

IPSOA

Diritto penale e processo

Mensile di giurisprudenza, legislazione e dottrina

ISSN 1591-5611 - ANNO XXIV - Direzione e redazione Via dei Missaglia, n. 97 - 20142 Milano

7/2018

 edicolaprofessionale.com/DPP

**Spazio europeo e giustizia penale:
l'istituzione della Procura europea**

Uso della *cannabis* a scopo terapeutico

**La revocazione della confisca
di prevenzione**

***Ne bis in idem* eurounitario**

DIREZIONE SCIENTIFICA

Giorgio Spangher
Paolo Pisa (condirettore)

COMITATO SCIENTIFICO

Roberto Bartoli
Paolo Ferrua
Luigi Kalb
Antonella Marandola
Francesco Palazzo
Marco Pelissero
Sergio Seminarà
Paolo Tonini

TARIFFA B.O.C.: POSTE ITALIANE SPA SPEDIZIONE IN ABBONAMENTO POSTALE D.L. 353/2003 (CONV. IN L. 27/02/2004 N. 46) ART. 1, COMMA 1, DCB MILANO



Wolters Kluwer

CODICE DI PROCEDURA PENALE COMMENTATO

a cura di Angelo GIARDA e Giorgio SPANGHER

AGGIORNATO CON LA RIFORMA ORLANDO

€ 320

Cod. 00201550

L'Opera fornisce il commento degli articoli del Codice di procedura penale, delle Norme di attuazione di coordinamento e transitorie, del trattato di Lisbona, delle Disposizioni sul processo penale a carico di minorenni e sulle relative norme di coordinamento e transitorie, del Giudice penale di pace, della Responsabilità degli enti, del Mandato d'arresto europeo, delle Spese di giustizia, dell'Ordinamento penitenziario, del Procedimento di prevenzione, del T.U. Stupefacenti, dell'Immigrazione clandestina, della Violenza negli stadi, della legge Pinto e della Banca Dati DNA.

Per la prima volta sono commentati: la Carta di Nizza; la CEDU; il Processo di criminalità organizzata; la DA.SPO.; l'art. 131 bis c.p.

La V edizione è aggiornata con tutte le **novità normative**, da ultimo, il commento alla Riforma Orlando; il testo del D.Lgs. n. 52/2017 **"Attuazione della Convenzione di Bruxelles del 29.5.2000"** e dello schema di d.lgs. approvato il 17.3.2017 **"Ordine europeo di indagine penale"** e con la **giurisprudenza più recente**.





EDITORIALE

Procura europea	SPAZIO EUROPEO E GIUSTIZIA PENALE: L'ISTITUZIONE DELLA PROCURA EUROPEA di <i>Rosaria Sicurella</i>	845
------------------------	---	------------

OSSERVATORI

	OSSERVATORIO CORTE DI CASSAZIONE - SEZIONI UNITE a cura di <i>Giulio Garuti</i>	852
	OSSERVATORIO CORTE DI CASSAZIONE - DIRITTO PENALE a cura di <i>Stefano Corbetta</i>	856
	OSSERVATORIO CORTE DI CASSAZIONE - PROCESSO PENALE a cura di <i>Antonella Marandola</i>	863
	OSSERVATORIO CONTRASTI GIURISPRUDENZIALI di <i>Irene Scordamaglia</i>	867

GIURISPRUDENZA COMMENTATA

Controlli difensivi	LE MODIFICHE ALL'ART. 4 STAT. LAV.: DIGNITÀ E RISERVATEZZA DEL LAVORATORE CONTINUANO A PREVALERE SULLA TUTELA DEL PATRIMONIO AZIENDALE <i>Cassazione Penale, Sez. III, 31 gennaio 2018 (c.c. 10 ottobre 2017), n. 4564</i> di <i>Carola Coscia</i>	871 872
Procedimenti speciali	LIMITI PROCESSUALI ALLA REVOCA DEL CONSENSO AL PATTEGGIAMENTO <i>Cassazione Penale, Sez. V, 30 gennaio 2018 (c.c. 16 ottobre 2017), n. 4401</i> di <i>Francesco Urbinati</i>	879 880
Atti osceni	ATTI OSCENI IN LUOGO PUBBLICO E TUTELA DEL MINORE <i>Cassazione Penale, Sez. III, 27 ottobre 2017 (c.c. 22 giugno 2017), n. 49550</i> di <i>Sofia Braschi</i>	887 888
Applicazione della pena	PATTEGGIAMENTO SU DISSENSO DEL P.M.: CONSEGUENZE SUL PROCESSO <i>Cassazione Penale, Sez. III, 20 febbraio 2017 (ud. 3 novembre 2016), n. 7951</i> di <i>Carolina Fontani</i>	899 900

