che rientrano nella competenza della Procura europea ed indispensabili per raggiungere uno *standard* accettabile di effettività ed equivalenza. Esemplificando, se è da escludere un intervento europeo sulla disciplina della partecipazione e del concorso di persone nel reato, nulla esclude che si delineino singolarmente alcuni specifici requisiti per la punibilità a titolo di tentativo di uno o più reati rientranti nella competenza della Procura europea, fissandosene la soglia di rilevanza penale.

Parimenti, il regolamento in questione non dovrà determinare nel dettaglio la tipologia e la quantità delle *sanzioni* da applicare a ciascun reato, ma non si può ritenere che non sia di per sé legittimato a farlo, sol perché il tenore letterale dell’art. 86, par. 2 TFUE si limita a prevedere la “definizione dei reati”, non anche delle sanzioni.

Bisogna infatti considerare che l’art. 325 TFUE, con cui va “combinato”, richiede uno *standard* di protezione “efficace”, “dissuasiva” ed “equivalente” in tutta l’Unione europea e che nella nozione stessa di reato è implicito il richiamo alla sanzione che lo caratterizza e che garantisce il livello di protezione perseguito. Dunque, ferme le maggiori difficoltà di natura sia tecnica, che politica, insite in ogni intervento diretto ad “armonizzare” la tipologia ed i livelli delle sanzioni penali (cfr. sopra par. 2 e 3), rispetto alla più semplice “unificazione” delle fattispecie incriminatrici, non si deve escludere che il regolamento fissi parametri edittali minimi e massimi delle pene da

⁶³ In tal senso anche G. GRASSO, *La “competenza penale”*, cit., p. 719.

applicare, quantomeno con riferimento a soglie che abbiano rilievo per le misure investigative e cautelari durante le indagini⁶⁴.

Come già detto, pur non essendo previsto dall'art. 325 TFUE il meccanismo del freno di emergenza, stante l'unanimità richiesta dall'art. 86 TFUE per l'approvazione dei relativi regolamenti, ovviamente anche di diritto penale sostanziale, è comunque salvaguardata l'autonomia dei singoli Stati, che potrebbero non partecipare all'istituzione della Procura europea e all'applicazione delle fattispecie in esame. Ma questi Stati – e la stessa Unione – non sarebbero esonerati dall'obbligo di garantire uno standard di protezione vincolante ai sensi dell'art. 325 TFUE: per cui incomberà loro una difficile dimostrazione, per non incorrere in procedure d'infrazione, di aver adempiuto a detto obbligo anche senza aver aderito alla proposta promossa dall'Unione europea né alla cooperazione rafforzata “speciale” prevista dall'art. 86, par. 1 TFUE. Ed è evidente la maggior forza di pressione politica che il richiamo all'art. 325, oltre che all'art. 86 TFUE, quale base giuridica della Procura europea, può dunque avere nello spingere gli Stati a sostenerla.

Sia giuridicamente, che politicamente, appare in ogni caso più accettabile che emerga un'eventuale differenziazione nella posizione degli Stati, quanto alla scelta di aderire all'istituzione della Procura europea, quale strumento di protezione degli interessi finanziari dell'Unione, comunque conforme alla scelta del Trattato di un'Europa “a più velocità”, piuttosto che si manifestino discrasie e debolezze interne al “sistema” delineato dall'istituzione della Procura europea, che richiede un grado di unificazione – seppur settoriale – del diritto penale sostanziale *corrispondente* a quello che si stabilisce sul piano processuale.

Il modello che emerge dal combinato disposto degli artt. 325 e 86 TFUE è infatti di un “microsistema” di diritto penale europeo (sostanziale e processuale), che appare indispensabile per l'efficace funzionamento della Procura anche all'interno delle istituzioni e degli organi dell'Unione, distaccandosi dal modello del mero “ravvicinamento” legislativo funzionale alla cooperazione giudiziaria in materia penale, cui ancora per molti aspetti si orienta invece lo “spazio di libertà, sicurezza e giustizia”.

Di questa alternativa di modelli erano ben consapevoli gli autori del progetto *Corpus Juris*⁶⁵: e tale consapevolezza deve ancora orientare le scelte che ci attendono, abbandonando definitivamente la tecnica e “cultura” del c.d. doppio testo.

⁶⁴ Si consideri in argomento la posizione di C. SOTIS, *Le novità in tema di diritto penale europeo*, in P. BILANCIA, M. D'AMICO (cur.), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano 2009, p. 145 s., 161, che suggerisce “standard di riferimento” delle sanzioni anche molto puntuali, pur senza che giungano a fissare compiuti limiti edittali.

⁶⁵ Cfr. per tutti M. DELMAS-MARTY., *Nécessité, légitimité et faisabilité du Corpus Juris* [*Necessity, legitimacy and feasibility of the Corpus Juris*], in M. DELMAS-MARTY, J.A.E. VERVAELE (éds.), *The implementation*, cit., p. 11 s.