

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

11/2021

DIRETTORE RESPONSABILE Gian Luigi Gatta
VICE DIRETTORI Guglielmo Leo, Luca Luparia

ISSN 2704-8098

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresca-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Masera, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Risicato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Ennio Amodio, Gastone Andreazza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrococo, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri (coordinatore), Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Alessandra Galluccio, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili).

Il testo completo della licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen. (o SP)*, 1/2020, p. 5 ss.

INDICE DEI CONTRIBUTI

R. BARTOLI, <i>Le problematiche del fine vita tra orientamenti della Corte costituzionale e proposta di referendum abrogativo</i>	5
A. BERNARDI, <i>Note telegrafiche su genesi, evoluzione e prospettive future della procura europea</i>	23

LE PROBLEMATICHE DEL FINE VITA TRA ORIENTAMENTI DELLA CORTE COSTITUZIONALE E PROPOSTA DI REFERENDUM ABROGATIVO

di Roberto Bartoli

La proposta referendaria di abrogare l'omicidio del consenziente si ispira a una concezione individualistica che va ben oltre la strada tracciata dalla Corte costituzionale, basata invece su una prospettiva solidaristica e quindi sulla malattia irreversibile e sul sostegno vitale. Si profila un nuovo innalzamento della tensione destinato a mettere in una certa difficoltà la stessa Corte costituzionale, che non senza qualche forzatura argomentativa, aveva comunque trovato un punto di equilibrio tra le diverse prospettive giuridico-culturali. L'Autore prova a individuare "pragmaticamente" un tema centrale per le questioni di fine vita sul quale si potrebbe trovare una convergenza orientata alla valorizzazione della persona: la procedura di acquisizione/verifica della effettività dell'autodeterminazione nella richiesta di aiuto a morire.

SOMMARIO: 1. Fine vita: un tema squassato da fortissime e inevitabili tensioni. – 2. La fenomenologia del fine vita. – 3. Alcuni punti fermi, forse addirittura inamovibili, dal costituzionalismo. – 4. Gli orientamenti giuridico-culturali: statalista, individualista, naturalista/causalista e solidarista. – 5. Gli orientamenti giuridico-culturali: statalista, individualista, naturalista/causalista e solidarista. – 5.1. La legge n. 219/2017 sulle disposizioni anticipate: la tutela della libertà personale contro prevaricazioni. – 5.2. L'ordinanza che ha sollevato questione di legittimità costituzionale sull'aiuto al suicidio: la concezione causalista stoppata dalla Corte costituzionale. – 5.3. Il codice Rocco: la concezione statalista. – 5.4. L'orientamento della Corte costituzionale: la concezione solidarista fondata sulla vulnerabilità. – 5.5. La proposta di referendum abrogativo: la concezione individualista. – 6. Il vero nodo delle problematiche del fine vita: il controllo "esterno" e preventivo sull'autenticità dell'autodeterminazione. – 7. Verso una coincidenza tra personalismo e individualismo/solidarismo?

1. Fine vita: un tema squassato da fortissime e inevitabili tensioni.

Il tema del fine vita apre alla questione del rapporto tra l'uomo e la morte in una prospettiva peculiarissima. Da un lato, la morte viene in gioco nella sua assoluta concretezza e nella sua relazione più intima che ciascuna persona ha con questo evento. Quando si pensa al fine vita, si tende a proiettare la propria visione su quel particolare momento più di quanto accada per tutti gli altri accadimenti "infelici", anche perché il coinvolgimento è necessariamente massimo, non foss'altro per la circostanza che la morte è l'esperienza più estrema alla quale noi tutti siamo destinati.

Dall'altro lato, la morte viene in gioco in termini – per così dire – vitali. Può sembrare un paradosso, ma non lo è. Il fine vita riguarda, infatti, in buona sostanza, il modo di vivere la morte. Pensare al fine vita è pensare alla morte dalla prospettiva della

vita, è pensare a come vivere la propria morte nella forma più espressiva della propria persona.

Non c'è da meravigliarsi quindi se rispetto a questo tema così delicato si venga a creare una fortissima tensione, se non addirittura vere e proprie contrapposizioni. Considerato il particolare oggetto della riflessione, è inevitabile che su di esso si riversino visioni etiche, filosofiche, politiche, in un intreccio complesso e difficile da districare. Si tratta di una tensione ineliminabile e che, nonostante periodi di calma apparente, sarà sempre destinata a riaccendersi. L'unica novità nel dibattito odierno è offerta dal Costituzionalismo che nella sostanza ha posto sicuramente un punto fermo al quale accenno subito e sul quale torneremo: nessuno può essere toccato senza il suo consenso e se qualcuno ha autorizzato un altro a collocare le mani sul proprio corpo, questo qualcuno può revocare in ogni momento il suo consenso e colui che è stato autorizzato deve immediatamente togliergli le mani di dosso, poiché altrimenti si realizza una prevaricazione, un abuso, una violenza. Insomma, chiunque deve fermarsi davanti a chi rifiuta o interrompe le cure, a maggior ragione se consistono in un sostegno vitale spesso invasivo, oppure, ancorché "sano", decide di lasciarsi morire, cessando, ad esempio, di alimentarsi. Ma al di là di questo punto fermo, il fine vita è un tema altamente valoriale e quindi altamente politico, destinato ad essere squassato da fortissime tensioni.

Ebbene, il mio tentativo è di spostare il più possibile la riflessione su un piano rigorosamente giuridico. Con questo non voglio dire che la dimensione politica sia necessariamente staccata da quella giuridica. Voglio semplicemente dire che il diritto non è mai affermazione assoluta e unilaterale di un valore, cosa che invece è la politica. Il diritto è piuttosto ragionevole bilanciamento degli interessi in gioco in ragione del fatto che esso è alla fin fine orientato a determinare le condizioni della convivenza, potendosi osservare come divieti assoluti si debbano porre soltanto quando sia da arginare proprio il potere politico che tende ai soprusi e alle prevaricazioni: qui sì che possono/devono operare divieti assoluti (si pensi alla pena di morte oppure alla tortura, come anche, come accennato, all'*habeas corpus*).

2. La fenomenologia del fine vita.

Prima di esaminare gli orientamenti giuridico-valoriali che si possono delineare sul modo di concepire il fine vita, vorrei soffermarmi sul fenomeno del fine-vita, all'interno del quale si possono distinguere una pluralità di ipotesi e di situazioni, riconducibili, quanto meno in astratto, alle due fattispecie dell'aiuto al suicidio (art. 580 c.p.) e dell'omicidio del consenziente (art. 579 c.p.).

In particolare, si possono distinguere tre grandi ipotesi.

1) La prima è quella in cui la morte è dovuta a un decorso che potremmo definire naturale. Si potrebbe parlare di morte naturale. A ben vedere, rispetto a questa ipotesi si possono distinguere due varianti.

1a) Da un lato, v'è la variante in cui la morte è dovuta a una malattia: la patologia è in corso e l'uomo non si cura oppure interrompe le cure intraprese: la morte è dovuta a questa patologia, la morte è dovuta al naturale decorso della patologia. Certo,

all'interno di questa variante, a ben vedere, si possono poi distinguere tre ulteriori sotto-varianti: diagnosticata la malattia, si rifiutano le cure prima del loro inizio; oppure, diagnosticata la malattia e iniziate le cure, queste vengono interrotte; oppure, diagnosticata la malattia, iniziate le cure basate sull'impiego di un sostegno vitale, quest'ultimo viene interrotto. Ebbene, rifiuto di cure e interruzioni di cure *non vitali* sono due sotto-varianti che si basano su un comportamento omissivo, mentre l'interruzione di cure che consistono in un sostegno *vitale* si basa su un comportamento attivo: se l'esito di tutte queste condotte è quello di lasciare che il decorso patologico, vale a dire quello naturale, produca la morte, il comportamento che neutralizza l'efficacia impeditiva delle cure può avere carattere omissivo (rifiuto di cure da intraprende o già intraprese) oppure attivo (interruzione del sostegno vitale). D'altra parte, la differenza tra i due comportamenti omissivi e quello attivo di interruzione del sostegno vitale si può considerare meramente estrinseca, essendo una conseguenza fisiologica del modo diverso di atteggiarsi delle cure. Insomma, il rifiuto di cure può consistere anche nella interruzione del sostegno vitale che implica una condotta attiva da parte di terzi. In questo senso si è espressa la stessa Corte costituzionale, nella sentenza n. 242/2019, in cui si riconosce il diritto all'interruzione dei trattamenti «anche quando ciò richieda una condotta attiva, almeno sul piano naturalistico, da parte dei terzi (quali il distacco o lo spegnimento di un macchinario, accompagnato dalla somministrazione di una sedazione profonda continua e di una terapia del dolore)».

1b) Dall'altro lato, a ben vedere, v'è la variante in cui la morte è sì dovuta a un decorso naturale e tuttavia questo decorso naturale finisce per essere in qualche modo innescato dall'uomo titolare della vita: si pensi all'ipotesi di chi, sano come un pesce, decide di smettere di nutrirsi fino a lasciarsi morire di stenti. Si tratta di un'ipotesi che non esitiamo a definire "ambigua", perché è evidente che la mancata alimentazione determinerà una sorta di inversione del procedimento vitale, per cui si potrebbe parlare addirittura di suicidio, visto che mediante l'inerzia finisce per essere attivato un decorso causale destinato poi a sfociare nella morte. A ben vedere, ciò che rende peculiare questa ipotesi finisce per essere proprio l'assenza della patologia, ma dal punto di vista del decorso non si può negare che la morte è comunque dovuta a un decorso naturale. Con ogni probabilità si tratta dell'unica ipotesi in cui l'evento morte si può considerare attivato da una vera e propria omissione in ragione della coincidenza – per così dire – tra autore e soggetto passivo. Vero è che se qualcuno istiga un altro soggetto a lasciarsi morire di stenti, si porrà il problema se qualificare questo fatto come istigazione al suicidio oppure addirittura come omicidio.