OPINIONI

Biodiritto	PROCREAZIONE ASSISTITA, AIUTO AL SUICIDIO E BIODIRITTO IN GENERALE: DAGLI SCHEMI ASTRATTI ALLE VALUTAZIONI IN CONCRETO di <i>Ombretta di Giovine</i>	913
Cannabis terapeutica	USO DELLA CANNABIS A SCOPO TERAPEUTICO: DISCIPLINA ITALIANA E STATUNITENSE A CONFRONTO di <i>Luciana Goisis</i>	927
Misure di prevenzione	PICCOLI CORRETTIVI ALLA REVOCAZIONE DELLA CONFISCA DI PREVENZIONE di <i>Carla Pansini</i>	935
Interpretazione creativa e nuove prospettive	LA CRISI DELLA LEGALITÀ COME CRISI DELLA DEMOCRAZIA RAPPRESENTATIVA di <i>Gaetano Pecorella</i>	945

Diritto penale e processo

Sommario

GIUSTIZIA SOVRANAZIONALE

Doppio binario sanzionatorio	IL PRISMA DEL <i>NE BIS IN IDEM</i> NELLE MANI DEL GIUDICE EUROUNITARIO di <i>Federico Consulich</i>	949
Diritto al confronto	LA CORTE EUROPEA TORNA SUL TESTIMONE IRREPERIBILE E CONDANNA L'ITALIA <i>Corte europea dei diritti umani, Sez. I, 12 gennaio 2018</i> di <i>Marco Cecchi</i>	961 962
	OSSERVATORIO CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO a cura di <i>Carlotta Conti</i>	971

INDICI

INDICE AUTORI, CRONOLOGICO DEI PROVVEDIMENTI, ANALITICO	976
---	------------

COMITATO PER LA VALUTAZIONE

Diritto penale: G. Amarelli; A. Bernardi; M. Bertolino; S. Canestrari; A. Ceretti; F. D'Alessandro; G. De Francesco; M. V. Del Tufo; E. Dolcini; M. Donini; G. Fiandaca; A. Fiorella; G. Flora; G. Fornasari; G. Forti; A. Gargani; G.L. Gatta; G. Grasso; R. Guerrini; G. Insolera; S. Larizza; C. de Maglie; V. Maiello; V. Manes; G. Mannozi; F. Mantovani; A. M. Maugeri; E. Mezzetti; V. Militello; A. Pagliaro; C. E. Paliero; M. Papa; L. Picotti; L. Risicato; M. Romano; A. Rossi; A. Vallini; F. Viganò.

Processo penale: E. Amodio; A. Bargi; G. Bellantoni; T. Bene; A. Bernasconi; P. Corso; A. De Caro; D. Curtotti; P. Dell'Anno; O. Dominioni; V. Fanchiotti; M. Ferraioli; L. Filippi; C. Florio; A. Gaito; A. Giarda; P. Gualtieri; S. Lorusso; M.R. Marchetti; E. Marzaduri; M. Menna; P. Moscarini; G. Pansini; V. Patane'; A. Pennisi; G. Pierro; A. Presutti; S. Sau; A. Scaglione; M. Scaparone; A. Scella.

Giurisprudenza italiana n. 5/2018:

Diritto penale:

- G. Puglisi, *Sulla compatibilità tra provocazione e finalità di odio razziale: glosse de iure condendo* (Cassazione penale, Sez. V, 22 gennaio 2018 (ud. 28 novembre 2017), n. 2630); 1189.

- E. Basile, *Concorso criminoso del consulente e "simbolismo" del legislatore penal-tributario* (Cassazione penale, Sez. III, 18 gennaio 2018 (ud. 14 novembre 2017), n. 1999); 1196.

Diritto Processuale Penale:

- C. Fontani, *Affidamento in prova al servizio sociale tra dettato normativo e prassi giurisprudenziale* (Cassazione penale, Sez. I, 30 gennaio 2018 (c.c. 18 dicembre 2017), n. 4427); 1205.

Procura europea

Spazio europeo e giustizia penale: l'istituzione della Procura europea

di Rosaria Sicurella

Dopo poco più di un ventennio dalla sua comparsa sulla scena del dibattito scientifico, la Procura europea è ormai una realtà. L'istituzione di una Procura europea, pur dotata di una competenza attualmente circoscritta ai reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, e titolare di poteri di indagine significativamente dipendenti da scelte e valutazioni delle competenti autorità nazionali, pone questioni di estrema sensibilità, che tutti gli operatori, a livello politico, legislativo, scientifico, sono chiamati ad affrontare e risolvere in termini che siano in grado di assicurare un reale valore aggiunto al nuovo ufficio.

