

**LA DEFINIZIONE DEL REATO DI FRODE  
NELLA LEGISLAZIONE DELL'UNIONE  
DALLA CONVENZIONE PIF ALLA PROPOSTA DI DIRETTIVA PIF<sup>(\*)</sup>**

di Andrea Venegoni

**Abstract.** L'articolo, traendo spunto dall'evoluzione dei negoziati – tuttora in corso – sulla proposta di direttiva per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione attraverso il diritto penale, è anche una riflessione sulla parabola del diritto penale europeo nel campo della lotta alle frodi negli ultimi 20 anni, ed evidenzia come i segni di crisi, resi evidenti dalla Brexit, potessero già cogliersi proprio nelle discussioni su questioni molto tecniche come la presente.

SOMMARIO: 0. Introduzione. – 1. Dal Trattato di Maastricht alla Convenzione PIF. – 2. Il Trattato di Lisbona ed il nuovo diritto penale europeo. – 3. La proposta di direttiva PIF: la definizione di frode. – 4. La questione dell'IVA. – 5. Altre tipologie di frodi. – 6. La sentenza Taricco e la base legale del nuovo diritto penale europeo per la lotta alle frodi. – 7. Conclusioni.

## **0. Introduzione.**

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

---

\* Testo rielaborato della relazione presentata al convegno "Adeguatezza e criticità delle fattispecie relative ai reati oggetto di competenza della futura Procura Europea: reati di frodi in sovvenzioni e reati di corruzione, concussione e induzione indebita" svoltosi presso l'Università di Catania il 15 gennaio 2016 nell'ambito di un ciclo di incontri organizzati dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Catania e dal Centro di Diritto Penale Europeo all'interno di un progetto "Jean Monnet", attualmente in corso di pubblicazione nella miscellanea degli atti dei suddetti seminari.

nel nuovo quadro del Trattato di Lisbona, uno dei primissimi strumenti di armonizzazione del diritto penale adottati dall'Unione nel lontano 1995, la Convenzione per la tutela dei propri interessi finanziari. Questo scritto si propone, allora, di analizzare il rapporto tra tali strumenti legislativi e, nello specifico, verificare se l'evoluzione abbia comportato un progresso nel processo di armonizzazione penale, anticipando fin d'ora che l'analisi finale di tale processo potrebbe essere sorprendente per chi si aspetti legittimamente che, prima della Brexit, le politiche dell'Unione procedessero solo nella direzione di una maggiore integrazione. In realtà, il processo di crisi che indubbiamente sta interessando l'Europa, e di cui la Brexit è stata, fino ad ora, la manifestazione più eclatante, era già esistente da tempo e si è riverberato sull'attività quotidiana ed ordinaria dell'Unione, quale quella di produzione legislativa, determinando riflessi anche su strumenti molto tecnici come quello in questione. La conclusione che si può trarre da tutto quanto sta avvenendo è che una Unione che non abbia la forza di rinnovarsi al suo interno non sarà in grado di fare fronte alle tendenze nazionaliste che in essa ormai si fanno sempre più insistenti e non potrà contare sul fatto che il passare del tempo favorisca automaticamente il processo di maggiore integrazione, ormai invisibile a molti. "La gente, o fa progressi o va indietro" dice la lavandaia del paese di Spoon River nella omonima Antologia di Edgard Lee Masters, allo stesso modo come i tessuti, se non sono curati, col tempo perdono fatalmente qualità. Mai come oggi questa frase sembra applicabile all'Unione che, evidentemente, negli anni non è stata capace di rinnovarsi nel modo giusto e di essere, ma anche di farsi percepire, come casa comune di tutti gli europei; così, col tempo, invece di fare maturare un autentico senso di appartenenza europea, è scivolata progressivamente e sempre più su una china discendente in cui ha espresso provvedimenti che non sono stati più percepiti come adottati per il "bene comune" di tutti i cittadini. È stata così superata nella considerazione dalle spinte nazionaliste che si sono presentate come maggiormente idonee ad affrontare i problemi, nuovi e vecchi, che il modo di oggi pone e con i quali ciascuno di noi, anche nel suo piccolo, deve fare i conti. Ma, senza soffermarsi oltre su considerazioni di questo tipo, il presente scritto si propone solamente l'intento di illustrare alcune specifiche questioni relative all'iter legislativo di un testo di carattere eminentemente tecnico, da cui poi, chi vorrà, potrà trarre spunti per dare una lettura anche politica degli avvenimenti che si sono verificati successivamente nella vita dell'Unione.