2) La seconda ipotesi è quella in cui la morte è dovuta a un decorso causale innescato dall'uomo, dovendosi precisare che questo uomo altri non è che il titolare della vita. Si tratta in buona sostanza del suicidio. Si noti come il suicidio diventi problematico quando si incrocia con comportamenti di un terzo. In particolare, esso assume indubbio disvalore là dove è conseguenza di condotte istigatorie che determinano il proposito suicidario: in queste ipotesi, nonostante che l'evento morte sia dovuto a un decorso causale innescato dal titolare della vita, la condotta di chi si suicida è a sua volta effetto della condotta istigatoria, con la conseguenza che l'evento morte è attribuibile anche all'istigatore: da qui la punizione dell'istigazione al suicidio. Ma anche in assenza di

interferenze sulla determinazione altrui, e in presenza di un mero aiuto materiale rispetto a chi è già interamente determinato, il suicidio che coinvolge un terzo tende a farsi problematico, perché a ben vedere torna a porsi una sorta di alternativa tra autodeterminazione e contributo a una causalità che comunque è innescata dall'uomo, per cui se si valorizza l'autodeterminazione, il contributo materiale tende a perdere di rilevanza, se invece si valorizza la causalità che viene comunque innescata da un uomo più che dalla natura, lo stesso aiuto finisce per essere concepito come una condotta che si lega a una condotta umana che cagiona la morte, ancorché si tratti di condotta umana che appartiene allo stesso soggetto titolare della vita.

3) Infine, v'è la terza ipotesi in cui la morte è dovuta a un decorso causale innescato dall'uomo, ma dovuto ad un uomo che è diverso da colui che è titolare della vita: si tratta dell'omicidio del consenziente, dove il titolare della vita esprime il proprio consenso ad essere ucciso, mentre il decorso causale è interamente innescato da un soggetto – per così dire – terzo ed estraneo rispetto al rapporto che intercorre tra la vita e il titolare della stessa.

3. Alcuni punti fermi, forse addirittura inamovibili, dal costituzionalismo.

Davanti a queste ipotesi possiamo enucleare tre punti fermi che mi pare si possano considerare condivisi quale che sia la visione giuridico-valoriale che si adotta.

Primo punto fermo: come accennato, non si possono imporre cure. Si tratta di un punto che oggi non può che essere condiviso da tutti, in quanto stabilito dalla nostra Costituzione.

Dalla circostanza che dal rifiuto di cure consegua la morte non si può ricavare che l'autodeterminazione stia prevalendo sulla vita. Vero è che l'autodeterminazione è un limite alle prevaricazioni, per cui l'uomo può in ogni momento opporre un rifiuto a qualsiasi attività esterna che comporti un'ingerenza sulla propria persona, ingerenza che, proprio in quanto fisica, implica violenza. L'irrilevanza penale delle condotte che concorrono anche attivamente a interrompere le cure consistenti in un sostegno vitale, non è il frutto della prevalenza dell'autodeterminazione sulla vita, ma è la conseguenza del divieto di violenza arbitraria nei confronti di una persona ovvero è il frutto della prevalenza della libertà personale sulla violenza. Certo il soggetto si autodetermina e nella sua prospettiva finalistica si determina alla morte, ma questa finalità può essere legittimamente perseguita perché c'è un limite assoluto che si pone agli altri, Stato compreso (*rectius*: soprattutto allo Stato), e cioè il divieto di mettere le mani addosso a una persona senza il suo consenso. Qualcuno potrebbe dire: ma è per farlo vivere, ma la vita sarebbe tutelata mediante una violenza. Ed ecco scattare il limite assoluto.

D'altra parte, anche per questa ipotesi si pone un problema: e se il rifiuto di cure è stato determinato da altri? E se lo stesso lasciarsi morire è dovuto ad un'istigazione? Ebbene: da un lato, in presenza di autentica autodeterminazione non c'è alcuno spazio per un intervento del terzo; dall'altro lato, in presenza di una etero-determinazione strumentale, tornano a porsi problemi di disvalore: un soggetto che istiga altri a

interrompere le cure può rispondere penalmente, ripresentandosi il problema se il fatto si debba qualificare come omicidio oppure come istigazione al suicidio.

A questa ipotesi del rifiuto di cure si può equiparare anche l'ipotesi di chi si lascia morire senza che vi sia una patologia in corso? Assolutamente sì, perché l'alimentazione forzata costituirebbe comunque una violenza e una prevaricazione.

Insomma, rispetto alla morte che deriva da un decorso causale naturale patologico o non patologico si riscontra una copertura costituzionale. Per questo si tratta di un punto fermo. Diffusamente si ritiene che il rifiuto di cure abbia come fondamento l'art. 32 Cost., che vieta trattamenti sanitari obbligatori; tuttavia, più opportuno fare riferimento direttamente all'art. 13 Cost., per la semplice ragione che ciò che s'intacca attraverso l'imposizione di cure è la stessa libertà personale del soggetto. Volendo, si potrebbe distinguere in ragione dell'esistenza o meno di una patologia e ritenere che mentre il rifiuto di cure è coperto dall'art. 32 Cost., il divieto di alimentazione forzata è imposto dall'art. 13 Cost. Ma alla fin fine la matrice di quanto disposto nell'art. 32 Cost. si trova nell'art. 13 Cost. e lo stesso art. 32 Cost. finisce per riferirsi ad altre ipotesi, quelle in cui nella sostanza ci si trova davanti a soggetti che non sono in grado di autodeterminarsi liberamente a causa di una patologia mentale, dovendosi precisare che in queste ipotesi l'intervento obbligatorio è dovuto non solo e non tanto perché si è affetti da malattia mentale, ma anche e soprattutto perché la malattia mentale può comportare una pericolosità sociale.

Secondo punto fermo: quale che sia delle tre ipotesi quella che viene in gioco, si pone un problema di effettiva esistenza di piena e totale autodeterminazione. L'assenza di autodeterminazione pone un indiscusso problema di disvalore. Se io convinco un soggetto a non curarsi, e questo soggetto muore a causa della malattia, vero che il decorso è naturale, è anche vero che la morte è attribuibile al soggetto che ha istigato la vittima a non curarsi, a interrompere le cure oppure, pur essendo sano, a non alimentarsi. La circostanza che la decisione del singolo sia influenzata fa riemergere il disvalore: insomma, fuori dalla autonomia individuale, il disvalore tende a farsi pieno e la carica offensiva finisce per coinvolgere la vita stessa. Diversamente, la presenza di autodeterminazione non solo implica valutazioni diverse proprio in ragione dell'autodeterminazione che, nel caso dei sostenitori dell'autodeterminazione, può arrivare addirittura alla liceità del fatto, ma implica anche sempre la necessità che tale autodeterminazione sia reale ed effettiva. Insomma, non basta attribuire rilevanza all'autodeterminazione, ma occorre fare in modo che questa autodeterminazione che sta alla base di questi fatti sia accertata e verificata con estremo rigore per assicurarne l'effettività: ogni morte in assenza di un'effettiva autodeterminazione esprime disvalore.

Terzo punto fermo, che poi è un punto fermo che apre a una problematica. Le ipotesi di istigazione a farsi uccidere, di istigazione al suicidio come anche di istigazione al rifiuto di cure non possono che essere incriminate. Il discorso tende a complicarsi con riferimento al rafforzamento della determinazione altrui: si consideri che nel rafforzamento il soggetto è già determinato e che il soggetto terzo interviene a rafforzare una determinazione che già sussiste. Ebbene, a ben vedere, l'incriminazione del rafforzamento rischia di impedire qualsiasi discorso sulla morte. Insomma, si pensi alla particolarità delle ipotesi di chi esprime con convinzione le proprie intenzioni e ragioni

per morire suicidandosi oppure rifiutando o interrompendo le cure a un interlocutore, spesso persona intima e cara. L'incriminazione del mero rafforzamento implica che l'interlocutore debba con forza ed energia avere un costante atteggiamento oppositivo verso le argomentazioni a favore della morte espresse dall'interlocutore? È rafforzamento esprimere da parte di un soggetto terzo una condivisione delle argomentazioni apportate da altro soggetto per sostenere la propria decisione di morire? Situazioni davvero complesse.

4. Gli orientamenti giuridico-culturali: statalista, individualista, naturalista/causalista e solidarista.

Come si comporta il diritto rispetto a queste ipotesi? Si possono distinguere quattro concezioni di fondo: statalista, individualista, naturalista/causalista e solidarista fondata sul concetto di vulnerabilità.