Just over 20 years after it has come up in the scientific debate, the idea of a European Public Prosecutor's Office has recently become a reality. The establishment of a European Public Prosecution Office, indeed, raises very sensitive questions, though it is currently provided with a competence limited to the offences affecting the financial interests of the EU, and also with operational powers which clearly depends on the decisions and assessments of the inquiring authorities acting at the national level. All these questions need to be addressed and solved at the political, legislative and scientific level in a way that guarantees a true added value to the new body.

Introduzione

In pochi avrebbero scommesso, per lo meno fino a qualche anno fa, che l'idea di una Procura europea sarebbe passata, in un arco di tempo relativamente ridotto, dalla sfera del fantadiritto, come qualcuno non ha esitato a definire la prima proposta di creazione di un Pubblico Ministero europeo avanzata nella seconda metà degli anni Novanta nel documento a tutti noto con l'intitolazione piuttosto impegnativa di *Corpus juris*, alla concretezza del processo attuativo ormai entrato nel vivo a seguito dell'entrata in vigore il 20 novembre scorso del Reg. 2017/1939 adottato dal Consiglio dei Ministri della Giustizia dell'Unione il 12 ottobre (1).

Dopo poco più di un ventennio dalla sua comparsa sulla scena del dibattito scientifico, la Procura europea è ormai una realtà.

In verità, la novità parrebbe essere stata accolta con una certa distrazione o svogliatezza da parte degli

studiosi, atteso il numero ad oggi ridotto di commenti e riflessioni a fronte di un testo che, pur sotto molti aspetti carente e criticabile, segna un indubbio sviluppo del processo di progressiva integrazione che connota l'Unione quale spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia, sancendo *la creazione del primo organismo giudiziario inquirente a vocazione sovranazionale*. Una disattenzione forse dovuta all'esaurimento delle questioni più feconde del dibattito, già ampiamente scandagliate nelle ricche indagini che hanno interessato precedenti proposte, o superate in ragione delle scelte spesso rinunciarie del regolamento che abbandona le soluzioni più ambiziose prospettate in passato non solo nel dibattito scientifico ma financo nel testo della proposta della Commissione presentata nel luglio 2013 e all'epoca tacciata di scarso coraggio (2).

Cionondimeno, l'istituzione di una Procura europea, pur dotata di una competenza (attualmente)

(1) GUUE 31 ottobre 2017, L 283, 1.

(2) COM (2013) 534.

circoscritta ai reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, e titolare di poteri di indagine significativamente dipendenti da scelte e valutazioni delle competenti autorità nazionali, pone questioni di estrema sensibilità, che tutti gli operatori, a livello politico, legislativo, scientifico, sono chiamati ad affrontare e (aggiungo) a risolvere in termini che siano in grado di assicurare un reale valore aggiunto al nuovo ufficio a fronte dell'enorme impegno che la sua attuazione comporta. Un sostanziale fallimento dell'iniziativa potrebbe rappresentare un *vulnus* difficile da metabolizzare in un momento storico che vede l'Unione europea percorsa da forti scetticismi e financo spinte disgregatrici. Salutata da molti come un segnale in controtendenza rispetto al *trend* regressivo manifestatosi in molti settori dell'azione dell'Unione, l'istituzione di un organo inquirente europeo, se non adeguatamente attuata nei modi e nei tempi che consentano allo stesso di esplicare la forte dinamica evolutiva che esso è potenzialmente in grado di imprimere, potrebbe di contro finire con l'accentuare il rischio di un'implosione dell'Unione. La partecipazione di alcuni Stati paladini di posizioni di retroguardia strenuamente difese nel corso del negoziato denuncia la concretezza di un tale rischio quale esito di un complessivo appesantimento e irrigidimento di soluzioni e procedure consapevolmente tese "a cambiare tutto perché nulla cambi".

Come il regolamento ha 'rifatto i connotati' alla Procura europea

Inutile negare che sono molte le aspettative deluse. L'estromissione dal regolamento recentemente adottato delle disposizioni più innovative contenute nel testo proposto dalla Commissione ha quale esito, ben oltre l'indebolimento del ruolo del nuovo ufficio, un suo snaturamento che assume i contorni di un tradimento del trattato o per lo meno del suo spirito, che si tratti dell'ambito operativo come delle concreta capacità di assicurare quella maggiore verticalità e centralizzazione delle attività di indagine che sin dalle origini ha rappresentato la più profonda ragione d'essere di tale figura.

