



**CONSIGLIO
DELL'UNIONE EUROPEA**

**Bruxelles, 22 ottobre 2012 (24.10)
(OR. en)**

15309/12

LIMITE

**JUR 545
DROIPEN 149
JAI 728
GAF 25
FIN 816
CADREFIN 435
CODEC 2461**

PARERE DEL SERVIZIO GIURIDICO*

Oggetto: Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale (12683/12 DROIPEN 107 JAI 535 GAF 15 FIN 547 CADREFIN 349 CODEC 1924)
- Base giuridica

I. INTRODUZIONE

1. Nella riunione del CATS del 9 ottobre 2012, il Servizio giuridico del Consiglio è intervenuto sulla base giuridica della proposta di direttiva in oggetto. Il presente parere riporta e sviluppa questo intervento.

* Il presente documento contiene una consulenza legale tutelata dall'articolo 4, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1049/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2001, relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, e non resa accessibile al pubblico dal Consiglio dell'Unione europea. Il Consiglio si riserva tutti i diritti di legge riguardo a qualsiasi pubblicazione non autorizzata.

II. QUADRO DI FATTO E DI DIRITTO

2. Il 17 luglio 2012 la Commissione ha presentato la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale¹ (la direttiva proposta).

3. Ai sensi dell'articolo 1, la direttiva proposta "[definisce] reati e sanzioni" che sono necessari per combattere la frode e altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'UE. Definisce gli elementi costitutivi di vari reati (articolo 4) e contiene disposizioni dettagliate sul tipo e il livello delle sanzioni penali applicabili alle persone fisiche (articolo 7), compresi vari livelli di pene detentive (articolo 8), nonché sui tipi di sanzioni minime per le persone giuridiche (articolo 9) e sulla giurisdizione (articolo 11). L'articolo 12 contiene disposizioni specifiche sui termini di prescrizione. L'articolo 14 indica che quanto disposto integra le misure comunitarie vigenti e specialmente quelle previste dal regolamento n. 2988/95 relativo alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità² (regolamento n. 2988/95), che prevede misure amministrative e pene. La direttiva proposta è intesa ad abrogare la convenzione del 1995 relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee³ (la convenzione PIF del 1995) (articolo 16).

4. La direttiva proposta è fondata sull'articolo 325, paragrafo 4, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) secondo il quale: "*Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, previa consultazione della Corte dei conti, adottano le misure necessarie nei settori della prevenzione e lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, al fine di pervenire a una protezione efficace ed equivalente in tutti gli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell'Unione.*"⁴.

¹ COM(2012) 363 final, doc. 12683/12.

² Regolamento (CE, Euratom) n. 2988/95 del Consiglio, del 18 dicembre 1995, relativo alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità (GU L 312 del 23.12.1995, pag. 1).

³ Atto del Consiglio, del 26 luglio 1995, che stabilisce la convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee (GU C 316 del 27.11.1995, pag. 48).

⁴ L'articolo 325, paragrafo 1, del TFUE così dispone: "*L'Unione e gli Stati membri combattono contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione stessa mediante misure adottate a norma del presente articolo, che siano dissuasive e tali da permettere una protezione efficace negli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell'Unione.*"

5. L'articolo 325 del TFUE ha sostituito l'ex articolo 280, paragrafo 4, del trattato che istituisce la Comunità europea (TCE) che conteneva la frase: "*Tali misure non riguardano l'applicazione del diritto penale nazionale o l'amministrazione della giustizia negli Stati membri.*", poi soppressa dal trattato di Lisbona.

6. Nel contempo, il trattato di Lisbona ha introdotto al titolo V sullo spazio di libertà, sicurezza e giustizia una nuova base giuridica che abilita il legislatore dell'UE a ravvicinare le disposizioni legislative nazionali in materia penale "[stabilendo] *norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni*" in un settore politico specifico dell'UE in cui tale ravvicinamento "*si rivela indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione*" (articolo 83, paragrafo 2, del TFUE)⁵.

