

## La protezione penale degli interessi finanziari UE: considerazioni sparse a un anno dalla Direttiva 2017/1371

Alessandro Spina

### 1.- Introduzione

La tematica della tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione Europea (UE) ha notoriamente concentrato su di sé, soprattutto tra gli anni '90 e i primi anni zero, molta dell'attenzione tributata – in ambito tanto accademico quanto istituzionale – alla complessa materia della protezione di cui dotare i beni giuridici di rilevanza europeo-comunitaria.<sup>1</sup> Essa ha costituito una sorta di laboratorio di ideazione, prima, e di sperimentazione, poi, dei possibili volti che, nel corso degli anni e col progredire delle sensibilità, si è via via immaginato potesse assumere il percorso della cosiddetta “europeizzazione del diritto penale”.<sup>2</sup> Ancora oggi, nonostante l'UE abbia esteso i propri orizzonti di competenza al di là della tradizionale area del mercato comune, l'interesse alla protezione delle relative risorse finanziarie permane come uno dei contesti in cui è certamente maggiore la spinta verso la creazione di forme di tutela penale di dimensione sovranazionale.

La gestione economico-finanziaria, del resto, ha da sempre costituito lo snodo focale dal quale passa la realizzazione degli scopi propri, dapprima, della CE e, poi, dell'UE: essa è innanzitutto

essenziale per il sostentamento stesso delle strutture euro-unitarie (come per il sostentamento delle strutture di qualsiasi istituzione che aspiri ad una certa autonomia d'azione); ma lo è anche per il perseguimento di quelle finalità di sostegno e sviluppo delle politiche economiche degli stati membri (e quindi dell'economia europea nel suo complesso), che sin dall'inizio caratterizzano il progetto di una Europa unita.<sup>3</sup>

Si coglie, in questa prospettiva, il profondo significato assunto dalla circostanza che, sin dalla decisione del Consiglio del 21 aprile 1970, la CE/UE si sia emancipata dall'originario meccanismo di raccolta delle proprie disponibilità finanziarie, dipendente dalle contribuzioni da parte degli Stati membri, e si sia equipaggiata, come oggi si evince agevolmente dalla lettura del Capo 1 (*Risorse proprie dell'Unione*), Titolo II della Parte Sesta del Trattato sul funzionamento dell'UE (d'ora in avanti: TFUE), di un autonomo sistema di reperimento e distribuzione delle risorse finanziarie.

Ai sensi dell'art. 311 TFUE, in particolare, “L'Unione si dota dei mezzi necessari per conseguire i suoi obiettivi e per portare a compimento le sue politiche” (primo comma); a tal fine, il relativo “bilancio, fatte salve altre entrate, è finanziato integralmente tramite risorse proprie”. Ciò significa, essenzialmente, che l'UE gode di un sistema di reperimento delle finanze – necessarie a fronteggiare le relative spese – che potremmo definire a *titolarità diretta*, che cioè, sotto il profilo della destinazione funzionale, muovono direttamente dal cittadino europeo alle casse comunitarie: senza più passare, com'era sino al 1970, per una fase intermedia in cui lo stato membro “girava” alla Comunità una parte delle *proprie* entrate

(<sup>1</sup>) Cfr. ad es. G. Dannecker, *Armonizzazione del diritto penale all'interno della Comunità Europea*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1993, p. 964; K. Tiedemann, *La frode alle sovvenzioni: origine di un diritto penale europeo?*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2000, p. 566.

(<sup>2</sup>) *Assimilazione* degli interessi CE/UE ai corrispondenti interessi nazionali ai fini del trattamento penale; *armonizzazione* delle normative penali degli stati membri in base a regole minime stabilite a livello CE/UE; *unificazione*, ossia creazione di un diritto penale europeo unitario rispetto alla tutela di interessi CE/UE.

(<sup>3</sup>) La finalità originaria della stessa CEE consisteva, ad es., nel “promuovere ... uno sviluppo armonioso delle attività economiche nell'insieme della Comunità, un'espansione continua ed equilibrata, una stabilità accresciuta, un miglioramento sempre più rapido del tenore di vita e più strette relazioni fra gli Stati” (art. 2, Trattato CEE).

fiscali.

Buona parte delle risorse finanziarie dell'Unione, a sua volta, viene poi ridistribuita – secondo le previsioni del bilancio dell'Unione – sotto forma di sovvenzioni, incentivi e contributi di vario genere, ed in tal modo reimmessa nei canali delle iniziative economiche nascenti all'interno del mercato unico, per lo più con lo scopo di incrementare la loro consistenza e redditività.

## 1.1.- Interessi finanziari UE e politiche di sostegno all'agricoltura dei paesi membri

Non è qui superfluo ricordare come una rilevanza cruciale abbiano, in quest'ambito, le misure europee di sostegno al settore agricolo: il Titolo III della Prima Parte del TFUE, come noto, attribuisce all'Unione il compito di “defini[re] e attua[re] una politica comune dell'agricoltura” (art. 38: cosiddetta PAC), le cui finalità sono poi indicate, all'art. 39, nei termini di sostegni alla “produttività dell'agricoltura” dei paesi membri, al tenore di vita della popolazione agricola, alla stabilizzazione dei mercati, alla sicurezza degli approvvigionamenti e alla garanzia di prezzi ragionevoli al consumatore. Finalità che l'Unione persegue, tra le altre cose, mediante “sovvenzioni sia alla produzione che alla distribuzione dei diversi prodotti” (art. 40, comma secondo), e più in generale mediante politiche di sostegno economico all'agricoltura che assumono ora la forma dei pagamenti diretti, attraverso il Fondo europeo agricolo

di garanzia (FEAGA), finalizzati a sostenere il reddito degli agricoltori e a promuovere la competitività e sostenibilità (anche ambientale) della loro attività, ora invece la forma dei cosiddetti programmi di sviluppo rurale (PSR), finanziati attraverso il Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale (FEASR).

Attraverso questi canali, l'Unione distribuisce annualmente al solo comparto agricolo (tralasciando, dunque, per ragioni di spazio, ogni riferimento ad altri settori che pure beneficiano di finanziamenti europei) una quantità davvero ingente di risorse, che, per il periodo 2014-2020, ammonta: per ciò che riguarda i pagamenti diretti, a circa 293 miliardi di euro (pari a più del 27% dell'intero quadro finanziario pluriennale 2014-2020);<sup>4</sup> mentre, per ciò che riguarda il sostegno allo sviluppo rurale, a 99,5 miliardi di euro<sup>5</sup> (dei quali quasi 10,5 miliardi destinati all'Italia e, in particolare, più di 2,2 miliardi alla Regione Sicilia).<sup>6</sup>

## 2.- Quale tutela penale contro la frode UE? Il sistema convenzionale 1995-1997 e i suoi limiti

L'importanza che politiche di spesa siffatte hanno ormai assunto rispetto agli equilibri ed alle prospettive di sviluppo dell'economia europea e dei singoli stati membri spiega come l'integrità – sia in entrata che in uscita – del bilancio dell'Unione assurga pacificamente, e non da oggi,<sup>7</sup> ad interesse meritevole di tutela penale, e come specu-

(<sup>4</sup>) Commissione europea – Direzione generale dell'Agricoltura e dello sviluppo rurale, *La PAC spiegata. I pagamenti diretti agli agricoltori 2015-2020* (<https://publications.europa.eu/it/publication-detail/-/publication/541f0184-759e-11e7-b2f2-01aa75ed71a1/language-it/format-PDF>).

(<sup>5</sup>) Regolamento delegato (UE) 2015/791 della Commissione del 27 aprile 2015 che modifica l'allegato I del regolamento (UE) n. 1305/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio sul sostegno allo sviluppo rurale da parte del Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale.

(<sup>6</sup>) V. PSR Sicilia – 2014-2020 (<http://www.psr Sicilia.it/2014-2020/psr-sicilia-2014-2020/presentazione-e-obiettivi/>).

(<sup>7</sup>) V., fra i tanti, G. Grasso, *La tutela penale degli interessi finanziari delle Comunità europee*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1989, p. 377; K. Tiedemann, *La tutela penale degli interessi finanziari della Comunità europea*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1991, p. 514 (dove però non si fa specifico riferimento all'esigenza di una tutela penale, ma più genericamente a quella di una tutela effettiva delle risorse finanziarie CE); M. Delmas-Marty, *La répression des fraudes contre le budget de la Communauté européenne dans un contexte démocratique*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 3/1993, 585.

larmente la frode in danno di tale interesse – che in Italia, e soprattutto al sud, raggiunge livelli quantitativi davvero impressionanti –<sup>8</sup> costituisca un tipo di condotta per la repressione e prevenzione della quale è pacificamente necessario il ricorso al diritto penale: la protezione delle risorse comunitarie e l'efficacia delle conseguenti politiche economico-finanziarie, il loro proficuo perseguimento, sono tanto essenziali rispetto alla stessa esistenza dell'UE, quanto questa, ed una sua sempre più convincente configurazione, lo sono, ormai, rispetto al migliore sviluppo economico, politico e sociale degli stati membri.

In questo quadro trova la sua debita collocazione la Direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio, emanata il 5.7.2017 e relativa, appunto, alla “lotta mediante il diritto penale contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione”. Si tratta di una sorta di testo unico della materia, che condensa – talora innovandola in maniera significativa – una disciplina in precedenza contenuta, nelle sue linee principali, nella Convenzione per la protezione degli interessi finanziari dell'UE del 1995 (cosiddetta Convenzione PIF) e nei relativi Protocolli, rispettivamente stabiliti con atti del Consiglio del 27.9.1996 e del 19.6.1997: essa ha, dunque, la funzione primaria di raccogliere e coordinare in un medesimo documento norme in precedenza rinvenibili in documenti diversi (seppur collegati), aggiornandone altresì i contenuti alla luce delle innovazioni legislative e giurisprudenziali emerse nel corso di oltre vent'anni, ma anche alla luce di alcune considerazioni critiche fatte dagli esperti.

Una tale revisione del sistema convenzionale 1995-1997 giunge, in realtà, con notevole ritardo. A fronte della rilevanza, più sopra richiamata (§§ 1 e 1.1), del bene da proteggere e delle condotte (fraudolente) contro cui proteggerlo, che la dottrina più attenta segnala sin dalla fine degli anni '80 del secolo scorso, il modello di tutela di cui la

Convenzione costituiva realizzazione, come anche i suoi contenuti normativi, erano sin da subito apparsi profondamente insoddisfacenti. Da quest'ultimo punto di vista, in particolare, l'insoddisfazione verso la Convenzione PIF si annidava tanto sul piano delle fattispecie e delle forme di responsabilità previste, quanto su quello delle sanzioni. Il novero delle fattispecie considerate nella Convenzione era troppo angusto, poiché, limitandosi a considerare le sole frodi in senso stretto, lasciava fuori figure criminose di cruciale rilevanza rispetto alle strategie di aggressione degli interessi finanziari UE, come la corruzione o il riciclaggio. Mancava, inoltre, nella Convenzione, qualsiasi riferimento alla responsabilità degli enti, il che, rispetto ad una tipologia criminosa tipicamente economica, com'è quella in questione, non poteva che costituire un grave *vulnus*. A queste insufficienze si tentò di porre rimedio mediante i due Protocolli alla Convenzione, rispettivamente adottati, come detto, nel 1996 e nel 1997, i quali, in effetti, integrarono il sistema prevedendo, per un verso, l'incriminazione della corruzione in materia di interessi finanziari UE (artt. 2 e 3, Protocollo 1996) e, per altro verso, l'incriminazione del riciclaggio di denaro (art. 2, Protocollo 1997) ed una essenziale definizione dei requisiti di responsabilità delle persone giuridiche e dei contenuti delle relative sanzioni (artt. 3 e 4, Protocollo 1997).