1) Per la concezione statalista ogni comportamento umano che cagiona la morte deve essere incriminato senza alcuna distinzione. Alla base di questo orientamento sta la tutela della vita nella sua absolutezza, per cui la vita è nella sostanza sottratta ai consociati per essere collocata interamente nelle mani della Stato che la tutela in termini assoluti. Ecco che in questa prospettiva, oltre all'omicidio del consenziente, si incrimina non solo l'istigazione al suicidio, ma anche l'aiuto al suicidio. E queste incriminazioni operano senza alcuna distinzione, per cui l'omicidio del consenziente viene punito anche se si tratta di un'eutanasia attiva, così come l'aiuto al suicidio viene punito anche se si tratta di un suicidio c.d. assistito in ragione di una patologia in atto.

Nella prospettiva statalista è soprattutto l'incriminazione dell'aiuto al suicidio ad essere significativa, perché si ha a che fare con un'ipotesi in cui il soggetto non solo si dà la morte con le proprie mani, ma è anche già interamente autodeterminato, con la conseguenza che determinazione e causalità sono nel completo dominio della vittima. Tuttavia, nella prospettiva statalista si ritiene che anche in questa ipotesi un'offesa alla vita sia comunque realizzata proprio perché si offre comunque un contributo causale alla morte. Insomma, nella prospettiva statalista non basta che la morte sia gestita interamente dal titolare, ma è necessario anche che un terzo non abbia alcun ruolo nella causazione della morte (si pensi anche al rafforzamento). Ed è proprio qui che emerge la concezione statalista, volta a sottrarre la morte dalle mani degli uomini per essere collocata interamente nelle mani dello Stato. Tant'è vero che nella prospettiva statalista lo stesso suicidio è visto in termini di disvalore, non mancando chi lo qualifica come illecito e vorrebbe addirittura punirlo, risultando però impossibile farlo soltanto perché l'autore muore. Non solo, ma la concezione da statalista si fa addirittura autoritaria laddove si ritiene che il soggetto non possa lasciarsi morire, ritenendo legittima la prevaricazione e quindi nella sostanza la cura e l'alimentazione forzata. Se la concezione statalista ha una sua legittimità, quella statalista che si trasforma addirittura in una concezione autoritaria oggi è contraria alla Costituzione.

2) All'opposto rispetto alla concezione statalista si colloca la concezione individualista, che nella sostanza rende lecito e legittimo qualsiasi comportamento

basato sull'autodeterminazione, senza alcuna distinzione di sorta. In questa prospettiva oltre ad essere legittimo qualsiasi aiuto al suicidio, diviene legittima anche qualsiasi uccisione basata sul consenso. Poco interessa che il decorso causale sia cagionato dallo stesso titolare della vita oppure da un soggetto diverso: aspetto fondamentale è che ci sia un'autodeterminazione alla morte formatasi senza alcun condizionamento, perché l'autodeterminazione prevale sulla vita. Ecco che in questa prospettiva resta illecita l'istigazione al suicidio, proprio perché si tratta di un'alterazione dell'autodeterminazione altrui e quindi di una etero-determinazione che rende la morte attribuibile all'istigatore.

3) Tra le due opposte concezioni statalista e individualista, si colloca la concezione naturalista/causalista. Si tratta di una concezione non sempre messa a fuoco, ma che, a ben vedere, può essere definita con sufficiente coerenza e razionalità valoriale e funzionale. Punto centrale non è tanto la vita o l'autodeterminazione, quanto piuttosto la modalità di cagionamento della morte, potendosi distinguere tra morte naturale, morte dovuta all'uomo titolare della vita oppure morte dovuta a un terzo. In questa prospettiva, posto che la morte naturale non si punisce proprio in quanto naturale, il suicidio, cioè la morte per mano propria, viene nella sostanza equiparato alla morte naturale perché *dominus* del procedimento causale è lo stesso titolare della vita, con la conseguenza che l'intera responsabilità dell'evento non può che essere attribuita al suicida. Se pertanto si riscontra un aiuto da parte di un soggetto terzo (ovviamente non deve trattarsi di un'istigazione, ma di un aiuto meramente materiale), questo aiuto viene assorbito e per così dire neutralizzato nella sua efficacia cagionante (e quindi nella sua rilevanza), dal fatto che il decorso causale è interamente innescato dall'uomo titolare del bene vita. Diversamente, si continua a punire l'omicidio del consenziente proprio in ragione del fatto che il nesso causale è interamente nelle mani del terzo e quindi, nonostante il consenso, della morte è interamente responsabile il terzo. In buona sostanza, in questa prospettiva si viene a compiere una netta distinzione sulla base del soggetto *dominus* del decorso causale, per cui l'aiuto al suicidio non viene mai punito, essendo *dominus* del decorso il titolare della vita, mentre l'omicidio del consenziente viene sempre punito, essendo *dominus* del decorso un terzo. Ed è per tale ragione che questa concezione può essere definita intermedia rispetto alle due precedenti.

4) L'ultimo orientamento giuridico-culturale che viene in gioco può essere definito solidarista e nella sostanza si basa sul concetto di vulnerabilità e più precisamente sul concetto di malattia di cui è affetto il titolare del bene vita. Il punto di partenza è nella sostanza statalista o comunque individualista, a seconda che s'incrimini anche l'aiuto al suicidio oppure soltanto l'omicidio del consenziente, tuttavia, ogni singola fattispecie viene – per così dire – tagliata in termini orizzontali e trasversali, ricavando uno spazio rispetto al quale il comportamento risulta nella sostanza lecito in virtù dell'esistenza di una malattia. Del tutto evidente come mentre le tre concezioni precedenti basate su vita, autodeterminazione e decorso causale operino sul piano della tipicità, questa concezione operi, invece, nella sostanza, sul piano dell'antigiuridicità.

Nella prospettiva solidarista, non solo è lecito il rifiuto di cure, ma al rifiuto di cure viene nella sostanza equiparato sia il suicidio assistito, sia l'eutanasia attiva: ciò che rileva è la malattia avente tratti di irreversibilità. Insomma, all'interno dell'aiuto al

suicidio, si distingue tra un'ipotesi che si basa sulla situazione di vulnerabilità del soggetto che chiede di essere aiutato al suicidio (c.d. suicidio assistito), ipotesi che diviene lecita a determinate condizioni, e un'ipotesi che invece non si basa su questa condizione di vulnerabilità e che quindi oltre ad essere tipica è anche antigiuridica e quindi resta illecita e punibile. Alla stessa stregua, all'interno dell'omicidio del consenziente, è possibile distinguere tra l'ipotesi di chi si autodetermina alla morte data dalla mano di altri perché affetto da patologia (eutanasia attiva) e chi invece si autodetermina per altre ragioni, fatto quest'ultimo che resta punibile.

In conclusione, da osservare come ognuna di queste concezioni si basi su una componente particolare: vita, nella concezione statalista; autodeterminazione, in quella individualista; dominio del nesso causale, in quella naturalista; situazione patologica, nella concezione solidarista. Inoltre, da osservare come ognuna di queste situazioni particolari sia di volta in volta destinata a divenire il perno attorno al quale ruota la valutazione disvaloriale/valoriale, e quindi il criterio alla luce del quale compiere assimilazioni e distinzioni ovvero il criterio per misurare la ragionevolezza basata sull'eguaglianza di incriminazioni o ipotesi di irresponsabilità.

5. Gli orientamenti giuridico-culturali: statalista, individualista, naturalista/causalista e solidarista.

Quali le concezioni adottate nel nostro ordinamento? Esaminiamo la legislazione nella sua evoluzione.

5.1. La legge n. 219/2017 sulle disposizioni anticipate: la tutela della libertà personale contro prevaricazioni.

Preliminarmente, si deve precisare che collocheremo fuori da questa analisi il tema del rifiuto/interruzione delle cure, in quanto si tratta di tema che, se da un lato ha a che fare con le questioni del fine vita, tuttavia dall'altro lato, come del resto abbiamo già accennato, non attiene alle problematiche di incriminazione/non incriminazione di condotte che determinano la morte altrui. Detto in altri termini, la stessa legge n. 219/2017 relativa alle disposizioni anticipate si colloca – per così dire – in una posizione preliminare rispetto alle autentiche problematiche del fine vita.

La ragione è che i problemi di fine vita non si pongono allorché il tema dell'autodeterminazione ha a che fare con decorsi naturali, ma piuttosto quando si incrocia con le condotte umane, siano esse del titolare della vita oppure, e a maggior ragione, se si tratta di condotte di terzi.

A quanto affermato si può aggiungere che il tema delle c.d. disposizioni anticipate, disciplinato sul piano legislativo, è in realtà, come già visto, ampiamente disciplinato sul piano costituzionale. In sostanza, lo ribadiamo, nessuno può essere obbligato a curarsi oppure ad alimentarsi: si tratterebbe di una prevaricazione autoritaria, di un abuso.

Vero questo, si deve osservare come la condotta di chi interrompe le cure a seguito della richiesta dell'assistito risulti lecita non perché opera una causa di giustificazione, ma perché si tratta di comportamento atipico, in ragione del fatto che il decorso naturale è già in atto e che quindi con l'interruzione delle cure eventualmente intraprese nulla viene cagionato, ponendosi piuttosto fine a un qualcosa che, essendo iniziato con il consenso, non può che cessare là dove il consenso è stato revocato.

Il punto non è di poca importanza, perché, a ben vedere, la disciplina sulle disposizioni anticipate non contiene una causa di giustificazione, ma piuttosto delinea una disciplina procedurale rispetto a una situazione particolarmente delicata, dove ciò che rileva è soprattutto l'accertamento della effettività dell'autodeterminazione.