## **1. Dal Trattato di Maastricht alla Convenzione PIF.**

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

Da quando, infatti, l'Unione, dopo il Trattato di Maastricht del 1992 e successivamente quello di Amsterdam del 1997, ha previsto tra i propri obiettivi la

creazione di uno spazio comune di giustizia<sup>1</sup>, da perseguire, almeno inizialmente, attraverso la armonizzazione di fattispecie penale già esistenti negli ordinamenti degli Stati, il settore nel quale tale nuova funzione ha preso più sviluppo è stato, indubbiamente, quello della protezione degli interessi finanziari dell'Unione stessa, il c.d. "settore PIF".

Ciò avvenne con la predisposizione di un atto tipico dell'appena nato Terzo Pilastro, ed in particolare una convenzione, definita, appunto, Convenzione sulla protezione degli interessi finanziari delle Comunità Europee, del luglio 1995, seguita da tre protocolli tra il 1996 ed il 1997. La Convenzione ed i protocolli avevano lo scopo di armonizzare le definizioni delle fattispecie penali, in particolare quelle relative alle condotte che maggiormente erano viste come lesive degli interessi del bilancio comunitario, ed in particolare quelle di frode, di corruzione e di riciclaggio. Scopo della armonizzazione era quello di favorire la cooperazione giudiziaria tra le autorità dei vari Stati Membri, nella consapevolezza della frequente natura transnazionale delle frodi comunitarie.

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

---

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

<sup>2</sup> «Articolo 1

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

a) in materia di spese, qualsiasi azione od omissione intenzionale relativa:

– all' utilizzo o alla presentazione di dichiarazioni o di documenti falsi, inesatti o incompleti cui consegua il percepimento o la ritenzione illecita di fondi provenienti dal bilancio generale delle Comunità europee o dai bilanci gestiti dalle Comunità europee o per conto di esse;

– alla mancata comunicazione di un'informazione in violazione di un obbligo specifico cui consegua lo stesso effetto;

– alla distrazione di tali fondi per fini diversi da quelli per cui essi sono stati inizialmente concessi;

b) in materia di entrate, qualsiasi azione od omissione intenzionale relativa:

– all' utilizzo o alla presentazione di dichiarazioni o documenti falsi, inesatti o incompleti cui consegua la diminuzione illegittima di risorse del bilancio generale delle Comunità europee o dei bilanci gestiti dalle Comunità europee o per conto di esse

– alla mancata comunicazione di un'informazione in violazione di un obbligo specifico cui consegua lo stesso effetto;

– alla distrazione di un beneficio lecitamente ottenuto, cui consegua lo stesso effetto.

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

3. Fatto salvo l'articolo 2, paragrafo 2, ciascuno Stato membro prende altresì le misure necessarie affinché la redazione o il rilascio intenzionale di dichiarazioni o di documenti falsi, inesatti o incompleti cui conseguano

Senza potersi diffondere troppo in questa sede su tecnicismi di contabilità dell'Unione, vale però la pena ricordare che dai primi anni 70 l'Unione (allora Comunità Europea) dispone di un proprio bilancio finanziato in parte con "risorse proprie", attraverso il quale la stessa può assumere impegni finanziari nei più svariati campi per lo sviluppo non solo dell'Unione stessa, ma del pianeta.