Rimaneva, tuttavia, l'insufficienza dell'apparato sanzionatorio predisposto per le persone fisiche, che non andava molto più in là del classico adagio delle “sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive”: l'art. 2 della Convenzione richiedeva bensì che, salvi i casi di minore gravità di cui al comma 2, tali sanzioni avessero comunque *natura penale*, e che, nei casi di maggiore gravità (da intendersi come i casi di frode aventi ad oggetto un ammontare di almeno 50.000 ECU), tali sanzioni consistessero in pene privative della libertà

(<sup>8</sup>) M. Nobili, M. Rogari, *Frode sui finanziamenti Ue in sei casi su 10 (boom al Sud)*, in *il Sole 24 Ore*, 16 maggio 2018 (<http://www.ilsole24ore.com/art/notizie/2018-05-16/frode--finanziamenti-ue-sei-casi-10-boom-sud-115339.shtml?uuid=AEz7WnoE>).

idonee a permettere l'estradizione; ma si trattava, all'evidenza, di statuizioni del tutto generiche, inidonee a fornire una qualsiasi concretizzazione del minimo sanzionatorio richiesto, rimettendone la scelta, in maniera pressoché completa, alla discrezionalità degli stati membri.

Non a torto, Enrique Bacigalupo poteva lamentare il fatto che nella Convenzione si rinunciassero «inesplicabilmente a stabilire *pene uniche*, lasciando a ciascuno Stato la facoltà di determinare se la pena carceraria sia efficace, proporzionata e dissuasiva. È chiaro che se gli Stati possono impegnarsi ad adottare una definizione comune di frode comunitaria, potrebbero impegnarsi a infliggere pene di eguale entità, così da non eludere l'efficacia del sistema penale di tutela degli interessi finanziari della Comunità. In realtà ... il problema principale [*del modello convenzionale*] consiste nella differenza delle sanzioni, poiché in base al tipo specifico di frode in materia di sovvenzioni o per il tramite del reato di truffa (e soprattutto di tentata truffa) in tutti gli Stati membri è possibile punire le frodi quali sono definite all'art. 1 della Convenzione PIF. Ciò significa che, sebbene nella Convenzione PIF si evitino i problemi dell'assimilazione per quanto riguarda la definizione della frode e i tipi di pena, non si risolvono i problemi di eguaglianza ... Quindi, con l'adozione di tale Convenzione da parte degli Stati membri, probabilmente la situazione non migliorerà.»<sup>9</sup>

Ma le ragioni di insoddisfazione per il sistema di tutela approntato con la Convenzione PIF e i suoi Protocolli erano finanche più radicali e riguardavano la scelta stessa di perseguire un ravvicinamento delle normative degli stati membri attraverso la via della cosiddetta *armonizzazione orizzontale*, con base giuridica nell'ambito del terzo pila-

stro, ossia del titolo VI del Trattato di Maastricht, relativo a Giustizia e Affari interni. Si trattava di un modello che seguiva logiche tipiche del diritto internazionale classico, che infatti si traduceva in un atto normativo a carattere pattizio, quale appunto la Convenzione, e che aveva come priorità l'obiettivo della cooperazione (tra forze di polizia e tra autorità giudiziarie) più che quello del ravvicinamento delle normative, limitato ad operare esclusivamente «ove necessario» (art. 29, comma secondo, TUE).<sup>10</sup>

Proprio perché avveniva all'interno del terzo pilastro, questa forma di armonizzazione era priva della forza vincolante propria, invece, degli strumenti normativi del primo pilastro, quali regolamenti e direttive. Non stupisce dunque che essa non abbia avuto un'adeguata e rapida implementazione: come evidenziato dalla Commissione dopo più di un lustro dall'adozione della Convenzione, «nonostante i ripetuti e pressanti appelli del Consiglio europeo, del Parlamento europeo nonché della Commissione a procedere alla loro ratifica, all'inizio del 2001 gli strumenti in questione non risultano ancora ratificati da tutti e quindici gli Stati membri, e di conseguenza non sono ancora entrati in vigore.»<sup>11</sup>

### 3.- Le iniziative della Commissione UE per superare il sistema convenzionale

Nel tentativo di superare i limiti del sistema convenzionale, sin dal 2001 le istituzioni europee cominciano a ragionare sull'opportunità di tentare la via di una armonizzazione verticale, che proceda, cioè, attraverso strumenti, di carattere sovranazionale, dotati di efficacia vincolante rispetto agli stati membri, e non lascino dunque a questi

(<sup>9</sup>) E. Bacigalupo, *La tutela degli interessi finanziari della Comunità: progressi e lacune*, in G. Grasso (cur.), *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità Europea tra prevenzione e repressione. L'esempio dei fondi strutturali*, Milano, 2000, p. 19.

(<sup>10</sup>) Per una valutazione simile v. J. Vogel, *Harmonisierung des Strafrechts in der Europaeischen Union*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2003, p. 316.

(<sup>11</sup>) Così nella *Relazione* di accompagnamento della proposta di direttiva COM(2001)272 def., della quale si dirà nel paragrafo 3.1: v. <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2001/IT/1-2001-272-IT-F1-1.Pdf>, pp. 3-5.



eccessivo margine di discrezionalità, e per l'an e per il *quomodo*, nella fase di implementazione.

### 3.1.- Dalla proposta di direttiva 2001/272 ...

È in particolare la Commissione a farsi carico, nel maggio di quell'anno, di una prima iniziativa,<sup>12</sup> la quale, se dal punto di vista dei contenuti si limitava per vero a riproporre la disciplina della Convenzione e dei suoi Protocolli,<sup>13</sup> si caratterizzava invece come particolarmente innovativa dal punto di vista della base giuridica prescelta: si trattava, infatti, di una proposta di direttiva da adottare ai sensi dell'art. 280 del Trattato di Amsterdam, che nel frattempo (nel 1997) aveva sostituito il Trattato di Maastricht. Proprio nell'esigenza di calibrare la disciplina convenzionale al mutato quadro normativo di riferimento la Commissione individuava il fondamento nomodinamico della propria iniziativa, sul presupposto che "Il trattato di Amsterdam richiede[ss]e] un adeguamento degli strumenti TIF alla nuova situazione, tanto più che tali strumenti" – come detto – "non [erano] ancora entrati in vigore."<sup>14</sup> La prospettiva era pertanto quella di attrarre la lotta contro le frodi UE nell'ambito del primo pilastro, con tutti i vantaggi che il ricorso allo strumento "direttiva" avrebbe comportato in relazione alla possibilità di vincolare e controllare in maniera più incisiva il ravvicinamento delle legislazioni penali degli stati membri.<sup>15</sup>

Ciò implicava, peraltro, l'adesione ad una opzione interpretativa piuttosto "spinta" e non del tutto pacifica dello stesso art. 280, nella parte in cui

quest'ultimo, al quarto comma – dopo avere stabilito che "Il Consiglio, deliberando secondo la procedura di cui all'articolo 251, previa consultazione della Corte dei conti, adotta 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" – aggiungeva che "Tali misure non riguardano l'applicazione del diritto penale nazionale o l'amministrazione della giustizia negli Stati membri": la prospettata adozione di una direttiva contenente incriminazioni-modello presupponeva, infatti, che si intendesse tale limite come riguardante bensì le aree del diritto processuale penale e della cooperazione giudiziaria, ma non invece quella del diritto penale *sostanziale*.<sup>16</sup>

### 3.2.- ... alla proposta di direttiva 2012/363

Che si trattasse di una interpretazione per il tempo piuttosto ardita – quantomeno rispetto alla disponibilità, allora ancora piuttosto scarsa, degli stati membri in fatto di comunitarizzazione del diritto penale – è in qualche modo dimostrato dalla circostanza che sulla proposta della Commissione cadde ben presto un silenzio istituzionale che sarebbe durato più di un decennio: fino a quando, cioè, nel 2012, la stessa Commissione non decise di sostituirla con una nuova, ed ancor più ardita, iniziativa.<sup>17</sup> Ancora una volta, lo spunto nomodinamico è rintracciabile in un mutamento del quadro normativo e istituzionale di riferimento, avvenuto con l'entrata in vigore,

(<sup>12</sup>) *Proposta di direttiva del Consiglio e del Parlamento per la protezione penale degli interessi finanziari della Comunità*, COM(2001) 272 def. – 2001/0115(COD) (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52001PC0272&from=EN>).

(<sup>13</sup>) Si veda la già citata *Relazione* (d'ora in avanti *Relazione 2001*) di accompagnamento alla proposta, al § 1.3.

(<sup>14</sup>) *Relazione 2001*, p. 5.

(<sup>15</sup>) *Relazione 2001*, p. 6.

(<sup>16</sup>) *Relazione 2001*, §§ 1.2 e 1.3.2. In dottrina, anche per ulteriori riferimenti, L. Picotti, *Le basi giuridiche per l'introduzione di norme penali comuni relative ai reati oggetto della competenza della procura europea*, in *Diritto penale contemporaneo*, 13.11.2013, p. 6 e ivi nt. 14 (<https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1384347976PICOTTI%202013a.pdf>).

(<sup>17</sup>) COM (2012) 363 final ([http://www.europarl.europa.eu/RegData/docs\\_autres\\_institutions/commission\\_europeenne/com/2012/0363/COM\\_COM\(2012\)0363\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2012/0363/COM_COM(2012)0363_EN.pdf)).

nel dicembre 2007, del Trattato di Lisbona (o TFUE), il quale, fra le altre cose, abolisce il sistema dei pilastri, riformula – nel senso che vedremo – i contenuti del vecchio art. 280, trasfondendoli nel nuovo art. 325, ed introduce una competenza esplicita dell’Unione ad adottare – nei limiti segnati dagli artt. 82 e 83 – strumenti di armonizzazione verticale in materia penale.

A questo mutato quadro generale la Commissione fa corrispondere una proposta, dicevo, di grande ambizione: non più, come vedremo, per la sola base giuridica, ma anche per i contenuti.

### 3.2.1.- Base giuridica

Sotto il primo riguardo, nell’assetto di Lisbona sono due le vie in astratto percorribili in vista di una armonizzazione verticale delle norme penali antifrode.