5.2. L'ordinanza che ha sollevato questione di legittimità costituzionale sull'aiuto al suicidio: la concezione causalista stoppata dalla Corte costituzionale.

A ben vedere, dobbiamo collocare fuori dalla nostra analisi anche la concezione naturalista/causalista, non perché non si tratti di concezione che riguarda le problematiche del fine vita, quanto piuttosto perché si tratta di concezione che al momento si può considerare estranea al nostro ordinamento.

Questa concezione, a ben vedere, è stata adottata dal legislatore tedesco che distingue tra aiuto al suicidio, sempre lecito, e omicidio del consenziente, che invece è sempre illecito. Concezione ribadita dalla recente sentenza del Tribunale costituzionale tedesco che, nel ribadire l'esistenza di un diritto alla morte autodeterminata, e nello specifico un diritto al suicidio, ha dichiarato costituzionalmente illegittima la fattispecie che incriminava l'aiuto al suicidio compiuto in termini commerciali¹.

V'è la tendenza ad assimilare questa concezione causalista a quella individualista, ma si tratterebbe di un errore. Certo, sul piano del trattamento dell'aiuto al suicidio la concezione causalista è accostabile a quella individualista, in quanto si orienta nel senso della non incriminazione, ma è anche vero che sul piano del trattamento dell'omicidio del consenziente la concezione causalista non è accostabile a quella individualista proprio perché tiene ferma tale incriminazione.

¹ Cfr. BVerfG, 26 febbraio 2020 – 2 BvR 2347/15 et al., in questa *Rivista*, con scheda di F. LAZZERI, [La Corte costituzionale tedesca dichiara illegittimo il divieto penale di aiuto al suicidio prestato in forma "commerciale"](#), 28 febbraio 2020. In argomento, anche per una comparazione tra l'orientamento del Tribunale costituzionale tedesco e quello della nostra Corte costituzionale, cfr. M. ROMANO, *Suicidio assistito e Corti costituzionali italiana e tedesca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, p. 33 ss.; G. FORNASARI, *Paternalismo hard, paternalismo soft e antipaternalismo nella disciplina penale dell'aiuto al suicidio. Corte costituzionale e Bundesverfassungsgericht a confronto*, in questa *Rivista*, 10 giugno 2020; N. RECCHIA, *Il suicidio medicalmente assistito tra Corte costituzionale e Bundeeverfassungsgericht*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 2/2020, p. 63 ss.; A. NAPPI, *A chi appartiene la propria vita? Diritto penale e autodeterminazione nel morire: dalla giurisprudenza della Consulta alla epocale svolta del Bundesverfassungsgericht*, in [www.legislazionepenale.com](#), 16 marzo 2020; A. TIGRINO, *Il Bundesverfassungsgericht in tema di aiuto al suicidio prestato in forma commerciale. Verso un approccio realmente liberale al fine vita?*, in [www.archiviopenale.it](#), n. 3/2020.

Si deve osservare come, a ben vedere, a questa concezione si ispirasse anche l'ordinanza che aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio e che tuttavia viene spesso letta per l'appunto come espressione di una concezione individualista². Certo, si trattava di un'ordinanza che sul piano argomentativo enfatizzava la libertà di autodeterminazione in termini tali da lasciare adombrare anche una prevalenza dell'autodeterminazione in ogni situazione di fine vita: insomma condividere totalmente le argomentazioni avanzate nell'ordinanza avrebbe potuto aprire anche alla legittimità dell'omicidio del consenziente *tout court*. Tuttavia, nel momento in cui si chiedeva come esito quello di dichiarare l'illegittimità costituzionale del solo aiuto, l'ordinanza apriva la strada a una concezione causalista, proprio perché il mantenimento di un trattamento differenziato tra aiuto al suicidio non punibile e omicidio del consenziente punibile si sarebbe potuto giustificare sulla base del diverso ruolo assunto dal terzo sul piano del cagionamento della morte.

In buona sostanza, la stessa Corte costituzionale avrebbe potuto dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio adottando così una concezione causalista, senza cioè aderire a una concezione radicalmente individualista: da un lato, infatti, avrebbe potuto attribuire irrilevanza all'aiuto al suicidio, dall'altro lato, però la ragione dell'irrilevanza si sarebbe potuta giustificare facendo leva non soltanto sull'autodeterminazione, ma anche sulla causalità che si trova nel totale dominio del titolare del bene, ponendo così un argine sulla possibilità di estendere il ragionamento anche all'omicidio del consenziente, dove invece il decorso causale è innescato da un terzo.

Tuttavia, come ben noto e come vedremo, la Corte costituzionale non ha adottato questa strada. Per il momento interessa osservare come, al di là del fatto se si condividano o meno le argomentazioni adottate dal Tribunale costituzionale tedesco, la concezione causalista ponga comunque problemi messi bene in evidenza proprio dalla sentenza del *Bundesverfassungsgericht*, là dove riconosce legittimità al fine perseguito da un'incriminazione dell'aiuto al suicidio: la stessa autonomia individuale, e quindi anche il bene vita, finiscono per essere messi in pericolo da condotte specifiche di terzi, come anche da un'ipotetica evoluzione dei rapporti sociali in seguito alla quale alcuni soggetti, per la situazione di particolare vulnerabilità in cui versano, subiscono una forte pressione a darsi la morte. Insomma, anche là dove si decida di non incriminare l'aiuto al suicidio, si pone un problema dell'accertamento e del controllo sull'effettiva autodeterminazione del soggetto in assenza di strumentali condizionamenti esterni. Il soggetto deve essere autenticamente libero, ma se si apre alla legittimità di qualsiasi aiuto al suicidio, i margini per un controllo – per così dire – esterno e preventivo sull'autenticità del consenso sono destinati a ridursi, se non addirittura a svanire, facendosi così più consistente il pericolo per una eventuale strumentalizzazione del soggetto determinato a morire.

² Corte d'Assise di Milano, ord. 14 febbraio 2018, imp. Cappato, sulla quale sia consentito rinviare a R. BARTOLI, [Ragionevolezza e offensività nel sindacato di costituzionalità dell'aiuto al suicidio](#), in *Dir. pen. cont.*, fasc. 10/2018, p. 97 ss.

5.3. *Il codice Rocco: la concezione statalista.*

Il codice Rocco ha adottato una concezione statalista. Ciò emerge in termini evidenti proprio dall'incriminazione dell'aiuto al suicidio: potremmo dire che il carattere statalista della disciplina fascista sta proprio nell'incriminazione dell'aiuto al suicidio, perché si riscontra un disvalore nonostante l'autodeterminazione di chi ha il proposito suicidario combinata con la circostanza che l'intera vicenda causale sia tutta nelle mani del soggetto che si dà la morte ed è titolare del bene vita. Insomma, in termini più normativistici, nell'aiuto si riscontra un disvalore nonostante che il suicidio autodeterminato sia di per sé lecito. Con questa scelta, il tema vita è interamente sottratto dalle mani dei consociati e collocato nelle mani dello Stato, senza alcuna minima considerazione dell'autodeterminazione, anche quando questa si innesta su comportamenti di cui è interamente responsabile il titolare della vita. Annullando l'autodeterminazione si sottrae anche il bene vita.

Non solo, ma a volte dalla concezione statalista si è passati a una concezione autoritaria, là dove si è arrivati ad imporre cure ed alimentazione. Concezione autoritaria che si è paventata ad esempio quando si è tentato di incriminare il medico che, interrompendo l'attività del sostegno vitale, pose fine alla vita di Welby e più di recente quando da parte di un PM è stata avanzata richiesta a un Magistrato di sorveglianza di disporre l'alimentazione coatta nei confronti di un detenuto, richiesta tuttavia respinta facendo leva anche sull'art. 32 Cost.³.

5.4. *L'orientamento della Corte costituzionale: la concezione solidarista fondata sulla vulnerabilità.*

Come abbiamo accennato, la concezione statalista non è stata scalfita dalla legge del 2017 sulle disposizioni anticipate, ma dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, che non ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 580 c.p., ma nella sostanza ha esteso all'art. 580 c.p. l'ambito applicativo della legge sulle disposizioni anticipate⁴.

³ Cfr. Ufficio di sorveglianza di Padova, ord. 25 febbraio 2021, in www.avvocatopenalista.org, 23 luglio 2021.

⁴ Cfr. Corte cost., ord. n. 207/2019; Corte cost., sent. n. 242/2019. Sul primo provvedimento cfr. i commenti pubblicati in F.S. MARINI – C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Cappato a margine dell'ordinanza della Corte Costituzionale n. 207 del 2018*, Napoli, 2019; sul secondo provvedimento cfr. i commenti pubblicati in G. D'ALESSANDRO – O. DI GIOVINE (a cura di), *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, Torino, 2020. Inoltre, tra i molti, cfr. M. ROMANO, [Aiuto al suicidio, rifiuto o rinuncia a trattamenti sanitari, eutanasia \(sulle recenti pronunce della Corte costituzionale\)](#), in questa *Rivista*, 8 gennaio 2020; D. PULITANÒ, [A prima lettura. L'aiuto al suicidio dall'ordinanza n. 207/2018 alla sentenza n. 242/2019](#), in www.giurisprudenzapenale.com, 6 dicembre 2019; F. PALAZZO, *La sentenza Cappato può dirsi "storica"?*, in *Pol. dir.*, 2020, p. 3 ss.; G. FIANDACA, [Fino a che punto è condivisibile la soluzione costituzionale del caso Cappato?](#), in *disCrimen*, 3 febbraio 2020; G. DE FRANCESCO, [Il suicidio assistito nel quadro sistematico della relazione con "l'altro"](#), in www.legislazionepenale.com, 16 marzo 2020; F. GIUNTA, [L'insostenibile sofferenza del vivere. Le](#)

Lo ribadiamo: la legge del 2017 non ha fatto altro che dare riconoscimento a ciò che è già scritto in Costituzione e non solo e non tanto nell'art. 32 Cost., quanto piuttosto nell'art. 13 Cost.: si tratta di tutelare la libertà personale.

