

IL DIRITTO PENALE APPLICABILE DALLA PROCURA EUROPEA: DIRITTO PENALE SOVRANNAZIONALE O DIRITTO NAZIONALE 'ARMONIZZATO'? LE QUESTIONI IN GIOCO

di Rosaria Sicurella

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La base giuridica del diritto penale applicabile dalla Procura europea: unificazione *v.* armonizzazione. – 3. (*Segue*). Il percorso tracciato dalle proposte normative attualmente in discussione. – 4. L'ambito materiale di competenza della Procura europea: ovvero i "fatti" criminosi costituenti "reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione". – 5. Verso una parte generale del diritto penale europeo? – 6. Prospettive e criticità di un possibile codice penale europeo. – 7. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

Dal 1995 ad oggi, dal momento cioè della sua prima 'apparizione' nel "*Corpus juris* contenente norme penali per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione"¹, il progetto dell'istituzione di una Procura europea ha registrato un'evoluzione che pochi avrebbero potuto prevedere, passando, in poco meno di un ventennio, dalla dimensione astratta e teorica di uno studio accademico alla realtà normativa delle disposizioni dei trattati – a seguito della relativa istituzionalizzazione all'art. 86 TFUE – e, con l'avvenuta adozione, il 17 luglio 2013, della proposta di regolamento istitutivo², financo alla concretezza dell'inizio dell'iter normativo dell'atto previsto dal trattato per la relativa attuazione.

Sebbene non possano in alcun modo essere taciute o sottovalutate le difficoltà con cui il negoziato sul testo proposto è destinato a scontrarsi – e che conducono anzi a considerare l'effettiva istituzione di un tale organo un esito tutt'altro che scontato –, è tuttavia innegabile la spinta propulsiva che una tale proposta è destinata ad esercitare

¹ "*Corpus Juris*" portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne, a cura di M. DELMAS-MARTY, Parigi, 1997 (per la traduzione italiana, cfr. *Verso uno spazio giudiziario europeo. Corpus Juris contenente disposizioni penali per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea*, Milano, 1997). Per la seconda (e ultima) versione del suddetto documento (il c.d. *Corpus juris 2000*), cfr. *La mise en œuvre du Corpus Juris dans les Etats membres*, a cura di M. DELMAS-MARTY – J.A.E. VERVAELE, Antwerpen-Groningen-Oxford, 2000, vol. I (per la traduzione italiana, cfr. *Corpus juris 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, a cura di G. GRASSO – R. SICURELLA, Milano, 2003, p. 195 ss.).

² [Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea, COM\(2013\) 534 final, Bruxelles, 17 luglio 2013](#), in questa *Rivista*, 18 luglio 2013.

rispetto alla realizzazione dell'obiettivo dell'approfondimento dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia di cui la creazione di una Procura europea rappresenta una componente di assoluto rilievo e di indiscutibile impatto sull'assetto complessivo dell'ordinamento europeo. L'adozione della proposta di regolamento istitutivo di un tale organo – cioè di un'autorità inquirente propriamente sovranazionale, titolare dell'azione pubblica a tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea da esercitarsi dinnanzi alle giurisdizioni nazionali di volta in volta competenti, e alla quale vengono attribuiti penetranti poteri di indagine i cui effetti si esplicano su tutto il territorio dell'Unione, a tal fine considerato quale "unico spazio giuridico" – segna infatti l'inizio di una nuova fase nella progressiva attuazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia che muove nella direzione di un netto distacco dal modello (ancora oggi predominante) della cooperazione verso l'attuazione di forme sempre più pregnanti di integrazione³.

Laddove tuttavia si guardi ai contenuti normativi ricondotti alla prevista istituzione di una Procura europea dalle disposizioni del trattato – e oggi anche dal testo della proposta di regolamento – appare chiara la radicale differenza di impianto rispetto all'originaria configurazione di una tale istituzione: da un *modello* che potrebbe definirsi 'sistemico' proposto nel *Corpus juris* si è passati ad un *modello* (pressochè esclusivamente) 'istituzionale' che vede le disposizioni introdotte a livello sovranazionale essenzialmente limitate alla definizione dello status giuridico del nuovo organo e all'esercizio dei relativi poteri di indagine. Più precisamente, l'articolato normativo proposto nel *Corpus juris* ha quale suo scopo la creazione di un 'sistema' di tutela delle finanze europee di cui l'istituzione di una Procura europea rappresenta una componente senza dubbio centrale e connotante ma non esclusiva, concepita come dimensione istituzionale (sovranazionale) di un complesso normativo

³ La proposta di regolamento istitutivo combina in effetti soluzioni improntate al paradigma della unificazione/sovranazionalità e soluzioni che si connotano, di contro, quali misure di (seppur incisiva) armonizzazione. Al primo gruppo possono annoverarsi le scelte operate con riguardo ai profili più propriamente istituzionali (la natura di organo indipendente, l'esclusività della competenza della Procura europea nel settore dei reati che ledono gli interessi finanziari, la sovraordinazione gerarchica del Procuratore europeo rispetto ai procuratori nazionali delegati), nonché alcune soluzioni adottate in materia di ammissibilità delle prove. La disciplina attinente alla concreta conduzione delle indagini, e in particolare la disciplina relativa ai singoli atti di indagine, appare invece poggiare essenzialmente su soluzioni recanti piuttosto un'armonizzazione (e un coordinamento) della regolamentazione della fase delle indagini nei diversi ordinamenti, in base alla quale è alla disciplina nazionale (del luogo in cui si svolge l'indagine o deve essere compiuto uno specifico atto) che risulta demandata l'esecuzione (e l'eventuale controllo giurisdizionale) della misura disposta dalla Procura europea. Sul punto, si vedano in particolare i contributi di A. BALSAMO, G. KESSLER, R. KOSTORIS e F. RUGGIERI pubblicati nel volume *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, a cura di G. GRASSO – G. ILLUMINATI – R. SICURELLA – S. ALLEGREZZA, Milano, 2013 (in corso di stampa). Alla disciplina nazionale attuativa della normativa europea di settore (la direttiva sulla tutela penale degli interessi finanziari, oggi ancora allo stato di proposta), come si avrà modo di illustrare più diffusamente *infra* nel testo, risulta poi demandata la concreta delimitazione dell'ambito di competenza materiale della Procura europea. Soluzioni, queste, che finiscono in verità per svuotare di contenuto (almeno parzialmente) la 'territorialità europea' dell'azione della costituenda Procura affermata all'art. 25 della proposta di regolamento.

(anch'esso di natura sovranazionale) di disposizioni comuni deputate a definire e disciplinare, prima ancora dei poteri di indagine riconosciuti ad un tale organo e ai relativi rapporti con le autorità di indagine nazionali, il diritto applicabile dallo stesso, e più precisamente i puntuali contenuti normativi del relativo ambito di competenza materiale, costituito da vere e proprie fattispecie penali sovranazionali e da precetti relativi ad istituti di parte generale. Non può certamente sottacersi il vivace dibattito apertosi dopo la pubblicazione della prima versione dello studio sulla questione assolutamente centrale relativa ai possibili percorsi normativi legittimanti l'adozione dell'articolato proposto; dibattito, peraltro, successivamente ripreso all'interno dello stesso gruppo di esperti in occasione del successivo studio "*Suivi Corpus juris*"⁴. Due le posizioni essenzialmente a confronto, espressione di linee di intervento profondamente diverse e, più a monte, di modelli di rapporti tra livelli ordinamentali (europeo e nazionale) sostanzialmente alternativi: da un lato, l'opzione in favore dell'adozione di un testo regolamentare (recante l'intero articolato normativo proposto, o per lo meno le disposizioni di diritto penale sostanziale), l'unico evidentemente in grado di assicurare, per i suoi caratteri intrinseci, quella tendenziale omogeneità dell'azione repressiva della Procura europea ritenuta imprescindibile per la stessa ragion d'essere della proposta; dall'altro, la posizione di chi, rifiutando (per principio o perché ritenuto, allo stato, non realistico) il riconoscimento di una diretta competenza in materia penale dell'Unione europea (da cui possano quindi promanare norme penali direttamente applicabili ai singoli dai giudici nazionali dinnanzi ai quali la Procura europea avrà esercitato l'azione penale) – passaggio che costituisce di contro l'implicito presupposto dell'opzione regolamentare prima enunciata – prospettava l'adozione di una direttiva, essenzialmente centrata sulla parte normativa del progetto, e da introdurre quindi in combinazione con uno strumento di terzo pilastro necessario per l'introduzione della componente istituzionale.

Senza entrare nel merito di un tale complesso dibattito – che, occorre precisare, riguardava la possibile base giuridica per l'adozione dell'articolato normativo del *Corpus juris* (e non la necessità/opportunità di una seppur circoscritta unificazione normativa in materia, pressochè unanimemente ritenuta, per lo meno in astratto, preferibile ai fini dell'efficacia del progetto), dibattito pertanto inevitabilmente ancorato alle disposizioni del trattato all'epoca in vigore (il Trattato di Maastricht, prima, e poi il Trattato di Amsterdam) che ne condizionavano non poco gli esiti possibili –, ciò che preme qui mettere in evidenza è il dato per cui nelle proposte del *Corpus juris* l'istituzione di un organo inquirente europeo si muove in parallelo – e in termini di fisiologica, e quindi ineliminabile, connessione – con la definizione di un diritto penale europeo, nel senso più pregnante di una serie di precetti sovranazionali di diritto sostanziale oltre che processuale relativi allo specifico settore della tutela delle finanze europee.

Ciò che appare di contro formalizzata (e 'costituzionalizzata') all'art. 86 TFUE è esclusivamente la componente istituzionale, cioè la creazione, per l'appunto, di un

⁴ Cfr. *La mise en œuvre du Corpus juris dans les Etats membres*, cit., p. 385 ss.

organo inquirente competente ad esercitare i relativi poteri di indagine su tutto il territorio dell'Unione, e rispetto alla quale l'adozione di disposizioni penali comuni risulterebbe essenzialmente circoscritta alla disciplina del concreto esercizio di tali poteri.

A condurre a tale conclusione è in particolare il disposto dell'art. 86 TFUE par. 3 che fissa quelli che possono definirsi i 'contenuti necessari' del regolamento istitutivo della Procura europea. Non è infatti direttamente alla disposizione dell'art. 86 TFUE che spetta la puntuale definizione delle regole che devono presiedere all'esatta perimetrazione degli ambiti di competenza del nuovo organo: quale disposizione 'sostanzialmente costituzionale' (qual è la natura propria delle disposizioni dei trattati), di tale organo essa è chiamata a definire esclusivamente gli ambiti (astratti) di competenza, insieme ai relativi connotati strutturali e funzionali. Sebbene l'analisi del testo debba portare a concludere nel senso di ritenere che ad una tale funzione costituzionale l'art. 86 TFUE risponda in termini non del tutto soddisfacenti, le carenze più critiche non riguardano l'indicazione dell'ambito materiale di competenza bensì profili di carattere strutturale. Oltre alle molte questioni sollevate dalla sibillina espressione impiegata all'art. 86 TFUE relativamente all'istituzione di un tale organo "a partire da Eurojust" – espressione di cui è stata pressochè unanimemente criticata l'inconsistenza euristica, ma che tuttavia fornisce un dato inequivocabile quanto significativo per ciò che attiene alla natura giurisdizionale (e non meramente amministrativa) dell'organo in questione⁵ –, non risultano definite le delicate implicazioni dell'integrazione di tale nuovo organo nel contesto istituzionale europeo (e quindi i rapporti con le altre istituzioni europee) e soprattutto nazionale, con riguardo alle relazioni strutturali con gli organi di indagine nazionale. Un profilo assolutamente centrale, questo, da cui dipende l'effettiva 'sovranazionalità' dell'organo che verrà creato, e al tempo stesso oltremodo complesso (oltre che politicamente sensibile) a fronte del particolare modello di autorità inquirente che emerge in termini sufficientemente netti dalla formula normativa dell'art. 86 TFUE. Dall'impegnativa formula prescelta per definire la competenza di una tale Procura europea, deputata a "individuare, perseguire e rinviare a giudizio [...] gli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione", discendono infatti inequivocabilmente alcuni caratteri strutturali essenziali del futuro organo, non solo quanto alla natura dello stesso, qualitativamente differente rispetto ad Eurojust, dalla cui costola esso è destinato ad originare – trattandosi non di (mero) organo di cooperazione (seppur molto avanzata e con non pochi elementi di verticalizzazione, destinati peraltro ad approfondirsi stando alla lettera dell'art. 85 TFUE), ma di organo propriamente sovranazionale (e quindi inconfutabilmente di 'integrazione') –, ma altresì quanto al modello di autorità inquirente prescelta: un modello di procura 'forte', organo *dominus* dell'intera fase di indagine, risultando direttamente ed esclusivamente attribuiti ad essa (e non ripartiti con altri soggetti, *in primis* con gli organi di polizia,

⁵ Sul punto, si vedano in particolare i contributi di G. DE AMICIS e F. LO VOI, in *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea*, cit.

come avviene invece in altri ordinamenti quali quello inglese) tutte le principali funzioni che appartengono alla fase pre-processuale.

Di contro, sebbene non possa non essere rilevata una certa genericità, le espressioni impiegate per definire l'ambito di competenza possono essere ritenute adeguate ad assolvere alla funzione di 'attribuzione' e 'delimitazione' di competenze che dal trattato deve attendersi. E ciò sia con riguardo a quello che può essere definito il nucleo duro delle competenze del nuovo organo (i *core crimes*) individuato all'art. 86 TFUE par. 2 nei "reati che ledono gli interessi finanziari", sia laddove, all'art. 86 TFUE par. 4, si prospetta la possibilità di una contestuale o successiva "estensione di attribuzioni" della Procura europea "alla lotta alla criminalità grave che presenta una dimensione transnazionale".

Il 'cambio di passo' rispetto al modello proposto dal *Corpus juris* è senza dubbio da individuare, come prima accennato, nella previsione dell'art. 86 TFUE par. 3 che nell'indicare i contenuti del regolamento istitutivo di una tale procura – cioè dell'atto di c.d. legislazione secondaria deputato a disciplinare nel dettaglio struttura ed organizzazione del nuovo organo e altresì l'esercizio delle relative funzioni – fa espressamente menzione esclusivamente dello "statuto della Procura europea", delle "condizioni di esercizio delle sue funzioni", delle "regole procedurali applicabili alla sua attività", delle "regole di ammissibilità delle prove" e delle "regole applicabili al controllo giurisdizionale degli atti procedurali che adotta nell'esercizio delle sue funzioni". Nulla dice di contro circa le fattispecie per le quali l'organo inquirente europeo sarebbe competente (né tantomeno lascia intendere che tale regolamento sia destinato a contenere la definizione dei fatti criminosi di sua competenza, e quindi delle vere e proprie fattispecie sovranazionali); con ciò lasciando 'cadere nel vuoto' il riferimento, contenuto all'art. 86 TFUE par. 2, ai "reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione *quali definiti dal regolamento previsto al paragrafo 1*" (che è lo stesso regolamento di cui il par. 3 detta i contenuti), e indebolendo – se non addirittura frustrando definitivamente – ogni aspettativa di un testo normativo recante una sorta di mini codice per la tutela degli interessi finanziari, con la definizione, oltre che delle regole di procedura, anche delle regole di diritto penale sostanziale. Un'aspettativa che, come si avrà modo di precisare di seguito nel testo, lungi dall'essere velleitaria, risulta non solo legittima ma altresì, almeno in certa misura, pienamente fondata e logica in termini di coerenza ed efficacia della scelta operata con l'istituzione di un tale organo.

Il silenzio dell'art. 86 TFUE par. 3 quanto alla concretizzazione degli ambiti di competenza materiale della Procura europea non può d'altronde non considerarsi eloquente laddove in particolare la formula impiegata all'art. 86 TFUE sia messa in relazione con il testo proposto dalla Commissione europea alla Conferenza Intergovernativa di Nizza ai fini dell'introduzione di una nuova disposizione, l'art. 280 bis TCE, recante per l'appunto l'istituzione di un Pubblico Ministero europeo (istituzione 'diretta' e non demandata, come di contro oggi sancito all'art. 86 TFUE, ad una futura decisione del Consiglio, ma comunque realizzata, dal punto di vista dei connotati strutturali di un tale organo, in termini in larga misura coincidenti con quanto oggi previsto dal trattato); testo che accompagnava l'istituzione del nuovo

organo con l'esplicito rinvio ad un successivo atto di diritto derivato (la cui adozione si presentava pertanto come obbligatoria) deputato a fissare "gli elementi costitutivi delle fattispecie e delle pene" che avrebbero rappresentato l'ambito di competenza materiale del nuovo organo dell'accusa a livello europeo⁶. A fronte di tale 'pesante' precedente, il silenzio dell'art. 86 TFUE par. 3 mostra quanto meno la reticenza (se non anche il netto rifiuto) dei redattori del trattato verso il modello sistemico del *Corpus juris*; con la conseguenza di (poter) risultare (per lo meno *prima facie*) demandata ad altre 'fonti' – cioè ad atti normativi diversi dal suddetto regolamento istitutivo, ed eventualmente retti, quanto alla relativa adozione e soprattutto alla relativa efficacia 'incisiva' e di penetrazione negli ordinamenti interni, da regole e dinamiche diverse (rispetto alla diretta applicabilità del regolamento) –, la definizione del diritto applicabile da parte della prefigurata Procura europea; con evidenti rischi di incoerenza e inadeguatezza di un tale assetto normativo rispetto alla indubbia novità rappresentata dalla previsione dell'istituzione di tale nuovo organo che imporrebbe di contro che sia proprio il regolamento istitutivo la 'fonte naturale' del diritto applicabile da parte della Procura europea. Una costruzione, quindi, fondata su due pilastri assolutamente diversi per 'forma' e 'natura': sovranazionale, il pilastro istituzionale, e nazionale (anche se armonizzato), il pilastro normativo; e che per tale motivo pone seri dubbi di tenuta⁷.