III. ANALISI GIURIDICA

7. Tenendo conto delle succitate disposizioni del TFUE, il Servizio giuridico del Consiglio comincerà con l'individuare la base giuridica corretta della direttiva proposta (punto 1), per poi passare brevemente in rassegna le conseguenze pratiche di un'eventuale modifica della base giuridica proposta dalla Commissione (punto 2).

1. Adeguatezza della base giuridica proposta

8. Secondo la giurisprudenza costante della Corte di giustizia, la scelta della base giuridica deve essere fondata su elementi oggettivi, suscettibili di sindacato giurisdizionale, in particolare, lo scopo e il contenuto dell'atto⁶.

⁵ L'articolo 83, paragrafo 2, del TFUE così dispone: "*Allorché il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si rivela indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione, norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nel settore in questione possono essere stabilite tramite direttive. Tali direttive sono adottate secondo la stessa procedura legislativa ordinaria o speciale utilizzata per l'adozione delle misure di armonizzazione in questione (...)*".

⁶ Cfr., ad esempio, le seguenti cause: C-440/05, *Commissione c/ Consiglio*, Racc. 2007 pag. I-9097, punto 61; C-155/91, *Commissione c/ Consiglio*, Racc. 1993, pag. I-939, punto 7; C-178/03, *Commissione c/ Parlamento e Consiglio*, Racc. 2006, pag. I-107, punto 41; C-155/07, *Parlamento c/ Consiglio*, Racc. 2008, pag. I-8103, punto 34.

9. Secondo i considerando 2 e 3, la direttiva proposta mira a garantire, per i tipi di condotte fraudolente più gravi, una protezione efficace, proporzionata e dissuasiva degli interessi finanziari dell'Unione grazie al ravvicinamento delle disposizioni legislative in materia penale, ad integrazione della protezione offerta dal diritto amministrativo e dal diritto civile. Il contenuto essenziale della direttiva proposta è illustrato al precedente punto 3.

10. La direttiva proposta persegue pertanto l'obiettivo enunciato all'articolo 83, paragrafo 2, del TFUE di garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione (vale a dire la protezione degli interessi finanziari dell'UE). La politica in questione è stata oggetto di misure di armonizzazione (ossia le varie disposizioni comunitarie in vigore sulle misure amministrative e le pene, specialmente quelle previste dal regolamento n. 2988/95) e la direttiva proposta mira a garantire l'attuazione efficace di tale politica stabilendo "*norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nel settore in questione.*".

11. Nella sua relazione, la Commissione afferma che l'articolo 325 del TFUE consentirebbe di "*legiferare in materia di frode e altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, nel campo della prevenzione e della lotta contro la frode*" e che pertanto il relativo paragrafo 4 "[prevedrebbe] *il potere di adottare disposizioni di natura penale nell'ambito della tutela degli interessi finanziari dell'Unione contro ogni forma di azione illegale.*"⁷. Sembrerebbe quindi che, a parere della Commissione, la soppressione dell'ultima frase dell'ex articolo 280 del TCE stia a significare che la base giuridica dell'articolo 325, paragrafo 4, del TFUE possa ora essere interpretata in senso lato, così da contemplare anche l'armonizzazione dei reati e delle sanzioni.

12. Il Servizio giuridico del Consiglio non condivide questo parere. La soppressione della frase in questione dall'ex TCE andrebbe letta congiuntamente all'aggiunta della nuova base giuridica dell'articolo 83, paragrafo 2, del TFUE che era intesa a coprire tutti i casi in cui il legislatore dell'UE deve armonizzare la definizione di reati e sanzioni al fine di rendere più efficaci altre misure armonizzate dell'UE (in materia non penale).

⁷ Relazione, punto 3.1 (La base giuridica), pag. 6.

13. Come affermato dal Servizio giuridico del Consiglio nel contributo relativo alle "proposte di RAM e DAM"⁸ "[q]uesta nuova disposizione è stata inserita dal trattato di Lisbona nel TFUE sulla scia della giurisprudenza sviluppata dalla Corte di giustizia dell'UE (CGE) nel 2005 e 2007 e secondo la quale la legislazione comunitaria, ove indispensabile per garantire la piena efficacia delle norme comunitarie interessate, può definire gli elementi costitutivi di reati ed obbligare gli Stati membri a prevedere sanzioni penali effettive, dissuasive e proporzionate⁹. La CGE ha in seguito precisato che la determinazione del tipo e del livello delle sanzioni penali non rientra nella competenza della Comunità."¹⁰.