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

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

---

gli effetti di cui al paragrafo 1 costituiscano illeciti penali qualora non siano già punibili come illecito principale ovvero a titolo di complicità, d'istigazione o di tentativo di frode quale definita al paragrafo 1.

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

<sup>3</sup> Si veda il recentissimo rapporto "Study and Reports on the VAT Gap in the EU-28 Member States: 2016", realizzato da un consorzio di società di consulenza per la DG Tassazione e Fiscalità della Commissione Europea e reso pubblico nel settembre 2016. Naturalmente in tale cifra non c'è contraddizione tra questo dato ed il fatto che l'ammontare del bilancio totale sia di 140 miliardi, perché l'importo di 180 miliardi

Alla luce di quanto sopra, dunque, sono lesive degli interessi finanziari della UE le condotte, poste in essere con le modalità indicate dalla norma, che penalmente si qualificano come di contrabbando, che comportano una evasione totale o parziale dei diritti doganali, e le frodi iva, incluse le note frodi carosello nelle operazioni soggette ad iva intracomunitaria.

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

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

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

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

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

---

relativo alle frodi si riferisce a tutte le transazioni soggette ad iva nell'Unione, che è dato ben diverso dalla percentuale di iva che confluisce nel bilancio.

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

<sup>5</sup> In genere, tutte le spese relative ai fondi strutturali e spese agricole (c.d. spese indirette) sono sostenute attraverso fondi quali il FESR Fondo Europeo di Sviluppo Regionale, il FSE Fondo Sociale Europeo, il Fondo di Orientamento e garanzia già FEOGA, il Fondo per la Pesca, gestiti dagli Stati. Di recente, per sostenere il grande piano per la crescita lanciato dalla Commissione Europea con una dotazione di circa 300 miliardi di

dell'Unione); anche le violazioni relative a tali fondi attengono comunque agli interessi finanziari della UE.

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

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

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

Naturalmente, la Commissione Europea nel corso degli anni monitorò l'attuazione della Convenzione da parte degli Stati, redigendo due rapporti<sup>7</sup>, nei quali muoveva una serie di rilievi su aspetti critici, ma la Convenzione fu, nel complesso, attuata in tutti i Paesi, compresi i dieci Stati “nuovi” che si unirono all'Unione nel 2004, nonché quelli che si unirono successivamente<sup>8</sup>.

---

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

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

<sup>7</sup> COM(2004)709 del 25.10.2004 e COM(2008)77 del 14.2.2008.

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

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

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

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

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

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

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

---

Convenzione a partire dal dicembre 2014, alla scadenza del periodo transitorio di vigenza del Trattato di Lisbona.

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

<sup>10</sup> Sui rapporti tra art. 83 e 325 ci si permette di rimandare, tra gli scritti più recenti, A. VENEGONI, *Il difficile cammino della proposta di direttiva per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione Europea attraverso la legge penale (c.d. Direttiva PIF): il problema della base legale*, in Cass. Pen., n. 6, 2015, PICOTTI, [Le basi giuridiche per l'introduzione di norme penali comuni relative ai reati oggetto di competenza della Procura Europea](#), in questa Rivista., novembre 2013.

- maggior livello di dettaglio nelle norme della direttiva, da essere recepite in sede europea; la stessa infatti contiene una maggiore specificazione delle ipotesi che possono danneggiare il bilancio comunitario con l'introduzione di nuovi reati quali la frode in gare d'appalto, l'appropriazione indebita e la concussione

- una diversa definizione del concetto di pubblico ufficiale che comprende non solo coloro che rivestono una qualifica formale pubblica che conferisce tale qualità, ma anche i privati che gestiscono denaro pubblico.

- norme più dettagliate in materia di sanzioni, con la previsione anche del limite minimo delle stesse

- norme più dettagliate in materia di prescrizione, con indicazione di termini più precisi sul decorso della stessa.