E' un 'cambio di passo' preannunciato, d'altronde, sin dagli esordi del dibattito condotto a livello istituzionale sul tema. Il "Libro Verde sulla tutela degli interessi finanziari e la creazione di una Procura europea", sebbene di poco successivo alla pubblicazione del *Corpus juris*, e sebbene ampiamente ispirato alle proposte di tale documento, presenta la creazione della Procura europea, da un lato, e l'introduzione di disposizioni comuni di diritto penale sostanziale e procedurale, dall'altro, come questioni sostanzialmente autonome o comunque non necessariamente inscindibili; cosicchè l'introduzione di fattispecie comuni – nel senso più pregnante di fattispecie sovranazionali – risulta in tale testo esclusivamente una delle opzioni possibili, accanto ad altre fondate su una più o meno spinta armonizzazione delle disposizioni nazionali⁸.

⁶ Contributo complementare della Commissione alla conferenza intergovernativa sulle riforme istituzionali, *La tutela penale degli interessi finanziari comunitari: un procuratore europeo*, Comunicazione del 29 settembre 2000, COM(2000) 608 (pubblicato anche in 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 def.).

⁷ E' proprio un tale (problematico) assetto ad essere stato seguito nella proposta di regolamento adottata dalla Commissione il 17 luglio 2013, nella quale la definizione dell'ambito di competenza materiale della Procura europea è realizzata mediante (mero) rinvio a quanto previsto dal testo della (proposta di) direttiva sulla protezione penale degli interessi finanziari; sul punto, vedi *infra* nel testo.

⁸ Favorevoli all'unificazione normativa, per lo meno per ciò che riguarda il ristretto novero di fattispecie destinate a rientrare nell'ambito di competenza della Procura europea, si sono tuttavia dichiarate molte delle voci intervenute nell'ampio dibattito lanciato dalla Commissione sulle proposte del suddetto Libro verde sulla tutela degli interessi finanziari; si veda al riguardo il *Rapporto sulle reazioni al Libro verde relativo alla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e la creazione di un pubblico ministero europeo* COM(2003)128 def.

Tuttavia, pur a fronte della criticabile debolezza precettiva dell'art. 86 TFUE al riguardo (e della prospettiva che tale disposizione parrebbe legittimare di un organo inquirente sovranazionale i cui concreti spazi di azione risultano definiti dalle (diverse) normative nazionali di attuazione degli strumenti europei di armonizzazione)⁹, la questione continua (legittimamente) a porsi: è veramente possibile la piena attuazione di una tale autorità inquirente – e la piena realizzazione della sua ragion d'essere – in assenza di una qualsivoglia unificazione del diritto penale (dei precetti) che un tale organo dovrà applicare? Più precisamente, fermo restando il dato normativo della disposizione in esame – che come prima illustrato non presenta tale passaggio come inscindibilmente connesso all'istituzione della Procura europea –, può legittimamente concludersi nel senso che una (seppur circoscritta) unificazione del diritto penale sostanziale (relativamente a fattispecie ed istituti rilevanti nel settore della tutela degli interessi finanziari) possa ritenersi (concettualmente e giuridicamente) non necessaria? O, viceversa, la natura stessa di tale autorità e delle sue funzioni implicano logicamente una dimensione normativa sovranazionale che esigenze di opportunità politica possono eventualmente concepire quale esito 'non istantaneo' ma come '*percorso evolutivo*' che, a partire da iniziative improntate al paradigma dell'armonizzazione ma via via più ambiziose e recanti condizionamenti sempre più stringenti della discrezionalità del legislatore nazionale, giunga infine ad escludere del tutto una tale discrezionalità?

Si tratta, peraltro, con tutta evidenza, di una questione che racchiude in sé una serie di profili di indubbio rilievo e che non può conseguentemente non sollevare a sua volta essenziali interrogativi con cui sia gli studiosi della materia, sia il legislatore europeo, dovranno (responsabilmente) confrontarsi. Accanto alla questione relativa alla base giuridica da impiegare per l'adozione dell'atto normativo deputato a definire il diritto penale applicabile dalla Procura europea – questione che in verità rappresenta l'altra faccia della medaglia (o meglio il logico *pendant*) della questione generale circa la necessità di disposizioni penali propriamente sovranazionali, dipendendo proprio dall'atto in cui esse sono iscritte l'effettiva natura delle disposizioni destinate ad essere applicate dalla Procura europea e, conseguentemente, la relativa efficacia 'incisiva' sugli ordinamenti interni –, senza dubbio centrale è la questione circa la portata della competenza materiale della Procura europea e pertanto l'esatta individuazione dei contenuti normativi ricollegabili alla locuzione "reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione", cui deve aggiungersi altresì la questione (in verità a lungo dibattuta) relativa alla necessità/legittimità di disposizioni sovranazionali (si configurino queste come veri e propri precetti o disposizioni di armonizzazione) concernenti istituti di parte generale. E, infine, una questione di sistema. Laddove la peculiare dimensione normativa destinata ad affermarsi e svilupparsi in parallelo all'azione della Procura europea evolvesse fino a configurarsi quale micro-sistema normativo di disposizioni

⁹ E' questa, d'altronde, come si avrà modo di illustrare *infra* nel testo, la linea seguita nella proposta di regolamento istitutivo; così, espressamente, il punto 3.3.2. della *Relazione* alla proposta di regolamento.

sovranazionali, come potrebbe raccordarsi ed integrarsi con gli ordinamenti nazionali?

A fronte della rilevanza – e sensibilità politica – delle questioni menzionate, nonostante la ‘ritrosia’ normativa prima rilevata, appare evidente come un dibattito che si voglia scientificamente serio non possa prescindere dall’indagine sulle stesse e da un’attenta riflessione sulle alternative possibili in grado di fornire al legislatore europeo gli strumenti concettuali e argomentativi per assumere le fondamentali scelte che a questi spetteranno nel prossimo futuro.

2. La base giuridica del diritto penale applicabile dalla Procura europea: unificazione v. armonizzazione.

Un’attenta riflessione circa l’imprescindibilità o meno – rispetto all’istituzione di una Procura europea – della introduzione di regole comuni di diritto penale sostanziale non può in effetti essere logicamente fondata esclusivamente su quanto affermato nell’art. 86 TFUE¹⁰. Più precisamente, della formula normativa dell’art. 86 TFUE deve mettersi in evidenza, oltre a ciò che questa esplicitamente sancisce, anche ciò che, pur rimanendo inespresso, di quanto affermato risulta tuttavia una logica implicazione, e cioè le dinamiche che inevitabilmente una tale istituzione è destinata ad innescare, e tra queste, senza dubbio, la definizione (anche eventualmente progressiva) di norme penali sovranazionali (e quindi di un primo nucleo di un diritto penale europeo); e ciò peraltro supportato dalla (necessaria) lettura di una tale disposizione nel quadro complessivo delle disposizioni del trattato, e in particolare delle disposizioni di principio relative all’attuazione dell’obiettivo dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia di cui l’art. 86 TFUE rappresenta, in certa misura, una specifica articolazione.

In effetti, ad un’attenta analisi, non solo ragioni di efficienza ma altresì ragioni di legittimazione della costituenda Procura europea (nel senso ampio di una legittimazione non meramente formale ma fondata su autorevolezza e credibilità dell’istituzione e del progetto complessivo che una tale istituzione sottende) militano a favore della necessità/imprescindibilità dell’adozione di un *corpus* di norme di diritto penale sostanziale che vada a costituire il *diritto penale applicabile* da un tale organo.

Laddove alla centralizzazione della fase delle indagini e dell’esercizio dell’azione penale (nel senso della decisione circa l’esercizio dell’azione) non si accompagnasse, sul piano degli ambiti della responsabilità individuale dei soggetti presunti autori di tali reati e delle relative conseguenze afflittive, una tendenziale

¹⁰ In generale, sulla questione della possibile base giuridica per l’adozione di precetti sovranazionali in materia di tutela degli interessi finanziari, si veda il contributo di L. PICOTTI, *Le basi giuridiche per l’introduzione di norme penali comuni relative ai reati oggetto della competenza della Procura europea*, in *Le sfide dell’attuazione di una Procura europea*, cit., §§ 4-5. Spunti in proposito possono altresì leggersi, ivi, nel contributo di E. PERILLO, *Ma se Cesare Beccarla fosse di nuovo qui tra noi, scriverebbe ancora «Dei delitti e delle pene»?*.

omogeneità (e quindi una omogeneità di fondo della risposta punitiva), risulterebbe in primo luogo frustrato il fine ultimo della tutela efficace degli interessi finanziari¹¹, in ragione della perdurante possibilità per i presunti autori di trarre vantaggio dalla persistente significativa diversità delle legislazioni penali, potendo ‘strategicamente’ scegliere di realizzare il reato (e di ‘organizzare’ la realizzazione del reato) in modo da evitare di incorrere nella sanzione penale o comunque evitare trattamenti repressivi più severi; e ciò nonostante i poteri di una eventuale Procura europea abbiano consentito di individuare tali soggetti. Non solo. Laddove una tale tendenziale omogeneità della risposta punitiva non venga comunque assicurata, anche la funzione di deterrenza perseguita a monte da qualsivoglia normativa europea (di armonizzazione) recante misure di natura penale a tutela degli interessi finanziari europei (e cioè la c.d. funzione di prevenzione generale della qualificazione di certe condotte quali illeciti penali), risulterebbe conseguentemente frustrata¹². Ma più in generale risulterebbe frustrata, proprio con riguardo a tali interessi – ‘propri’ dell’Unione e quindi sovranazionali per natura – il raggiungimento di quel *sensu commune di giustizia* che costituisce una delle finalità essenziali delle iniziative dell’Unione nell’attuazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, laddove il perdurare di risposte essenzialmente eterogenee escluderebbe l’ulteriore funzione di orientamento culturale (o prevenzione generale positiva) della normativa penale europea (di armonizzazione), in quanto a monte inidonea ad assurgere a norma di comportamento (lecito)¹³. Più precisamente, la persistenza di scenari normativi sensibilmente diversi a fronte di fenomeni criminosi concernenti condotte lesive degli interessi finanziari dell’Unione – cioè di interessi che, proprio in quanto sovranazionali e propri dell’Unione, hanno fatto l’oggetto da più di un ventennio di interventi di armonizzazione tesi al raggiungimento dell’obiettivo di apprestare un’adeguata tutela degli stessi anche sul piano della repressione penale – potrebbe di contro creare una situazione di *disorientamento culturale*, per l’evidente assenza di una sostanziale convergenza dei giudizi di disvalore sottesi alle scelte di penalizzazione concretamente effettuate poi dagli Stati, sia per quanto attiene alla selezione delle condotte da sottoporre a pena, sia per ciò che riguarda l’intensità e la gravità della risposta sanzionatoria. Una situazione, questa, destinata a minare altresì, più globalmente, la congruità/razionalità della risposta repressiva a forme di lesione di beni sovranazionali, in ragione del logico quanto necessario collegamento con il principio di eguaglianza tra cittadini europei che si trovino a rispondere dinnanzi alla

¹¹ L’istituzione di un “sistema europeo coerente di indagine e azione penale” per i reati che ledono gli interessi finanziari dell’Unione, così come la maggiore efficacia ed efficienza delle indagini in tale settore, sono indicati nella *Relazione* alla proposta di regolamento istitutivo tra i “principali obiettivi” della istituzione della Procura europea (punto 3.3.).

¹² L’effetto dissuasivo (e più precisamente l’obiettivo di un potenziamento dell’effetto dissuasivo sui reati che ledono gli interessi finanziari) è anch’esso espressamente annoverato tra i principali obiettivi della creazione della Procura europea.

¹³ Stimolanti riflessioni sul punto (sebbene condotte dall’autore in prospettiva più ampia), possono leggersi in A. BERNARDI, *Europe sans frontières et droit pénal*, in *Rev. sc. crim.*, 2002, 1 ss.; ID., *Il diritto penale tra globalizzazione e multiculturalismo*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2002, 485 ss., in particolare p. 500 ss.

giustizia (nazionale) per una medesima condotta lesiva di un dato bene sovranazionale, principio inevitabilmente disatteso in un contesto normativo disomogeneo quale quello ancora oggi vigente¹⁴.

Non vi è chi non veda, alla luce di quanto fin qui sommariamente esposto, il rischio significativo quanto realistico di delegittimazione di un'opzione politica che punti all'introduzione di un organo inquirente sovranazionale senza un complesso normativo relativo al diritto applicabile; cui deve aggiungersi altresì l'evidente dissonanza concettuale del perdurare di una tale eterogeneità normativa a fronte dell'introduzione di un organo inquirente ormai titolare dell'azione 'pubblica' europea sull'intero territorio dell'Unione, quale difesa comune degli interessi comuni/sovranazionali che non può se non logicamente poggiare su una valutazione unica ed univoca dei comportamenti elevati a reato, nonché del disvalore ricondotto a questi e tradotto nel trattamento sanzionatorio.

Tuttavia, ben oltre la fin qui rilevata *necessità concettuale* della definizione di un seppur limitato e settoriale diritto penale europeo della tutela degli interessi finanziari, deve altresì concludersi nel senso di una *necessità giuridica* dello stesso, in quanto condizione essenziale, alla luce degli argomenti fin qui passati in rassegna, per una piena efficacia e funzionalità della Procura europea, e per tale via ai fini di una piena attuazione dell'obiettivo comune della realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia di cui l'istituzione di un tale organo rappresenta, come già accennato, una specifica estrinsecazione. Più precisamente, l'istituzione di una Procura europea, oggi al centro del dibattito politico, segna la chiara scelta degli Stati (non obbligata ma solo legittimata dal trattato) di fare ricorso ad uno degli 'strumenti' più impegnativi previsti dal trattato nella realizzazione dello spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia, e pertanto di intraprendere un percorso evolutivo di un tale spazio nella direzione di una sempre più profonda integrazione. Sebbene la formula normativa adottata denunci al riguardo se non una ipocrisia per lo meno la perdurante reticenza e l'assenza di una solida e sufficientemente diffusa volontà politica circa i modi e i termini dell'istituzione di un tale organo, la definitiva risoluzione quanto alla relativa creazione non potrebbe non comportare precise ed ulteriori scelte di fondo da parte del legislatore europeo in grado di assicurare la piena funzionalità di tale organo e per tale via la relativa autorevolezza e credibilità quale componente connotante lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia che, come prima ricordato, costituisce un "obiettivo" dell'Unione, e come tale vincolante per il legislatore europeo con riguardo a tutte le iniziative (normative e non) a questo connesse.

Laddove interpretata quale norma di sistema nell'economia complessiva del trattato, e in particolare di quella parte del trattato consacrata alla dimensione penale dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia (il capo 4 del Titolo V), la disposizione dell'art. 86 TFUE rivelerebbe appieno la propria funzione (consentendo di coglierne

¹⁴ *Amplius* sul punto, sia consentito rinviare a R. SICURELLA, *La costruzione della dimensione penale dell'Unione europea: deriva simbolico-repressiva o occasione di approfondimento dei presidi garantistici?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 3/2013, p. 7 (in corso di stampa).

l'effettiva portata precettiva): con riferimento allo specifico settore della tutela degli interessi finanziari, essa definisce un percorso specifico – ed essenzialmente diverso e più incisivo – rispetto agli strumenti normativi (le direttive di ravvicinamento delle legislazioni penali previste agli artt. 82 e 83 TFUE) e istituzionali (Eurojust, organo di cooperazione 'avanzata') predisposti nella generalità dei settori di competenza dell'Unione (ma anche diverso, come si avrà modo di chiarire, rispetto a quanto previsto con riguardo allo stesso settore della tutela degli interessi finanziari, all'art. 325 TFUE); un percorso inequivocabilmente connotato, stando al tenore dello stesso disposto normativo dell'art. 86 TFUE (e diversamente da quanto emerge dalle altre disposizioni prima menzionate), in termini di piena integrazione e sovranazionalità, caratteri che lungi dall'essere circoscrivibili alla sola componente istituzionale non possono logicamente non connotare anche la componente normativa del diritto applicabile da parte della Procura europea.