14. Va inoltre rilevato che l'ex articolo 280 del TCE non è l'unico caso in cui il trattato di Lisbona ha soppresso l'esclusione dell'"applicazione del diritto penale nazionale o [del]l'amministrazione della giustizia negli Stati membri". Anche l'articolo 135 del TCE sulla cooperazione doganale conteneva la medesima esclusione, poi scomparsa nella disposizione equivalente del TFUE, l'articolo 33. Pertanto, la soppressione dell'ultima frase dell'ex articolo 280 del TCE non può essere interpretata - in virtù di un creativo ragionamento a contrario - nel senso che istituisce uno speciale regime penale che affianchi esclusivamente le misure dell'articolo 325 del TFUE bensì, al contrario, nel senso che allinea tutte le disposizioni sostanziali abilitanti nel TFUE al regime generale secondo cui il ravvicinamento delle disposizioni legislative in materia penale mediante la definizione di reati e sanzioni ai fini dell'attuazione efficace delle altre politiche dell'Unione (in materia non penale) deve avvenire ai sensi dell'articolo 83, paragrafo 2, del TFUE.

15. Secondo la stessa logica, la Commissione sembra ritenere che l'articolo 325 del TFUE debba essere considerato una sorta di disposizione derogatoria (*lex specialis*) alle condizioni e alle procedure di cui all'articolo 83, paragrafo 2, del TFUE. A parte il fatto che nessun elemento nel testo delle due disposizioni consente di desumere o anche di supporre un'interpretazione in tale senso, tale argomentazione potrebbe essere estesa praticamente a tutte le altre disposizioni abilitanti, privando in tal modo l'articolo 83, paragrafo 2, del TFUE di qualsiasi applicabilità concreta.

⁸ Cfr. il contributo del Servizio giuridico del Consiglio, del 27 luglio 2012, sulle proposte per una direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle sanzioni penali in caso di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato, un regolamento relativo all'abuso di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato e altri strumenti concernenti l'armonizzazione delle sanzioni amministrative nel quadro dei servizi finanziari (doc. 12979/12, punto 7).

⁹ Cfr. causa C-176/03, *Commissione c/ Consiglio*, Racc. 2005, pag. I-7879, punti 47-49.

¹⁰ Cfr. causa C-440/05, *Commissione c/ Consiglio*, Racc. 2007, p. I-9097, punto 70.

In particolare, considerazioni teleologiche riguardanti la "peculiarità" di "questo specifico campo" o il fatto che "il termine "dissuasivo" non compare in nessun'altra parte del trattato"¹¹ non possono costituire motivi validi per sospendere una inequivocabile disposizione del trattato di applicazione orizzontale. L'articolo 83, paragrafo 2, del TFUE è una *lex specialis*.

16. Molto prima dell'introduzione di questa *lex specialis*, il Servizio giuridico del Consiglio aveva affermato in due pareri del 2001 che "la Comunità non può adottare misure riguardanti questioni come i tipi e i livelli delle sanzioni applicabili, la competenza giurisdizionale, la responsabilità delle persone fisiche e giuridiche, la prescrizione dell'azione pubblica e altri ostacoli all'azione penale. Allo stesso modo non è competente a dirimere le questioni relative alla procedura penale negli Stati membri."¹².

17. Pertanto, in considerazione della formulazione chiara e precisa dell'articolo 83, paragrafo 2, del TFUE che fa espresso riferimento al "ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari" stabilendo "norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni" e tenuto conto dell'assenza di qualsivoglia limitazione al suo ambito di applicazione in relazione all'oggetto della direttiva proposta, il Servizio giuridico del Consiglio è del parere che una proposta legislativa che miri alla "definizione di reati e sanzioni" (articolo 1 della direttiva proposta) non possa prescindere dall'articolo 83, paragrafo 2, del TFUE, quale base giuridica, a vantaggio di una disposizione come l'articolo 325, paragrafo 4, del TFUE.