L'indubbia debolezza politica dell'art. 86 T.F.U.E. - che lascia irrisolte questioni essenziali circa il percorso formativo e il funzionamento del nuovo ufficio, indice inequivocabile delle molte riserve nutrite da alcuni Stati - non ha escluso tuttavia che alcune importanti scelte di fondo venissero iscritte nel trattato con riguardo non solo ai connotati istituzionali e

funzionali del nuovo ufficio, ma altresì per ciò che attiene ai relativi caratteri strutturali. A cominciare proprio da quell'espressione sibillina, "a partire da Eurojust", unanimemente criticata per l'inconsistenza euristica, non veicolando alcuna decisiva indicazione circa le modalità di una tale transizione, nonché le necessarie relazioni strutturali con gli organi nazionali di indagine, e pur tuttavia anch'essa indicativa di due fondamentali dati di fondo: uno, confermato dal regolamento, relativo alla natura giudiziaria (e non meramente amministrativa) dell'ufficio; l'altro, di contro, platealmente disatteso, e relativo al percorso evolutivo che tale espressione parrebbe sottendere laddove in particolare letta in relazione al disposto dell'art. 85.1 a) T.F.U.E. che nel delineare le (potenziate) competenze di Eurojust prevede, proprio con riguardo al settore dei reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione (reati PIF), che allo stesso possa essere attribuita la competenza non solo a richiedere formalmente alle autorità nazionali competenti di avviare indagini penali ma di compiere direttamente un tale atto di impulso (in modo che una futura riforma della legislazione specifica avrebbe dovuto precisare). L'idea sottesa al trattato parrebbe quella di una progressiva evoluzione ed autonomizzazione di questa specifica competenza avanzata di Eurojust fino ad acquisire una dimensione propriamente sovranazionale quale quella delineata all'art. 86 T.F.U.E. Tale indicazione, sulla quale all'indomani dell'adozione del trattato sono state sviluppate una serie di ipotesi ricostruttive, è stata totalmente disattesa da un negoziato che ha sin da subito lasciato indietro la discussione sul testo della proposta di regolamento recante la riforma di Eurojust (3), presentata dalla Commissione contestualmente alla proposta di regolamento istitutivo della Procura europea (e che peraltro già nella sua originaria formulazione solo parzialmente attuava il dettato dell'art. 85 T.F.U.E.). Un chiaro indice, questo, della volontà degli Stati di svincolarsi dal percorso prefigurato dal trattato, che avrebbe necessitato la previa soluzione di alcuni essenziali snodi problematici relativamente alle competenze di Eurojust e in particolare ai poteri riconosciuti ai membri nazionali, nonché la definizione di un impianto normativo relativo alla struttura e funzionamento del nuovo ufficio in grado di tradurre in termini netti ed inequivoci l'essenziale diversità di paradigma che lo connota. Una strada impegnativa che gli Stati hanno chiaramente deciso di non intraprendere nell'articolazione di un

(3) COM (2013) 535.

quadro normativo che disattende la *ratio* e il *modus essendi* di un'autorità che in quanto "competente" e pertanto *responsabile* per "individuare, perseguire e rinviare a giudizio [...] gli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione", deve logicamente essere in grado di operare pur nell'inerzia e financo contro la volontà degli Stati laddove questi vengano meno agli obblighi di fedeltà quanto alla efficace tutela degli interessi finanziari europei. In sintesi, un vero e proprio organo dell'accusa europea, *dominus* della fase delle indagini, e soprattutto organo propriamente sovranazionale (e quindi inconfutabilmente di integrazione).

Di contro, l'esautoramento, ad opera del regolamento, dell'ufficio centrale della istituenda Procura di ogni potere operativo di direzione delle indagini, potere formalmente attribuito alle Camere permanenti ma di fatto mantenuto in una dimensione essenzialmente nazionale, insieme all'abbandono del principio di territorialità europea espunto dal regolamento al primo passaggio in Consiglio, traducono un *radicale cambio di paradigma* in ragione della *perseguita e, su molti aspetti cruciali, conseguita nazionalizzazione dell'attività della Procura europea* (rispetto al modello di autorità sovranazionale iscritto, seppur sommariamente, nel trattato), sia sotto il profilo della effettiva allocazione del potere decisionale, sia sotto il profilo dei criteri deputati ad illuminarne la competenza nel caso concreto rispetto alla competenza concorrente degli Stati.