Logica conclusione delle considerazioni fin qui svolte sarebbe allora quella di ritenere l'adozione di precetti comuni (cioè precetti sovranazionali direttamente applicabili dal giudice interno, senza alcun intervento normativo del legislatore nazionale) – recante quindi una certa unificazione del diritto penale (relativamente al settore della tutela degli interessi finanziari dell'Unione) – un inscindibile *pendant* dell'istituzione della Procura europea, e il regolamento istitutivo di un tale organo (o eventualmente un altro testo regolamentare a questo collegato) la naturale sede normativa del diritto sostanziale applicabile dalla Procura europea¹⁵; una soluzione che tuttavia, come sottolineato in introduzione, parrebbe scontrarsi con l'ostacolo di non poco momento rappresentato dall'omessa menzione all'art. 86 TFUE par. 3 delle regole di diritto penale sostanziale tra i contenuti necessari del regolamento istitutivo (e pertanto l'assenza di un'espressa attribuzione all'Unione di una competenza ad adottare fattispecie penali direttamente applicabili ai singoli). La *ratio* eminentemente politica prima che giuridica del principio delle competenze di attribuzione induce logicamente a ritenere, comunque, che laddove dovesse progressivamente consolidarsi una volontà politica in tal senso, la predetta ambiguità e vaghezza del testo (senza dubbio criticabile a fronte della sensibilità delle questioni chiamate in causa dalla disposizione in esame) potrebbe non precludere l'introduzione (nell'ambito del

¹⁵ Sebbene abbia quale precipuo oggetto le disposizioni del Trattato costituzionale (e in particolare l'art. III-175 Tcost), può senza dubbio essere ritenuto valido anche per le (identiche) disposizioni del Trattato di Lisbona (e in particolare per l'art. 86 TFUE) l'esito dell'analisi sviluppata da alcuni autori, tra cui A. BERNARDI, "Riserva di legge" e fonti europee in materia penale", in *Annali dell'Università di Ferrara – Scienze Giuridiche*, vol. XX, 2006, p. 5; S. MANACORDA, *Los estrechos caminos de un derecho penal de la Unión europea. Problemas y perspectivas de una competencia penal «directa» en el Proyecto de Tratado constitucional*, in *Criminalia*, 2004, p. 208 ss.; L. PICOTTI, *Il Corpus juris 2000. Profili di diritto penale*, in *Il Corpus juris 2000. Nuova formulazione e prospettive di attuazione*, Padova, 2004, p. 81. Una posizione originale (che tuttavia poggia anch'essa sul riconoscimento, ai sensi dell'art.86 TFUE, di una competenza penale diretta del legislatore europeo, sebbene limitata alla norma di condotta e non anche alla norma di sanzione) è espressa sul punto da C. SOTIS, *Le novità in tema di diritto penale europeo*, in *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di P. BILANCIA – M. D'AMICO, Milano, 2009, p.156.

predetto regolamento istitutivo) di un primo nucleo di precetti penali propriamente sovranazionali.

In definitiva, sebbene stando al tenore letterale dell'art. 86 TFUE parrebbe risultare ad oggi preclusa la possibilità di introdurre, attraverso il regolamento ivi previsto, veri e propri precetti sovranazionali – lettura invero confortata da un rigoroso rispetto del principio delle competenze di attribuzione¹⁶ –, tuttavia un'interpretazione sistematica e teleologica della norma (non contraddetta d'altronde dalla 'vaghezza' della formula normativa) consentirebbe di adottare (*rectius* di interpretare l'art. 86 TFUE nel senso che esso legittimi comunque l'adozione di) un regolamento recante un articolato complesso normativo che lungi dal limitarsi ai profili menzionati al par. 3 dello stesso art. 86 TFUE abbracci anche le disposizioni di carattere sostanziale¹⁷.

Una tale soluzione, laddove ritenuta eventualmente percorribile, dischiuderebbe logicamente una serie di questioni, ben note agli studiosi della materia e senza dubbio anch'esse di non poco momento, relative al rispetto da parte della normativa penale europea di essenziali principi generali del diritto penale rilevanti nelle scelte di costruzione dell'illecito – ed *in primis* offensività e colpevolezza, che in ragione del naturale atteggiarsi della materia in questione (come anche di altri settori normativi che potrebbero in futuro fare l'oggetto della normativa penale europea: moneta unica, mercati finanziari, ecc.) e al carattere superindividuale degli interessi coinvolti si pongono in termini particolarmente problematici (quanto all'adeguata ricostruzione del bene giuridico 'concretamente aggredibile' e alla definizione dei criteri di imputazione soggettiva) –, prima ancora che quanto alla relativa formulazione normativa che non potrebbe non rispondere ai requisiti della necessaria

¹⁶ In tal senso, cfr. G. GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione europea*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, in particolare pp. 2344-2345.

¹⁷ Deve essere rilevato come una tale soluzione, sebbene auspicabile alla luce delle considerazioni svolte circa le esigenze di efficacia e legittimità dell'azione del nuovo organo, sollevi tuttavia non poche perplessità sul piano della legittimazione democratica, in ragione del carattere derogatorio (rispetto alla c.d. procedura legislativa ordinaria) della procedura normativa richiamata all'art. 86 TFUE che prevede l'adozione del regolamento istitutivo della Procura europea all'unanimità del Consiglio previa (mera) approvazione del Parlamento europeo. Sebbene l'ormai consolidata dialettica istituzionale tra Consiglio e Parlamento europeo abbia dato vita a prassi virtuose secondo le quali in nessun caso è sostanzialmente preclusa la piena partecipazione dell'istanza parlamentare europea alla definizione dei contenuti dell'atto normativo (prassi che pertanto hanno avuto quale esito l'essenziale 'scoloritura' dei tratti distintivi e derogatori della procedura qui in questione rispetto alla procedura legislativa ordinaria) (sul punto, cfr. L. DE MATTEIS, Relazione presentata al Convegno su *La protezione dei diritti fondamentali e procedurali dalle esperienze investigative dell'Olaf all'istituzione del Procuratore Europeo*, Roma 12-14 giugno 2013, in corso di stampa), non può non essere denunciato il *vulnus* che una tale soluzione presenta, adombrando (almeno in linea teorica) la situazione paradossale di un (possibile) deficit democratico – da anni denunciato e faticosamente in via di superamento con la generalizzazione a Lisbona della procedura di co-decisione – proprio con riguardo al primo atto costituente una vera e propria normazione penale europea. Nel senso di una complessiva legittimità democratica di tale procedura speciale, in quanto (e fintantoché) impiegata per l'adozione di atti che realizzano forme (seppur incisive) di armonizzazione (e non di unificazione), si veda in questo volume il contributo di A. NIETO MARTÍN, *Principio di legalità e Europea Public Prosecutor's Office*, in *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea*, §2.

tassatività e determinatezza. Imperativi, questi, con i quali, tuttavia, seppur in misura diversa, il legislatore europeo deve già oggi confrontarsi nell'esercizio della competenza riconosciuta all'Unione (ai sensi dell'art. 83 TFUE) a concorrere alla definizione dell'area del penalmente rilevante (attraverso la disposizione di obblighi di penalizzazione)¹⁸.

Il rifiuto di una lettura dell'art. 86 TFUE quale quella appena prefigurata, indicherebbe di contro negli strumenti e nelle forme della competenza dell'Unione fissata all'art. 325 TFUE l'unica alternativa percorribile per la definizione del diritto applicabile dalla Procura europea.

In effetti, come da più parti rilevato, tale ultima disposizione, affermando che il Parlamento europeo e il Consiglio "adottano le misure necessarie nei settori della prevenzione e lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, al fine di pervenire a una protezione efficace ed equivalente in tutti gli Stati membri [...]", individua una competenza dell'Unione particolarmente ampia ed incisiva, che non risulta *a priori* limitata né quanto agli strumenti normativi utilizzabili (regolamento o direttiva), né quanto alla natura (penale o meno) delle misure in questi disposte. Più precisamente, l'uso nella summenzionata formula normativa dell'indicativo ("*adottano*"), come acutamente rilevato in dottrina¹⁹, indica nella disposizione dell'art. 325 TFUE un *obbligo* per il legislatore europeo ad intervenire in tale settore con misure (tutte le "*misure necessarie*") la cui legittimazione risulta esclusivamente ancorata alla relativa *necessità "al fine di pervenire a una protezione efficace e equivalente"*; un potere/dovere di intervento del legislatore europeo, questo, che appare per di più sottratto alla procedura del c.d. freno di emergenza, non richiamata in alcun modo nella disposizione in esame. Facendo leva proprio sul tenore letterale di tale disposizione, laddove in particolare messo a confronto con la formula normativa

¹⁸ Di grande interesse si presentano in proposito i testi adottati dalle tre principali istituzioni politiche europee (Consiglio, Commissione e Parlamento europeo) dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che possono essere considerati i primi tentativi di definizione di una politica criminale europea, recanti i principi destinati a guidare l'azione normativa dell'Unione, e che esprimono tutti la comune preoccupazione di assicurare scelte di penalizzazione rispettose delle istanze sottese ai fondamentali principi menzionati nel testo; cfr. *Conclusioni del Consiglio concernenti disposizioni tipo che fungano da orientamento alle deliberazioni del Consiglio nel settore del diritto penale* (adottate il 30 novembre 2009, due settimane prima l'ufficiale entrata in vigore del trattato); Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Verso una politica penale dell'Unione europea: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione attraverso il diritto penale*, 20.9.2011, COM (2011)573 def.; Risoluzione del Parlamento europeo del 22 maggio 2012 su un *Approccio dell'UE in materia di diritto penale*, GUUE C 264 E, 13 settembre 2013, p.7 ss. Per più ampie considerazioni sul punto, sia consentito rinviare a R. SICURELLA, *Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell'Unione europea in materia penale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, cit., in particolare p. 2636 ss.; ID., *La costruzione della dimensione penale dell'Unione europea: deriva simbolico-repressiva o occasione di approfondimento dei presidi garantistici?*, cit., in particolare p. 57 ss.

¹⁹ Cfr. (con riguardo all'analoga previsione contenuta nel Progetto di Trattato costituzionale), L. PICOTTI, *Il Corpus Juris 2000. Profili di diritto penale sostanziale e prospettive d'attuazione alla luce del progetto di Costituzione per l'Europa*, in *Il Corpus Juris 2000. Nuova formulazione e prospettive di attuazione*, cit., in particolare p. 84 ss.

dell'art. 83 TFUE, costituente com'è noto la *base giuridica generale* dell'azione dell'Unione in materia penale – formula quest'ultima evidentemente tesa a circoscrivere gli interventi dell'Unione in tale materia, legittimando il legislatore europeo ad adottare, con riguardo ad una serie di fenomeni criminosi predeterminati o laddove si rivelino “indispensabili” per garantire l’attuazione efficace di una politica dell’Unione, (esclusivamente) *direttive* recanti “*norme minime* relative alla definizione dei reati e delle sanzioni” (così connotando inequivocabilmente tale competenza quale *competenza ad armonizzare*) –, parte della dottrina ritiene legittima sulla base dell'art. 325 TFUE l'adozione di veri e propri precetti penali, quali disposizioni di natura penale che, in quanto contenute in un regolamento, come tali risulterebbero direttamente applicabili ai singoli dal giudice interno²⁰. La necessità logica e giuridica prima rilevata di una (seppur limitata) unificazione normativa realizzata in parallelo all'istituzione della Procura europea potrebbe allora trovare risposta nell'adozione, in ‘combinato disposto’ con il regolamento istitutivo di un tale organo previsto all'art. 86 TFUE, di un regolamento adottato ai sensi dell'art. 325 TFUE e recante i precetti destinati ad essere applicati dalla Procura europea e costituenti pertanto il diritto da questa applicabile.

Tuttavia, pur riconoscendo alla formula normativa dell'art. 325 TFUE l'indubbio significato e la funzione di connotare in termini sostanzialmente diversi – e significativamente più incisivi – la competenza dell'Unione (anche di natura penale) in materia di tutela degli interessi finanziari, la dottrina ad oggi prevalente tende ad escludere (analogamente a quanto rilevato con riguardo all'art. 86 TFUE e sulla base di analoghi argomenti attinenti alla natura politica dei trattati, e al rispetto del principio delle competenze di attribuzione) che una così significativa competenza (di fatto una piena competenza penale, cui mancherebbe solo il momento concretamente afflittivo, demandato al giudice interno) possa ritenersi legittimamente fondata in assenza di un'esplicita attribuzione della stessa all'Unione²¹; un'assenza che l'ampia e significativa formula dell'art. 325 TFUE non potrebbe comunque ‘compensare’, risultando pertanto legittimo il ricorso allo strumento regolamentare esclusivamente allorquando l'atto non contenga misure di natura penale, che sarebbero di contro esclusivamente veicolabili attraverso l'adozione (con gli ampi margini di intervento previsti all'art. 325 TFUE) di una direttiva (cui è tradizionalmente preclusa la diretta applicabilità nei confronti dei singoli quale fonte di nuove ipotesi di responsabilità penale o di aggravamento di ipotesi preesistenti).

Una tale lettura, escludendo ogni possibilità di adottare, sulla base delle disposizioni del trattato attualmente in vigore, precetti sovranazionali direttamente applicabili ai singoli, conduce inevitabilmente a prefigurare una Procura europea la cui azione risulta ‘costretta’ a percorrere l'accidentato e tortuoso ‘sentiero’ delle disposizioni nazionali di settore quali (eventualmente, e per lo più non adeguatamente) armonizzate dagli strumenti normativi europei adottati in materia.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ cfr. G. GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione europea*, cit., pp. 2347-2348.

Come anticipato in introduzione, non può tuttavia escludersi, a fronte della rilevata ampiezza (e/o vaghezza) delle disposizioni esaminate, che laddove fosse comunque riconosciuta l'ineludibilità di una (seppur limitata) unificazione delle disposizioni penali destinate ad essere applicate dalla futura Procura europea, sulla quale andasse altresì consolidandosi una precisa volontà politica, la scelta di un intervento improntato al paradigma dell'armonizzazione possa configurarsi quale momento iniziale di un percorso che, con successivi 'aggiustamenti' e le necessarie 'correzioni di rotta', veda la progressiva definizione di un *sistema normativo sovranazionale a tutela degli interessi finanziari dell'Unione*.

3. (Segue). Il percorso tracciato dalle proposte normative attualmente in discussione

E' forse nella prospettiva delineata a conclusione del paragrafo che precede che può essere letta la scelta di fondo operata dalla Commissione nella redazione della proposta di regolamento istitutivo della Procura europea adottata il 13 luglio 2013, e che appare formalizzare la ricostruzione *più riduttiva* del contesto normativo prima analizzato. La suddetta proposta, infatti, all'art. 12, definisce l'ambito di competenza materiale della Procura europea mediante rinvio alla direttiva sulla protezione penale degli interessi finanziari (direttiva PIF) (ad oggi anche questa ancora allo stato di proposta)²² "quale attuata dal diritto nazionale" (e pertanto, in definitiva, come precisato nella *Relazione* introduttiva, mediante rinvio alla normativa nazionale di attuazione di un tale testo)²³. Ai fini della delimitazione dell'ambito di competenza della Procura europea, la proposta di regolamento istitutivo, pertanto, oltre a 'rinunciare' (non solo alla precipua definizione delle fattispecie ma) financo alla indicazione di una lista di reati (*rectius* 'fatti') ritenuti lesivi degli interessi finanziari dell'Unione, rinvia ad uno strumento di (mera) armonizzazione, quale per l'appunto la (proposta) di direttiva sulla tutela penale degli interessi finanziari. Nella prospettiva 'evolutiva' prima suggerita una tale opzione, e in particolare il ricorso allo strumento della direttiva, lungi dal rappresentare l'assetto normativo definitivo si porrebbe proprio quale momento iniziale di un percorso di progressiva definizione del diritto penale dei "reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione", e pertanto quale 'soluzione transitoria' destinata ad essere in futuro rivista in chiave integrazionista e sovranazionale (con eventuale sostituzione del testo della direttiva con un atto di natura regolamentare).

Peraltro, il fisiologico collegamento tra tale strumento e il percorso attuativo della Procura europea – attestato dal rinvio contenuto all'art. 12 della proposta di regolamento – non potrebbe non recare con sé significative implicazioni quanto ai contenuti e, più in generale, all'ambizione della direttiva in questione. L'art. 86 TFUE (e più precisamente l'istituzione della Procura europea che tale disposizione prevede)

²² Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale, COM(2012)363 final del 11.7.2012.

²³ L'art. 12 così recita: « La Procura europea è competente per i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, di cui alla direttiva 2013/xx/UE quale attuata dal diritto nazionale »

non potrebbe in effetti non assolvere logicamente ad una *funzione di scopo* rispetto alle iniziative dell'Unione in materia di tutela penale degli interessi finanziari: il legislatore europeo, nel definire i contenuti degli strumenti normativi di armonizzazione delle rilevanti disposizioni penali degli Stati membri non potrebbe non avere quale precipuo obiettivo quello di dare adeguata risposta alle pressanti esigenze di un effettivo ravvicinamento degli ordinamenti nazionali per garantire l'efficacia di tale istituzione. In breve: il legislatore europeo non potrebbe non essere ambizioso e determinato nell'attuare una penetrante e diffusa armonizzazione nel settore in questione.

E' pertanto alla luce di un tale 'criterio di valutazione' che dovrebbe essere vagliata la summenzionata proposta di direttiva PIF, sul cui testo il negoziato parrebbe ormai giunto alle battute finali, e sulla quale riposano, da più di un decennio (la prima proposta risale al 2001)²⁴, le aspettative di un miglioramento ed approfondimento dell'armonizzazione nel settore della tutela degli interessi finanziari; aspettative che risultano oggi ulteriormente alimentate proprio dalla peculiare e fondamentale funzione che un tale testo, nel mutato contesto istituzionale (rispetto al momento della presentazione della proposta nel 2001), è destinato ad assolvere: quella di definire il diritto penale applicabile dalla Procura europea.