La concezione statalista è stata scalfita dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, introducendo quella che potremmo definire la concezione solidaristica basata sulla vulnerabilità ovvero sulla malattia. Detto diversamente, l'impianto statalista resta in piedi, ma se ne determina una riduzione nella portata, venendo affermata la liceità del suicidio assistito in presenza di determinate condizioni ricavate, o forse sarebbe meglio dire ispirate, dalla legge che disciplina le disposizioni anticipate.

Ed infatti, com'è noto, la Corte costituzionale sposta l'argomentazione dalla libertà di autodeterminazione prevalente sulla vita e quindi dal mutamento del bene giuridico tutelato dalla fattispecie di cui all'art. 580 – argomentazione utilizzata dall'ordinanza di remissione –, alla presenza della vulnerabilità e della patologia, individuando i noti quattro requisiti che per l'appunto rispondono a una concezione solidarista: capacità di prendere decisioni, malattia irreversibile, sofferenze fisiche e psicologiche, trattamenti di sostegno vitale.

Su questa concezione della Corte costituzionale si possono compiere alcune considerazioni. Anzitutto, ci dobbiamo soffermare sul fatto che la Corte, oltre ad assimilare il rifiuto di cure alla interruzione delle cure comprensive dei trattamenti vitali, compie anche un'equiparazione tra rifiuto del trattamento vitale e suicidio. Equiparazione senz'altro ardita, visto che, sul piano del decorso causale si tratta di ipotesi decisamente diverse: nel rifiuto il decorso è naturale, nel suicidio il decorso è innescato dall'uomo. Ebbene, questa equiparazione è resa possibile mediante il riferimento alla vulnerabilità/malattia che muta – per così dire – il paradigma e quindi il criterio alla luce del quale compiere le comparazioni tra le diverse situazioni. Nel momento in cui si eleva la malattia irreversibile a criterio valoriale/disvaloriale, il decorso causale passa necessariamente in secondo piano.

In secondo luogo, e conseguentemente, sempre molto ardito è il passaggio per cui si finisce per applicare una disposizione che, innestandosi su comportamenti di per sé atipici, è nata per rafforzare la tutela della posizione di chi rinuncia alle cure, a una situazione completamente diversa, in quanto basate invece su comportamenti tipici esprimenti un indubbio disvalore. Insomma, nel momento in cui la Corte applica all'aiuto al suicidio quanto previsto dalla legge sulle disposizioni anticipate, trasforma una disciplina procedurale che non è una causa di giustificazione, in una vera e propria causa di giustificazione.

motivazioni della Corte costituzionale in materia di suicidio medicalmente assistito, in *disCrimen*, 25 novembre 2019; M. DONINI, [Libera nos a malo. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male](#), in questa *Rivista*, 10 febbraio 2020; L. RISICATO, [La Consulta e il suicidio assistito: l'autodeterminazione "timida" fuga lo spettro delle chine scivolose](#), in [www.legislazionepenale.com](#), 16 marzo 2020; A. VALLINI, *Morire è non essere visto: la Corte costituzionale volge lo sguardo sulla realtà del suicidio assistito*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 805 ss.; G. GENTILE, *Il suicidio medicalmente assistito nello spazio libero dal diritto penale*, *ivi*, 2020, p. 377 ss. In una prospettiva più ampia, cfr. S. CANESTRARI, *Ferite dell'anima e corpi prigionieri*, Bologna, 2021, *passim*; A. MASSARO, *Questioni di fine vita e diritto penale*, Torino, 2020, *passim*.

In terzo luogo, non si può fare a meno di scorgere un aspetto paradossale. Posto che la Corte vuole evitare abusi e possibili strumentalizzazioni realizzabili nei contesti del fine vita, la Corte attribuisce rilevanza all'autodeterminazione delle persone vulnerabili che sono quelle più esposte al rischio di strumentalizzazione, mentre nega rilevanza all'autodeterminazione delle persone che non sono vulnerabili in quanto "sane" e che quindi sono senz'altro meno esposte al rischio di strumentalizzazione: insomma, in assenza di malattia irreversibile, resta – per così dire – bandito il suicidio assistito, nonostante che, in assenza di malattia irreversibile, il soggetto, in quanto non vulnerabile, sia senz'altro meno strumentalizzabile.

D'altra parte, a ben vedere, in quarto luogo, questo paradosso viene superato dall'interesse a perseguire un'altra finalità considerata preminente dalla Corte: proprio al fine di evitare strumentalizzazioni, la Corte mira a creare le condizioni affinché possa essere esercitato un controllo preventivo ed esterno sull'autodeterminazione. Ebbene, questo controllo può essere compiuto soprattutto se colui che persegue l'obiettivo di morire ha una relazione medica e quindi un'interlocuzione con un medico. E non è un caso che la Corte vada oltre la mera malattia, qualificandola come irreversibile, e restringendo il tutto ancora di più attraverso il riferimento al sostegno vitale, il quale implica necessariamente un controllo medico in atto⁵. Ecco che il riferimento alla malattia irreversibile e al sostegno vitale finiscono per avere una duplice funzione: da un lato, consentono di bilanciare la duplice equiparazione tra rifiuto di cure e aiuto al suicidio e tra difesa del malato dalla violenza e causa di giustificazione delle condotte tipiche di chi aiuta, duplice equiparazione che volenti o nolenti costituisce un salto problematico; dall'altro lato, la malattia irreversibile e il sostegno vitale permettono di esercitare un controllo preventivo ed esterno sull'effettiva autodeterminazione del soggetto. Insomma, la ragione per cui si è finito per non aprire in termini eccessivi alla non punibilità dell'aiuto al suicidio sembra risiedere non solo nel bilanciamento dell'autodeterminazione con il bene della vita, ma anche nel fatto che un'apertura eccessiva porrebbe enormi problemi di controllo in ordine all'effettività dell'autodeterminazione e del tipo di attività realizzate. Si tratta di un punto che, a nostro avviso, è davvero decisivo nelle questioni sul fine vita e sul quale avremo modo di tornare.

Infine, non si può fare a meno di osservare come la Corte costituzionale abbia tracciato la strada per una riforma che potrebbe andare ben al di là dell'aiuto al suicidio, potendo essere estesa anche all'omicidio del consenziente. Ed infatti, nel momento in cui si attribuisce rilevanza alla situazione che legittima il suicidio assistito, quella stessa situazione potrebbe legittimare anche l'omicidio del consenziente, vale a dire l'eutanasia attiva. Certo, si porrebbe il problema dell'aggiuntivo salto che si viene a compiere

⁵ Sull'interpretazione del concetto di "trattamenti di sostegno vitale" si è intrattenuta di recente Corte Ass. Massa, sent. 27 luglio 2020 (dep. 2 settembre 2020), Pres. est. De Mattia, imp. Cappato e Schett, in questa *Rivista*, con scheda di F. LAZZERI, [A che punto è la notte? La liceità dell'aiuto al suicidio, oltre dj Fabo: la nozione di "trattamenti di sostegno vitale" nella sentenza sul caso Trentini](#): da osservare come se il "trattamento di sostegno vitale" viene interpretato come "trattamento sanitario", il controllo sia necessariamente destinato ad allentarsi, costituendo la malattia irreversibile ciò che comunque lo garantisce.

attraverso l'ulteriore equiparazione tra il cagionare la morte per mano propria e il cagionare la morte per mano altrui, ma l'equiparazione sarebbe ragionevole nel momento in cui si adotta il criterio della vulnerabilità e il salto finirebbe per essere ancora una volta compensato e bilanciato proprio attraverso il presupposto della patologia irreversibile e del sostegno vitale⁶.

Insomma, volendo concludere, nonostante indubbe forzature argomentative che non per nulla avevano indotto a un'ordinanza con sentenza differita, quella della Corte costituzionale è una posizione che non solo finisce per trovare un equilibrio tra vita e autodeterminazione estensibile a tutte le ipotesi di fine vita, ma anche una soluzione che consente di compiere un controllo preventivo sull'effettiva autodeterminazione in una prospettiva che non esitiamo a definire solidaristica.

5.5. La proposta di referendum abrogativo: la concezione individualista.

Com'è noto, il legislatore ha avuto un anno di tempo per legiferare sulla scia tracciata dalla Corte costituzionale con l'ordinanza n. 207/2019, ma non è stato in grado di farlo. Non solo, ma quanto prodotto nel testo unificato fuori tempo massimo⁷, mostra un legislatore per certi aspetti paralizzato, privo ormai di autonomia e iniziativa, capace soltanto di stare al traino delle proposte altrui.