Quanto al primo rilievo, a rappresentare il vero *vulnus* alla natura sovranazionale del nuovo ufficio non è tanto il seppur contestabile passaggio dal carattere monocratico a quello collegiale del vertice del nuovo ufficio, quanto il surrettizio svuotamento di ogni potere decisionale che rifletta la dimensione sovranazionale dell'organo, laddove la formale attribuzione della direzione operativa delle indagini alle Camere permanenti, in grado, in linea di principio, di conciliare esigenze di efficienza e al tempo stesso dimensione europea nella conduzione dell'indagine, essendo le stesse composte da tre dei procuratori europei componenti il Collegio, si accompagna alla previsione di una serie di disposizioni aventi quale esito di assicurare quel *National link* - strenuamente difeso dal Consiglio sin dalle prime battute del negoziato - che vuole che ciascun procuratore europeo sovrintenda, in linea di massima, ai casi che riguardano il proprio Stato di provenienza e diriga i 'propri' procuratori europei delegati, mentre

assolutamente marginale risulta in sostanza la possibilità per gli altri procuratori europei componenti la stessa camera di influire in concreto sui singoli procedimenti incardinati in Stati diversi dal proprio (e rispetto ai quali una effettiva conoscenza degli atti potrebbe addirittura risultare preclusa in ragione della non conoscenza della lingua dello Stato in cui si svolge il procedimento). Se a ciò si aggiunge l'ampia possibilità che decisioni e valutazioni circa l'avvio e lo svolgimento delle indagini (per fatti per i quali il danno stimato per gli interessi finanziari non superi i 100.000 euro) siano lasciate all'autonoma risoluzione dei procuratori nazionali delegati (sulla base di "direttive generali" del Collegio e con l'unico onere di riferirne alle Camere permanenti), è facile cogliere la scelta di fondo di mantenere a livello essenzialmente locale, e comunque ad una dimensione prettamente nazionale, il potere decisionale del nuovo ufficio.

Tuttavia, è probabilmente l'elisione della disposizione contenuta all'art. 25 della proposta della Commissione secondo cui "Ai fini delle indagini e dell'azione penale promosse dalla Procura europea, il territorio degli Stati membri dell'Unione è considerato un unico spazio giuridico in cui la Procura europea può esercitare la sua competenza", a sancire più di ogni altra modifica apportata in Consiglio la "mutazione genetica" dell'autorità inquirente come originariamente concepita (4), estromettendo dal quadro normativo di riferimento quel principio di territorialità europea che sin dalle proposte del *Corpus juris* ha rappresentato la vera chiave di volta della *perseguita emancipazione* dalla frammentazione normativa e istituzionale conseguente alla persistenza per le autorità di giustizia di quelle frontiere nazionali ormai scomparse per la circolazione di persone, merci e capitali, recando logicamente con sé la necessità di un novero significativo di disposizioni comuni deputate a disciplinare la fase precedente l'apertura del processo, ed innanzitutto a consentire l'affermazione di quella libertà di circolazione della prova penale all'interno di tutto il territorio dell'Unione, elemento cruciale per una effettiva e definitiva consacrazione di uno spazio comune di giustizia.

Una Procura (europea) senza (un) diritto (penale europeo)

A saldare il persistente radicamento essenzialmente nazionale delle attività di indagine della Procura

(4) Per tale espressione, cfr. L. Salazar, *Habemus EPPO! La lunga marcia della Procura europea*, in *Arch. pen.*, 2017, 1 ss.

europea anche nel settore d'elezione della tutela e degli interessi finanziari dell'Unione intervengono le (deludenti e problematiche) disposizioni deputate a definire il perimetro, piuttosto angusto, della competenza del nuovo ufficio e soprattutto i criteri di esercizio di una tale competenza nel caso concreto. A fronte della perdurante competenza concorrente degli Stati negli stessi settori, che segna un'ulteriore netta presa di distanza dalla proposta della Commissione in favore di una competenza esclusiva della Procura europea (in linea con quanto in origine prospettato nel *Corpus juris*), tali criteri denunciano inequivocabilmente la volontà di circoscrivere il più possibile gli ambiti di azione della Procura europea, precludendo la possibilità di estrinsecazione della dimensione sovranazionale dell'azione del nuovo ufficio in relazione ai reati presi in considerazione, fino a soffocare quello che potrebbe essere il valore aggiunto di un organo inquirente a livello sovranazionale nel contrasto dei reati offensivi degli interessi finanziari dell'Unione; con una serie di conseguenze sul piano della eguaglianza di trattamento e anche della legalità *sub specie* di prevedibilità della punizione.

È facile immaginare l'esito che sulla efficienza del nuovo ufficio è destinata ad avere la previsione che subordina il concreto intervento della Procura europea nei casi di *competenza diretta* alla presenza della condizione essenziale che il danno stimato per gli interessi finanziari non sia inferiore a euro 10.000, condizione superabile solo allorquando il caso produca "ripercussioni a livello dell'Unione" tali da giustificare il suo intervento, oppure quando risultino coinvolti nelle condotte funzionari o agenti dell'Unione europea, ovvero membri delle istituzioni.