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

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

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

Quanto alla definizione del reato di frode in senso stretto, tuttavia, la proposta di direttiva non contiene alcuna novità rispetto alla versione della Convenzione PIF sopra riportata. La definizione è identica, contenendo la tradizionale distinzione tra frodi in materia di entrate e frodi in materia di spese. Anche la descrizione delle condotte è sostanzialmente la stessa<sup>11</sup>.

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

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

---

<sup>11</sup> Va anche detto che tale definizione era rimasta immutata anche nelle proposte legislative precedenti alla attuale che, ancora prima del Trattato di Lisbona, avevano tentato di sviluppare maggiormente l'armonizzazione dei diritti penali sostanziali nazionali sul punto, tentativi che, però, abortirono per le più deboli basi legali esistenti all'epoca; si veda, in particolare, la proposta di direttiva COM(2001)272 del 23.5.2001 relativa alla tutela penale degli interessi finanziari delle Comunità.

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

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

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

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

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

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

---

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

<sup>13</sup> «Art. 3

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

- (a) in respect of **subsidy and aid expenditure**, any act or omission relating to: (i) the use or presentation of false, incorrect or incomplete statements or documents, which has as its effect the misappropriation or wrongful retention of funds or assets from the Union budget or budgets managed by the Union, or on its behalf, (ii) non-disclosure of information in violation of a specific obligation, with the same effect, (iii) the misapplication of such funds for purposes other than those for which they were originally granted;
- (b) in respect of **other expenditure**, any act or omission relating to: (i) the use or presentation of false, incorrect or incomplete statements or documents, which has as its effect the misappropriation or wrongful retention of funds or assets from the Union budget or budgets managed by the Union, or on its behalf, or (ii) non-disclosure of information in violation of a specific obligation, with the same effect, at least when committed in order to make an unlawful gain for the perpetrator or another by causing a loss to the Union's financial interests.»

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

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

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

Infine, nell’ulteriore testo di maggio 2015 del Consiglio la distinzione tra “subsidies and aid” e “altre spese” appare definitivamente superata, sebbene sia sostituita da una nuova distinzione, quella tra “expenditures” e “procurement related expenditures”. Anche tale distinzione era sconosciuta sia alla proposta di direttiva che alla Convenzione PIF, ma la stessa, quanto meno, contiene in sé un elemento di novità propositiva, poiché fa riferimento alle spese collegate a procedure di appalto, un settore molto delicato e nel quale l’esperienza concreta ha dimostrato come la copertura della

---

<sup>14</sup> Rapporto esplicativo alla convenzione sulla protezione degli interessi finanziari delle Comunità Europee, approvato dal Consiglio il 26.5.1997, in GUCE n. C.191/1 del 23.6.1997.

Convenzione PIF non fosse del tutto sufficiente. Proprio per questo motivo, infatti, la proposta conteneva una significativa innovazione prevedendo uno specifico reato connesso alle spese in tali procedure. Ma di tutto ciò si parlerà più diffusamente infra.

Ai fini di questo paragrafo, invece, la conclusione può essere che, se il “pericolo” di una distinzione tra categorie di spese, che, ai fini del raggiungimento di un più elevato livello di armonizzazione del diritto penale poteva apparire operazione dannosa, sembra, almeno al momento, scongiurato, resta il fatto che, quanto meno in sede di testo provvisorio, una breccia è stata aperta in un quadro normativo che esisteva da oltre 20 anni compiendo, come si è detto, un passo indietro rispetto ad esso. Si è trattato quindi, politicamente, di un segnale negativo rispetto all’ottica di maggiore integrazione e sul quale, adesso, occorre forse chiedersi se fosse veramente necessario che il Consiglio si addentrasse in tale discussione che ha messo in crisi, almeno temporaneamente, un impianto esistente e consolidato da tempo.