La prima è quella rappresentata dall’art. 325 TFUE, il quale, come detto, sostituisce il vecchio art. 280, con la particolarità, però, che dal relativo quarto comma (che per il resto corrisponde, *mutatis mutandis*, al quarto comma del suo predecessore) è stata espunta la limitazione riguardante “l’applicazione del diritto penale nazionale o l’amministrazione della giustizia negli Stati mem-

bri”: con il che sembra essersi voluto togliere ogni dubbio circa la possibilità che, nella lotta contro la frode UE (cui l’art. 325 è esplicitamente votato, essendo inserito nel Capo 6 del Titolo III della Parte Sesta del Trattato, rubricato appunto “Lotta contro la frode”), si possano prevedere misure riguardanti il diritto penale, indifferentemente sostanziale e processuale.<sup>18</sup>

L’altra via è rappresentata invece dall’art. 83 TFUE, che, senza avere specifico riguardo al tema della frode UE (che anzi non vi compare affatto, in maniera esplicita), prevede che “Il Parlamento europeo e il Consiglio possono stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni” (n. 1) e che ciò possano fare, in particolare, mediante direttive emanate secondo la procedura legislativa ordinaria (n. 2).

Le due vie, pur essendo entrambe in linea di principio eleggibili, hanno implicazioni e significati diversi.<sup>19</sup> La prima delle due: (a) è specificamente relativa alla lotta antifrode e (b), pur non riferendosi esplicitamente all’adozione di misure di carattere penale, bisogna intendere, per quanto detto più sopra, che a queste implicitamente si

(<sup>18</sup>) Vero è, insomma, che in tutto l’art. 325 TFUE non compare alcun riferimento allo strumentario penale; ma se ciò si legge in relazione al fatto che nel vecchio 280 tale riferimento compariva solo *ad excludendum*, se ne può ragionevolmente dedurre che il silenzio del nuovo articolo abbia il senso di eliminare appunto tale esclusione e dunque di ampliare il novero degli strumenti utilizzabili dall’Unione in funzione antifrode, includendovi anche quelli che in precedenza ne erano esclusi.

(<sup>19</sup>) Cfr., per tutti, A. Venegoni, *Prime brevi note sulla proposta di direttiva della commissione europea per la protezione degli interessi finanziari dell’unione attraverso la legge penale COM(2012)363 (c.d. Direttiva PIF)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 5.9.2012, pp. 3 ss. (<https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1345455466Direttiva%20PIF.pdf>); Id., *La definizione del reato di frode nella legislazione dell’Unione dalla convenzione PIF alla proposta di Direttiva PIF*, in *Diritto penale contemporaneo*, 14.10.2016, pp. 16 ss. (<https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1474711704VENEGONI2016b.pdf>); L. Picotti, *Le basi giuridiche*, cit., §§ 4.1. ss.; N. Parisi, *Chiari e scuri nella direttiva relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell’Unione*, in *Giurisprudenza penale*, 4.9.2017, pp. 3 ss. (in <http://www.giurisprudenzapenale.com/2017/09/04/chiari-scuri-nella-direttiva-relativa-alla-lotta-la-frode-lede-gli-interessi-finanziari-dellunione/>); E. Basile, *Brevi note sulla nuova Direttiva PIF. Luci e ombre del processo di integrazione UE in materia penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 12/2017, pp. 64 ss. (<https://www.penalecontemporaneo.it/upload/3351-basileenrico1217.pdf>).

riferisca, il che comporta (c) che essa abbia, da questo punto di vista, una portata generale, che impegna l'Unione a "combatt[ere] contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione stessa mediante misure adottate a norma del presente articolo," – abbiano, queste misure, carattere penale o extrapenale, sostanziale o processuale – purché "dissuasive e tali da permettere una protezione efficace negli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell'Unione";<sup>20</sup> (d) non c'è nulla, inoltre, nel testo o nello spirito dell'art. 325, che impone all'Unione di limitarsi a prevedere solo norme minime, o di principio, e non anche norme di dettaglio e direttamente vincolanti, (e) né dunque vi è nulla che limiti lo strumentario disponibile alle sole direttive, essendo invece possibile agire, nel contesto della disposizione in questione, anche mediante regolamento.

Caratteristiche decisamente diverse ha invece la via rappresentata dall'art. 83 TFUE, il quale: (a) dal punto di vista dell'oggetto, non riguarda specificamente il tema della frode UE – che anzi, come detto, non vi è affatto menzionato – ma genericamente tutte le "sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale;" il suo ambito operativo specifico non è dunque la lotta antifrode, ma l'armonizzazione del *diritto penale sostanziale* degli stati membri in relazione al contrasto alla criminalità transnazionale, il che ulteriormente comporta, dal punto di vista delle misure adottabili, che esso (b) non riguardi l'armonizzazione in materia processuale (disciplinata invece dall'art. 82), (c) né contempli il ricorso a misure extrapenali; inoltre, dal punto di vista degli strumenti utilizzabili, (d) esso prevede

soltanto la possibilità di ricorrere a direttive, le quali (e) abbiano a contenuto norme minime relative alla definizione di reati e sanzioni: il che esclude, non solo i regolamenti, ma anche le direttive dettagliate o *self-executing*; (f) infine, a differenza dell'art. 325, l'art. 83 ammette, al terzo comma, la possibilità per ciascuno stato membro di attivare il cosiddetto "freno d'emergenza", nel caso in cui "ritenga che un progetto di direttiva di cui al paragrafo 1 o 2 incida su aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale": nel qual caso, esso può chiedere "che il Consiglio europeo sia investito della questione", con conseguente sospensione della procedura legislativa ordinaria.

La rilevanza di queste differenze rende l'opzione per l'una o per l'altra via tutt'altro che meramente formale, poiché è chiaro che il percorso che si attiverebbe mediante l'art. 325 sarebbe in linea di principio più mirato, stringente e pervasivo – rientrando in una logica specificamente e complessivamente votata alla lotta antifrode, potendo in linea di principio consistere nell'adozione di norme direttamente vincolanti per gli stati membri e non contemplando la possibilità, per questi, di frenarne l'*iter* per accampare l'esistenza di ostacoli circoscritti al proprio ordinamento nazionale – rispetto a quello attivabile invece mediante l'art. 83, che non presenterebbe nessuna di queste caratteristiche.

Possiede dunque un grande significato politico-istituzionale la scelta della Commissione di individuare proprio nell'art. 325, e non nell'art. 83, la base giuridica della proposta, potendovisi leggere l'intenzione di seguire la via più efficace tra quelle astrattamente disponibili.

<sup>(20)</sup> E, sottolinea la Commissione nella Relazione alla proposta (d'ora in avanti, *Relazione 2012*), al § 3.1, "Una tutela dissuasiva, efficace ed equivalente comporta per sua natura, e storicamente (si veda la convenzione PIF del 1995), una dimensione penale. Il diritto penale è necessario per produrre un effetto preventivo in questo campo, dove già la minaccia di sanzioni penali e delle relative conseguenze sulla reputazione dei potenziali autori dei reati può essere ritenuta un valido disincentivo alla perpetrazione dell'atto illegale. Diversamente dal corrispondente articolo 280, paragrafo 4, del trattato CE, l'articolo 325 prevede quindi il potere di adottare disposizioni di natura penale nell'ambito della tutela degli interessi finanziari dell'Unione contro ogni forma di azione illegale" ([http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014\\_2019/documents/com/com\\_com\(2012\)0363/\\_com\\_com\(2012\)0363\\_it.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/documents/com/com_com(2012)0363/_com_com(2012)0363_it.pdf)).

### 3.2.2.- *Contenuti*

Si può dire, però, che la Commissione sia stata persino più intraprendente sul piano dei contenuti, dove si rinvergono soluzioni di grande coraggio, le quali, se fossero state accolte nella direttiva poi effettivamente emanata nel 2017, avrebbero di certo segnato una svolta cruciale nel percorso della europeizzazione del diritto penale (ciò che, come vedremo, non è successo, o almeno non fino in fondo). A volerne fare un rapido ed essenziale carotaggio, gli aspetti più innovativi della proposta si possono così sintetizzare:<sup>21</sup> (a) vi si ritrova, per la prima volta, l'esplicita e compiuta inclusione, nel novero degli "interessi finanziari UE" considerati rilevanti, delle risorse provenienti dalla raccolta dell'IVA (art. 2, in relazione al Considerando n. 4); (b) vi si forniscono definizioni minime delle fattispecie di frode (art. 3) e delle altre a questa collegate grosso modo in linea con quelle già presenti nella disciplina convenzionale: a corruzione e riciclaggio, però, si aggiungono le fattispecie di cosiddetta manipolazione di gare d'appalto (*bid-ridding behaviour between tenderers*)<sup>22</sup> e di appropriazione indebita (art. 4); (c) vi si delineano, in maniera compiuta, i requisiti per la responsabilità delle persone giuridiche (art. 6); ma soprattutto (d), ed è questa la novità più significativa, vi si detta una disciplina particolarmente stringente e pervasiva in tema di sanzioni penali per le persone fisiche (artt. 7 e 8),<sup>23</sup> sulla quale vale la pena soffermarsi qui brevemente: il primo comma dell'art. 7 stabilisce un obbligo di penalizzazione, che, come ora vedremo, verrà meglio

dettagliato dall'art. 8 (cui l'art. 7, comma 1, rinvia esplicitamente) e che può essere derogato, ai sensi del secondo comma, solo "Per i casi di reati minori da cui derivino danni inferiori a 10 000 EUR e vantaggi inferiori a 10 000 EUR, e che non presentino aspetti di particolare gravità," per i quali "gli Stati membri possono prevedere sanzioni di natura diversa da quella penale." Significativo è qui il fatto che, nella definizione del concetto di "reato minore", la Commissione non si affidi a parametri meramente quantitativi, ma usi questi come soglia-limite, entro la quale è comunque richiesta una ulteriore valutazione qualitativa (volta ad escludere l'eventuale esistenza di ulteriori profili, non quantitativi, ma ad es. soggettivi, di "particolare gravità"). Come detto, però, la proposta non si limita affatto a stabilire un generico obbligo di penalizzazione, poiché invece, nell'art. 8, si spinge fino a prevedere una vera e propria *forbice edittale minimale*,<sup>24</sup> corrente tra un "minimo minimale" di almeno sei mesi e un "massimo minimale" di almeno cinque anni di reclusione, che gli stati membri avrebbero avuto l'obbligo di predisporre per i reati più gravi, identificati, a loro volta, (i) con le frodi ex art. 3, nonché le manipolazioni di gare d'appalto e le appropriazioni indebite, *che comportassero un vantaggio o un danno di almeno 100,000 EUR*, e (ii) con le corruzioni e i riciclaggi *che implicassero vantaggi o danni per almeno 30,000 EUR*.