La posta in gioco è sicuramente alta e la sfida con cui si confronta il delicato negoziato sulla proposta di direttiva è chiara: come potrebbe funzionare – e come potrebbe risultare realmente legittimata nella sua essenza – una Procura europea con riguardo alla quale il diritto materiale applicabile fosse definito attraverso uno strumento di armonizzazione che si connotasse in termini di sostanziale continuità con gli strumenti attualmente esistenti di cui da anni viene denunciata l'inadeguatezza? Sul punto, basti qui ricordare i risultati delle valutazioni di impatto condotte dalla Commissione negli ultimi anni proprio con riguardo agli strumenti di armonizzazione adottati nel settore della tutela degli interessi finanziari (costituenti un *acquis* normativo significativo, consolidato da decenni, e rappresentato dal 'pacchetto' della Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea del 1995²⁵, e dei due protocolli addizionali, adottati il primo nel 1996²⁶, e il secondo nel 1997²⁷, concernenti le condotte di corruzione e di riciclaggio, e altresì la responsabilità delle persone giuridiche), risultati da cui emerge uno scenario alquanto sconcertante: ad una situazione che potrebbe definirsi appena sufficiente – e quindi lungi dall'essere essa stessa ottimale per la mancata ratifica di alcuni Stati – relativamente all'*adeguamento formale* degli ordinamenti nazionali alle prescrizioni dei testi normativi summenzionati, si accosta una situazione ben più disarmante laddove si passi dal piano dell'implementazione formale al piano del *reale ravvicinamento dei sistemi normativi* in tale settore. Un rapido sguardo alle tavole sinottiche pubblicate in allegato alla Comunicazione della Commissione del 26 maggio 2011 "relativa alla tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea attraverso il diritto penale e le investigazioni

²⁴ COM(2001) 272, 23-5-2001; modificata una prima volta da COM(2002) 577, 16-10-2002.

²⁵ GU C 316 del 27.11.1995, 49 ss.

²⁶ GU C 313 del 23.10.1996, 2 ss.

²⁷ GU C 221 del 19.7.1997, 12 ss.

amministrative: una politica integrata per tutelare il denaro dei contribuenti” (preparata in vista della presentazione della proposta di direttiva sulla tutela penale degli interessi finanziari poi adottata nel luglio 2012)²⁸ consente di rilevare la persistente assenza denunciata dalla Commissione di “un comune campo di gioco”, nel senso di un contesto normativo quanto meno armonico, e di contro la ‘convivenza’ di scelte molto diversificate quanto all’ampiezza della tutela apprestata (sia essa derivante dalla diversità delle condotte sanzionate, o dalla diversità di modelli di costruzione delle fattispecie, di volta in volta concepite come reati di evento o di mera condotta, o ancora dai diversi requisiti di rilevanza circa l’inizio dell’azione punibile o le forme di partecipazione al reato).

In effetti, laddove alla proposta di direttiva PIF attualmente in discussione viene di fatto attribuita la precipua finalità di rappresentare il naturale completamento, sul piano del diritto penale sostanziale, della istituzione della Procura europea²⁹ – come emerge in modo chiaro allo stato attuale del dibattito, che vede la suddetta proposta, sebbene inizialmente concepita, nel 2001, come testo ‘autonomo’ (autonomia peraltro ancor oggi ribadita, sul piano tecnico-giuridico)³⁰, progressivamente ‘attratta’ (per lo meno idealmente) nel novero degli strumenti normativi che negli ultimi mesi sono stati complessivamente negoziati dalla Commissione in vista dell’adozione di un pacchetto normativo mirato al miglioramento della dimensione istituzionale della lotta antifrode (e che vede, accanto alla proposta di regolamento istitutivo della Procura europea, una proposta di regolamento sul rafforzamento di Eurojust) –, la definizione dei relativi contenuti non può se non avvenire avendo l’obiettivo di soddisfare le esigenze di ravvicinamento necessarie a garantire l’efficacia di tale istituzione.

Rispetto ad una tale prospettiva, come si avrà modo di precisare oltre nel testo, la valutazione dei contenuti della proposta di direttiva presenta luci ed ombre. Ciò che di contro merita sin da subito di essere rilevata è la problematicità registrata con riguardo alla base giuridica prescelta dalla Commissione – l’art. 325 TFUE – e strenuamente contestata dagli Stati che puntano all’adozione del testo sulla base dell’art. 83 TFUE (che com’è noto costituisce la base giuridica generale della competenza riconosciuta dal Trattato di Lisbona all’Unione in materia penale), in ragione di una (asserita) specialità (e quindi prevalenza) di tale ultima disposizione quale disposizione del trattato deputata in via esclusiva a dettare forme e condizioni dell’intervento del legislatore europeo in materia penale. L’interesse degli Stati ad una tale modifica della base giuridica è evidente: come illustrato nel paragrafo che precede, con riguardo allo specifico settore della lotta alla frode alle finanze comunitarie, l’art. 325 TFUE sancisce una competenza dell’Unione potenzialmente molto più incisiva di

²⁸ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell’Unione mediante il diritto penale, COM(2012) 363 final, Bruxelles, 11 luglio 2012.

²⁹ Si veda il punto 1 della *Relazione* introduttiva alla proposta di regolamento istitutivo della Procura europea.

³⁰ Così L. KUHL, *The Initiative for a Directive on the Protection of the EU Financial Interests by Substantive Criminal Law*, in *Eu crim*, 2012, issue 2, pp. 63 e 65.

quanto previsto dalla disposizione generale dell'art. 83 TFUE. Non solo, infatti, un tale intervento del legislatore europeo non risulta limitato, come di contro previsto all'art. 83 TFUE, alla fissazione di "norme minime" (relative alla definizione dei reati e delle sanzioni), ricomprendendo tutte le "misure necessarie" nella prevenzione e lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione "al fine di offrire una protezione efficace ed equivalente" (misure che potrebbero pertanto dar vita a disposizioni estremamente puntuali), ma esso risulta altresì sottratto al possibile impiego della procedura del 'freno di emergenza' previsto all'art. 83 TFUE par. 3 (procedura che consente anche ad un singolo Stato membro che ritenga una proposta di direttiva fondata su tale disposizione in contrasto con "aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale" di investire il Consiglio europeo della questione, con conseguente sospensione della procedura legislativa ordinaria). E' pertanto indubbio l'indebolimento dello strumento in discussione che deriverebbe da un'eventuale modifica della base giuridica, indebolimento tanto più criticabile a fronte della peculiare funzione che un tale strumento è chiamato ad assolvere con riguardo all'armonizzazione delle disposizioni nazionali sulle quali poggerà (per lo meno in questa prima fase) la competenza della Procura europea. Più precisamente, l'attuale discussione circa la modifica di base giuridica rischia di mettere una pesante ipoteca sulla complessiva costruzione normativa relativa alla tutela degli interessi finanziari dell'Unione: negando la legittimità di iniziative di ravvicinamento normativo in materia penale fondate sull'art. 325 TFUE – posizione peraltro di dubbia compatibilità con l'*acquis* in materia che indica nell'art. 280 TCE, 'predecessore' normativo dell'attuale disposizione dell'art. 325 TFUE (e non invece nell'ambito del c.d. terzo pilastro, in cui affondano di contro le radici dell'art. 83 TFUE³¹) la base giuridica

³¹ L'indicazione dell'assetto normativo del terzo pilastro quale 'origine' dell'attuale previsione dell'art. 83 TFUE può essere in effetti sostenuta non solo con riguardo all'ipotesi di cui all'art. 83, par.1 TFUE – che (essenzialmente) 'assembla' i settori fatti oggetto di precedenti iniziative di ravvicinamento normativo in materia penale assunte nell'ambito del terzo pilastro – ma anche con riguardo all'art. 83, par.2 TFUE, in considerazione della prassi consolidata (nel vigore del precedente trattato) proprio con riguardo a settori rientranti nelle politiche europee (e quindi naturalmente afferenti al primo pilastro) di una 'ripartizione' delle misure di armonizzazione da adottare con riguardo ad un certo settore tra un atto di primo pilastro e un atto di terzo pilastro, demandando proprio a quest'ultimo le misure di ravvicinamento delle legislazioni penali (mentre all'atto di primo pilastro 'competeva' il ravvicinamento della disciplina in generale) laddove ritenute necessarie per 'supportare' l'intervento di primo pilastro (la c.d. prassi del "doppio testo"). Una tale notazione non deve tuttavia portare in alcun modo a sminuire la 'novità' dell'art. 83 TFUE par 2 che, sulla scia delle due decisive sentenze pronunciate dalla Corte di Giustizia in materia di tutela dell'ambiente e di sicurezza dei trasporti marittimi (CGCE, 13 settembre 2005, *Commissione c. Consiglio*, causa C-176/03, in *Racc.*, I-7879 ss.; CGCE 23 ottobre 2007, *Commissione c. Consiglio*, causa C-440/05, in *Racc.*, p. I-9097 ss.) ha definitivamente sancito la competenza del legislatore europeo ad adottare misure di armonizzazione penale (in settori fatti oggetto di più ampi interventi di armonizzazione) quale competenza 'accessoria' della riconosciuta competenza normativa nei settori (in tutti i settori, senza alcuna pre-delimitazione) rientranti nelle politiche europee (sebbene inquadrando una tale competenza in un preciso contesto – sotto importanti profili diverso da quello posto alla base delle summenzionate decisioni della Corte – normativo e procedurale). Più estesamente sul punto, sia ancora consentito rinviare a R. SICURELLA, *Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell'Unione europea in materia penale*, cit., pp. 2006-2007.

specifica per le iniziative di armonizzazione normativa (secondo i più anche in materia penale) in tale settore³² –, e pretendendo queste debbano essere ricondotte alla disposizione dell’art. 83 TFUE (e in particolare all’art. 83 par. 2 TFUE che sancisce la competenza dell’Unione ad adottare direttive in materia penale allorchè “si rivela indispensabile per garantire l’attuazione efficace di una politica dell’Unione”), una tale posizione finisce con il considerare la tutela degli interessi finanziari quale ‘politica tra le politiche’. Posizione, questa, che non solo mostra di ‘dimenticare’ gli argomenti che, con riguardo alle analoghe competenze degli Stati nazionali, vengono posti a fondamento delle scelte normative a tutela delle finanze pubbliche, e che, facendo leva sulla necessità di assicurare l’esistenza stessa dello Stato e la relativa capacità ad attuare le politiche di settore, collocano le finanze pubbliche tra i beni di rango più elevato (pertanto legittimando interventi particolarmente incisivi) ma giunge altresì a disconoscere i *caratteri di specialità* (e di speciale intensità e incisività) prima evidenziati della competenza dell’Unione in tale settore.

D’altronde, incardinare sull’art. 325 TFUE una competenza più incisiva dell’art. 83TFUE non significa in alcun modo forzare surrettiziamente gli argini dell’assetto di competenze definito dal trattato (e accettato dagli Stati) che vedrebbe la competenza dell’Unione ad introdurre misure di natura penale rigidamente (ed esclusivamente) inquadrata nello specifico contesto politico-istituzionale fissato all’art. 83 TFUE (e che trova la sua più chiara manifestazione proprio nella previsione della procedura del freno d’emergenza), unica disposizione facente espressamente riferimento ad un tale potere dell’Unione. L’art. 325 TFUE, infatti, non si limita a prevedere una (generica) competenza normativa dell’Unione nel settore della tutela degli interessi finanziari (cui si ricollegerebbe, in deroga a quanto previsto dalla disposizione generale dell’art. 83 TFUE, una ulteriore e più incisiva competenza dell’Unione ad intervenire in materia penale), ma essa rappresenta di contro, nell’ambito delle disposizioni relative al bilancio, la base giuridica specifica dell’azione dell’Unione in materia di *prevenzione e*

³² Sull’art. 280 TCE era peraltro fondata la proposta di direttiva PIF adottata nel 2001. Le obiezioni di quella parte della dottrina che negava la legittimità di direttive di armonizzazione penale fondate sull’art. 280 TCE faceva in effetti leva sull’ambigua disposizione dell’art. 280 par. 4 TCE, che, dopo aver sancito, in termini analoghi a quanto oggi previsto all’art. 325 TFUE, la competenza del legislatore europeo ad adottare “le misure necessarie nei settori della prevenzione e lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari della Comunità, al fine di pervenire a una protezione efficace ed equivalente in tutti gli Stati membri”, continuava affermando che “Tali misure non riguardano l’applicazione del diritto penale nazionale o l’amministrazione della giustizia negli Stati membri”; affermazione che, tuttavia, secondo l’interpretazione prevalente in dottrina avrebbe precluso l’adozione di regolamenti recanti disposizioni di natura penale – laddove la relativa immediata applicazione avrebbe in effetti comportato un’immediata e ‘automatica’ incidenza sul diritto penale nazionale – ma non l’adozione di direttive. La scomparsa nella formula normativa dell’art. 325 TFUE (che riprende in gran parte il disposto dell’art. 280 TCE) dell’ambigua affermazione posta in chiusura dell’art. 280 TCE par. 4 sarebbe da interpretare, secondo tale ultima dottrina, quale espressa conferma della legittimità di direttive penali in tale settore, mentre, di contro, secondo le voci più ‘restrittive’ essa si spiegherebbe proprio in relazione all’avvenuta introduzione della disposizione generale dell’art. 83 TFUE, che, come accennato nel testo, si porrebbe quale base esclusiva e generale per qualsivoglia iniziativa di ravvicinamento in materia penale.

lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari³³. Una notazione, questa, che deve portare a concludere nel senso di considerare il testo normativo dell'art. 325 TFUE quale base giuridica autonoma, svincolata dai criteri di legittimazione previsti all'art. 83 par. 2 TFUE (l'"indispensabilità" di un tale intervento a garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione), ed 'esclusivamente' subordinata, al pari di ogni iniziativa normativa dell'Unione, al pieno rispetto del principio di sussidiarietà, da un lato, e altresì, trattandosi di misure di armonizzazione penale, ad una valutazione 'positiva' circa la sussistenza delle condizioni di legittimità scaturenti dal principio di *extrema ratio* penale. Non è quindi l'art. 83 TFUE a dover essere considerato norma speciale, e in quanto tale destinata a prevalere sulla disposizione dell'art. 325 TFUE, ma, viceversa, proprio quest'ultima, che si pone pertanto quale base giuridica appropriata di ogni intervento di armonizzazione penale nel settore della tutela degli interessi finanziari europei (e nel caso di specie della proposta di direttiva PIF attualmente in discussione).

4. L'ambito materiale di competenza della Procura europea: ovvero i "fatti" criminosi costituenti "reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione".

Sebbene, com'è noto, l'art. 86 par. 4 TFUE preveda la possibilità che la competenza della Procura europea possa giungere ad abbracciare, *ab origine* o successivamente, fatti qualificabili come forme di "criminalità grave che presenta una dimensione transnazionale" – previsione che può leggersi quale logica conseguenza della disposta creazione della Procura europea "a partire da Eurojust", e nella prospettiva di una eventuale, progressiva, 'occupazione' delle competenze di quest'ultimo (definite per l'appunto all'art. 85 TFUE con riferimento alla "criminalità grave che interessa due o più Stati membri o che richiede un'azione penale su basi comuni"), cui la Procura europea potrebbe gradualmente sostituirsi –, una tale possibilità appare, allo stato attuale del dibattito, alquanto ipotetica e comunque scartata quale opzione che avrebbe potuto connotare la Procura europea sin dalle origini, essendo l'attuale proposta di regolamento istitutivo circoscritta al settore della tutela degli interessi finanziari. Una scelta, questa, in verità debolmente argomentata nella *Relazione* introduttiva sulla base della necessità di una decisione all'unanimità che la diversa opzione in favore di un più ampio ambito di competenze avrebbe comportato, e omettendo qualunque riferimento all'argomento 'di merito' relativo alla speciale rilevanza e natura del bene degli interessi finanziari (ritenuto giustificare e legittimare un intervento così particolarmente invasivo delle prerogative degli Stati membri). Rimangono conseguentemente fuori dall'ambito di competenza della Procura europea (almeno in una prima fase) non solo alcuni fenomeni criminosi, oggetto di sempre più frequenti e penetranti interventi di armonizzazione normativa a livello

³³ In proposito, sia consentito ancora rinviare a R. SICURELLA, *Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell'Unione europea in materia penale*, cit., p. 3603.

europeo, e con riguardo ai quali, in ragione della particolare gravità e del carattere transnazionale che essi per lo più presentano, è stato nel tempo da più parti auspicato l'intervento di un organo di indagine sovranazionale³⁴ – terrorismo, criminalità organizzata, traffici illeciti, per i quali tuttavia la persistente 'specificità' competenza di Eurojust verrebbe a porsi come in qualche modo logica, in quanto costituente un valido criterio discretivo nella definizione dei rispettivi ambiti di competenza dei due organi laddove in una tale fase essi siano naturalmente destinati a coesistere–, ma altresì fenomeni criminosi interessanti beni propriamente sovranazionali per i quali sarebbe potuto apparire in un certo senso fisiologica (in ragione della relativa natura) l'affermazione *ab origine* della competenza della Procura europea: il riferimento è innanzitutto agli atti di contraffazione e in genere ai fatti ritenuti offensivi della moneta unica, nonché ai fatti ritenuti lesivi della pubblica funzione europea (che, come si avrà modo di precisare oltre nel testo, stando alla proposta di regolamento istitutivo oggi in discussione, potrebbero rientrare nell'ambito di competenza della Procura europea, esclusivamente nelle ipotesi di concreta connessione con la tutela degli interessi finanziari, secondo quanto previsto all'art. 13). Tuttavia, la scelta del trattato (e oggi della proposta di regolamento istitutivo) di circoscrivere (per lo meno inizialmente) la competenza della Procura europea alla tutela degli interessi finanziari – sebbene da più parti criticata, anche in passato, per l' 'irragionevole' limitazione dell'ambito di competenza del primo organo di indagine europeo ad un novero estremamente ristretto di fatti criminosi, che peraltro non possono essere annoverati tra quelli che, in assoluto, presentano il più elevato grado di allarme sociale – trova una sua giustificazione (oltre che nella sua originaria concezione nell'ambito delle proposte normative del *Corpus juris* relative per l'appunto esclusivamente al settore della tutela degli interessi finanziari) proprio laddove si faccia leva sul particolare rango di tale bene, e soprattutto sulla specificità (e incisività) delle iniziative che possono essere assunte a tutela dello stesso (mentre la natura sovranazionale di altri beni potrebbe – e coerentemente dovrebbe – risultare determinante allorquando dovesse prospettarsi una prima estensione di competenze della Procura europea, prediligendo per l'appunto le condotte lesive di tali beni).