Ed infatti il testo unificato altro non è che il tentativo, a volte un po' maldestro, di dare attuazione a quanto stabilito dalla sentenza della Corte costituzionale con riferimento al suicidio assistito. Maldestro, perché, se, da un lato, bastava intervenire sulla legge del 2017, dall'altro lato, si prevede una disciplina autonoma, che nelle parti in cui esce dai binari aggiungendo del proprio, finisce per dare indicazioni poco convincenti. Si pensi alla rilevanza attribuita in termini di condizione all'«essere [la persona] assistita dalla rete di cure palliative o abbia espressamente rifiutato tale percorso assistenziale»: si tratta infatti di condizione che nella sostanza aggrava il procedimento e rischia di costituire un'ingerenza indebita nella libertà di

⁶ Non ci pare invece che possa essere utilizzata l'argomentazione secondo cui così come si è legittimato il suicidio assistito in ragione della morte non dignitosa che potrebbe scaturire dal rifiuto di cure, alla stessa stregua l'intervento di un terzo può essere legittimato visto che lo stesso suicidio può non essere realizzabile dal soggetto che ha deciso di morire: legittimare in termini generalizzati il suicidio assistito in ragione della morte non dignitosa scaturente dal rifiuto di cure non è plausibile, perché alla fine il suicidio assistito viene legittimato ben oltre l'ipotesi della morte non dignitosa; parimenti, non è plausibile legittimare in termini generalizzati l'omicidio del consenziente, sol perché potrebbe accadere che il soggetto si trovi nell'impossibilità a suicidarsi, perché l'omicidio del consenziente verrebbe legittimato ben oltre l'ipotesi dell'impossibilità al suicidio.

⁷ Commissioni riunite II (Giustizia) e XII (Affari sociali), *Testo unificato adottato come testo base dalle commissioni, Disposizioni in materia di morte volontaria medicalmente assistita*, Allegato al resoconto della Seduta del 6 luglio 2021. Sulle proposte di riforma cfr. C. CUPELLI, [Il cammino parlamentare di riforma dell'aiuto al suicidio. Spunti e prospettive dal caso Cappato, fra Corte costituzionale e ritrosia legislativa](#), in *Dir. pen. cont.*, 19 aprile 2019, p. 1 ss.; M. NADDEO, [Fondamento e limiti del divieto di aiuto al suicidio nella prospettiva de lege ferenda: i progetti di legge al vaglio delle Commissioni riunite Giustizia e affari sociali](#), *ivi*, 23 settembre 2019, p. 1 ss.

autodeterminazione, con l'effetto finale di mortificare e appesantire, se non addirittura burocratizzare, un momento così particolare dell'esistenza. Ma si pensi soprattutto alla regolazione dell'attività del Comitato per l'etica nella clinica territorialmente competente, dove si disciplina soltanto l'ipotesi in cui il Comitato abbia espresso parere favorevole, trascurando del tutto quella davvero problematica in cui sia stato espresso un parere contrario.

Davanti a un legislatore non solo inerte, ma anche per certi aspetti su questa vicenda incapace di guardare al problema nella sua complessità comprensiva anche dell'eutanasia attiva; davanti alla circostanza che la strada giudiziaria per proporre questioni di legittimità costituzionale con riferimento all'eutanasia attiva si sarebbe potuta aprire solo in ipotesi rarissime; davanti all'impossibilità di operare mediante un referendum propositivo: inevitabile che si andasse nel senso di un referendum abrogativo.

Il contenuto di risulta derivante dall'eventuale approvazione del referendum si traduce in un testo così formulato: «chiunque cagiona la morte di un uomo con il consenso di lui, è punito con le disposizioni relative all'omicidio, se il fatto è commesso: 1. contro una persona minore degli anni diciotto; 2. contro una persona inferma di mente o che si trova in condizioni di deficienza psichica, per un'altra infermità o per abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti; 3. contro una persona il cui consenso sia stato dal colpevole estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpito con inganno».

Ebbene, il referendum si muove in una prospettiva fortemente individualistica⁸ che va ben al di là della strada tracciata dalla Corte costituzionale⁹. Esso, infatti, va oltre il sostegno vitale e la malattia irreversibile, nonché oltre la stessa esistenza di una patologia ancorché non irreversibile: l'esito del referendum giunge a legittimare l'omicidio del consenziente *tout court*, al netto delle ipotesi in cui sia realizzato nei confronti di un soggetto incapace di esprimere liberamente il proprio consenso, quindi con totale prevalenza dell'autodeterminazione rispetto alla vita e quindi con totale assenza di qualsiasi possibilità di controllo – per così dire – preventivo. Certo la finalità politica dichiarata dai sostenitori del referendum è di consentire l'eutanasia attiva nei limiti indicati dalla Corte costituzionale, ma gli esiti sono ben altri, potremmo parlare di esiti “preterintenzionali”, non solo per lo sbilanciamento verso l'autodeterminazione in una prospettiva individualista, ma anche per lo sbilanciamento verso la totale assenza di un controllo preventivo.

Il referendum può essere considerato inammissibile¹⁰? Il tema è molto delicato per le argomentazioni che si potrebbero utilizzare, anche perché la Corte non può entrare nel merito di scelte che in presenza di un referendum sono indubbiamente politiche: insomma, davanti alla richiesta di rendere lecito l'omicidio del consenziente o si oppone con forza il bene della vita che dovrebbe prevalere su quello dell'autodeterminazione

⁸ Cfr. T. PADOVANI, *Il referendum per la disponibilità della vita*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, in corso di pubblicazione, p. 1 ss. (del dattiloscritto).

⁹ D. PULITANO, [Problemi del fine vita, diritto penale, laicità politica. A proposito di un referendum abrogativo](#), in questa *Rivista*, 19.11.2021, p. 1 ss.

¹⁰ Cfr. sul tema M. DONINI, *Enea o Zarathustra? Le ragioni dell'ammissibilità*, in *Il Riformista*, 13 novembre 2021.

oppure risulta difficile impedire la possibilità di esprimersi. Inoltre, se la Corte facesse leva sul suo orientamento basato sulla vulnerabilità e quindi sull'esistenza di una patologia quanto meno irreversibile e sul sostegno vitale, rischierebbe di trasformare un criterio di ragionevolezza pur sempre problematico (non è un caso che la Corte costituzionale, consapevole della notevole manipolazione, avesse adottato una ordinanza con eventuale sentenza differita), in una valutazione a quel punto dichiaratamente politica, visto che la proposta referendaria prescinde proprio dalle problematiche del fine vita connesso a patologie. In altre parole, se ha una sua plausibilità un giudizio di ragionevolezza in definitiva intrinseco su un testo vigente, com'è stato quello compiuto nei provvedimenti n. 207 e n. 242 del 2019, molto più complesso un tale giudizio sul piano della ammissibilità di una proposta di referendum abrogativo.

Tuttavia, la Corte potrebbe percorrere anche un'altra strada, meno dirimpente, più morbida e flessibile, recuperando nella sostanza una valutazione estrinseca fondata sul *tertium comparationis*. Ed infatti, in questa prospettiva si potrebbero scorgere problemi di ammissibilità per l'irragionevolezza dell'intero sistema che si verrebbe a determinare a seguito dell'esito abrogativo, per cui si continuerebbe a punire l'aiuto al suicidio, che è morte data da sé, solo in assenza di malattia, mentre non si punirebbe più l'omicidio del consenziente, che oltretutto è morte data da altri, quale che sia la condizione del soggetto passivo, affetto o meno da patologia. Detto in altri termini, all'esito del referendum, in presenza di un'autodeterminazione nel senso della morte, la morte data da altri sarebbe sempre lecita, mentre la morte data da sé con l'aiuto di altri sarebbe lecita soltanto a determinate condizioni. Una strada del genere costringerebbe però la Corte ad affrontare un tema che in verità ha sempre eluso, e cioè quello del dominio del decorso causale, che avrebbe posto paletti meno stringenti per l'aiuto al suicidio, ma molto più stringenti per l'omicidio del consenziente. Detto in altri termini, le due situazioni da equiparare sarebbero quella dell'aiuto al suicidio punito solo in assenza di malattia e quella dell'omicidio del consenziente non più punito: ebbene, l'irragionevolezza di questo sistema si ricaverebbe dal fatto che due situazioni diverse dal punto di vista del disvalore in ragione del diverso dominio sul decorso causale (meno grave l'aiuto suicidio dove il decorso è dominato dal suicida, più grave l'omicidio del consenziente dove il decorso è dominato da un terzo) sono trattate in modo irragionevolmente diverso, per cui l'aiuto al suicidio è punito in alcune ipotesi (presenza di malattia), mentre l'omicidio del consenziente non sarebbe mai punito.

6. Il vero nodo delle problematiche del fine vita: il controllo "esterno" e preventivo sull'autenticità dell'autodeterminazione.

Se dovessi delineare un sistema capace di tenere insieme le molteplici istanze che gravano sul tema, prospetterei una soluzione del genere. Posto che il rifiuto di cure ha un fondamento costituzionale, l'aiuto al suicidio, caratterizzato da un decorso causale nelle mani del titolare del bene, potrebbe ben ispirarsi a una prospettiva che valorizza l'autodeterminazione. Per quanto riguarda l'omicidio del consenziente, invece, si

potrebbe dare rilevanza alla malattia irreversibile, rendendo legittima l'eutanasia attiva, anche in ragione del diverso dominio del decorso causale.