Dunque, in sintesi: 1) facoltà – non obbligo – di penalizzazione, per i "reati minori" ai sensi dell'art. 7, comma secondo; 2) obbligo di penalizzazione ("con sanzioni penali effettive, proporziona-

(<sup>21</sup>) Cfr. anche A. Venegoni, *Prime brevi note*, cit.; L. Picotti, *Le basi giuridiche*, cit.

(<sup>22</sup>) Considerando n. 6: "Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché configuri reato la comunicazione o l'omessa comunicazione di informazioni a entità o autorità incaricate di aggiudicare un appalto pubblico o concedere una sovvenzione che incida sugli interessi finanziari dell'Unione, imputabile a candidati o offerenti, oppure a incaricati, o persone altrimenti coinvolte, a predisporre le risposte ai bandi di gara o le domande di sovvenzione dei partecipanti, quando tale azione od omissione sia intenzionale e abbia lo scopo di aggirare o distorcere l'applicazione dei criteri di ammissibilità, esclusione, selezione o concessione."

(<sup>23</sup>) Quanto alle persone giuridiche, l'art. 9 richiede che siano disposte a loro carico sanzioni (penali o non penali) pecuniarie o interdittive, per il caso in cui (art. 6) uno dei reati previsti nella direttiva sia commesso, a beneficio della persona giuridica stessa, da un soggetto di vertice oppure da un dipendente (quando la commissione del reato sia stata resa possibile per la mancanza di supervisione o di controllo da parte di soggetti di vertice).

(<sup>24</sup>) Ossia, una forbice edittale al di sotto della quale gli stati non sarebbero potuti scendere, e nel minimo e nel massimo.



te e dissuasive, che comprendono pene pecuniarie e detentive”, discrezionalmente determinabili da parte dello stato membro), per le forme “non minori” né gravi dei reati di frode e connessi; 3) obbligo avente ad oggetto il tipo di sanzione penale da applicare (reclusione) e persino il suo ammontare minimale, per i reati gravi ai sensi dell’art. 8, primo comma.

A ciò si aggiungeva, ai sensi del secondo comma dell’art. 8, la previsione che il massimo edittale salisse ad almeno 10 anni di reclusione nel caso in cui i reati previsti nella direttiva fossero commessi nell’ambito di una organizzazione criminale, per come definita nella Decisione quadro 2008/841 (con il riferimento alla criminalità organizzata che, già presente – sia pure in maniera più simbolica che sostanziale – nella Convenzione 1995,<sup>25</sup> diveniva dunque più strutturato e preciso e portava con sé un deciso aggravamento della responsabilità penale).

Il sistema sanzionatorio così prospettato, come sottolineava la stessa Commissione, era finalizzato a garantire “la coerenza in tutta l’Unione delle sanzioni applicate negli Stati membri per un determinato tipo di condotta, in modo che gli interessi finanziari dell’Unione siano tutelati con pari efficacia in tutta l’UE. La criminalità economica – compresa la frode – costituisce un settore in cui le sanzioni penali possono avere un effetto particolarmente dissuasivo, perché è plausibile che i potenziali autori di reato prima di agire calcolino i rischi. L’introduzione di sanzioni minime è pertanto considerata necessaria in quanto efficace deterrente [recte: *dotata di efficacia deterrente*] in tutta Europa.”<sup>26</sup>

L’intraprendenza della proposta 2012 emergeva,

però, anche da ulteriori aspetti contenutistici, rispetto ai quali il livello di dettaglio e pervasività dello strumento rimaneva assai significativo. All’art. 11, primo comma, ad es., si prevedeva che si obbligassero gli stati a stabilire la propria giurisdizione nei casi in cui (i) il reato fosse stato commesso in tutto o in parte sul loro territorio (principio di territorialità), oppure (ii) l’autore del reato fosse un loro cittadino (principio di cittadinanza attiva), mentre al terzo comma li si obbligava ad estendere la propria giurisdizione anche ai casi nei quali il reato fosse commesso mediante l’uso di strumenti informatici cui si abbia “accesso dal loro territorio.”

All’art. 12, infine, la proposta individuava – anche questa una novità assoluta e, da un punto di vista penalistico, di grande rilevanza –<sup>27</sup> *termini minimi di prescrizione* e del reato (almeno cinque anni dalla commissione del fatto, che sarebbero dovuti diventare almeno dieci al verificarsi di taluni atti interruttivi, quali, in particolare, l’inizio effettivo delle indagini) o della pena (dieci anni dalla sentenza definitiva di condanna).

#### 4.- La Direttiva 2017/1371: un passo avanti e due indietro

La proposta 2012 della Commissione apre una fase di discussione, che infine culminerà, solo cinque anni più tardi, con l’emanazione della Direttiva 2017/1371. Un esito, come ora vedremo, che, se rispetto al sistema convenzionale 1995-1997 rappresenta un chiaro avanzamento (e per la capacità di vincolare gli stati membri e per i contenuti), rispetto al punto dal quale si era da

(<sup>25</sup>) Tra le premesse alla Convenzione si legge infatti che le parti contraenti prendono nota “che la frode ai danni delle entrate e delle spese della comunità in molti casi non si limita ad un unico paese, ma è spesso l’opera di organizzazioni criminali.”

(<sup>26</sup>) *Relazione* 2012, p. 10 (sub art. 8): “La sanzione minima di sei mesi resta proporzionata alla gravità dei reati e garantisce che possa essere emesso ed eseguito un mandato d’arresto europeo per i reati di cui all’articolo 2 della decisione quadro sul mandato d’arresto europeo, assicurando quindi il più efficiente grado di cooperazione giudiziaria e di polizia.”

(<sup>27</sup>) Di una disciplina del genere non vi è traccia nella restante parte della produzione giuspenalistica dell’Unione: la Commissione, tuttavia, la individuava come uno degli aspetti su cui basare la lotta contro le frodi UE già nel *Libro verde sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una procura europea*, presentato l’11.12.2001 (COM(2001) 715 definitivo), p. 42.

ultimo partiti (ossia, appunto, la proposta 2012) appare, invece, decisamente timida o quantomeno prudente, di talché non a torto si è da più parti concluso che essa rappresenti, in definitiva, più un'occasione persa che una nuova conquista.<sup>28</sup>

#### 4.1.- Base giuridica

Il relativo *self-restraint* di cui è espressione la Direttiva emerge, innanzitutto, sul piano della base giuridica, che viene individuata nell'art. 83, comma 2, TFUE, il quale, come detto, è strumento più debole rispetto all'art. 325, su cui era invece fondata la proposta 2012 della Commissione; non che questo cambi molto da un punto di vista pratico: anche la proposta della Commissione prevedeva l'emanazione di una direttiva, non di un regolamento, e di conseguenza conteneva anch'essa *norme minime* e non regole direttamente applicabili all'interno degli stati membri. Tuttavia, l'aver optato per l'uno anziché per l'altro fondamento normativo ha un notevole valore simbolico, quantomeno per quel che ciò sembra implicare da un punto di vista più generale: che, cioè, Consiglio e Parlamento abbiano della portata dell'art. 325 una visione piuttosto riduttiva, poiché – contrariamente a quanto esplicitamente stabilito, più volte, dalla Corte di Giustizia,<sup>29</sup> e ritenuto, come visto, dalla stessa Commissione – essi parrebbero escludere che il diritto penale rientri fra quelle “misure dissuasive”<sup>30</sup> e “tali da permettere una protezione efficace”, di cui parla il quarto comma della disposizione, tramite le quali “L'Unione e gli Stati membri combattono contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione stessa.” Se così fosse, ne deriverebbe un notevole indebolimento delle potenzialità (in termini di efficacia e di capacità

deterrente) del sistema di norme appositamente dedicate, nel TFUE, alla lotta alle frodi.

#### 4.2.- Ambito applicativo

Anche nella definizione dell'ambito applicativo – e dunque della nozione di “interessi finanziari” – (art. 2) si può dire che la Direttiva rappresenti un avanzamento solo parziale. È bensì vero che la presenza di una tale definizione costituisce una sostanziale novità rispetto agli strumenti convenzionali,<sup>31</sup> i quali non contenevano alcuna definizione apposita a riguardo, limitandosi a darla per assunta o, meglio, a ritenerla ricavabile per implicito dalla descrizione delle condotte incriminate. Se però la si guarda nei contenuti, ci si accorge come una tale novità segni invece un sostanziale arretramento rispetto alla proposta 2012 della Commissione. Quest'ultima, si è detto, assimilava senz'altro, senza cioè alcuna limitazione, nel proprio ambito applicativo anche le risorse UE provenienti dalla raccolta dell'IVA, in base alla considerazione, del tutto sensata, che “Fraud affecting Value Added Tax (VAT) diminishes tax receipts of Member States and subsequently the application of a uniform rate to Member States' VAT assessment base. As confirmed by the Court of Justice jurisprudence, there is a direct link between the collection of VAT revenue in compliance with the Union law applicable and the availability to the Union budget of the corresponding resources, since any lacuna in the collection of the first potentially causes a reduction in the second. The Directive therefore covers revenue resulting from VAT receipts in the Member States.”

Non così nella Direttiva, il cui art. 2, comma 2, se da un lato – è vero – ribadisce che tra gli interessi finanziari rilevanti rientrano anche le “entrate deri-

<sup>(28)</sup> A. Venegoni, *Prime brevi note*, cit., p. 4; N. Parisi, *Chiari e scuri*, cit.

<sup>(29)</sup> Sia sufficiente rinviare alla nota sentenza *Taricco*, CGUE (Grande sezione), 8.9.2015 (<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=167061&doclang=IT>).

<sup>(30)</sup> Ma la versione inglese, più emblematicamente, parla di “deterrent measures”, con la “deterrence” che è effetto tradizionalmente e pacificamente riconosciuto come proprio della sanzione penale.

<sup>(31)</sup> Cfr. N. Parisi, *Chiari e scuri*, cit., 7.

vanti dalle risorse proprie provenienti dall'IVA", dall'altro lato stabilisce, però, che la "direttiva si applica unicamente ai casi di reati gravi contro il sistema comune dell'IVA", e che per tali sono da intendere le frodi IVA che "siano connesse al territorio di due o più Stati membri dell'Unione" (che abbiano, dunque, carattere transnazionale) "e comportino un danno complessivo pari ad almeno 10.000.000 EUR."

Se ciò non bastasse, come vedremo ancora più avanti, l'art. 3, comma 2, lett. d, nel definire la figura specifica della frode IVA, contiene una ulteriore limitazione, che contribuisce a rendere ancor più selettiva la nozione, poiché stabilisce che essa costituisca oggetto di obbligo di incriminazione solo se commessa "in sistemi fraudolenti transfrontalieri", ossia – come precisa il *Considerando* n. 4 – "in maniera strutturata allo scopo di ottenere indebiti vantaggi dal sistema comune dell'IVA." Il riferimento è qui esplicitamente a ipotesi come "la frode carosello, la frode dell'IVA dell'operatore inadempiente e la frode dell'IVA commessa nell'ambito di un'organizzazione criminale, che creano serie minacce per il sistema comune dell'IVA e, di conseguenza, per il bilancio dell'Unione."