Nonostante l'ammontare possa apparire esiguo, la sensibilità di una tale previsione può essere agevolmente colta laddove si consideri che la competenza della Procura europea è generalmente esercitata previo avvio di un'indagine da parte di un procuratore europeo delegato o "per avocazione" sulla base delle notizie di reato che le autorità nazionali sono tenute a comunicare, corredando la stessa informazione della "valutazione del danno reale o potenziale", valutazione che potrà avere ad oggetto presumibilmente solo la porzione nazionale di fatti criminosi interessanti il territorio di più Stati, non potendo attendersi dalle autorità nazionali quella visione d'insieme del fatto (inclusivo anche di porzioni dello stesso che abbiano interessato altri Stati). Se a ciò si aggiunge la prevista possibilità che i procuratori europei delegati decidano "autonomamente" di non procedere

all'avocazione del caso qualora ritengano non sia necessario svolgere indagini o esercitare l'azione penale a livello dell'Unione in presenza di un danno per i suoi interessi finanziari inferiore a 100.000 euro, è evidente il concreto rischio che un gran numero di reati rimanga nell'orbita di una gestione meramente nazionale.

Ben diversa la situazione che sarebbe scaturita dalla previsione di una competenza esclusiva che avrebbe demandato all'ufficio centrale le valutazioni preliminari rispetto all'avvio di un'indagine da parte della Procura europea, insieme alla eventuale previsione di ampie possibilità per quest'ultima di rinviare alle autorità nazionali laddove non riscontri l'esigenza (da ancorare a precisi criteri) di un'indagine condotta a livello della Procura europea.

Cautele ancora maggiori accompagnano poi quella che viene definita la *competenza ancillare* relativa a "qualunque reato indissolubilmente connesso" ad una condotta criminosa tra quelle costituenti reati PIF, per la quale il regolamento dispone un vero e proprio dovere di astensione quando il reato ancillare sia punito *dal diritto nazionale* con sanzioni uguali o più gravi rispetto al reato PIF (salvo che il primo reato risulti meramente "strumentale" alla commissione del secondo), oppure quando il danno per gli interessi finanziari dell'Unione causato da un reato PIF non risulti superiore al danno arrecato ad un'altra vittima dello stesso (un tale limite è stato logicamente escluso con riguardo alle frodi IVA, laddove un tale requisito avrebbe di fatto sempre escluso la competenza della Procura europea in ragione della piccola percentuale di entrate IVA qualificabili come risorse dell'Unione). La criticabilità della scelta operata dal regolamento in proposito non risiede, come è evidente, nell'aver voluto circoscrivere rigorosamente una competenza potenzialmente ampissima e scardinante gli assetti delle competenze delle autorità nazionali quanto nella individuazione dei relativi criteri di esercizio, e più a monte, nella esatta individuazione dei fatti potenzialmente interessati da una tale competenza ancillare. Evidente l'incongruità di una competenza della Procura europea la cui affermazione nel caso concreto dipenda dagli equilibri sanzionatori propri di ciascun sistema e in particolare dalle variegate cornici edittali previste, e dal fatto che il reato PIF risulti più gravemente sanzionato rispetto al reato ancillare, con esiti peraltro prevedibilmente diversi secondo il sistema nazionale interessato. Ma ciò che forse è ancor più deprecabile è che il regolamento taccia sulla definizione del fatto "indissolubilmente connesso", riguardo al quale unica evanescente traccia - forse anche fuorviante - dell'intenso dibattito in

proposito durante i negoziati rimane l'affermazione nel considerando 54 che indirizza l'interprete alla giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di *ne bis in idem* quasi ad intendere l'assoluta sovrapposibilità del "fatto indissolubilmente connesso" all'*idem factum*.

Si tratta con tutta evidenza di soluzioni in grado di soffocare l'attività del nuovo ufficio non solo in termini di ampiezza di azione ma anche in termini di conflittualità con le competenti autorità nazionali; conflittualità che peraltro non spetterà alla Corte di Giustizia risolvere ma (in deroga alla regola generale che vuole la stessa competente per le questioni attinenti all'operato delle istituzioni ed organismi europei) a quelle stesse autorità nazionali che risolvono i conflitti di competenza sull'esercizio dell'azione penale a livello nazionale, e che potrebbero non avere i necessari strumenti cognitivi, o più in generale l'adeguata sensibilità, per una compiuta valutazione di tutte le questioni in gioco.