18. Ciò vale a maggior ragione considerate le specificità del settore del diritto penale. L'articolo 83, paragrafo 3 del TFUE dà ad un membro del Consiglio che ritenga che un progetto di direttiva incida su aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale la facoltà di chiedere che il Consiglio europeo sia investito della questione, sospendendo la procedura legislativa ordinaria. Per contro, in caso di disaccordo, e se almeno nove Stati membri desiderano instaurare una cooperazione rafforzata sulla base del progetto di direttiva in questione, essi possono procedere su tale base.

¹¹ Relazione, punto 3.1 (La base giuridica), pag. 6.

¹² Cfr. il parere del Servizio giuridico del Consiglio, del 5 marzo 2001, sul progetto di decisione quadro dell'UE relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale - Rispetto delle competenze della Comunità (articolo 47 del TUE) (doc. 6793/01, punto 13). Cfr. anche il punto 8 del parere del Servizio giuridico del Consiglio, del 25 luglio 2001, sulla proposta di direttiva relativa alla tutela penale degli interessi finanziari della Comunità (doc. 11221/01).

Queste salvaguardie particolari sono destinate ad applicarsi a tutte le direttive che stabiliscono norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale (articolo 83, paragrafo 1 del TFUE) o in settori che sono stati oggetto di misure di armonizzazione (articolo 83, paragrafo 2 del TFUE). Pertanto procedere ad un siffatto ravvicinamento in virtù di una base giuridica differente equivarrebbe ad aggirare tale meccanismo di tutela istituito dal trattato.

19. Infine la specifica necessità di "*combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione*" (sottolineatura aggiunta) è contemplata dall'articolo 86 del TFUE, facente parte del capo 4 sulla cooperazione giudiziaria in materia penale, che prevede che il Consiglio possa istituire una Procura europea. Ciò contrasta con la terminologia usata dall'articolo 325 del TFUE, situato in un titolo diverso, che prevede l'adozione di misure "*nei settori della prevenzione e lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione*" (sottolineatura aggiunta).

20. Alla luce di tali riflessioni, il Servizio giuridico del Consiglio è dell'avviso che la base giuridica corretta per la direttiva proposta sia l'articolo 83, paragrafo 2 del TFUE.

2. Implicazioni pratiche dell'uso dell'articolo 83, paragrafo 2 del TFUE come base giuridica della direttiva proposta

21. Un cambiamento della base giuridica della direttiva proposta dall'articolo 325, paragrafo 4 all'articolo 83, paragrafo 2 del TFUE non implicherebbe una modifica delle regole di voto applicabili in seno al Consiglio (maggioranza qualificata), né della procedura di adozione (che rimarrà la procedura legislativa ordinaria), in quanto l'articolo 83, paragrafo 2 del TFUE rende applicabile la procedura di adozione usata per l'adozione della misura di armonizzazione dell'UE cui le misure di diritto penale devono dare maggiore efficacia¹³.

22. La sola conseguenza sarebbe che, poiché l'articolo 83, paragrafo 2 del TFUE fa parte del titolo V della parte terza del TFUE, la direttiva proposta rientrerebbe nell'ambito dei protocolli n. 21 e n. 22, in base ai quali il Regno Unito, l'Irlanda e la Danimarca non prenderebbero parte all'adozione della direttiva proposta, che non sarebbe per loro vincolante.

¹³ L'ultima frase dell'articolo 83, paragrafo 2, recita come segue: "*Tali direttive sono adottate secondo la stessa procedura legislativa ordinaria o speciale utilizzata per l'adozione delle misure di armonizzazione in questione (...)*".

23. Tuttavia, dato che i tre suddetti Stati membri sono già vincolati dalla convenzione PIF del 1995 e che la direttiva proposta, che modificherebbe (di fatto sostituendolo) tale acquis, non sarebbe per loro vincolante, essi rimarrebbero vincolati dal quadro giuridico in essere prima dell'adozione della direttiva proposta¹⁴. La situazione giuridica sarebbe pertanto uguale a quella venutasi a creare, ad esempio, nel caso della direttiva concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani di recente adozione, che ha sostituito (e non abrogato) la precedente decisione quadro soltanto *"in relazione agli Stati membri che partecipano all'adozione della presente direttiva"*, cosicché gli Stati membri non partecipanti sono rimasti vincolati dalla precedente decisione quadro¹⁵. Il testo dell'articolo 16 della direttiva proposta dovrebbe essere adeguato di conseguenza e si dovrebbero inserire i considerando appropriati¹⁶.