Si tratta evidentemente di un compromesso fra l'istanza, fatta propria da Commissione e Corte di Giustizia, di più ampia inclusione delle risorse IVA nella disciplina PIF e quella, opposta, rappresentata soprattutto dal Consiglio, tesa invece ad escludere tali risorse, assunte come rientranti nella competenza esclusiva degli stati membri.<sup>32</sup>

#### 4.3.- Fattispecie incriminatrici: a) Frodi *stricto sensu*

Problematica, per alcuni aspetti, è anche la costruzione delle fattispecie incriminatrici. Come nella proposta della Commissione, anche nella Direttiva l'approccio politico-criminale è, per così dire, a largo spettro: il concetto di "frode", che

compare nell'intitolazione, viene inteso in termini ampi, ricomprendendo, oltre alle frodi vere e proprie, altri reati, che, pur non avendo carattere fraudolento, sono tipicamente connessi al quadro realizzativo di una frode.

La Direttiva, però, dà a questo approccio comprensivo contenuti in parte diversi da quelli della proposta della Commissione.

Per ciò che riguarda, anzitutto, le fattispecie di frode in senso stretto, la Direttiva ne fornisce una costruzione decisamente più contorta e macchinosa di quanto non facesse la proposta originaria. Questa (art. 3) riproponeva lo schema classico, presente già nella Convenzione PIF, che distingue tra le due macro-tipologie della frode in materia di spese (lett. a) e della frode in materia di entrate (lett. b) per poi declinare il dettaglio delle condotte costitutive di ciascuna delle due in maniera sostanzialmente corrispondente, vale a dire, *mutatis mutandis*, nelle forme alternative: a) dell'utilizzo o presentazione di dichiarazioni o documenti falsi, inesatti o incompleti; b) della mancata comunicazione di un'informazione in violazione di un obbligo specifico; c) o della distrazione di fondi o beni.

La Direttiva complica questo schema duplicandone la struttura: non più due macro-tipologie di frode, ma quattro, e ciò perché ciascuna delle due macro-tipologie originarie viene, a sua volta, scissa in due. Ne vengono fuori: (a1) la frode in materia di spese non relative agli appalti, (a2) la frode in materia di spese relative agli appalti, (b1) la frode in materia di entrate diverse dalle entrate derivanti dalle risorse proprie provenienti dall'IVA e (b2) la frode in materia di entrate derivanti dalle risorse proprie provenienti dall'IVA.

Il perché di questa moltiplicazione si coglie agevolmente guardando ai requisiti delle diverse macro-fattispecie: lo scopo è infatti quello di sottoporre a condizioni meno stringenti l'obbligo di criminalizzazione in merito alla frode in appalti (sul piano delle spese) e alla frode IVA (sul piano delle entrate). Con riferimento alla prima, infatti, la

<sup>(32)</sup> Cfr. N. Parisi, *Chiari e scuri*, cit., 8.

lett. b) (dell'art. 3, comma 2) stabilisce che l'obbligo di incriminazione sia limitato alla frode "commessa al fine di procurare all'autore del reato o ad altri un ingiusto profitto arrecando pregiudizio agli interessi finanziari dell'Unione": il che sembra richiedere che l'obbligo di incriminazione valga soltanto per le frodi in appalti commesse con dolo intenzionale, con esclusione dunque di dolo indiretto e dolo eventuale. Con riferimento, invece, alle frodi IVA, la lett. d) dello stesso comma stabilisce, come s'è già detto in precedenza (v. supra, § 4.2), che l'obbligo di incriminazione valga soltanto per il caso in cui l'azione od omissione sia "commessa in sistemi fraudolenti transfrontalieri" (frode carosello e simili), "in maniera strutturata allo scopo di ottenere indebiti vantaggi dal sistema comune dell'IVA" (*Considerando* n. 4) "e comporti[...] un danno complessivo pari ad almeno 10.000.000 EUR" (art. 2, comma 2).

#### 4.3.1.- b) Reati ancillari

Nella Direttiva, inoltre, cambia, in parte, anche la prospettiva sulle altre fattispecie che compongono il sistema delle incriminazioni anti-frode. Vi si mantiene, per vero, l'approccio ampio della proposta, che del resto era già proprio del sistema convenzionale, se, al di là della Convenzione, si considerano anche i suoi due Protocolli, che estendevano il fuoco della criminalizzazione oltre le frodi in senso stretto.

Si ritrova, dunque, nella Direttiva (art. 4, comma 1) un esplicito obbligo di criminalizzazione del riciclaggio, definito anche qui per rinvio (all'art. 1, comma 3, della Direttiva (UE) 2015/849),<sup>33</sup> esattamente come avveniva nel secondo Protocollo alla Convenzione PIF (che, nell'art. 1 lett. e, definiva la condotta rinviando al "terzo trattino dell'articolo

1 della direttiva del Consiglio 91/308/CEE, del 10 giugno 1991") e nella proposta 2012 della Commissione (che, nell'art. 4, comma 2, rinvia invece "all'articolo 1, paragrafo 2, della direttiva 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio").

Vi si ritrova, altresì, (art. 4, comma 2) un apposito obbligo di criminalizzazione delle condotte di corruzione, attiva e passiva, attualmente o potenzialmente lesive degli interessi finanziari dell'Unione. Anche in questo la Direttiva si pone lungo una scia che prende avvio con i Protocolli alla Convenzione PIF (il primo, per l'esattezza: artt. 2 e 3). Al pari di quel che accadeva nella proposta della Commissione, però, la definizione della corruzione contenuta nella Direttiva si distingue da quella convenzionale perché, mentre il Protocollo 1996 impostava le fattispecie esclusivamente in termini di corruzione propria (richiedendo che l'atto per il quale il pubblico funzionario sollecitasse o accettasse una retribuzione indebita potesse dirsi "in breach of his official duty"), la Direttiva (come già la proposta 2012) sopprime l'elemento della contrarietà dell'atto ai doveri d'ufficio del pubblico funzionario e pertanto include tra le corruzioni rilevanti anche quella – attiva e passiva – *impropria*: in tal modo, la soglia di rilevanza della corruzione punibile non staziona più al confine tra corruzione per atto lecito e corruzione per atto illecito, ma viene a gravare *interamente* sugli effetti – attuali o potenziali – della esecuzione del patto corruttivo da parte del pubblico funzionario, essendo, comunque, corruzione rilevante ai sensi della Direttiva PIF *soltanto* quella che impegna il pubblico funzionario ad agire (o ad omettere) "in un modo che leda o possa ledere gli interessi finanziari dell'Unione". (È invece escluso l'obbligo di criminalizzare anche la corruzione susseguente.)

<sup>(33)</sup> Rinvio che trova, a sua volta, una sorta di contraltare nell'art. 3, n. 4, lett. d, della stessa Direttiva (UE) 2015/849, dov'è previsto che, tra le attività criminose possibile presupposto di un riciclaggio (dalle quali, cioè, possono derivare i beni oggetto del reato), è da includere anche "la frode ai danni degli interessi finanziari dell'Unione, qualora sia perlomeno grave, quale definita all'articolo 1, paragrafo 1, e all'articolo 2, paragrafo 1, della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee." È chiaro che oggi questo rimando si intende fatto alla frode quale definita nella Direttiva PIF.



Infine, tra i reati ancillari alla frode, la Direttiva include quel che nella versione italiana della Direttiva è tradotto come “appropriazione indebita” (in inglese *misappropriation*), definita dal comma 3 dell’art. 4 come “l’azione del funzionario pubblico, incaricato direttamente o indirettamente della gestione di fondi o beni, tesa a impegnare o erogare fondi o ad appropriarsi di beni o utilizzarli per uno scopo in ogni modo diverso da quello per essi previsto, che leda gli interessi finanziari dell’Unione” (in sostanza, un peculato). Si tratta di un indubbio avanzamento rispetto al sistema convenzionale, che non conteneva alcun riferimento a tale tipologia criminosa, sulla scia di quanto previsto nella proposta 2012 della Commissione. E tuttavia la fattispecie rappresenta, a sua volta, un passo indietro rispetto alla proposta 2012, poiché – richiedendo che la condotta “lede gli interessi finanziari dell’Unione” – imposta il reato come di evento e di danno, mentre invece la proposta della Commissione suggeriva una maggiore anticipazione della tutela penale, disegnando un reato a dolo specifico, e dunque di pericolo (“per uno scopo diverso da quello per essi previsto e nell’intento di ledere gli interessi finanziari dell’Unione”).

#### 4.4.- *Lost in translation: favoreggiamenti e intenzioni*

L’ultimo livello sul quale si disloca la copertura criminalizzante della Direttiva PIF è quello, solito, delle forme di manifestazione. In tal caso, però, ciò accade con qualche peculiarità che vale la pena segnalare.

Si nota, per prima cosa, una qualche incertezza nella redazione della versione italiana (già presente, in verità, anche nella versione italiana della proposta della Commissione), che, se presa sul serio, comporterebbe che, dal punto di vista italiano, discendano dalla Direttiva obblighi di criminalizzazione diversi da quelli che discendono invece dalle altre versioni. La rubrica inglese dell’art. 5 parla, infatti, di “incitement, aiding and abetting, and attempt”, che significa, letteralmente, “istiga-

zione, concorso di persone [poiché è questo il senso dell’endiadi anglosassone *aiding and abetting*] e tentativo.” Che questo, nelle intenzioni del nomoteta europeo, fosse il riferimento tematico dell’articolo risulta, del resto, immediatamente confermato da un rapido confronto con altre versioni: quella spagnola recita, ad es., “Inducción, complicidad y tentativa”, quella francese recita “Incitation, complicité et tentative”, quella tedesca “Anstiftung, Beihilfe und Versuch”, quella portoghese “Instigação, cumplicidade e tentativa.”

Senonché, non appena si passa alla versione italiana, il quadro improvvisamente cambia: le tre forme di manifestazione diventano quattro perché a istigazione, concorso (materiale) di persone e tentativo si aggiunge anche il “favoreggiamento.” Perché?, vien fatto di chiedersi; la risposta è agevole: è parso al traduttore italiano che l’inglese “aiding and abetting” andasse inteso non come un’endiadi – che chiunque abbia studiato un minimo di diritto penale comparato sa essere sinonimo di concorso materiale di persone – ma come congiunzione di due nozioni distinte, che il medesimo traduttore non ha trovato miglior modo di rendere, se non battezzando la nuova coppia del “favoreggiamento” e “concorso.”

L’equivoco, peraltro, non rimane confinato nella sede, tendenzialmente inoffensiva, della rubrica, ma trasborda, con ottusa coerenza, anche nel contenuto normativo, dal momento che il comma 1 dell’art. 5, nella versione italiana, a differenza di tutte le altre (la cui lingua io sia in grado di intendere), richiede che si adottino le misure necessarie affinché siano punibili come reato, oltre all’istigazione e al concorso materiale nella commissione nei reati-base previsti nei due articoli precedenti, anche il relativo favoreggiamento (del tentativo, come vedremo tra breve, si occupa il comma 2).