Prima ancora dei criteri di esercizio della competenza, tuttavia, è la tecnica di perimetrazione dell'ambito di competenza della Procura europea a connotare in termini di insuperabile debolezza il testo normativo, in particolare quanto al collegamento tra azione repressiva e interessi tutelati, e più precisamente circa la selezione delle condotte meritevoli di un'azione pubblica esercitata a livello dell'Unione. A questo proposito, la scelta del legislatore europeo di definire l'area di competenza diretta della Procura europea costituita dai fatti lesivi degli interessi finanziari dell'Unione e altresì dai fatti di partecipazione ad un'organizzazione criminale come definita nella Decisione quadro 2008/841/GAI (5), laddove "l'attività criminosa di tale organizzazione sia incentrata sulla commissione di una delle fattispecie PIF", mediante rinvio alle disposizioni, rispettivamente, della Direttiva PIF (6), e della Decisione quadro del 2008 "quali attuate dalle legislazioni nazionali", è in verità *una non scelta*. L'ambito di azione della Procura europea sul territorio dei diversi Stati partecipanti risulta infatti in concreto delimitato non sulla base di una predefinita area di fatti/condotte illeciti ma, in ultima analisi, dalle puntuali scelte del legislatore nazionale in sede di implementazione degli obblighi scaturiti dalla direttiva (e dalla decisione quadro). Il regolamento, pertanto, definisce un sistema misto, sovranazionale sul piano istituzionale ma

non su quello normativo che poggia sul paradigma dell'armonizzazione, ponendo com'è immaginabile complesse problematiche di tenuta del sistema in termini di coerenza ed adeguatezza complessiva nonché in termini di uguaglianza tra cittadini di diversi Stati membri che potrebbero procedere a forme e intensità diverse di armonizzazione. Gli esiti di una tale scelta si traducono anche in possibili drammatiche tensioni con il principio di legalità e altresì con il principio del giudice naturale. Il mantenimento della dimensione normativa nazionale, infatti, rende oltremodo sensibile la questione dell'attribuzione dei casi ai diversi procuratori europei delegati. Conseguendo di fatto all'attribuzione dell'indagine ad un procuratore delegato decisa dal Collegio l'individuazione della legge applicabile al caso concreto, non può che destare preoccupazione la poca trasparenza dei criteri fissati al riguardo, relativamente ai quali se da un lato il regolamento parrebbe pretendere di assolvere agli obblighi del principio del giudice naturale in ragione di una espressa gerarchizzazione degli stessi, che assegna la posizione di primazia al criterio che vuole l'attribuzione al procuratore delegato dello Stato in cui si trova "il centro dell'attività criminosa" o, nel caso di più reati connessi, nello Stato in cui è stata commessa la maggior parte dei reati- criteri in verità tutt'altro che univoci -, dall'altro finisce poi con erodere significativamente un tale elemento di (pseudo) certezza affermando la derogabilità di tali criteri, purché una tale deviazione sia "debitamente giustificata" in favore di altri criteri quali, nell'ordine, lo Stato di residenza dell'indagato o imputato; la nazionalità dello stesso; il luogo dove si è verificato il danno finanziario principale.

In verità, non solo ragioni di efficienza della Procura europea, ma altresì ragioni di legittimazione complessiva militano a favore della imprescindibilità dell'adozione di un *corpus* di norme di diritto penale sostanziale che vada a costituire il diritto penale applicabile dalla Procura europea (7). Logica conclusione sarebbe allora quella di considerare l'adozione di precetti comuni un inscindibile *pendant* dell'istituzione della Procura europea, e il regolamento istitutivo di un tale organo (o eventualmente un altro testo regolamentare a questo collegato) la naturale sede normativa del diritto sostanziale applicabile dalla Procura europea.

(5) GUUE 11 novembre 2008, L 300, 42.

(6) GUUE 28 luglio 2017, L 198, 29.

(7) *Amplius* sul punto sia consentito rinviare a R. Sicurella, *Il diritto applicabile dalla Procura europea: diritto penale*

sovranazionale o diritto nazionale armonizzato? Le questioni in gioco, in www.penalecontemporaneo.it.

Viceversa, l'intero assetto sostanzial-penalistico risulta estromesso dal testo del regolamento, e l'istituzione e il funzionamento della Procura europea scissi dalla definizione dell'area dell'illecito concretamente interessata dalla relativa azione. Una divaricazione, questa, tra dimensione istituzionale, da un lato, e componente di diritto sostanziale, dall'altro, che tuttavia, oltre ad essersi imposta sin dalla prima versione del testo proposto dalla Commissione, riflette un cambio di passo già iscritto nel trattato.