#### **4. La questione dell’IVA.**

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

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

Queste, oltre ad essere rappresentate dai prelievi agricoli e diritti doganali, sono costituite anche da una quota dell’iva riscossa dagli Stati Membri.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*71. Tuttavia, queste constatazioni non intaccano la circostanza che il sistema di risorse proprie predisposto in esecuzione del Trattato è effettivamente finalizzato, quanto alle risorse IVA, ad istituire un obbligo a carico degli Stati membri di mettere a disposizione della Comunità, come risorse proprie, una parte delle somme che essi riscuotono a titolo di IVA (v., in questo senso, sentenza 13 marzo 1990, causa C 30/89, Commissione/Francia, Racc. pag. I 691, punto 23). Le suddette constatazioni non incidono neppure sul fatto che gli Stati membri, per garantire un prelievo effettivo di detto gettito dell'IVA ed essere in grado di mettere a disposizione del bilancio comunitario, nella misura richiesta dalle decisioni 2000/597 o 2007/436 e dal regolamento n. 1553/89, le corrispondenti risorse IVA, siano tenuti ad osservare le varie norme del diritto comunitario relative a tali prelievi, come quelle contenute*

---

<sup>15</sup> Rapporto esplicativo alla convenzione sulla protezione degli interessi finanziari delle Comunità Europee, approvato dal Consiglio il 26.5.1997, in GUCE n. C.191/1 del 23.6.1997

*nella sesta direttiva IVA e nella direttiva IVA, o ancora nel regolamento n. 1798/2003. Sotto questo profilo, la situazione è notevolmente diversa da quella che vale per le risorse proprie fondate sul RNL degli Stati membri.*

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

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

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

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

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

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

Il tutto, senza considerare i riflessi che l'inserimento delle frodi iva nella direttiva PIF ha anche in materia di competenza della costituenda procura Europea<sup>18</sup>, dato che la stessa sarà competente proprio a condurre indagini in materia di "reati PIF". Così, se le frodi iva saranno previste come rientranti nell'ambito della direttiva, conseguentemente l'EPPO (il Procuratore europeo) avrà competenza ad investigare su di esse<sup>19</sup>; ciò

---

<sup>16</sup> Causa C-617/10, sentenza del 26.2.2013, Fransson.

<sup>17</sup> Causa C-105/14, sentenza dell'8.9.2015, Taricco.

<sup>18</sup> Si veda la proposta di regolamento COM(2013)534 del 17.7.2013 che istituisce la Procura Europea.

<sup>19</sup> Pur con l'avvertenza che queste affermazioni sono necessariamente provvisorie per il fatto che anche il negoziato sulla proposta di regolamento per istituire l'EPPO è tuttora pendente ed il testo sta subendo

apparirebbe oltre modo opportuno considerando che le frodi iva sono le tipiche frodi transnazionali in cui una visione unitaria dell'indagine da parte di un organo investigativo sovranazionale rappresenterebbe veramente un valore aggiunto rispetto alla frammentazione investigativa odierna. Una soluzione sul punto dovrà essere necessariamente trovata, o ipotizzando, per esempio, delle soglie di competenza o ipotizzando la rilevanza europea della sola percentuale di iva versata al bilancio dell'Unione.

## 5. Altre tipologie di frodi.

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

Anche l'esperienza pratica dell'Ufficio Antifrode della Commissione Europea, l'OLAF, è stata in questo senso fondamentale<sup>20</sup>. L'OLAF, infatti, non è solo competente a condurre indagini amministrative sulle irregolarità ai danni del bilancio dell'Unione, ma anche ad assistere e collaborare con le autorità giudiziarie penali degli Stati. Così, nell'esercizio di tale attività, l'OLAF trasmette gli esiti delle proprie indagini alle autorità penali nazionali, quando le stesse hanno rilevato elementi di rilievo criminale, e continua a monitorare l'andamento dell'indagine penale, anche una volta che la propria indagine amministrativa sia stata chiusa. L'OLAF resta così al corrente dell'esito dei procedimenti penali, almeno di quelli derivati da proprie indagini, ma spesso anche di quelli di cui, seppure non originati da esse, ha avuto conoscenza perché informato dalle autorità nazionali alle quali ha chiesto informazioni.