La cosa potrebbe archiviarsi come un banale esotismo, e non si meriterebbe più che una compassionevole alzata di sopracciglio, se non fosse che per il diritto penale italiano quello del “favoreggiamento” è un istituto ben preciso ed esplicitamente riconosciuto, che solo tangenzialmente e per esclusione ha a che fare con il concorso di perso-

ne, ossia con quell'“*aiding and abetting*” che l'uso dell'espressione vorrebbe così maldestramente riprodurre in maniera esaustiva: mentre, infatti, l'endiadi inglese si riferisce all'aiuto prestato all'autore di un reato *nella esecuzione o nella preparazione* di questo, e dunque riguarda una condotta capace di influire sulla realizzazione del reato stesso, il favoreggiamento tecnicamente inteso – quale previsto, in particolare, agli artt. 378 e 379 c.p. – si riferisce all'aiuto prestato *dopo la commissione del reato e fuori dai casi di concorso nel medesimo*; aiuto il cui scopo non sia pertanto quello di influire sulla commissione del reato, ma semmai di far sì che l'autore di esso, dopo averlo realizzato, riesca a sottrarsi alle indagini o alle ricerche delle autorità (favoreggiamento personale) o riesca a conseguire prodotto profitto o prezzo (favoreggiamento reale).<sup>34</sup>

Del resto, al di là di questo significato tecnico, non si capisce proprio cos'altro possa intendersi con il termine in questione, visto che la nozione di “concorso”, che figura anch'essa tra le forme di manifestazione rilevanti ai sensi dell'art. 5, ha una portata talmente esaustiva da non lasciare spazio ad altre possibili forme di compartecipazione nel reato, che non siano, per l'appunto, quelle della compartecipazione dopo il reato, ossia, il favoreggiamento in senso tecnico.

Preso sul serio, dunque, la variante italiana della Direttiva PIF finirebbe per implicare che, dal nostro punto di vista, non basti prevedere l'incriminazione di concorso morale (istigazione) e concorso materiale nei reati di cui agli artt. 3 e 4, occorrendo aggiungere anche la specifica incriminazione del relativo favoreggiamento: chiaramente

te si tratterebbe di conclusione assurda, alla quale nessun legislatore avveduto dovrebbe dar corso.

Il problema è che, come sappiamo, il nostro legislatore non sempre è avveduto, soprattutto nel suo rapportarsi alle fonti sovranazionali: sempre più spesso, anzi, nel dare traduzione interna ad esse, esso si limita ad un vero e proprio copia&incolla, quasi per togliersi dall'impaccio di dover dare un senso ai contenuti normativi da recepire (cosa di recente accaduta, per non fare che un esempio, in materia di corruzione privata).<sup>35</sup> Non è dunque del tutto da escludere che, da qui al 6 luglio 2019 (data entro la quale gli stati membri sono chiamati ad uniformarsi alla Direttiva: art. 17), ci si ritrovi con un reato di favoreggiamento in frode comunitaria, al quale non sarà semplicissimo dare un senso compiuto.

Sempre in tema di traduttori/traditori, giova segnalare anche il fatto, per vero decisamente più risalente e diffuso non solo nelle traduzioni in italiano, che nel rendere la nozione inglese di “*intention*” ci si ostini a tradurla con “intenzione”: la versione inglese della Direttiva PIF è esplicita nel richiedere che siano da intendersi quale oggetto dei relativi obblighi di criminalizzazione solo i fatti commessi “*intentionally*.”<sup>36</sup> Sennonché, “*intention*” in inglese indica ciò che in italiano chiamiamo dolo e che, oltre alle forme del dolo intenzionale, include anche quella del dolo (in)diretto:<sup>37</sup> tradurre “*intention*” con “intenzione”, anziché con “dolo”, ingenera l'equivoco che l'obbligo di criminalizzazione riguardi solo i fatti realizzati con dolo intenzionale, e non anche quelli realizzati con altre forme di dolo.

(<sup>34</sup>) Per questa tipologia di condotte, gli anglosassoni non parlano certo di “*aiding and abetting*”, ma di “*accessory after the fact*”, a segnalare che si tratta di condotte con le quali non si aiuta (e dunque non si partecipa ne) la commissione del reato, ma con le quali semmai se ne aiuta l'autore dopo che questi lo ha commesso.

(<sup>35</sup>) V., sul punto, le acute osservazioni di S. Seminara, *Il gioco infinito: la riforma del reato di corruzione tra privati*, in *Dir. pen. proc.*, 6/2017.

(<sup>36</sup>) V., oltre all'art. 3, comma 1, e all'art. 4, commi 2 e 3, il *Considerando* n. 11: “With regard to the criminal offences provided for in this Directive, the notion of intention must apply to all the elements constituting those criminal offences. The intentional nature of an act or omission may be inferred from objective, factual circumstances. Criminal offences which do not require intention are not covered by this Directive.”

(<sup>37</sup>) V. per tutti J. Dressler, *Understanding criminal law*, 3rd ed., Lexis Publishing, New York, 2001, 119-120.

## 4.5.- Tentativo

Tra le forme di manifestazione di cui si richiede la criminalizzazione, vi è, come detto, anche il tentativo (art. 5, comma 2); non, però, in riferimento a tutti i reati, ma soltanto per le frodi in senso stretto (art. 3) e per l'appropriazione indebita (art. 4, comma 3). Non è, invece, richiesta la criminalizzazione del tentativo di riciclaggio (art. 4, comma 1) e di corruzione (art. 4, comma 2): la ragione di tale scelta è probabilmente quella stessa indicata dalla Commissione nella *Relazione* che accompagna la proposta 2012 per giustificare l'analoga soluzione ivi adottata: "La responsabilità penale per il tentativo nella maggior parte dei reati è esclusa, dal momento che le definizioni di base in discorso contengono già componenti di tentativo di reato." Il che è indubbiamente vero per il riciclaggio, poiché l'art. 4, comma 1, rinvia integralmente all'art. 1, comma 3, della Direttiva (UE) 2015/849 e questo, alla lett. d), prevede esplicitamente l'obbligo di incriminare anche il tentativo di compiere talune delle condotte elencate nelle lettere precedenti.

La spiegazione, a ben vedere, regge anche per le fattispecie di corruzione, nella cui definizione si ritrovano anche le condotte di mera sollecitazione e mera offerta di utilità indebite, che, essendo condotte alle quali non segue la corrispondente accettazione della controparte, sono già esse stesse delle ipotesi di tentata corruzione. Questa lettura, in sé perfettamente ragionevole, non si concilia, tuttavia, col fatto che negli altri strumenti normativi dedicati alla corruzione – ad es., quelli in materia di corruzione privata – la punibilità del tentativo è espressamente richiesta, a ciò non ostando il fatto che le condotte corruttive siano, anche in tali casi, descritte in termini unilaterali.<sup>38</sup>

In ogni caso, quali che siano le ragioni a fondamento di questa limitazione, c'è da considerare che, trattandosi di "norma minima", l'art. 5, comma 2 richiede bensì la punibilità del tentativo di frode e appropriazione indebita, ma non esclude affatto che gli stati membri possano prevederla anche per riciclaggio e corruzione.

## 4.6.- Sanzioni per le persone fisiche

Qualche considerazione ulteriore va infine dedicata – *in cauda venenum* – a tre degli aspetti più innovativi della Direttiva PIF, i quali tuttavia, visti alla luce della proposta del 2012, rischiano, ancora una volta, di apparire come altrettanti passi indietro.

Il primo di questi aspetti riguarda il sistema delle sanzioni per le persone fisiche. L'art. 7 della Direttiva, in proposito, procede, nei primi tre commi, secondo una vera e propria escalation, che gradua in maniera via via sempre più stringente la richiesta sanzionatoria rivolta agli stati e che ricorda quella già vista all'opera nella proposta 2012, pur non essendo perfettamente identica a essa.

Il comma 1 richiede che, per *tutte* le ipotesi contemplate (frodi, reati ancillari e forme di manifestazione: artt. 3, 4 e 5), siano previste "sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive." Da tale obbligo generico di *penalizzazione*, però, il comma 4 lascia fuori i casi meno gravi, per i quali si ammette che lo stato membro possa limitarsi a "prevedere sanzioni di natura diversa da quella penale", ossia civili o amministrative, sempreché risultino comunque dotate dei caratteri della effettività, proporzionalità e deterrenza.<sup>39</sup>

Qualcosa di analogo, si ricorderà, era stabilito già

<sup>(38)</sup> Su ciò, rinvio chi volesse ad A. Spena, *Oltre il modello mercantile? Velleità e inettitudine dell'ennesima riforma della corruzione privata*, in corso di pubblicazione in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 3-4/2018.

<sup>(39)</sup> Considerando n. 17 "La presente direttiva non preclude l'adeguata ed efficace applicazione di misure disciplinari o di sanzioni diverse da quelle di natura penale. Le sanzioni non assimilabili a sanzioni penali, che sono irrogate nei confronti della stessa persona per la stessa condotta possono essere tenute in considerazione in sede di condanna della persona in questione per un reato definito nella presente direttiva. Per gli altri tipi di sanzione dovrebbe essere pienamente rispettato il principio del divieto di essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato (ne bis in idem). La presente direttiva

nell'art. 7, comma secondo, della proposta 2012, la quale però – ecco una prima differenza – definiva la categoria dei “casi meno gravi” in termini diversi da quanto si fa nella Direttiva: là infatti, come abbiamo visto, la definizione verteva sul congiunto operare di una soglia-limite (danni o vantaggi per meno di 10.000 euro), oltre la quale non ci poteva essere giudizio di minor gravità, e di una valutazione qualitativa, che escludesse la sussistenza di altre circostanze particolarmente significative; qui, invece, il giudizio di minore gravità viene inteso in accezione meramente quantitativa: “Qualora un reato di cui all'articolo 3, paragrafo 2, lettere a), b) e c), e all'articolo 4, comporti danni inferiori a 10.000 EUR o vantaggi inferiori a 10.000 EUR.” Da notare, inoltre, che l'ipotesi di cui all'art. 3, comma 2, lett. d) (frodi in materia di entrate IVA) non viene menzionata, non certo perché essa sia sempre considerata “grave”, ma, al contrario, perché essa, già in astratto, assume rilevanza nei soli casi gravi definiti dall'art. 2, comma 2.