La traduzione normativa della competenza *ratione materiae* della Procura europea – sia essa attuata, come sarebbe auspicabile ma al momento non immaginabile, con la formulazione di vere e proprie fattispecie sovranazionali o, più modestamente, attraverso disposizioni di ravvicinamento normativo delle legislazioni nazionali (disposizioni che assolvono comunque alla funzione di individuare i 'fatti' rilevanti, sia in termini di condotta che in termini di elemento soggettivo, e talvolta anche in termini di circostanze, sebbene la costruzione normativa dell'illecito, che delimita in concreto la competenza della Procura europea, spetti in definitiva al legislatore interno) – implica comunque un passaggio preliminare tecnicamente delicato quanto politicamente sensibile: concretizzare, riempire di contenuti precettivi,

³⁴ Sul punto, cfr. M. PELISSERO, *Competenza della Procura europea e scelte di incriminazione: oltre la tutela degli interessi finanziari*, in *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea*, cit., p. 109 ss.

la generica espressione “reati che ledono gli interessi finanziari”, impiegata all’art. 86 par.1 TFUE. Un’operazione, questa, da cui dipende non solo la concreta ampiezza dell’ambito d’azione della Procura europea – e più precisamente l’esatta perimetrazione della stessa dal punto di vista dei comportamenti criminosi rilevanti (e, specularmente, la rimodulazione degli ambiti di competenza delle autorità di indagine nazionali) – ma, più a monte, la portata ed incisività dell’intervento normativo (di unificazione o armonizzazione) del legislatore europeo, con ciò che ne consegue in termini di erosione della discrezionalità del legislatore interno.

La questione si pone qui in termini di alternativa tra un’interpretazione rigorosamente letterale, e inevitabilmente restrittiva, che faccia leva sull’esatta portata semantica del verbo “ledere” – che richiama tecnicamente il concetto di “effettiva lesione” del bene, nel caso di specie le finanze europee – o piuttosto optare per un’interpretazione estensivo-funzionale rispetto alla quale il verbo “ledere” sarebbe in grado di abbracciare una serie molto più ampia di ipotesi in cui un danno effettivo potrebbe non sussistere, e che si porrebbero, nella fenomenologia criminosa ricorrente con riguardo alle frodi europee, quali condotte statisticamente costituenti anelli della catena criminosa che per lo più si configura nelle ipotesi di frode. In tal caso l’espressione “reati che ledono gli interessi finanziari dell’Unione” risulterebbe sinonimo di “reati che *offendono* gli interessi finanziari”, nel senso ampio di “reati che *hanno un impatto* sugli interessi finanziari”; lettura che può apparire *prima facie* discutibile stando ai canoni ermeneutici propriamente penalistici (tassatività e determinatezza) – canoni tuttavia non rilevanti nel caso di specie laddove oggetto di interpretazione è non una fattispecie penale ma una disposizione di carattere *lato sensu* costituzionale, per l’interpretazione della quale ampio spazio deve essere riconosciuto a valutazioni di carattere teleologico e assiologico – ma che risulta non soltanto convincente nell’economia del trattato, ma altresì giustificata (e legittimata) rispetto all’*acquis* consolidato in materia.

La scelta in favore dell’una o dell’altra non è evidentemente neutra quanto alla delimitazione dell’ambito di intervento della Procura europea e, conseguentemente, quanto all’impatto della relativa istituzione ed attuazione sugli ordinamenti interni.

Nella prima ipotesi, infatti, la competenza della Procura europea risulterebbe subordinata al dato strutturale del *danno effettivo* prodotto dalle condotte in questione alle finanze europee. Un’opzione ermeneutica, questa, che andrebbe a definire gli ambiti di competenza della costituenda Procura europea in termini significativamente più restrittivi rispetto a quanto prefigurato dalle definizioni normative proposte nel *Corpus juris* 2000, in cui l’effettiva lesione degli interessi finanziari è elevata ad elemento costitutivo della fattispecie esclusivamente nella definizione dei fatti di corruzione e abuso d’ufficio (mentre nella prima versione pubblicata nel 1997 essa era presente esclusivamente nella definizione delle condotte di malversazione); mentre per le restanti figure criminose, laddove prevista, la lesione è esclusivamente potenziale (frode agli interessi finanziari e rivelazione di segreti d’ufficio). Di contro, l’esclusione del danno effettivo quale elemento strutturale dei reati di competenza della Procura europea – che presupporrebbe a monte l’adesione ad una lettura non rigorosa del

termine “ledere” – avrebbe quale logica conseguenza una maggiore ampiezza (e altresì un’inevitabile ‘fluidità’) degli ambiti di competenza di tale organo.

In verità, uno sguardo ad altre versioni linguistiche del trattato consente di rilevare come i termini impiegati per descrivere l’ambito di competenza della Procura europea risultino per lo più meno stringenti (di quanto non avvenga con il termine “ledere” della versione italiana) e non implicanti il requisito del danno effettivo alle finanze europee; così legittimando un’interpretazione del testo che, pur rimanendo nell’alveo di una interpretazione rigorosamente letterale, prefigura ambiti di competenza che potrebbero risultare pertanto più ampi di quelli individuati dalle proposte del *Corpus juris*. Eloquente al riguardo la differenza tra la formula impiegata all’art. 86 TFUE nella versione inglese del trattato – “crimes affecting the financial interests of the Union” – e il verbo “to harm” che si rinviene di contro nelle proposte del *Corpus juris*; una notazione che deve portare logicamente a concludere nel senso di una maggiore ampiezza della prima (e pertanto di una competenza della Procura europea che vada al di là di quanto previsto nel *Corpus juris*), ma che apre a sua volta l’ulteriore questione, una volta abbandonata la ‘certezza’ del requisito strutturale del danno effettivo alle finanze europee, di individuare i criteri di delimitazione di una tale competenza, e indicare con sufficiente precisione i fatti costituenti “reati che offendono gli interessi finanziari dell’Unione”. Se una tale formula è senza dubbio idonea a coprire ipotesi di c.d. pericolo concreto, cioè ipotesi in cui, pur non esigendosi la produzione del danno, sia tuttavia riscontrabile un’effettiva esposizione a pericolo delle finanze europee, senza dubbio meno indiscussa (e prevedibilmente osteggiata) appare la possibilità di sussumere sotto tale formula anche reati che, pur avendo quale precipuo e diretto oggetto di tutela beni diversi, potrebbero considerarsi, stante la fenomenologia criminosa che interessa le finanze europee, reati *lato sensu* ‘strumentali’ rispetto alla tutela degli interessi finanziari europei, in quanto logicamente coinvolti nella definizione di una coerente strategia di tutela di tali fondamentali interessi. Una tale ricostruzione condurrebbe ad includere nell’ambito della ‘naturale’ competenza della Procura europea non solo i reati aventi ad oggetto la moneta unica³⁵ – che non poche voci in dottrina hanno d’altronde da sempre ritenuto afferire naturalmente nella

³⁵ Sul punto sia consentito rinviare a R. SICURELLA, *Setting up a European Criminal Policy for the Protection of EU Financial Interests: Guidelines for a Coherent Definition of the Material Scope of the European Public Prosecutor’s Office*, in *Toward a Prosecutor for the European Union. Vol. 1: A Comparative Analysis*, a cura di K. LIGETI, Oxford, 2012, p. 885-886. Si veda inoltre il contributo di F. BIANCO, *Tutela dell’euro e competenza della Procura europea nel futuro scenario dell’Unione*, in *Le sfide dell’attuazione di una Procura europea*, cit., p. 149 ss. Nel senso della naturale afferenza della tutela dell’euro alla sfera di competenza della Procura europea si sono pronunciate molte delle voci intervenute nel dibattito lanciato dalla Commissione europea sul Libro verde sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di un pubblico ministero europeo (COM(2001) 715 def.); cfr. Rapporto sulle reazioni al Libro verde relativo alla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e la creazione di un pubblico ministero europeo, COM(2003) 128 def., punto 3.2.1.1. Nella medesima direzione muovono altresì le proposte contenute nelle Conclusioni dell’*European Public Prosecutor Working Group* (Madrid, 29 giugno-1luglio 2009), consultabili sul sito www.fiscal.es (si vedano in particolare i §§ 2.2.2. e 2.3.4) che sposano un’interpretazione ampia della nozione “reati che ledono gli interessi finanziari” contenuta all’art. 86 TFUE.

nozione (tradizionalmente intesa in senso ampio) di “interessi finanziari”³⁶ – ma altresì i reati dei pubblici funzionari europei contro la Pubblica amministrazione comunitaria (corruzione, malversazione, ecc.). Una tale opzione ermeneutica, senza dubbio controversa, appare tuttavia sotto molti aspetti coerente non solo da un punto di vista pratico-funzionale (assicurando una maggiore efficacia dell’azione della Procura europea, che non risulterebbe dipendente dal fatto che si riesca a dimostrare l’effettivo danno o l’effettiva esposizione a pericolo delle finanze europee), ma anche da un punto di vista giuridico (in ragione della consolidata considerazione della prevenzione e del contrasto della corruzione – come anche, più in generale, delle forme di malversazione – negli strumenti normativi europei quale componente ineliminabile della strategia anti-frode, a prescindere dall’esistenza di un danno effettivo o potenziale alle finanze europee)³⁷, e altresì da un punto di vista *lato sensu* politico (potendo risultare incomprensibile all’opinione pubblica l’assenza di competenza della Procura europea con riguardo a condotte illecite di una categoria di soggetti considerata privilegiata, e per di più destinata in tal modo a restare spesso impunita, a causa di condizioni di responsabilità ‘imbrigliate’ nella eterogeneità degli ordinamenti penali).

Preme qui precisare, incidentalmente, che l’eventuale opzione in favore di un’accezione ampia della formula “reati che ledono gli interessi finanziari dell’Unione” iscritta all’art. 86 TFUE non si scontra in alcun modo né con il principio di sussidiarietà europea, né con quello di sussidiarietà penale (o *extrema ratio*). La suddetta formula è infatti deputata ad individuare gli ambiti astratti di competenza della Procura europea. Le indispensabili valutazioni di sussidiarietà europea e di *extrema ratio* dovranno essere condotte (al fine di evitare un’inaccettabile – e illegittima secondo il diritto europeo – inflazione degli interventi europei) al momento delle concrete scelte del legislatore europeo di adottare una norma recante una misura di natura penale: il dato per cui un certo ‘fatto’ rientri nella competenza (astratta) della Procura europea (potendo essere annoverato tra i “reati che ledono gli interessi finanziari dell’Unione”) non comporta infatti alcuna automatica legittimazione di norme di penalizzazione di un tale fatto.

Se alla luce dei summenzionati argomenti potrebbe non apparire infondato sostenere che l’ambito di competenza della futura Procura europea possa coprire, stando ai termini del trattato, anche condotte che solo potenzialmente e indirettamente

³⁶Cfr. A. BERNARDI, *Presentazione*, in *La tutela penale dell’euro. Teoria e prassi*, a cura di A. BERNARDI, Padova, 2005, p. XV; E. MEZZETTI, *Quale giustizia per l’Europa? Il «Libro verde» sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di un pubblico ministero europeo*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 3963.

³⁷ Un tale approccio, oltre ad essere confortato dalla *Relazione* introduttiva al Primo Protocollo che afferma che l’espressione “potrebbe ledere” che si rinviene nella definizione di corruzione, copre *tutti* i casi di corruzione (anche quando non giungano al risultato di danneggiare gli interessi finanziari), parrebbe trovare ulteriore riscontro nell’art. 4 della Decisione del Consiglio del 28 Febbraio 2002 che istituisce Eurojust e che impiega l’espressione “frode, corruzione e qualunque reato che lede gli interessi finanziari” quale unica categoria di reato il cui carattere ‘unificante’ risiede per l’appunto nel fatto che *tutti* coinvolgono (*affect*) gli interessi finanziari europei; indice che quindi tale espressione a livello europeo abbraccia anche condotte che solo ‘indirettamente’ e ‘potenzialmente’ sono in grado di ledere gli interessi finanziari.

sono in grado di ledere o esporre a pericolo gli interessi finanziari – descrivendo un perimetro significativamente ampio delle competenze della Procura europea –, una tale lettura è tuttavia lungi dal registrare l’adesione unanime degli esperti e ancor meno quella degli Stati, tesi a circoscrivere la portata di tale espressione al limitato novero di ipotesi già previste nella Convenzione PIF e nei relativi due protocolli addizionali (frode, corruzione recante danno agli interessi finanziari, riciclaggio di proventi derivanti da fatti lesivi degli interessi finanziari). Interessanti spunti di indagine su tale fondamentale questione possono trarsi proprio dalle riflessioni condotte sul punto dal gruppo di esperti che hanno lavorato al progetto *Corpus juris*. Prendendo le mosse dai rilievi critici formulati in molti dei rapporti redatti dagli esperti nazionali (e deputati ad evidenziare possibili ostacoli o riserve all’interno di ciascun ordinamento all’eventuale adozione delle disposizioni del *Corpus juris*) con riguardo all’inaccettabile stravolgimento del bene giuridico direttamente protetto dalle fattispecie di corruzione, malversazione, abuso d’ufficio, rivelazione di segreti d’ufficio (previste dal testo) laddove, come proposto dal *Corpus juris*, nella relativa formula normativa si introducesse l’elemento del danno agli interessi finanziari –, il gruppo di esperti, pur risolvendosi nel senso di mantenere un tale elemento, ne ha tuttavia affermato la natura di *criterio di competenza* (il cui accertamento si presenta come necessario esclusivamente ai fini della ripartizione di competenze con le competenti autorità nazionali)³⁸. Una qualificazione, questa, quanto alla natura di un tale elemento che avrebbe in verità potuto comportare l’eliminazione del riferimento agli interessi finanziari nella puntuale formula normativa delle fattispecie in questione e la sua previsione in una norma di carattere generale posta *in incipit* dell’articolato normativo, così eliminando in radice ogni interrogativo circa l’inquadramento dogmatico di tale espresso riferimento nel testo di ciascuna fattispecie³⁹; soluzione tuttavia non adottata nella formulazione finale dell’articolato normativo del *Corpus juris* 2000.

Alla luce delle riflessioni che precedono, le soluzioni iscritte nella proposta di direttiva PIF – cui rinvia l’art. 12 della proposta di regolamento istitutivo della Procura europea – risultano alquanto deludenti; ciò nondimeno, i seppur limitati elementi di novità meritano di essere segnalati per le prospettive che essi appaiono dischiudere con riguardo ad un futuro ampliamento del novero dei ‘fatti’ rientranti nell’ambito di competenza materiale della Procura europea.

In effetti, quanto alla individuazione e delimitazione dei fatti penalmente rilevanti (dei fatti cioè oggetto dell’intervento di ravvicinamento normativo e per i quali viene disposto un obbligo di penalizzazione), la proposta di direttiva si muove essenzialmente nel senso di quella che è stata definita una mera ‘lisbonizzazione’ dell’*acquis* in materia (risalente com’è noto alla metà degli anni Novanta); un dato che denuncia la chiara rinuncia ad un complessivo ripensamento delle scelte operate quasi un ventennio fa, senza dubbio opportuno alla luce delle molte sollecitazioni

³⁸ In proposito, sia consentito rinviare a R. SICURELLA, *Définition des intérêts supranationaux et proposition d’incriminations communes: nécessité d’une dogmatique communautaire ?*, in *La mise en œuvre du Corpus juris dans les Etats membres*, cit., p. 224 e pp. 244-245.