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

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

---

modifiche rispetto alla proposta, per cui la definizione e l'ambito della competenza della procura europea ed i suoi rapporti con le autorità giudiziarie nazionali sono tuttora da definire.

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

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

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

Si potrebbe, poi, anche dubitare del fatto che tale condotta costituisca violazione di un obbligo di comunicazione al quale le ditte concorrenti erano tenute nell'offerta, atteso che, naturalmente, l'accordo collusivo non viene dichiarato al momento della presentazione. L'obbligo cui si riferisce la disposizione, infatti, dovrebbe probabilmente intendersi come un obbligo specifico in violazione di precise disposizioni previste all'interno della procedura, quali informazioni sulle caratteristiche degli offerenti, per esempio, l'esistenza di procedure concorsuali o uno stato di decozione di fatto seppure non ancora ufficialmente accertato. Non sembra trattarsi dell'obbligo, assolutamente generico, di non porre in essere accordi collusivi con lo scopo di frodare la procedura; se fosse interpretato in questo modo, il contenuto della norma suonerebbe, semplificando in maniera molto semplice, nel senso che integra truffa l'omettere di dichiarare che si è voluta commettere una truffa, quando poi, però, la descrizione della condotta del reato è molto più specifica e dettagliata. Questa rappresenta a prima vista una tesi che avrebbe, ed ha avuto, poche possibilità di successo di essere accolta in sede giudiziaria.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Se, quindi, come si è cercato di illustrare in queste poche pagine, il processo di “lisbonizzazione” della Convenzione PIF attraverso una nuova direttiva procede a rilento e tra molti ostacoli, un impulso allo sviluppo di un “nuovo” diritto penale europeo è venuto però recentemente dalla Corte di Giustizia. Non è certamente la prima volta che i giudici di Lussemburgo dimostrano di essere più avanti del legislatore e assumono posizioni assai avanzate in materia. È, infatti, a ben vedere proprio la Corte

---

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

di Giustizia che nell'ormai lontano 1989, prima ancora del Trattato di Maastricht e prima che si potesse ipotizzare un ruolo dell'Unione in materia penale, affermò che violazioni agli interessi finanziari dell'Unione possono essere prevenute e represses attraverso il ricorso al diritto penale<sup>22</sup>. E fu ancora la Corte che, nel 2005, in pieno vigore del sistema istituzionale a pilastri del Trattato di Maastricht che delineava una piuttosto chiara separazione tra primo e terzo pilastro, sancì il principio per cui, anche nelle materie proprie comunitarie – e quindi nell'ambito del primo pilastro – era possibile il ricorso al diritto penale secondo la procedura legislativa ordinaria basata sulla titolarità dell'iniziativa legislativa in capo alla Commissione Europea, precorrendo così i tempi e prefigurando, alcuni anni prima del Trattato di Lisbona, una nuova architettura istituzionale dell'Unione che superasse la ripartizione in pilastri, come avvenne poi effettivamente con il nuovo Trattato entrato in vigore nel 2009<sup>23</sup>.

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

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

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

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

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

---

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

<sup>23</sup> Caso C-176/03, sentenza del 13.9.2005.

Vale anche la pena di ricordare come la Commissione Europea abbia adottato la proposta di direttiva PIF proprio indicando quale base legale l'art. 325 TFUE, e gli Stati siano stati propensi, invece, ad individuare come base legale l'art. 83 TFUE che, infatti, compare come base legale nel testo di prime lettura del Consiglio del giugno 2013. Su questo punto, di fondamentale importanza, peraltro va detto che anche il Parlamento Europeo ha, fino ad ora, condiviso l'opinione del Consiglio esprimendosi in favore di quest'ultima norma.

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

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

## **7. Conclusioni.**

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

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

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

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

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