Dalla lettura del comma 2 dell'art. 7 della Direttiva, si capisce, poi, che il generico obbligo di penalizzazione di cui al comma precedente vale *soltanto* per le forme di manifestazione (istigazione, concorso e tentativo), di cui all'art. 5. Per le forme-base di frodi e reati ancillari, di cui agli artt. 3 e 4, è invece stabilito – appunto, al comma 2 dell'art. 7 – che non basti una qualsiasi sanzione penale, che lo stato membro, facendo uso della propria discrezionalità legislativa, giudichi effettiva, proporzionata e dissuasiva, occorrendo invece sempre e comunque – salvo, naturalmente, che si tratti di casi non gravi ai sensi del comma 4 – prevedere, quale pena massima, la *reclusione*: con ciò è l'Unione stessa a stabilire che, per tali reati, un apparato sanzionatorio che non preveda, come pena massima, la reclusione non

potrebbe considerarsi effettivo, proporzionato e dissuasivo.

Ma vi è di più, perché il comma 3 spinge ancora oltre l'asticella dell'armonizzazione sanzionatoria, sino a prevedere che nei casi più gravi – da intendersi come casi dai quali “derivino danni o vantaggi *considerevoli*” – non una reclusione purchessia potrebbe considerarsi adeguata (effettiva, proporzionata e dissuasiva), ma soltanto quella che, nel massimo edittale, non sia inferiore ai quattro anni. Cosa, poi, sia da intendere per “danni o vantaggi considerevoli” lo precisa lo stesso comma stabilendo: a) che si presumono sempre tali quelli derivanti dalle frodi IVA (art. 3, comma 2, lett. d, da leggere in combinazione con l'art. 2, comma 2: ossia, frodi transnazionali che comportino danni per almeno 10.000.000 di euro) (secondo alinea); b) e che invece, in relazione agli altri reati di cui agli artt. 3 e 4, danno o vantaggio si presumono considerevoli quando siano “di valore superiore ai 100.000 EUR” (primo alinea).<sup>40</sup>

(Il terzo alinea del comma 3 contiene infine un disposto dal valore normativo piuttosto enigmatico: vi si legge, infatti, che “Gli Stati membri possono altresì prevedere una pena massima di almeno quattro anni di reclusione per altre circostanze gravi definite nel loro diritto nazionale.” Dal momento che gli stati membri avrebbero comunque avuto un tale potere anche in mancanza di questo alinea, è da credere che esso non abbia altro senso se non quello di una sorta di suggerimento; piuttosto inconsistente, peraltro, poiché privo di qualsiasi riferimento a possibili contenuti concreti, interamente rimessi alla discrezionalità degli stati membri.)

Orbene, se tale disciplina sanzionatoria appare senz'altro stringente e pervasiva rispetto al sistema convenzionale 1995-1997, che prevedeva

non configura come reati condotte che non sono anche oggetto di sanzioni disciplinari o di altre misure relative alla violazione di doveri d'ufficio, nei casi in cui dette sanzioni disciplinari o altre misure possano essere applicate alle persone interessate.”

(<sup>40</sup>) Peraltro, è appena il caso di precisare che tali presunzioni non tolgono che gli stati membri possano porre più in basso il limite dei danni o dei vantaggi da ritenere *considerevoli*.



poco più di un generico obbligo di penalizzazione, una volta che la si metta invece in relazione con la proposta 2012 della Commissione la sua carica innovativa, senza svanire del tutto, si sgonfia significativamente. Lascio qui da parte le difformità, già segnalate, in merito ai contenuti della categoria dei “reati meno gravi”, e mi concentro sul resto.

La proposta 2012, come si ricorderà, dopo aver posto (all’art. 7, comma 1) un generico obbligo di penalizzazione, stabiliva, al comma 2 dell’art. 8, che per i casi più gravi gli stati membri fossero obbligati a prevedere una forbice edittale minima che prevedesse, nel minimo, almeno sei mesi di reclusione e, nel massimo, almeno cinque anni di reclusione. Quanto alla categoria “casi più gravi”, cui questa disciplina avrebbe dovuto applicarsi, essa avrebbe dovuto comprendere: a) le frodi ex art. 3, nonché le manipolazioni di appalti pubblici e le appropriazioni indebite che comportassero un vantaggio o un danno di almeno 100.000 EUR; b) le corruzioni e i riciclaggi che implicassero vantaggi o danni per almeno 30.000 EUR.

Rispetto a questi, gli obblighi sanzionatori posti dall’art. 7 della Direttiva 2017 appaiono decisamente più timidi. Innanzitutto, sparisce il riferimento al “minimo minimale” di pena, e rimane soltanto l’obbligo di prevedere pene che, nel massimo, raggiungano almeno una certa soglia; il che, a cascata, comporta che gli stati non siano più neanche obbligati – con riferimento agli stessi “casi gravi” – a prevedere come pena minima la reclusione, che del resto il comma 2 dello stesso art. 7, in relazione alle fattispecie-base di cui agli artt. 3 e 4, richiede solo come massimo edittale.

La soglia del massimo minimale richiesto dal comma 3 per i casi più gravi, inoltre, è più bassa di quella che si richiedeva nella proposta (quattro anni, anziché cinque anni di reclusione).

La Direttiva è, poi, meno esigente della proposta anche nella individuazione della categoria dei “reati gravi”, rispetto ai quali la soglia del massimo minimale è posta come obbligatoria: vi sono ricondotti, in materia di IVA, le frodi transnazionali che comportino danni per almeno 10.000.000 EUR; per tutti gli altri reati di cui agli artt. 3 e 4,

quelli che comportino danni o vantaggi “di valore superiore ai 100.000 EUR”. Nella proposta 2012, invece, la categoria era riferita a tutte le frodi – incluse le frodi IVA – che comportassero danni o vantaggi superiori ai 100.000 EUR, nonché a corruzioni e riciclaggi che comportassero danni o vantaggi superiori ai 30.000 EUR.

#### 4.6.1.- Criminalità organizzata

L’impressione di un complessivo arretramento dell’apparato sanzionatorio predisposto con la Direttiva, rispetto a quello che era previsto nella proposta della Commissione, riceve ulteriore conferma se si passa a considerare la rilevanza attribuita al tema della criminalità organizzata.

Mentre, come si ricorderà, nella proposta (art. 8, comma 2) era disposto che il massimo minimale obbligatorio salisse ad almeno 10 anni nel caso in cui i reati previsti nella direttiva fossero commessi nell’ambito di una organizzazione criminale, nella Direttiva (art. 8) ci si limita a richiedere, più genericamente, che gli stati membri considerino come circostanza aggravante il fatto che i reati di cui agli artt. 3, 4 o 5 siano commessi “nell’ambito di un’organizzazione criminale ai sensi della decisione quadro 2008/841/GAI.”

Bisogna anche ammettere, peraltro, che la rilevanza di questa disciplina per il diritto italiano è assai relativa. Come infatti si ammette esplicitamente nel *Considerando* n. 19, “Gli Stati membri non hanno l’obbligo di prevedere la circostanza aggravante qualora il diritto nazionale preveda che i reati definiti nella decisione quadro 2008/841/GAI siano puniti come un reato distinto e ciò può comportare livelli sanzionatori più severi.” Il che è, appunto, quel che accade nel diritto italiano, che in materia di organizzazioni criminali, mafiose e non, contiene, com’è noto, una disciplina assai rigorosa e pervasiva, che certamente comporta l’applicazione di livelli sanzionatori più severi di quelli che potrebbero discendere dall’art. 8 della Direttiva PIF: se non altro perché, nel caso in cui l’organizzazione criminale (già come tale rilevante ai sensi dell’art. 416 c.p.) giunga a rea-

lizzare i reati di frode o ancillari per i quali si è costituita, ne conseguirebbe, secondo il diritto italiano, una duplicazione sanzionatoria attraverso i meccanismi del concorso di reati.

#### 4.7.- Prescrizione del reato e della pena

Altro arretramento si nota anche rispetto alla disciplina dettata in materia di prescrizione del reato e della pena. Con riferimento alla prescrizione dei reati, i primi due commi dell'art. 12 della Direttiva contengono una disciplina in un certo senso complementare rispetto a quella dettata dall'art. 7 a proposito delle sanzioni per le persone fisiche: se non altro nel senso che, ad una prima, e generica, norma-principio riferibile a tutti i reati previsti nella Direttiva, si affianca l'indicazione di una soglia prescrizionale al di sotto della quale gli stati membri sono chiamati a non spingersi, almeno in relazione ai casi più gravi.

Il comma 1, in particolare, enuncia il principio del *congruo termine di prescrizione*, per il quale gli stati membri sono tenuti a garantire che, tra la commissione del reato e lo spirare della prescrizione, corra un "congruo lasso di tempo" entro il quale sia in astratto possibile svolgere le attività di indagine, esercitare l'azione penale, celebrare il processo ed emanare la sentenza. Di tale elemento della *congruità* il comma 1 non dà una quantificazione, la quale è invece rimessa al prudente apprezzamento dello stato.

Le cose cambiano, però, con riguardo ai casi più gravi, "punibili con una pena massima di almeno quattro anni di reclusione", perché, rispetto a questi, è richiesto, dal comma 2 dell'art. 12, che il termine di prescrizione sia di "almeno cinque anni dal momento in cui il reato è stato commesso." Il riferimento è qui, in primo luogo, quei casi gravi (caratterizzati da danni o vantaggi considerevoli) per i quali il comma 3 dell'art. 7 dispone, appunto, che siano puniti con forbice edittale, nel massimo, non inferiore a 4 anni di reclusione.

Ma, in realtà, la regola della prescrizione quin-

quennale non è vincolata a questi reati: non solo il comma 2 dell'art. 12 non richiama affatto esplicitamente l'art. 7, comma 3; esso si riferisce anche alle ipotesi di cui all'art. 5, che non rientrano invece tra quelle rilevanti ai sensi dell'art. 7, comma 3.

La regola è dunque da intendere nel senso che, tutte le volte che lo stato membro preveda una forbice edittale superiore, nel massimo, a quattro anni di reclusione (ciò che in taluni casi sarà obbligato a fare, mentre in altri potrà disporre discrezionalmente), esso sia anche vincolato a prevedere un termine di prescrizione di almeno cinque anni.

Il comma 3, tuttavia, prevede che, sempre in relazione ai casi in questione, in alternativa alla prescrizione quinquennale, gli stati possano optare per una prescrizione minima di tre anni, ma solo a condizione "che tale termine possa essere interrotto o sospeso in caso di determinati atti", che non sono specificati nel testo della Direttiva, ma che, ad es., nel diritto italiano sono previsti e disciplinati, rispettivamente, agli artt. 160 e 159 c.p.

Ed è, appunto, qui che si nota un altro deciso arretramento rispetto alla proposta della Commissione, la quale invece, dopo aver previsto anch'essa un termine minimo di prescrizione del reato di almeno cinque anni dalla commissione del fatto, prevedeva che tale termine sarebbe dovuto diventare di almeno dieci al verificarsi di atti interruttivi (tra i quali, in particolare, si indicava l'inizio effettivo delle indagini).