D'altra parte, forse, si potrebbero vedere le cose anche da un'altra prospettiva ancora. Alla fin fine, ciò che tormenta e preoccupa, quale che sia la concezione che si adotta, è soprattutto l'effettività dell'autodeterminazione che finisce per essere garantita se esiste una sorta di controllo preventivo: insomma, il vero punto problematico del tema sembra essere la possibilità di esplicitare un controllo preventivo su vicende così delicate, una "supervisione", affinché tali vicende non siano ridotte a una questione a due, o comunque, potremmo dire, a una questione "privata", in uno spazio nella sostanza segreto dove tutto può accadere. Mi domando allora se non sia su questo punto che non si possa creare una convergenza tra i diversi orientamenti giuridico-culturali. Interessante osservare come proprio il testo unificato, all'art. 2, dia la seguente definizione di morte volontaria medicalmente assistita: «il decesso cagionato da un atto autonomo con il quale, in esito al percorso disciplinato dalle norme della presente legge, si pone fine alla propria vita in modo volontario, dignitoso e consapevole, con il supporto e (ed ecco il punto) *la supervisione* (corsivo nostro) del Servizio Sanitario Nazionale».

Ecco allora emergere quello che forse può essere considerato il vero nodo sotteso al tema: la questione dell'effettiva autodeterminazione e del controllo preventivo sull'autodeterminazione al fine di evitare possibili strumentalizzazioni, ovvero al fine di evitare che in realtà il consenso sia frutto di condizionamenti.

7. Verso una coincidenza tra personalismo e individualismo/solidarismo?

A me pare questa la grande frontiera sulla quale dovremmo aprire un dibattito e un confronto sereno e davvero laico. Ed il problema della concezione individualista, come anche di quella causalista rispetto al suicidio, sta nel fatto che in assenza di malattia il soggetto sfugge dal controllo e che in presenza di malattia irreversibile e sostegno vitale il soggetto è invece inevitabilmente destinato a un controllo. Affermazioni che avrebbero fatto inorridire un pensatore come Michel Foucault, perché risulta evidente come proprio su questo punto si annidino le nuove forme del controllo pubblico/statale sulla persona secondo lo schema noto del suo pensiero. Ma che si deve mettere sul piatto quando si adotta una prospettiva giuridica, anche perché la "proceduralizzazione controllante" può consentire, sul piano giuridico, di guadagnare spazi di libertà, evitando quel rischio di strumentalizzazione che non si può fingere che non ci sia. Dovendosi del resto essere consapevoli che la procedura deve essere orientata autenticamente al controllo dell'autodeterminazione e non ad ostacolare o a condizionare.

Insomma, perché non andare verso una soluzione che finisce per basarsi sull'assistenza, sul supporto, sulla relazione, che coinvolge anche il medico, ma non solo, quale che sia la situazione del soggetto, malato oppure non malato. Mi domando in sostanza se non si possa trovare un punto in comune tra la prospettiva individualista e quella solidarista, consistente nella verifica e nel controllo preventivi di una effettiva

autodeterminazione, senza che sia necessaria la malattia. Una soluzione del genere consentirebbe di superare il paradosso secondo cui si riconoscono spazi al soggetto vulnerabile invece che a quello che vulnerabile non è. Inoltre, consentirebbe di raggiungere l'obiettivo del controllo. Ma soprattutto consentirebbe di raggiungere l'obiettivo della piena ed effettiva autodeterminazione.

Ebbene, a me pare che non vi sia una vera e propria incompatibilità tra valorizzazione dell'autodeterminazione, in termini non solo solidaristici, ma anche individualistici, e personalismo, per la semplice ragione che nel momento in cui v'è una autentica autodeterminazione c'è anche una perfetta espressione della persona ovvero, detto in altri termini, v'è una coincidenza tra piena e totale autodeterminazione e personalismo, e la difficoltà sta proprio nel rendere l'autodeterminazione effettiva affinché si esprima totalmente la persona.

Non solo, ma se si offre assistenza, supporto, relazione, oltre ad un accertamento reale ed effettivo dell'autodeterminazione, si apre anche al confronto all'interno del quale, senza ingerenze strumentalizzanti sul piano valoriale, si possono aprire le breccie per dare un nuovo senso alla vita, con conseguente personalismo letto in chiave solidaristica. Anche perché non si può negare la circostanza che la volontà di morire si lega a questioni di dolore che potrebbero essere anche comunque passeggere, soprattutto nell'ipotesi in cui l'aspirante suicida sia "in salute". Certo, può emergere l'anima di chi vuole tutelare la vita in tutti i modi. Ma la situazione del fine vita non è assimilabile a quella dell'aborto: mentre in quest'ultimo la vita del nascituro deve ancora formarsi del tutto, nel fine vita esiste comunque una vita piena e compiuta nonché la consapevolezza che momenti di difficoltà si possono superare, con la conseguenza che risulta più che ragionevole garantire non solo l'autodeterminazione in una prospettiva individualistica, ma anche il confronto sulla morte in una prospettiva solidaristica. Insomma, se si vuole davvero basarsi sull'autodeterminazione non si deve avere paura a un confronto basato anche sulle istanze della vita, anzi! E con la verifica si viene a creare quella dialettica che può recuperare alla vita e vincere le istanze di morte. L'importante è che non si vengano a generare forme di controllo e di pressione che invece di scandagliare e aprire al confronto, giudicano alla luce di altri parametri o addirittura ostacolano.

Di più, rendendo legittima la morte autenticamente autodeterminata mediante assistenza, si riuscirebbe ad aprire ai discorsi sulla morte. Non è forse questo uno strumento per contrastare i suicidi che conseguono da situazioni di dolore? Insomma, non dovremmo avere problemi a portare alla luce il discorso sulla morte, che poi consentirebbe di portare il discorso sulle cause, e quindi sul dolore. Tutto questo richiederebbe personale, non solo medico, preparato e competente, come anche una società che torna a farsi comunità¹¹.

¹¹ Sia consentito rinviare a R. BARTOLI, *Brevi riflessioni sul fine vita a partire dai concetti di uomo, individuo e persona*, in G. De Francesco – A. Gargani – D. Notaro – A. Vallini (a cura di), *La tutela della persona umana. Dignità, salute e scelte di libertà (per Francesco Palazzo)*, Torino, 2019, p. 197 ss.

**NOTE TELEGRAFICHE
SU GENESI, EVOLUZIONE E PROSPETTIVE FUTURE
DELLA PROCURA EUROPEA**

di Alessandro Bernardi

Il lavoro mira a ripercorrere le diverse tappe che hanno portato all'istituzione della Procura europea (EPPO), già operante in 22 Paesi UE. Al riguardo, vengono sinteticamente delineati i tre successivi modelli di EPPO rinvenibili rispettivamente nel Corpus Juris del 1997, nella proposta di regolamento del 2013 e nel regolamento del 2017. Del modello infine adottato sono sottolineati il rischio di carente efficienza e la sua inadeguatezza in relazione al principio di legalità-prevedibilità. Infine, viene evidenziata l'attitudine dell'EPPO a innescare riforme processuali capaci di avvicinare i relativi sistemi nazionali e viene sottolineata l'esigenza di una progressiva evoluzione di questo nuovo organo, in particolare rafforzandone la dimensione "europea".

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il problema della repressione delle frodi comunitarie. La soluzione prevista dal *Corpus Juris* e l'inserimento della Procura europea nel Progetto di Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa. – 3. Le resistenze degli Stati UE nei confronti di una Procura europea a carattere fortemente centralizzato e le modifiche dalla proposta di regolamento del 2013. – 4. L'assetto conferito all'EPPO dal regolamento del 2017. – 5. I verosimili deficit di efficienza insiti nell'attuale configurazione dell'EPPO. – 6. Le criticità della Procura europea in relazione al principio di legalità. – 7. Le prospettive di evoluzione della Procura europea. – 8. La tendenza dell'EPPO a favorire il ravvicinamento delle procedure penali nazionali. – 9. Una banale riflessione e un auspicio a mo' di conclusione.

1. Premessa.

Credo che Mireille Delmas-Marty debba rallegrarsi nell'apprendere che già pochi giorni dopo l'entrata in funzione della Procura europea (EPPO) i procedimenti avviati da tale organo nei 22 Paesi UE aderenti erano ben 162, di cui 7 in Italia¹. Lo strumento

¹ Cfr. i dati esposti dalla Ministra della Giustizia italiana Marta Cartabia nella sua relazione davanti alla Commissione Antimafia del 10 giugno 2021, riportati da N. COTTONE, [Cartabia: «I fondi del Recovery non finiscano nelle mani della mafia»](#). Merita di essere segnalato che il 15 luglio a Salerno si è avuto in Italia il primo sequestro preventivo attuativo di un provvedimento di EPPO. Si è trattato del sequestro di merci detenuti in sospensione di imposta e in maniera irregolare all'interno di un deposito doganale, così da giustificare la contestazione del reato di contrabbando: cfr. AGENZIA DELLE ACCISE, DOGANE E MONOPOLI, *Comunicato stampa. Sequestro preventivo su delega della Procura Europea per 7 milioni di euro di dazio e Iva, Salerno, 15 luglio 2021.*

ideato e proposto da lei e dai suoi collaboratori nel progetto di *Corpus Juris* del 1997² è dunque ormai operativo. So però che alla soddisfazione della illustre giurista francese nel veder la creatura da lei immaginata muovere i primi passi si accompagna una certa apprensione, del resto da lei stessa ammessa in alcuni suoi recenti scritti³; apprensione dovuta sia alla mancata adesione all'EPPO di alcuni Paesi UE⁴ sia più ancora al progressivo allontanamento dell'EPPO dal modello iniziale, e dalle molteplici conseguenze di questo allontanamento.