³⁹ Come sommamente prospettato *ivi*, p. 245, nt.51.

provenienti dalle esperienze più diverse ormai maturate in tale settore, nonché auspicabile ed atteso in ragione della significativa novità della base giuridica offerta dal trattato – l’art. 325 TFUE – e la maggiore incisività e pregnanza dell’intervento di armonizzazione che una tale disposizione legittima e che risulta di contro senza dubbio sminuita dalle soluzioni iscritte nel testo proposto. Se nella sua prima versione, adottata dalla Commissione nel 2001, la proposta di direttiva aveva il precipuo obiettivo di ‘importare’ in uno strumento di primo pilastro le disposizioni di ravvicinamento in materia contenute in strumenti di terzo pilastro (la già menzionata Convenzione PIF e i due protocolli addizionali) non ancora adeguatamente trasposti dagli Stati, al fine di assicurarne una maggiore efficacia quale conseguenza dell’inserimento delle relative previsioni nel contesto normativo e istituzionale proprio dell’ordinamento comunitario (*stricto sensu* inteso)⁴⁰, una tale opzione lascia di contro trasparire, laddove riferita alla nuova proposta, una criticabile assenza di coraggio delle istituzioni europee a fronte della scoperta riluttanza degli Stati ad accettare interventi incisivi di armonizzazione penale anche in tale materia.

Nessuna sostanziale innovazione è dato riscontrare nella definizione dei fatti di frode agli interessi finanziari contenuta all’art. 3 della proposta (rispetto al disposto dell’art. 1 della Convenzione PIF), e ad analoga conclusione deve giungersi con riguardo alla definizione di riciclaggio contenuta all’art. 4 par. 2, tanto più sorprendente e criticabile laddove l’espreso rinvio alla definizione fissata nella direttiva 2005/60/CE, oltre a frustrare le aspettative di una definizione autonoma di riciclaggio, ha quale inevitabile esito quello di irrigidire i relativi contenuti, escludendo *a priori* ogni possibile considerazione delle prospettive evolutive della disciplina in materia già da tempo in discussione. Merita di contro di essere segnalata con riguardo alla definizione dei fatti di corruzione la scomparsa del requisito della contrarietà ai doveri d’ufficio dell’atto oggetto dell’accordo corruttivo, da cui dovrebbe logicamente dedursi la volontà di un’estensione dei fatti punibili anche alle ipotesi in cui l’accordo corruttivo abbia ad oggetto un atto legittimo (conforme ai doveri d’ufficio); un’opzione, questa, che tuttavia non consente di superare i molti rilievi critici formulati circa l’adeguatezza di una tale definizione, in particolare laddove essa continua a individuare il nucleo di disvalore del fatto nell’accordo corruttivo avente ad oggetto il compimento o l’omissione di un “atto” (uno specifico atto) e non invece l’“esercizio delle funzioni”, sulla scia d’altronde dei più recenti interventi normativi in materia a livello sia internazionale che nazionale, che hanno in tal modo inteso superare i molti problemi posti dalla necessità di individuare lo specifico atto oggetto dell’accordo corruttivo.

L’unico elemento di reale novità, per ciò che attiene alla definizione dei fatti penalmente rilevanti, è piuttosto da rintracciarsi nella introduzione (accanto alle suddette definizioni di corruzione e riciclaggio), nell’ambito del medesimo art. 4 rubricato come “reati connessi alla frode”, di due nuove figure di reato (non previste in

⁴⁰ Si veda la *Relazione* alla Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla tutela penale degli interessi finanziari della Comunità, cit.

precedenti strumenti PIF) relative, rispettivamente, a comportamenti fraudolenti nell'ambito di procedure di concessione di appalti (la "comunicazione ed omissione di comunicazione di informazioni a entità o autorità incaricate di aggiudicare un appalto pubblico o concedere una sovvenzione che incida sugli interessi finanziari dell'Unione [...] quando tale azione od omissione sia intenzionale e abbia lo scopo di aggirare o distorcere l'applicazione dei criteri di ammissibilità, esclusione, selezione o concessione", prevista al par. 1), e ad ampie condotte di appropriazione e malversazione poste in essere dal pubblico funzionario (la "ritenzione illecita", prevista al par. 4, che si riferisce alla "azione illecita del funzionario pubblico di impegnare o erogare fondi o di appropriarsi di beni o utilizzarli, per uno scopo diverso da quello per essi previsto e nell'intento di ledere gli interessi finanziari dell'Unione").

Sebbene non possa non lamentarsi il poco coraggio della proposta che lascia fuori condotte (quali per esempio le condotte di rivelazione e utilizzazione di segreti d'ufficio) la cui offensività rispetto al bene degli interessi finanziari è stata ampiamente dimostrata e che per tale ragione erano state inizialmente annoverate nelle prime versioni del testo, sulla scia peraltro di quanto proposto nel *Corpus juris*⁴¹, e altresì prospettato nel Libro verde sulla tutela penale degli interessi finanziari⁴², l'analisi della struttura delle due 'nuove' fattispecie (*rectius* delle note tipiche deputate a connotare il nucleo di disvalore dei suddetti fatti di frode in appalti e di ritenzione illecita, gravati

⁴¹ Ad un confronto con le figure di reato costituenti la "parte speciale" del *Corpus juris* emerge altresì l'assenza di una disposizione relativa ai fatti di associazione a delinquere aventi tra i reati scopo del programma criminoso i reati lesivi degli interessi finanziari. Il riferimento all'ipotesi di un'organizzazione criminale nell'ambito della quale vengano realizzati i reati previsti dalla direttiva si rinviene esclusivamente all'art. 8, che (come si avrà modo di illustrare *infra* nel testo) interviene con riguardo alle soglie delle pene detentive e che sancisce al riguardo un soglia minima del massimo di pena edittale più elevata (10 anni) rispetto a quella fissata con riguardo alla generalità dei reati (5 anni); una soluzione che, seppure per qualcuno criticabile in quanto indice della summenzionata (eccessiva e 'dis-funzionale') limitazione delle competenze della Procura europea, recante l'esclusione (financo) dei fatti di criminalità organizzata lesivi degli interessi finanziari, la cui gravità ed incidenza sulla tutela degli stessi è stata da tempo posta a fondamento di numerosi interventi normativi dell'Unione, risulta tuttavia condivisibile laddove ci si collochi nell'ottica di una definizione dell'ambito di competenza della Procura europea che non travalichi in ogni caso il perimetro dei reati lesivi degli interessi per natura sovranazionali e la cui titolarità spetta dunque all'Unione, situazione che, allo stato attuale della costruzione europea, non si configura con riguardo al bene dell'ordine pubblico, tradizionalmente sotteso all'incriminazione delle condotte associative. In quest'ottica, la previsione dell'art. 8 par. 2 della proposta di direttiva PIF che sancisce l'obbligo per gli Stati di fissare un più elevato 'minimo del massimo' della pena edittale nel caso i reati di cui agli articoli 3, 4 e 5 della stessa direttiva siano realizzati nell'ambito di un'organizzazione criminale (ai sensi della decisione-quadro 2008/841/GAI) può essere letto quale forma di tutela rafforzata degli stessi interessi finanziari, laddove esso comunque prevede che tali reati siano stati effettivamente realizzati (non essendo sufficiente che essi rientrino nel programma criminoso) nell'ambito di un'organizzazione criminale che in quanto tale (per la particolare organizzazione di mezzi e persone che la connota) è generalmente in grado di realizzare lesioni più gravi degli interessi tutelati. In generale, circa la questione della inesistenza di un bene giuridico sovranazionale dell'ordine pubblico europeo, sia consentito rinviare a R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005, pp. 336-342.

⁴² *Libro verde sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una Procura europea*, cit.

da un obbligo di penalizzazione) lascia in effetti emergere un profilo di grande rilievo. Si tratta infatti di ipotesi la cui realizzazione prescinde dal pregiudizio effettivo o potenziale degli interessi finanziari, richiesto di contro nelle già note definizioni contenute nei preesistenti strumenti PIF (nella definizione di frode agli interessi finanziari la soglia di punibilità risulta peraltro particolarmente selettiva, in quanto necessitante l'effettiva produzione del danno, mentre un pregiudizio anche solo potenziale è sufficiente nel caso dei fatti di corruzione); con la conseguenza di poter concludere nel senso che la proposta di direttiva in esame, pur a fronte degli attuali 'angusti' contenuti, giunge a concretizzare in termini concettualmente ampi la nozione di "reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione" impiegata all'art. 86 TFUE, sancendo il rifiuto di un'interpretazione rigorosamente letterale (e restrittiva) della stessa. Una notazione, questa, che dischiude prospettive evolutive di notevole interesse, quanto alle *potenzialità espansive* della *naturale competenza* della Procura europea, in grado di coprire condotte non direttamente e immediatamente lesive degli interessi finanziari – anche se comunque astrattamente in grado di rappresentarne una esposizione a pericolo o comunque di comportarne delle conseguenze pregiudizievoli – con riguardo alle quali risulta in effetti difficilmente comprensibile, almeno in un'ottica di medio-lungo periodo, l'estromissione dall'ambito di competenza materiale della costituenda Procura europea (il riferimento è qui, innanzitutto, come già rilevato, oltre che alle varie figure di reati contro la pubblica amministrazione, di cui la proposta di direttiva prende in considerazione solo quelle integranti un'appropriazione o distrazione, alle condotte lesive della moneta unica). Lungi dal rappresentare l'oggetto di una *competenza accessoria* (ed eventuale) della Procura europea, quale prevista all'art. 13 della proposta di regolamento istitutivo – che, evidentemente ispirato ad esigenze di efficacia dell'organo inquirente europeo, sancisce quella che può essere definita una competenza '*per connessione*' relativamente a qualsivoglia fatto criminoso (diverso da quelli rientranti nella previsione dell'art. 12) che, nelle concrete modalità di realizzazione, si presenti "indissolubilmente" connesso con uno dei reati di cui all'art. 12, e risulti pertanto "nell'interesse della buona amministrazione della giustizia" (criterio questo che parrebbe concepito come autonomo rispetto alla connessione, e pertanto oggetto di autonomo accertamento) l'unificazione delle attività di indagine nelle mani della Procura europea; sempre che (*rectius* in presenza delle ulteriori condizioni cumulative) che il reato *ex art. 12* sia "prevalente" e il reato connesso si radichi su "fatti identici" –, i summenzionati fatti di frode in appalti e di malversazione/appropriazione rientrano nella *competenza naturale e propria* della Procura europea fissata all'art. 12 (pertanto non subordinata alle condizioni stringenti della competenza ancillare).

5. Verso una parte generale del diritto penale europeo?

E' a tutti nota la strenua avversione degli Stati (nonché di gran parte degli studiosi di diritto penale) ad interventi di ravvicinamento normativo riguardanti istituti di parte generale; avversione che, logicamente, è ancora più netta laddove si

discuta della possibilità di adottare veri e propri precetti sovranazionali relativamente a tali istituti. Nonostante l'ovvia constatazione che questi rispondono a questioni comuni ed universali poste dalla costruzione dei sistemi di responsabilità individuale, nella concreta disciplina degli stessi si riflettono tuttavia le più 'sensibili' (e pertanto gelosamente difese) differenze di tradizioni giuridiche; cosicchè ogni intervento teso a superare tale particolarismi non manca mai di registrare accese opposizioni⁴³.

La questione, da tempo oggetto di vivaci dibattiti tra gli studiosi ma sulla quale si è finora registrato un certo *self restraint* del legislatore europeo – che, come si avrà modo di precisare oltre, nelle direttive penali recentemente adottate non è andato al di là della previsione di obblighi di penalizzazione aventi ad oggetto il generico riferimento a fatti di tentativo o concorso di persone, senza procedere ad alcuna (seppur minima) definizione degli stessi⁴⁴ –, merita tuttavia di essere collocata anch'essa nella peculiare prospettiva della creazione di una Procura europea: è pensabile la realizzazione dell'obiettivo perseguito con la creazione di un tale organo – una più efficace e coerente azione di contrasto delle aggressioni agli interessi finanziari dell'Unione – in assenza di un qualsivoglia intervento normativo del legislatore europeo in materia di istituti di parte generale del diritto penale? Stante la funzione 'tipica' degli istituti di parte generale, di concorrere a definire, in combinazione con le fattispecie di parte speciale, l'esatto ambito di responsabilità del singolo, il perdurare dell'attuale eterogeneità delle soluzioni adottate a livello nazionale non conduce inevitabilmente a precludere ogni possibilità di assicurare quella tendenziale equivalenza della risposta repressiva apprestata da ciascun ordinamento riconosciuta come logicamente necessaria per la reale efficacia della tutela di interessi sovranazionali quali gli interessi finanziari dell'Unione? Un interrogativo, questo, la cui soluzione non può correttamente poggiare esclusivamente su valutazioni di 'fattibilità' politica (in relazione alla già menzionata tradizionale avversione, variamente argomentata, degli Stati a condizionamenti e vincoli quanto alla configurazione e portata di istituti fortemente connotanti le rispettive tradizioni giuridiche e per lo più destinati a trovare applicazione con riguardo alla generalità dei reati), ma deve altresì rispondere oltre che ad esigenze di coerenza ed efficacia dell'azione del nuovo organo, soprattutto ad esigenze di tenuta complessiva del

⁴³In generale, su tali questioni, si veda il contributo al volume *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea* (cit.) di F. VIGANÒ, *Verso una "Parte generale europea"?*, p. 123 ss.

⁴⁴Tali previsioni, per quanto criticabili in ragione della debole efficacia armonizzatrice, parrebbero comunque sancire il definitivo superamento dei dubbi avanzati in dottrina all'indomani dell'adozione del Trattato di Lisbona circa l'idoneità della nozione di "norme minime relative alla definizione dei reati e delle pene" iscritta all'art. 83 TFUE a coprire misure di armonizzazione di istituti di parte generale. Sul punto, in senso favorevole, sia consentito rinviare a R. SICURELLA, «*Prove tecniche*» per una metodologia dell'esercizio delle nuove competenze concorrenti dell'Unione europea in materia penale, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, a cura di G. GRASSO – L. PICOTTI – R. SICURELLA, Milano, 2011, in particolare pp. 27-30. La legittimazione di misure di armonizzazione di istituti di parte generale sarebbe tuttavia limitata ad interventi puntuali contenuti nelle singole direttive e non anche alla previsione di misure di armonizzazione 'autonome' e costituenti l'oggetto 'esclusivo' di una direttiva ex art. 83 TFUE.

sistema, in particolare quanto alla sua piena rispondenza ai principi generali dell'ordinamento europeo.

Non può essere in alcun modo negato che l'opzione metodologica che limiti *a priori* l'intervento normativo del legislatore europeo (deputato a definire gli ambiti di competenza della Procura europea) – sia esso un intervento di ravvicinamento delle legislazioni penali nazionali (quale oggi in discussione) o, in prospettiva, un intervento di unificazione (con l'adozione di veri e propri precetti sovranazionali) –, alla formulazione di fattispecie incriminatrici risulti, al tempo stesso, discutibile sul piano della legalità ed in evidente contrasto con il principio di eguaglianza dei cittadini europei. E ciò in ragione della diretta incidenza dell'operatività degli istituti di parte generale sull'ampiezza applicativa delle fattispecie di parte speciale, cosicché il perdurare di una diversa disciplina di tali istituti nei singoli ordinamenti è destinata a vanificare o comunque frustrare sensibilmente ogni obiettivo di effettiva armonizzazione degli ordinamenti penali (anche circoscritta a specifici settori normativi); con il conseguente perdurare di un'opera di armonizzazione *en trompe l'œil*, senza dubbio inadeguata ad assicurare l'efficacia degli interventi europei, ma soprattutto incapace di assicurare l'eguale trattamento dei cittadini dell'Unione e inevitabilmente destinata, più a monte, a ridimensionare significativamente l'effettiva portata della competenza ormai riconosciuta all'Unione circa la concreta delimitazione dell'area del penalmente rilevante (secondo quanto previsto in generale all'art. 83 TFUE e *a fortiori* con riguardo al settore degli interessi finanziari ai sensi degli artt. 86 TFUE e 325 TFUE).

In effetti, anche un rapido sguardo alle più recenti direttive penali conduce a rilevare l'evidente incongruità, a fronte della dichiarata finalità armonizzatrice dell'intervento normativo europeo, della scelta di incardinare l'obbligo di penalizzazione di matrice europea sui requisiti che ciascun ordinamento, con soluzioni più o meno differenziate, fissa con riguardo all'inizio dell'attività punibile e alla rilevanza di condotte (atipiche) di partecipazione al reato, laddove tali direttive si limitano, come prima ricordato, a fissare un obbligo di penalizzazione relativamente a condotte qualificabili (secondo il diritto nazionale) come tentativo o partecipazione, senza tuttavia spingersi a fissare alcun criterio 'comune' di rilevanza. Se da un lato, infatti, la previsione di un obbligo di penalizzazione relativamente a tali ipotesi costituisce un chiaro indice di una valutazione effettuata a monte dal legislatore europeo circa la necessità di pena anche di condotte che non integrano direttamente il reato ma ne costituiscono un antecedente necessario – e pertanto, su tale punto, una valutazione di necessità di ravvicinamento degli ordinamenti circa la punibilità di tali condotte –, dall'altro, l'assenza di criteri autonomi di rilevanza penale di tali condotte finisce con il far dipendere l'esatta portata dell'opera di penalizzazione ritenuta rispondere ai criteri di meritevolezza e necessità di pena (nell'ottica dell'ordinamento sovranazionale) dalle scelte effettuate all'interno di ciascun ordinamento circa i criteri di rilevanza di condotte variamente prodromiche rispetto alla consumazione del reato; un'incongruità che appare logicamente da rifuggire ai fini della riuscita del progetto in atto, ma soprattutto difficilmente conciliabile con il vincolo derivante dall'obiettivo

comune dell'attuazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia e la prospettiva 'unificatrice' che esso risulta implicare.