Analogo arretramento, infine, si nota anche rispetto alla prescrizione della pena, che la proposta della Commissione individuava seccamente in almeno dieci anni dalla sentenza definitiva di condanna (art. 12, comma 3), mentre il comma 4 dell'art. 12 della Direttiva ne richiede uno almeno quinquennale per i casi in cui sia irrogata, con sentenza definitiva, per uno dei reati di cui agli artt. 3, 4 o 5, una pena superiore ad un anno di reclusione oppure una pena detentiva, anche di durata inferiore, se si tratta di reati puniti con forbice edittale superiore, nel massimo, a quattro anni di reclusione.

## 4.8.- Giurisdizione

Un ultimo aspetto della Direttiva PIF merita di essere segnalato, poiché sembra andare invece in controtendenza rispetto al generale arretramento sin qui emerso dal confronto con la proposta 2012. Si tratta dei criteri di determinazione dell'ambito di giurisdizione degli stati membri, che l'art. 11 della Direttiva definisce in maniera decisamente più dettagliata e innovativa rispetto a quanto non facesse l'art. 11 della proposta. Quest'ultimo, si ricorderà, si limitava a stabilire che gli stati fossero obbligati a riconoscere la propria giurisdizione nei casi in cui (i) il reato fosse commesso in tutto o in parte sul loro territorio oppure (ii) l'autore del reato fosse un loro cittadino. L'art. 11 della Direttiva va oltre una mera riproposizione dei principi di territorialità e cittadinanza attiva, prevedendo altresì (al comma 2, prima parte) che gli stati membri stabiliscano la propria giurisdizione anche rispetto ai fatti (sussumibili negli artt. 3, 4 e 5) commessi da chi "sia soggetto allo statuto dei funzionari al momento della commissione del reato." (Sebbene, occorre aggiungere, la seconda parte del medesimo comma preveda esplicitamente la possibilità per gli stati di declinare la propria giurisdizione.)<sup>41</sup>

Il comma 3 dell'art. 11 si spinge persino oltre, attribuendo agli stati membri la facoltà di estendere, previa informazione alla Commissione, il proprio ambito di giurisdizione al di là dei termini stabiliti dai commi 1 e 2, e dunque rispetto a casi nei quali taluno dei fatti di cui agli artt. 3, 4 e 5 venga commesso fuori dal loro territorio e da qualcuno che non sia loro cittadino né funzionario dell'Unione. Tale facoltà è, in particolare, loro concessa nel caso in cui:

- a) l'autore del reato risieda abitualmente nel loro territorio;
- b) il reato sia commesso a vantaggio di una persona giuridica che abbia sede nel loro territorio;
- c) oppure l'autore del reato sia uno dei loro fun-

zionari che agisce nelle sue funzioni ufficiali.

La norma, insomma, declina i principi che tradizionalmente presiedono alla determinazione dell'ambito di applicabilità della legge penale nello spazio in termini meno formalistici di quanto solitamente accada, dando rilevanza a profili sostanziali di collegamento tra reato e stato: così, ad es., il criterio della personalità attiva, solitamente riferito al caso in cui il reo sia *cittadino* dello stato, viene esteso al caso in cui egli vi abbia solo la propria abituale residenza, nonché – ipotesi estremamente interessante – nel territorio dello stato abbia sede l'ente a beneficio del quale il reato sia stato commesso (anche se fuori dal territorio dello stato e da autore noncittadino né abitualmente residente). Meno significativo il terzo criterio, poiché (essendo generalmente i funzionari di uno stato anche suoi cittadini) lo si può considerare assorbito nel principio di cittadinanza attiva di cui all'art. 11, primo comma, lett. b).

Ne deriva una estensione potenzialmente notevole dell'ambito della giurisdizione di ciascuno stato membro in materia di frodi UE; il che porta con sé, naturalmente, una corrispondente estensione dei possibili casi di conflitto di giurisdizione. Sembra appunto funzionale a risolvere tali conflitti in via preventiva la circostanza che il comma 3 preveda che l'esercizio, da parte dello stato, della facoltà di estendere la propria giurisdizione oltre i casi di cui ai commi 2 e 3 sia condizionato al fatto di informarne previamente la Commissione, alla quale, dunque, spetterà il tentativo di coordinare, in via preventiva, l'eventuale convergere, nel caso concreto, della pretesa di applicare il proprio diritto da parte di due o più stati membri diversi. In proposito, torna rilevante il Considerando n. 21, il quale ammette che, "data la possibile compresenza di più giurisdizioni per i reati transfrontalieri rientranti nell'ambito di applicazione della presente direttiva, gli Stati membri dovrebbero garantire che il principio del *ne bis in idem* sia pienamente rispettato nell'applicazione del diritto nazionale di

<sup>(41)</sup> "Ciascuno Stato membro può astenersi dall'applicare le norme sulla giurisdizione di cui al presente paragrafo, o può applicarle solo in particolari casi o solo quando siano soddisfatte specifiche condizioni, e ne informa la Commissione."

recepimento della presente direttiva.”

## 5.- Considerazioni finali: quale rilevanza per il diritto penale italiano?

Vien fatto di chiedersi, a questo punto, quale sia la rilevanza della Direttiva 1371/2017 per il diritto italiano e, in particolare, quali effetti l'una sia destinata ad avere sull'altro. Non molti, per la verità: il diritto penale è già ampiamente in linea con (anzi, sotto molti riguardi è anche ben oltre) le richieste di tutela formulate nella Direttiva. Tutte le fattispecie di frode – variamente riconducibili ora fra i reati contro la P.A. (artt. 316 bis e 316 ter c.p.) ora tra quelli contro il patrimonio (art. 640 bis c.p.) ora, infine, tra i reati fiscali di cui al d.lgs. 74/2000 – e quelle di reato ancillare – riciclaggio (art. 648 bis c.p.), corruzioni (artt. 318-322 bis c.p.) e appropriazione indebita (*recte* peculato: art. 314 c.p., anche in connessione col 322 bis) – di cui è richiesta l'incriminazione sono, in sostanza, già previste nella nostra legislazione; e lo stesso vale per le forme di manifestazione, senz'altro riconducibili agli istituti generali, previsti nel codice penale, del tentativo (art. 56 c.p.) e del concorso (morale e materiale) di persone (artt. 110 ss. c.p.).

Qualche aggiustamento sarà forse richiesto sul piano sanzionatorio, soprattutto per garantire una compiuta uniformazione all'indicazione (art. 7, comma 3, della Direttiva) del massimo minimale di almeno quattro anni di reclusione per i casi più gravi; massimo che, in verità, nel nostro diritto è eguagliato, od anche superato, già nella forbice edittale di base della generalità delle fattispecie interessate; tranne, però, che per qualche sporadico caso: come, ad es., per l'indebita percezione, che l'art. 316 ter c.p. rende punibile, nella forma base, con la reclusione da sei mesi a tre anni, o per la dichiarazione infedele, che l'art. 4 d.lgs. 74/2000 rende punibile, nella forma base, con la reclusione da uno a tre anni.

L'allineamento alla richiesta sanzionatoria europea in tali casi, se potrà agevolmente ottenersi rispetto al trattamento dei fatti che producano “danni considerevoli” (di valore, si ricorderà, superiore a 100.000 EUR, o addirittura a 10.000.000 EUR nel caso di frode IVA), mediante ricorso all'aggravante comune di cui all'art. 61, n. 7, c.p. (che prevede che, nei reati che offendono il patrimonio o dettati da motivi di lucro, la pena possa essere aumentata sino a un terzo quando il danno patrimoniale cagionato sia di rilevante entità), è più difficile da conseguire, invece, *de iure condito*, rispetto al trattamento del “vantaggio considerevole,” per il quale potrebbe dunque essere richiesto un aumento del massimo edittale dei due reati, oppure l'introduzione di una apposita aggravante, oppure ancora una integrazione del 61, n. 7, c.p. aggiungendovi, accanto al danno patrimoniale (cagionato), anche il riferimento al vantaggio patrimoniale (conseguito) di rilevante entità.

Un ulteriore aggiustamento sarà, poi, richiesto in relazione alla responsabilità da reato delle persone giuridiche, poiché attualmente il d.lgs. 231/2001 non la prevede né quando reato presupposto sia il peculato, né quando lo sia uno qualsiasi dei reati fiscali di cui al d.lgs. 74/2000, mentre invece l'art. 6 della Direttiva richiede che gli Stati membri adottino “le misure necessarie affinché le persone giuridiche possano essere ritenute responsabili di uno [qualsiasi] dei reati di cui agli articoli 3, 4 e 5 [*inclusi, dunque, peculato e le varie ipotesi di frode fiscale*] commessi a loro vantaggio da qualsiasi soggetto, a titolo individuale o in quanto membro di un organo della persona giuridica, e che detenga una posizione preminente in seno alla persona giuridica.”<sup>42</sup>

Al netto di ciò, non vi è praticamente null'altro che – almeno sul piano della definizione delle fattispecie e delle conseguenze giuridiche – la Direttiva impegni l'Italia a fare entro il termine ultimo di recepimento, che, come detto, l'art. 17 fissa al 6.7.2019.

<sup>(42)</sup> V. anche E. Basile, *Brevi note*, cit., 72.



Se ne può concludere che, almeno rispetto al nostro Paese, la Direttiva 2017/1371 si segnala più per il valore simbolico che per l'impatto che essa potrà avere: valore simbolico che risiede, innanzitutto, sul piano della base giuridica, nel suo costituire uno strumento di armonizzazione verticale che supera finalmente il sistema convenzionale, con tutti i suoi limiti in fatto di capacità di vincolare gli stati membri; e che, invece, dal punto di vista dei contenuti, risiede soprattutto nella sua capacità di fornire un sistema di criminalizzazione articolato, nel quale trovano sintesi ed espressione quelli che ad oggi occorre considerare come i principi fondamentali di un vero e proprio diritto penale UE in materia di antifrode.

E tuttavia, come abbiamo visto, su entrambi questi piani la Direttiva, proprio da un punto di vista simbolico, finisce paradossalmente per deludere le attese, poiché è giocoforza guardarla in controllo rispetto a ciò che avrebbe potuto essere se si fosse dato più ampiamente seguito alle sollecitazioni, ben più audaci e impegnative, contenute nella proposta 2012 della Commissione.

## **ABSTRACT**

*L'articolo analizza la Direttiva (UE) 2017/1371 in*

*materia di tutela penale degli interessi finanziari UE, mettendola a confronto sia con la Convenzione PIF del 1995 e i suoi Protocolli del 1996 e 1997 sia con la Proposta di Direttiva 2012/363 della Commissione UE. Dal confronto emerge, in particolare, come la Direttiva, se costituisce un notevole progresso rispetto al sistema convenzionale pre-vigente, finisce invece per deludere le attese create dalla ben più coraggiosa proposta della Commissione.*

*The article analyses the Directive (EU) 2017/1371 concerning the protection of EU financial interests by means of criminal law, comparing it both with the 1995 EU Convention and its Protocols, on the one hand, and with the Directive proposal No. 2012/363 presented by the EU Commission, on the other hand. What comes up from this comparison is that, while the Directive represents an important improvement with respect to the pre-existing Conventional system, it does not meet the expectations raised by the courageous proposal of the Commission.*