I detti e i non detti del trattato

In verità, la questione cruciale del diritto applicabile dalla Procura europea è tra quelle sulle quali più eclatante e problematica risulta la (voluta) ambiguità delle disposizioni del trattato. Com'è noto, l'art. 86.3 T.F.U.E. nell'enunciare i contenuti minimi necessari del regolamento istitutivo, non menziona i reati di competenza della Procura europea (a dispetto di quanto apparentemente annunciato al paragrafo precedente che, per lo meno nella versione linguistica italiana, si riferisce ai reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione "quali definiti" nel regolamento). In effetti, l'esclusione della possibilità e della legittimità di vere e proprie fattispecie di reato sovranazionali adottate tramite regolamento, nonostante l'opinione favorevole di qualche studioso, risulterebbe il logico portato della perdurante assenza di una piena competenza penale dell'Unione, che impone il ricorso allo strumento della direttiva, strumento fisiologicamente deputato all'armonizzazione degli ordinamenti nazionali, costringendo pertanto l'azione della Procura europea a percorrere l'accidentato e tortuoso sentiero delle disposizioni nazionali di settore, eventualmente (e per lo più inadeguatamente) armonizzate dagli strumenti normativi adottati in materia e *in primis* dalla Direttiva PIF. Percorso, questo, tanto più tortuoso in quanto tracciato a partire dalle "norme minime" di armonizzazione legittimate dalla base giuridica dell'art. 83 T.F.U.E. imposta dal Consiglio in sostituzione dell'originaria più permissiva base giuridica individuata dalla Commissione nell'art. 325 T.F.U.E., e che ha consentito allo stesso di ridimensionare la portata di alcune delle proposte più ambiziose presentate dalla Commissione. In una tale essenziale modifica pretesa dal Consiglio si annida tuttavia un seppur celato tradimento dello spirito del trattato.

Una lettura dell'art. 86 T.F.U.E. quale norma di sistema nell'economia complessiva di quella parte del trattato consacrata alla dimensione penale dello

spazio di libertà, sicurezza e giustizia (il capo 4 del Titolo V), disvela quella che potrebbe definirsi una *funzione di scopo* di tale disposizione rispetto a tutte le iniziative che verranno intraprese dal legislatore europeo in relazione all'attuazione della Procura europea.

Con riferimento al settore della tutela degli interessi finanziari (attualmente l'unico in cui la Procura europea possa esercitare i propri poteri di indagine), tale disposizione definisce un percorso specifico e più incisivo - rispetto agli strumenti non solo istituzionali (Eurojust) ma anche normativi (le direttive di ravvicinamento delle legislazioni penali nazionali previste agli artt. 82 e 83 T.F.U.E.) predisposti con riguardo alla generalità dei settori di competenza dell'Unione. Un percorso inequivocabilmente connotato, stando al tenore dello stesso disposto normativo dell'art. 86 T.F.U.E., in termini di integrazione e sovranazionalità, caratteri che lungi dall'essere circoscrivibili alla sola componente istituzionale non possono logicamente non connotare anche la componente normativa del diritto applicabile da parte della Procura europea, giustificando ed anzi imponendo se non una unificazione per lo meno un'armonizzazione profonda e di ampia portata in quello specifico settore, in grado di abbracciare anche fondamentali profili di parte generale - con la definizione di standard comuni di rilevanza in materia di tentativo, concorso di persone, circostanze, ecc. - logicamente determinanti rispetto all'obiettivo di una omogeneità della risposta repressiva e di contro sviliti nel testo attuale che riserva a questi un riferimento meramente nominalistico.

Non solo. La criticabilità della scelta della base giuridica dell'art. 83 T.F.U.E. parrebbe oggi colorarsi di vera e propria illegittimità (per erronea indicazione di base giuridica) all'esito della ormai famosa "saga *Taricco*", laddove l'art. 325 T.F.U.E., al netto della spinosa questione circa la fondatezza della relativa efficacia diretta dichiarata dalla Corte, è stato inequivocabilmente individuato quale base giuridica degli obblighi incombenti agli Stati in questo settore, anche per ciò che attiene alle iniziative di natura penale. Considerato che tale articolo non ha quali destinatari solo gli Stati ma anche le istituzioni europee, lo stesso configurando una responsabilità condivisa nel contrasto alle attività lesive degli interessi finanziari, risulta piuttosto arduo giustificare che le iniziative del legislatore europeo di armonizzazione della legislazione (anche) penale degli Stati debbano essere fondate sulla diversa disposizione dell'art. 83 T.F.U.E.