La summenzionata fisiologica implicazione di una certa armonizzazione degli istituti di parte generale con l'obiettivo di creare le condizioni di una risposta repressiva (relativamente a certi comportamenti) tendenzialmente omogenea, impone di confrontarsi concretamente con la questione della effettiva necessità (e legittimità) di disposizioni europee di armonizzazione/unificazione di nozioni di parte generale, tese non a fissare una definizione dogmatica comune, con esiti oltremodo conflittuali, oltre che non concretamente rilevanti in termini di effettiva armonizzazione della repressione, ma ad indicare quanto più chiaramente possibile i *requisiti di rilevanza*, e in concreto le situazioni o condotte che devono ritenersi sussunte in tali nozioni (laddove impiegate negli strumenti europei di armonizzazione), e che concorrono a definire l'area del penalmente rilevante quale risultante dalla valutazioni di meritevolezza e necessità di pena effettuate a livello europeo.

Peraltro, sebbene le formule impiegate nelle direttive penali oggi in vigore mostrino una chiara ritrosia del legislatore europeo riguardo ogni diretto intervento su istituti di parte generale, non vi è tuttavia chi non veda come un certo impatto dell'azione armonizzatrice dell'Unione condotta attraverso l'adozione di direttive penali non possa essere del tutto escluso anche su tali profili, proprio in ragione del ruolo che tali istituti hanno nella definizione dell'area del penalmente rilevante.

Non può in effetti non tenersi nella dovuta considerazione il dato per cui, anche in assenza di definizioni comuni circa la portata di nozioni di parte generale comunque richiamate dalla direttiva (come avviene per esempio già nei testi in vigore per le nozioni di concorso o di tentativo), una certa armonizzazione non possa comunque escludersi quale conseguenza dell'opera di interpretazione condotta dalla Corte di Giustizia nell'ambito di eventuali ricorsi in via pregiudiziale o di ricorsi per inadempimento, in cui la giurisdizione europea, al fine di chiarire l'esatta portata delle rilevanti prescrizioni della direttiva, o valutare la corretta trasposizione della stessa nell'ordinamento interno, sarà preliminarmente chiamata a precisarne i contenuti, e quindi, per tale via, trovarsi nella condizione di dover delineare, laddove mancante o controversa, una 'definizione' delle nozioni di parte generale facenti l'oggetto di obblighi di penalizzazione. Una soluzione, questa, che, sebbene allo stato attuale logica e 'naturale' – e sotto certi aspetti altresì apprezzabile e auspicabile laddove la si inquadri quale dinamica recante comunque l'avvio di un ravvicinamento di nozioni di parte generale, peraltro condotto (auspicabilmente, stando alle tradizionali tecniche ermeneutiche ed argomentative della Corte di Giustizia) non in prospettiva astratta e teorica ma funzionalmente ancorato e delimitato a quanto necessario alla definizione dell'esatta portata delle disposizioni europee –, non potrebbe tuttavia considerarsi ottimale nel lungo periodo (e comunque quale soluzione tendenzialmente stabile). E ciò sia in termini di certezza del diritto, in quanto l'esatta definizione dei contenuti degli obblighi di penalizzazione di matrice europea finisce con l'essere almeno in parte demandata ad una fase successiva rispetto al momento di formazione dell'atto normativo – cioè il momento propriamente decisionale e di confronto dei rappresentanti degli Stati in seno agli organi legislativi europei –, sia in termini di

equilibri istituzionali e, per quel che qui maggiormente rileva, in termini di rispetto delle esigenze sottese al principio di legalità, laddove si consideri il delicato ruolo di fatto esplicito dalla Corte di Giustizia, ruolo che andrebbe evidentemente ben oltre l'interpretazione in senso stretto dell'atto normativo giungendo ad interessare la definizione dei contenuti delle scelte di penalizzazione operate a livello dell'Unione. Una riflessione, questa, che conduce inevitabilmente a considerare la necessità/opportunità (per lo meno nel medio-lungo periodo) di un intervento del legislatore europeo che, senza necessariamente assumere le forme di una codificazione (*lato sensu* intesa) di norme di carattere generale – soluzione idealmente prospettabile ma assolutamente irrealistica in una prima fase – potrebbe tradursi in disposizioni puntuali (sistematicamente integrate nelle diverse direttive penali) relativamente a quegli istituti con riguardo ai quali appaia sufficientemente consolidata la necessità di una definizione comune (tesa, come prima precisato, a dettare i criteri di rilevanza ai fini della sussunzione nell'area di penalizzazione quale concepita a livello europeo).

Non possono al riguardo tacersi i molti rilievi critici che ad una tale prospettiva vengono mossi, e che poggiano, tra l'altro, sulla tensione che una tale prospettiva innescherebbe comunque in relazione con il principio di uguaglianza, prefigurando regole di parte generale 'differenziate' e 'speciali' con riguardo ai reati di competenza della Procura europea rispetto a quelle applicabili per la generalità dei reati. Al riguardo, deve tuttavia sottolinearsi come una tale 'diversità di trattamento' – laddove attentamente valutata e ovviamente rispondente ad effettive esigenze di 'specializzazione' della materia considerata e quindi, in un'ultima analisi, razionale – pur non esente da profili di criticità, risulti tuttavia meno problematica (e 'derogatoria') di quanto non possa apparire in prima battuta. E ciò, oltre che in ragione di possibili, quanto temuti, fenomeni di armonizzazione 'a cascata' che implicherebbero una (certa) progressiva 'contaminazione' di altri settori normativi da parte delle regole europee – che pertanto, originariamente concepite come 'settoriali', tenderebbero ad affermarsi (per lo meno in certi casi) quali regole generali, soprattutto laddove sorrette da particolare autorevolezza e credibilità in ragione della maggiore rispondenza, pur al prezzo di inevitabili semplificazioni delle tradizionali costruzioni teoriche, alle esigenze di inquadramento delle moderne forme di manifestazione dell'illecito –, anche in ragione del fatto che non possa certo ritenersi sconosciuta o eccezionale la possibilità di una diversità di approcci ermeneutici (e conseguentemente di una diversità di esiti processuali) secondo i settori normativi di riferimento relativamente ad istituti di parte generale (si pensi alle molte differenziazioni che registra l'accertamento del dolo o della colpa); con la conseguenza che una tale prospettiva si collocherebbe nel solco di prassi già consolidate e che, laddove adeguatamente inquadrate e garantisticamente arginate, non dovrebbero risultare a *priori* inaccettabili⁴⁵.

⁴⁵ Il carattere necessariamente parziale e settoriale delle norme di parte generale di una eventuale legislazione penale europea è sostenuto altresì da M. DONINI, *L'armonizzazione del diritto penale nel contesto globale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 493. Sulla possibilità di una coesistenza di una "pluralità" di parti generali (all'interno di corpi normativi settoriali) rispondenti a logiche di tutela anche

Chiarito il punto per cui un intervento sugli istituti di parte generale non possa essere escluso ‘per principio’ (*rectius* in ossequio ai principi fondamentali di legalità e uguaglianza), il vero snodo problematico deve essere individuato nel rispetto del *principio di sussidiarietà*. E’ in relazione ad un tale principio, infatti, che possono (e devono) essere (eventualmente) individuati gli istituti di parte generale (o i profili di questi ultimi) la cui armonizzazione (o unificazione) si presenta *necessaria* per il raggiungimento dell’obiettivo dell’efficace tutela degli interessi finanziari. Più specialmente è rispetto a tale principio che deve essere valutata la necessità – e la conseguente legittimità rispetto all’ordinamento europeo – della portata e incisività di un tale intervento in quanto in grado di assicurare il raggiungimento di obiettivi di tutela ‘irraggiungibili’ o ‘non adeguatamente raggiungibili’ attraverso il rinvio (di fatto) alle soluzioni elaborate a livello nazionale.

La vera domanda è quindi: con riguardo a quali istituti e in quali forme e con quale intensità e portata un tale intervento risulterebbe conforme al principio di sussidiarietà?

Spunti interessanti per una tale riflessione possono ancora oggi trarsi dagli esiti dell’ampia consultazione lanciata dalla Commissione con la pubblicazione del “Libro Verde sulla tutela penale degli interessi finanziari della Comunità e la creazione di un Pubblico Ministero europeo”; consultazione che ha coinvolto non solo accademici ma altresì membri delle istituzioni (europee e nazionali) e operatori del diritto a vari livelli⁴⁶.

Oltre a dover rilevare, quale elemento assolutamente significativo per le riflessioni qui condotte, l’unanime denuncia di inadeguatezza del quadro normativo (all’epoca) esistente in quanto destinato a ‘depotenziare’, laddove istituita, una eventuale autorità inquirente anche dotata di importanti poteri di indagine (riducendo significativamente il relativo plus valore rispetto alla situazione attuale della cooperazione giudiziaria in materia penale, e, per tale via, inficiando la sua stessa ragion d’essere), ciò che emerge dall’insieme delle opinioni espresse è l’ampio consenso circa l’adozione – ritenuta necessaria in ossequio al principio di legalità – di un certo numero di norme penali comuni (e più precisamente di precetti sovranazionali), deputate a definire non solo le fattispecie applicabili (con ciò intendendo sia le norme di condotta, sia le norme di sanzione) ma anche disposizioni di parte generale. In particolare, il suddetto rapporto segnala l’impellente esigenza di un intervento di ampio respiro che coinvolga tutti i profili relativi alla dimensione *lato sensu* sanzionatoria, nell’ambito della quale lo stesso annovera, ben al di là della (mera) questione dei parametri edittali (insieme ad altri profili tipicamente riconducibili alla tematica delle conseguenze sanzionatorie), questioni ed istituti tipicamente ‘di parte generale’ quali le circostanze e la prescrizione.

profondamente diverse (ma non per questo necessariamente in contraddizione tra loro o destinate a precludere la *ratio* complessiva del sistema), cfr. G. FIANDACA, *Problemi e prospettive attuali di una nuova codificazione penale*, in *Foro it.*, 1994, c. 5.

⁴⁶ Come già accennato, gli esiti di un tale dibattito sono stati sintetizzati nel c.d. rapporto di *follow up*, COM(2003)128 def., cit.

Agli istituti appena menzionati potrebbero aggiungersene molti altri, tutti 'corresponsabili' nella definizione dei concreti ambiti della punibilità individuale (cause di giustificazione, cause di non punibilità, ecc.), e la cui diversità di trattamento, a fronte di quadri edittali identici (sia per le condotte elevate a reato che per il compasso sanzionatorio previsto), conduce inevitabilmente ad una situazione di forte disparità di trattamento. Sperequazioni macroscopiche, queste, per il cui progressivo ridimensionamento, pur tra molti ostacoli e difficoltà, il legislatore europeo dovrà mettere in campo le soluzioni più adeguate. Tali soluzioni potrebbero peraltro essere veicolate con tecniche di intervento anche sensibilmente diversificate che, accanto alla eventuale formulazione di veri e propri precetti recanti disposizioni di parte generale, possano altresì operare attraverso specifiche e puntuali scelte di formulazione della fattispecie incriminatrice, 'tipizzando' possibili condotte *lato sensu* concorsuali, elevando ad autonomo titolo di 'reato' (*rectius* prevedendo autonomi obblighi di penalizzazione relativamente a) specifiche condotte prodromiche (considerate comunque come rilevanti in termini di offensività), prevedendo nella descrizione del fatto soglie di punibilità o cause di esclusione della responsabilità, ecc.

Anche con riguardo a tale fondamentale questione, le disposizioni della proposta di direttiva risultano muovere nella direzione di una essenziale 'conservazione' dei contenuti del testo del 2001, con l'introduzione tuttavia di alcuni significativi elementi di novità che segnano i primi passi nella direzione di un ravvicinamento di istituti di parte generale.

In effetti, la direttiva si colloca in linea di assoluta continuità con gli strumenti in vigore laddove, riproducendo la formula ricorrente in tutte le direttive finora adottate in materia penale, si limita a sancire con riguardo alle condotte di tentativo e di partecipazione un obbligo di penalizzazione, senza nulla aggiungere circa i possibili criteri di rilevanza di tali condotte (e di fatto rinviando quanto alla concreta perimetrazione di tali ipotesi alla (diversa) disciplina vigente negli ordinamenti interni). Essa rivela di contro maggiore ambizione e coraggio nell'introduzione di una innovativa disposizione relativa alla responsabilità da reato delle persone giuridiche, nonché sul piano dell'armonizzazione *lato sensu* sanzionatoria e della disciplina della prescrizione.

Quanto alla responsabilità degli enti, la disposizione dell'art. 6, recependo alcune consolidate acquisizioni della giurisprudenza europea, detta un'articolata serie di prescrizioni relative alla costruzione della responsabilità da reato delle persone giuridiche (ampiamente riconducibile al modello italiano), prescrizioni che possono ritenersi costituire il primo modello europeo di responsabilità da reato degli enti. Un'interessante presa di posizione, questa, che tuttavia non si accompagna ad alcuna proposta normativa circa il connesso profilo dell'attribuzione della responsabilità penale all'interno dell'impresa; profilo con riguardo al quale l'esigenza di un intervento di ravvicinamento normativo è stato da tempo ampiamente segnalato – e che per tale ragione fa l'oggetto di un'apposita disposizione del *Corpus juris*, che, seppur non priva di ambiguità, avrebbe potuto rappresentare un valido punto di

partenza per un più meditato intervento a livello europeo⁴⁷ – ma sul quale la proposta di direttiva (criticabilmente) tace.

Sul piano sanzionatorio, una particolare notazione merita la disposizione dell'art. 8 che stabilisce, per alcune delle ipotesi criminose considerate dalla proposta, accanto a (già sperimentate) soglie minime del massimo di pena, una *soglia minima del minimo di pena*, con ciò mirando a condizionare in termini più incisivi (e per tale ragione anche più problematici) la discrezionalità del legislatore in materia sanzionatoria (ed invero, altresì, l'assetto sanzionatorio complessivo di ciascun ordinamento, il che spiega le vivaci resistenze mostrate da parte degli Stati)⁴⁸; anche se la nota complessità e varietà delle componenti della risposta sanzionatoria – che, ben lungi dal limitarsi ai soli parametri edittali, abbraccia profili molto diversi che vanno dal regime delle circostanze, alle sanzioni accessorie, fino ai poteri riconosciuti nei diversi ordinamenti alle autorità che presiedono alla fase dell'esecuzione della pena – è inevitabilmente destinata a smorzare significativamente l'effetto armonizzatore di una tale previsione, che si rivela pertanto, in assenza di un intervento di ben più ampio respiro⁴⁹, inidonea ad assicurare la (perseguita) equivalenza della tutela⁵⁰. Non solo. A tale rilievo deve altresì aggiungersi l'ulteriore nota critica circa la tensione che la previsione di un'unica soglia minima per tutte le ipotesi considerate presenta con le istanze sottese al principio di proporzionalità della pena, principio peraltro da tempo riconosciuto quale diritto fondamentale dell'ordinamento europeo ed ormai formalizzato all'art. 49 par. 3 della Carta di Nizza.

La novità più interessante e significativa è tuttavia da rintracciare nel disposto dell'art. 12 che sancisce l'obbligo per gli Stati di prevedere, con riguardo ai fatti criminosi individuati dalla direttiva, “un termine di prescrizione di almeno cinque anni dal momento in cui è stato commesso il reato”; cui si aggiunge la previsione relativa alla (obbligatoria) efficacia interruttiva di ogni atto di indagine “almeno fino a dieci anni dal momento in cui il reato è stato commesso”. Una prima iniziativa di armonizzazione, questa, dei termini di prescrizione, che mostra di raccogliere le molte

⁴⁷ Si veda l'art. 12 del *Corpus juris* 2000 rubricato “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”.

⁴⁸ Analoga (problematica) previsione è stata introdotta nella proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla protezione mediante il diritto penale dell'euro e di altre monete contro la falsificazione e che sostituisce la decisione quadro 2000/383/GAI del Consiglio, COM(2013) 42 final, Strasburgo, 5.2.2013.

⁴⁹ Al riguardo, merita di essere segnalato l'interesse dell'approccio 'globale' che relativamente alla delicata tematica dell'armonizzazione sanzionatoria è stato adottato dal *Libro Verde sul ravvicinamento, il reciproco riconoscimento e l'esecuzione delle sanzioni penali nell'Unione europea*, COM(2004) 334 definitivo, Bruxelles, 30.4.2004.