24. Il Regno Unito e/o l'Irlanda potrebbero inoltre scegliere di partecipare all'adozione della direttiva proposta a norma degli articoli 3 e 4 del protocollo n. 21, facoltà di cui possono avvalersi entro i tre mesi successivi alla decisione di modifica della base giuridica da parte del Consiglio. Per analogia con quanto già indicato dal Servizio giuridico del Consiglio nel 2000, il periodo di tre mesi dovrebbe decorrere dalla data in cui il Consiglio decide di informare il Parlamento europeo in merito alla nuova base giuridica proposta¹⁷. I due suddetti paesi, in qualsiasi momento dopo l'adozione della misura in questione, possono altresì notificare al Consiglio ed alla Commissione la loro intenzione di accettarla (nel qual caso si applicherà, con gli opportuni adattamenti, l'articolo 331 del TFUE, come previsto dall'articolo 4 del protocollo n. 21). In caso di partecipazione, la direttiva proposta li vincolerebbe e non sarebbero più vincolati dalla convenzione PIF del 1995. Tale opzione è preclusa alla Danimarca, cui resterebbe in qualsiasi caso applicabile la convenzione PIF del 1995.

¹⁴ Cfr. punto 12 del parere del Servizio giuridico del Consiglio del 29 giugno 2011 concernente la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta (rifusione) - Conseguenze per il Regno Unito e l'Irlanda della non partecipazione alla proposta di rifusione (doc. 12011/11).

¹⁵ Cfr. articolo 21 della direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI (GU L 101 del 15.4.2011, pag. 1).

¹⁶ Vale a dire un considerando che rispecchi il testo del considerando 30 della direttiva 2011/36/UE, che è così formulato: *"La presente direttiva è volta a modificare e ad ampliare le disposizioni della decisione quadro 2002/629/GAI. Poiché le modifiche da apportare sono sostanziali per numero e natura, è opportuno che, ai fini della chiarezza, la decisione quadro sia modificata nella sua interezza, in relazione alla partecipazione degli Stati membri nell'adozione della presente direttiva"* nonché i consueti considerando che fanno riferimento alle situazioni previste nei protocolli n. 21 e n. 22.

¹⁷ Cfr. punto 7 della nota del 28 gennaio 2000 trasmessa dal Servizio giuridico del Consiglio al Comitato dei rappresentanti permanenti che, all'epoca (vale a dire quando nel settore GAI era di applicazione solo la procedura di consultazione), suggeriva di *"fare riferimento alla data in cui il Consiglio decide di consultare o consultare nuovamente il Parlamento europeo riguardo ad una base giuridica prevista nel titolo IV [ovvero un titolo in cui si applicavano procedure di partecipazione/non partecipazione]*.

IV. CONCLUSIONI

25. Il Servizio giuridico del Consiglio conclude che:

- 1) La base giuridica corretta per la direttiva proposta è l'articolo 83, paragrafo 2 del TFUE.
- 2) Un cambiamento della base giuridica della direttiva proposta dall'articolo 325, paragrafo 4 all'articolo 83, paragrafo 2 del TFUE non implicherebbe una modifica delle regole di voto applicabili in seno al Consiglio, né della procedura di adozione.
- 3) A meno che il Regno Unito e/o l'Irlanda non decidano di partecipare alla direttiva proposta, quest'ultima non sarebbe per loro vincolante, ed essi rimarrebbero vincolati dalla convenzione PIF del 1995.
- 4) La direttiva proposta non sarebbe applicabile alla Danimarca, che rimarrebbe vincolata dalla convenzione PIF del 1995.
- 5) Nella proposta di direttiva dovrebbero essere inserite le clausole tipo adeguate, per tener conto dell'applicazione dei protocolli n. 21 e n. 22 e del fatto che la direttiva proposta si applicherebbe unicamente agli Stati membri partecipanti.