⁵⁰ E' interessante segnalare in proposito la disposizione dell'art. 12 par. 3 della proposta di direttiva che, sancendo l'obbligo per gli Stati, in caso di condanna con sentenza definitiva per uno dei fatti previsti nel testo, di assicurare un periodo di esecuzione della condanna “sufficiente” e comunque non inferiore a 10 mesi, rappresenta il primo tentativo di ravvicinamento relativo alla fase dell'esecuzione della pena, mirante evidentemente ad incidere sulle significative differenze esistenti circa il concreto impatto afflittivo della sanzione per il condannato.

sollecitazioni da anni formulate con riguardo alla urgente necessità di un superamento della significativa eterogeneità esistente al riguardo nei diversi ordinamenti nazionali⁵¹.

6. Prospettive e criticità di un possibile codice penale europeo

La prospettiva ‘unificatrice’ – che parrebbe muovere, stando alla lettura qui prospettata delle rilevanti disposizioni del trattato, nella direzione della (seppur non istantanea) definizione di un seppur circoscritto novero di precetti sovranazionali, logicamente deputata ad accompagnare l’attuazione del progetto relativo alla creazione di una Procura europea – dischiude un’ulteriore serie di interrogativi (senza dubbio, al momento, meno pressanti non essendo una tale unificazione oggi in discussione), relativi alla necessaria *sistematizzazione della complessa realtà ordinamentale* che tale situazione implicherebbe, e pertanto le possibili alternative relativamente alla costruzione di un ‘sistema’ che veda la coesistenza e organizzi, secondo criteri giuridici, le relazioni (inevitabili) tra un possibile mini-sistema europeo e il sistema penale dei ‘reati comuni’.

Una tale riflessione parrebbe trovare un terreno fertile nell’ambito del più ampio dibattito – che ha visto protagonisti innanzitutto i teorici del diritto ma che ha successivamente coinvolto anche studiosi di diritto positivo – relativo alla c.d. “teoria della rete”⁵²; dibattito che, prendendo le mosse dalla constatazione dell’attuale realtà della ‘scrittura plurale’ della norma interna (anche penale) – la cui formulazione, prima, e la relativa attuazione, poi, appaiono sempre più l’esito di una convergenza di vincoli e condizionamenti (anche extra-statuali) che vede quale imprescindibile elemento di snodo un ruolo sempre più ‘creativo’ del giudice –, fornisce in verità un interessante paradigma per una teoria del diritto in grado di esprimere l’attuale complessità degli ordinamenti giuridici. In una tale prospettiva, la questione centrale diventa pertanto l’individuazione di un nuovo modello strutturale dell’ordinamento

⁵¹ Sul punto si veda il *Libro verde sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una procura europea*, COM (2001) 715 def., cit.

⁵² Referente teorico essenziale per una tale teoria l’opera di F. OST – M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau. Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002. Per un’applicazione di tale teoria al diritto penale, cfr. M. VOGLIOTTI, *La «rhapsodie»: fécondité d’une métaphore littéraire pour repenser l’écriture juridique contemporaine. Une hypothèse de travail pour le champ pénal*, in *Rev. int. ét. jur.*, 2001, p. 141 ss.; ID., *Le metamorfosi dell’incriminazione. Verso un nuovo paradigma per il campo penale*, in *Pol. dir.*, 2001, p. 633 ss.; ID., *Mutations dans le champ pénal contemporain. Vers un droit pénal en réseau?*, *Rev. sc. crim.*, 2002, p. 741 ss. Su tali questioni, e in particolare sulla scrittura “a più mani” in senso stretto della norma, cfr. anche Y. CARTUYVELS, *Le droit pénal et l’Etat: des frontières “naturelles” en question*, in *Le droit pénal à l’épreuve de l’internationalisation*, a cura di M.H. HENZELIN – R. ROTH, Paris-Genève-Bruxelles, 2002, p. 3 ss.; ID., *Proximus, ou la tentation du temps pénal contemporain*, in *Rev. dr. pén. crim.*, 1999, p. 60. Nella dottrina penalistica italiana, si vedano le stimolanti riflessioni di M. DONINI, “Sistema” delle fonti penali e garanzie giurisdizionali in un’Europa coordinata dal potere giudiziario, in *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, a cura di M. CORCOY BIDASOLO, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2012, p. 179 ss.; e nell’ambito di un’indagine di più ampio respiro, ID., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, *passim*.

giuridico che, abbandonata la linearità piramidale (assicurata da un'organizzazione delle fonti retta esclusivamente dal criterio gerarchico) tipica del modello kelseniano, sia in grado di inquadrare e gestire una dinamicità fisiologica del sistema mantenendone tuttavia la sua complessiva intrinseca razionalità, non formale ma innanzitutto sostanziale e valutativa⁵³.

In particolare, nel caso qui in esame, si tratterebbe di vagliare la possibilità di concepire 'ordinamenti settoriali in rete' – e più precisamente ordinamenti penali settoriali, tra cui quello di matrice europea – pensandone i necessari criteri organizzatori, in particolare con riguardo ai rapporti con il 'tronco originario' dell'ordinamento penale generale. Una prospettiva, questa, senza dubbio affascinante, che pone una serie di impegnative sfide agli studiosi, e che reca altresì con sé una serie di questioni necessariamente implicate dal perseguimento di un tale ambizioso obiettivo.

Tra queste, innanzitutto, la questione circa l'opportunità/necessità di una (mini) codificazione europea (cirscritta, almeno per il momento, al settore della tutela degli interessi finanziari) e in grado di assolvere alla *funzione propriamente sistematica e "totalizzante"* (destinata cioè ad esaurire la disciplina della materia regolata) di un eventuale primo nucleo di diritto penale europeo (che tuttavia rimarrebbe nei limiti di una *codificazione settoriale*), e che si porrebbe quale alternativa ad una soluzione che vedrebbe di contro lo sviluppo di un diritto penale comune fondato su una molteplicità di atti vincolanti (supportati e collegati tra l'altro attraverso la giurisprudenza della Corte di Giustizia) ed in un certo senso, quindi, improntato piuttosto alla tradizione di *Common Law*. Più precisamente, l'obiettivo della redazione di un testo unitario, tendenzialmente 'stabile' sia da un punto di vista strettamente tecnico che scientifico, va a connotare una soluzione che ben oltre la mera formalizzazione e consacrazione di una ormai di fatto indiscussa potestà definitoria in materia penale delle istituzioni europee, implichi necessariamente la creazione di un *sistema*, cioè di una costruzione normativa idonea a ricollegare sulla base di principi – espliciti o meno – le singole disposizioni sovranazionali, configurando un "insieme di parti interagenti".

Una tale questione non potrebbe tuttavia non essere affrontata avendo presente il complesso dibattito che da qualche tempo percorre in verità tutti i paesi europei circa il valore e la funzione della codificazione allo stato attuale del diritto.

In effetti, pur a fronte della inevitabile constatazione della profonda crisi in cui versa il modello di codificazione ottocentesca, irrimediabilmente inadeguato rispetto ai tempi, emerge chiaramente da un tale dibattito la persistente forza d'attrazione che l'idea della codificazione continua ad esercitare, e che spiega pertanto i tentativi di un

⁵³ Sul punto, cfr. anche F. PALAZZO, *A proposito di codice penale e leggi speciali*, in *Quest. giust.*, 1991, p. 310 ss. Il definitivo superamento del modello kelseniano ed il rischio di un ingessamento della teoria penale su un modello teorico ormai ampiamente surclassato nella realtà del diritto positivo è segnalato da A. BERNARDI, *Entre la pyramide et le réseau: les effets de l'europeanisation du droit sur le système pénal*, in *Rev. int. ét. jur.*, 2004, p. 1 ss., in particolare p. 2. Tra i primi in dottrina ad evidenziare un tale mutamento di paradigma, affermando la necessità di studiare il fenomeno giuridico secondo la "logica del molteplice", M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, Paris, 1986, p. 171 ss.; ID., *Pour un droit commun*, Paris, 1994, p. 53 ss.

ripensamento della stessa 'in chiave moderna' piuttosto che un suo totale abbandono. Più precisamente, sebbene sia da più parti considerata ormai irrealistica la possibilità di una moderna codificazione 'forte', quale luogo normativo tendenzialmente unico ed esclusivo della tutela dei beni giuridici, e conseguentemente precipuo "segnalatore dei valori etico-giuridici considerati fondamentali" in un dato momento storico⁵⁴, e recante inescindibilmente con sé i caratteri della unitarietà, della coerenza sistematica e della stabilità nel tempo, l'idea della codificazione mantiene tuttavia quella valenza di "stabilizzazione dell'instabile" (propria di ogni codificazione), che erge quest'ultima, al di là della ormai unanimemente riconosciuta intrinseca polisemia terminologica, a strumento primario di risposta alle esigenze di prevedibilità e certezza, inescindibilmente legate nel settore penalistico alle funzioni proprie del principio di legalità e di colpevolezza nonché alla funzione di orientamento del precetto penale; esigenze molto fortemente sentite con riguardo ad una possibile normativa penale europea proprio per i relativi caratteri di estremo tecnicismo e di precarietà ritenuti tipici della legislazione europea.

Più precisamente, se un'attenta considerazione di tali 'tradizionali' caratteri della produzione normativa europea potrebbe, da un lato, scoraggiare ogni impegno in tale direzione, dall'altro essa potrebbe, in senso diametralmente opposto, rappresentare un fondamentale stimolo per una riflessione, prima, ed un fattivo impegno, poi, imposto dalla natura penale della normativa europea in questione, nella direzione di un radicale ripensamento della tecnica di redazione normativa in conseguenza della diversa funzione che la norma europea è qui destinata ad assolvere. Un mutamento della tecnica di redazione che, tuttavia, lungi dal riguardare esclusivamente il 'confezionamento' della norma, esprima la piena adesione alle istanze garantistiche sottese ai generali principi di tassatività e determinatezza e, più a monte, per ciò che attiene alla selezione dei 'fatti' da sottoporre a pena, i principi di offensività e colpevolezza. Una dinamica virtuosa, questa, che come si è avuto modo di segnalare, parrebbe in verità essersi già innescata stando alle significative 'direttrici' metodologiche che è dato riscontrare nei testi di *soft law* recentemente adottati dalla tre principali istituzioni politiche europee, e deputati a fissare i principi guida dell'intervento normativo dell'Unione in materia penale.

La scelta *lato sensu* codificatoria necessiterebbe altresì che sul piano della produzione normativa europea sia stato raggiunto un livello di sviluppo significativo delle questioni di parte generale, e che sia andata quindi delineandosi una parte generale 'specifica' e pertanto (per lo meno su certi aspetti potenzialmente) 'deviante' rispetto alle regole generali del diritto penale comune ma non per questo necessariamente implicante il temuto 'regresso' delle garanzie. In particolare, la preliminare adesione forte e responsabile dell'ordinamento sovranazionale ai principi di offensività ed *extrema ratio*, riconosciuti quali principi cardine del futuro sistema penale sovranazionale, nonché il rispetto del quadro valoristico ormai consolidato

⁵⁴ Così, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 27.

nell'ordinamento dell'Unione e che vede l'indiscusso riconoscimento della centralità della persona e dell'insuperabile rispetto della sua dignità, dovrebbe portare ad escludere l'ipotesi di un ideal-tipo dell'illecito penale europeo che si distacchi dagli ambiti garantistici del modello liberale del reato.

Pur dovendo tendenzialmente escludere, proprio in ragione dell'indiscusso carattere settoriale, l'idea di una codificazione europea 'in senso forte', veicolo di una certa 'identità culturale', di contro non peregrina si presenta l'idea di un *testo unico dei reati europei*, termine qui inteso tuttavia quale sostanziale sinonimo del termine 'codice' dal quale si distinguerebbe essenzialmente per la limitata estensione e la fisiologica 'non universalità' (dovendosi di contro escludere il significato più riduttivo di mera raccolta organizzata di legislazione esistente, secondo il modello di *codification à droit constant*); prospettiva che non manca di sollevare problematiche comunque complesse, sia quanto alla sua coerenza interna, sia quanto ai relativi rapporti con le 'altre' codificazioni, e in particolare con il 'pilastro' del codice penale 'generale'. Essa impone inevitabilmente l'individuazione di principi e categorie unificanti, nonché di criteri chiari per la definizione dei relativi ambiti di competenza ed i conseguenti "criteri di rinvio o collegamento", in ragione delle inevitabili interferenze che si registrerebbero, all'interno di ciascun sistema nazionale, tra le norme penali sovranazionali e le altre disposizioni penali nazionali.

Una tale questione, tuttavia, lungi dal rilevare esclusivamente con riguardo ad una eventuale (mini) codificazione europea, sarebbe comunque destinata a porsi, in termini assolutamente generali, laddove ci si confronti con l'ipotesi di una coesistenza (a livello interno prima che a livello di rapporti tra ordinamenti integrati, nazionale ed europeo) di codificazioni settoriali (e quindi di una 'frammentazione' dell'originario monolite della codificazione nazionale). In effetti, prendendo le mosse dal riconoscimento della irreversibilità della crisi del modello codicistico ottocentesco, qualche autorevole voce in dottrina rileva da tempo l'opportunità di un'attenta riflessione sulla possibilità di dare ingresso, sul piano dell'ordinamento interno, alla formazione di codificazioni settoriali, espressione di "microsistemi" o "sottosistemi", dotati di regole proprie (anche eventualmente derogatorie rispetto ai principi generali del diritto penale classico)⁵⁵. L'accettazione di una tale frammentazione dell'originario

⁵⁵ Così, G. FIANDACA, *Problemi e prospettive attuali di una nuova codificazione penale*, cit., c.1 ss.; ID., *In tema di rapporti tra codice e legislazione penale complementare*, cit., p. 138. Secondo quanto evidenziato dall'autore, la prospettiva di codificazioni settoriali presenterebbe il pregio di non abbandonare la forma codicistica, rendendo tuttavia il discorso codificatorio necessariamente compatibile con un sistema legislativo ormai inevitabilmente policentrico; una soluzione che, oltre a risultare più rispondente alla situazione attuale del diritto positivo, consentendo di superare l'instabilità di un testo codicistico unico che intenda contenere la disciplina di tutti i settori di intervento penale (ivi compresi quelli ancora in fase di consolidamento e portati, per loro stessa natura, ad una costante 'mutevolezza') potrebbe presentarsi altresì più confacente alle stesse esigenze di garanzia sottese a tale branca del diritto, e ciò in ragione del fatto che ciascuna di tali codificazioni risulterebbe logicamente calibrata sulle esigenze di tutela specifiche di un certo settore, evitando che gli inevitabili aggiustamenti in tal senso rispetto ad una normazione generale vengano necessariamente disposte in sede giudiziale. Tra le voci critiche ad una tale settorializzazione, cfr. per tutti, C. FIORE, *Decodificazione e sistematica dei beni giuridici*, in *Beni e tecniche della tutela penale*, Milano, 1987, p. 82;

monolite della codificazione nazionale non implicherebbe tuttavia la sottovalutazione delle generali funzioni di garanzia e di orientamento dell'ordinamento tradizionalmente riconosciute al testo codicistico, esigendo di contro la riflessione sulle modalità di una "ricomposizione" dei diversi centri di regolazione normativa.

7. Considerazioni conclusive

Come affermato in introduzione, la previsione all'art. 86 TFUE della (possibile) istituzione di una Procura europea quale componente dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, rappresenta senza dubbio (di per sé) una *chiave di volta* del complessivo sistema istituzionale e normativo definito a Lisbona.

Sebbene prevista come futuribile e ipotetica, la stessa previsione di una tale istituzione indica inequivocabilmente la direzione ormai impressa alla (sempre più complessa) costruzione europea, e che segna un progressivo ma netto allontanamento dai percorsi propri della cooperazione tra Stati e di contro l'avanzamento di scelte chiaramente improntate al paradigma dell'integrazione.

Si tratta di una dinamica che la recente presentazione della proposta di regolamento istitutivo ha senza dubbio 'accelerato', manifestando (plausibilmente) la determinazione e volontà di avviare il passaggio ad una nuova e più evoluta fase dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. E' tuttavia una *dinamica immanente al sistema definito a Lisbona* – come emerge da un'analisi sistematica e teleologica delle disposizioni del trattato –, e le prospettive dischiuse da tale proposta si pongono quale momento di evoluzione e svolta di meccanismi e processi già operanti (anche prima e a prescindere dalla immediata istituzione della Procura europea). Si tratta cioè di una *dinamica già in atto*, di cui l'istituzione della Procura europea rappresenterebbe un'ulteriore tappa (significativamente avanzata), e rispetto alla quale le tematiche della sempre più incisiva integrazione normativa (sia essa riferita ai profili di diritto penale sostanziale che a quelli di carattere processuale) e del coordinamento delle istituzioni (europee e nazionali) variamente coinvolte si presentano già oggi di immediata attualità, rendendo il confronto tra gli studiosi necessario e stringente.

L'analisi qui condotta indica prospettive senza dubbio ambiziose ed estremamente impegnative, sul piano tecnico-scientifico come su quello politico, con cui tuttavia lo studioso è sin d'ora chiamato a confrontarsi laddove intenda assolvere al fondamentale ruolo di 'costruttore di modelli' sui quali sarà nel breve o lungo periodo destinata a confrontarsi la politica.

C.F. GROSSO, *Su alcuni problemi generali del diritto penale*, in *Studi in onore di Marcello Gallo*, Torino, 2004, in particolare pp. 29-35.