2. Il problema della repressione delle frodi comunitarie. La soluzione prevista dal *Corpus Juris* e l'inserimento della Procura europea nel Progetto di Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa.

È evidente che l'attuale stadio della costruzione europea favorisca la commissione dei reati transnazionali lesivi degli interessi finanziari UE e al contempo renda difficile perseguirli. I sistemi penali nazionali presentano tra loro differenze non sanabili attraverso regolamenti UE dato che, secondo una opinione non unanime ma diffusa, gli artt. 86 e 325 TFUE non attribuirebbero alla Unione europea una competenza penale diretta⁵. Quanto poi agli strumenti di armonizzazione adottati nei singoli Stati

² *Corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, (trad. ingl. *Corpus juris introducing penal provisions for the protection of the financial interests of the EU*), a cura di M. Delmas-Marty, Paris, Economica, 1997; *The implementation of the Corpus juris in the member states of the EU*, a cura di M. Delmas-Marty, J. Vervaele, Antwerp, Intersentia, voll. I-III, 2000, vol. IV, 2002.

³ Cfr. M. DELMAS-MARTY, [Le parquet européen pourrait préfigurer un futur ordre juridique mondial](#), in *Le Monde*, 7 ottobre 2020.

⁴ Infatti il Regolamento (UE) 2017/1939 del 12 ottobre 2017, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea («EPPO»), è stato adottato attraverso la procedura della cooperazione rafforzata. (Nell'aprile del 2017 sedici Stati membri avevano notificato alle Istituzioni dell'UE l'intenzione di utilizzare detta procedura. In merito alla necessità del ricorso ad essa cfr., per tutti, M. FIDELBO, [La cooperazione rafforzata come modalità d'istituzione della procura europea. Scenari futuri di un dibattito ancora in evoluzione](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2016, 3/2016, p. 92 ss.). A tale regolamento hanno inizialmente aderito venti Stati membri dell'UE: Austria, Belgio, Bulgaria, Cipro, Croazia, Estonia, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Italia, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Portogallo, Repubblica Ceca, Romania, Slovacchia, Spagna e Slovenia. Nel 2018 hanno chiesto di aderire al regolamento EPPO anche l'Olanda e Malta. Attualmente rimangono al di fuori di questa cooperazione rafforzata l'Ungheria, la Polonia e la Svezia, oltre all'Irlanda (che, in base al meccanismo di "opt in" previsto dal Protocollo n. 21 allegato ai Trattati, partecipa solo all'adozione e all'applicazione di specifiche misure previste dallo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia di cui al titolo V TFUE) e alla Danimarca (che, in base alla clausola di "opt out" prevista dal Protocollo n. 22, non partecipa all'adozione delle suddette misure da parte del Consiglio).

⁵ Limitatamente alla dottrina italiana cfr., per tutti e con diverse sfumature, G. GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, p. 2347; C. SOTIS, *Il trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1159 ss.; nonché, nella manualistica, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, X ed., Milano, 2021, p. 55; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Torino, 2021, p. 110 s.

È peraltro noto che le norme in questione si prestano anche a interpretazioni di segno opposto. In senso favorevole all'attribuzione alla UE di una competenza penale diretta cfr., tra gli altri, B. HECKER, *Europäisches Strafrecht*, Berlin, 2010, p. 515; L. KUHL, *Dopo il Trattato di Lisbona: quale sistema penale europeo?*, in *L'evoluzione*

membri in sede di trasposizione delle fonti UE espressive della competenza penale indiretta dell'Unione, essi sono non di rado ostacolati dai giochi politici interni, e dunque comportano spesso una lunga gestazione, risultando così destinati a dare i loro frutti solo, se del caso, nel lungo periodo. Inoltre, nonostante i molti provvedimenti varati dall'Unione europea nel campo della cooperazione giudiziaria in materia penale, questa cooperazione resta difficile a causa dalla persistente eterogeneità dei sistemi processuali nazionali⁶.

In definitiva, a livello europeo gli ordinamenti penali e i relativi apparati soffrono tuttora di croniche carenze di armonizzazione e coordinamento e dunque mal si prestano a contrastare le frodi comunitarie, di per se stesse difficilmente individuabili e perseguibili⁷, anche perché spesso realizzate con tecniche raffinatissime⁸. Anche l'apporto offerto al riguardo da Eurojust, Europol e OLAF appare inadeguato, stante la loro tuttora non ottimale capacità di cooperazione⁹. Come risultato di questo stato di cose, nel corso degli anni molteplici documenti hanno denunciato (per vero, con dati di volta in volta assai diversi) l'entità dei danni causati all'Unione dai c.d. "reati PIF", ribadendo l'inadeguatezza delle agenzie nazionali ed europee deputate a contrastarli¹⁰.

del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona, a cura di G. Grasso, L. Picotti, R. Sicurella, Milano, 2011, p. 724 ss.; E. PERILLO, *Le droit pénal substantiel et l'espace de liberté, de sécurité et de justice, deux ans après Lisbonne : une analyse de jure condito et quelques perspectives de jure condendo*, in *Revue des affaires européennes*, 2012, p. 781 ss.; L. PICOTTI, *Le basi giuridiche per l'introduzione di norme penali comuni relative ai reati oggetto della competenza della Procura europea*, in *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, a cura di G. Grasso, G. Illuminati, R. Sicurella, S. Allegrezza, Milano, 2013, in particolare parr. 4-5; H. SATZGER, *Art. 325*, in *EUV/AEUV. Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union*, a cura di R. Streinz, München, 2012, par. 21; ID., *Prospettive di un diritto penale europeo basato su una politica criminale europea*, in *Critica del diritto*, 2012, p. 174 ss.; ID., *Politica criminale europea: pericoli o prospettive per gli ordinamenti penali nazionali all'interno dell'Unione europea*, in *Europa e diritto penale*, a cura di C.E. Paliero e F. Viganò, Milano, 2013, p. 295.

⁶ Al riguardo, resta tuttora largamente attuale il quadro generale offerto da *Procedure penali d'Europa*, a cura di M. Delmas-Marty, 2a ed. it. a cura di M. Chiavario, Padova, 2001.

⁷ Cfr., per tutti, M. DELMAS-MARTY, *A legal expert's opinion (presentation of a corpus juris establishing criminal provisions to protect the financial interests of the European Union)*, in PARLEMENT EUROPÉEN - DIRECTION GÉNÉRALE DES ÉTUDES, *Document de Travail pour un Espace Judiciaire Européen, Public Hearing organized by the Committee On Budgetary Control and the Committee On Civil Liberties And Internal Affairs*, Brussels, 1997, p. 14 ss.

⁸ In argomento cfr., esemplificativamente e molto dettagliatamente, SENATO DELLA REPUBBLICA – UFFICIO VALUTAZIONE E IMPATTO, *Lotta alle frodi in danno delle uscite di bilancio dell'Unione europea*. Documento di analisi n. 17, 2017, p. 101 ss.

⁹ Circa l'insufficiente livello di coordinazione di tali organi cfr., ad esempio, PARLAMENTO EUROPEO, DIREZIONE GENERALE DELLE POLITICHE INTERNE DELL'UNIONE – UNITÀ TEMATICA D. AFFARI DI BILANCIO, [Ottimizzazione del coordinamento tra gli organi dell'UE competenti in materia di cooperazione di polizia e giudiziaria: verso una procura europea](#), 31 gennaio 2011. Va comunque sottolineato che al fine di migliorare la cooperazione di Europol con Eurojust, EPPO e OLAF il 9 dicembre 2020 la Commissione europea ha presentato la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio *che modifica il regolamento (UE) 2016/794 per quanto riguarda la cooperazione di Europol con le parti private, il trattamento dei dati personali da parte di Europol a sostegno di indagini penali e il ruolo di Europol in materia di ricerca e innovazione* (COM/2020/796 final).

¹⁰ Cfr., per tutti, *Parere del Comitato economico e sociale europeo in merito alla Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, COM(2013) 534 final, 2014/C 170/14, punto 2 *Contesto e osservazioni generali*.

Resta tuttavia la difficoltà di trovare una soluzione a tale problema che possa incontrare il consenso dei Paesi membri. Quella più lineare e radicale consisterebbe infatti nel dare vita a un sistema penale settoriale europeo dotato di appositi organi, ivi compreso un tribunale specificamente deputato a giudicare e sanzionare i reati in questione. Ma è facile capire che, al di là delle citate controversie dottrinali in merito al tipo di competenza penale UE previsto dai Trattati, tale soluzione appare ancor oggi del tutto inaccettabile da parte di Paesi gelosi custodi della loro sovranità in materia penale¹¹.

Una prima, meno irrealistica soluzione era contenuta appunto nel succitato progetto di *Corpus Juris*, il quale prevedeva di attribuire a una Procura europea dotata di poteri investigativi e processuali su tutto il territorio UE la funzione accusatoria-probatoria riguardo ai reati lesivi degli interessi finanziari europei, lasciando ai tribunali degli Stati membri il compito di giudicare i loro autori. Il *Corpus Juris* collocava peraltro questa Procura all'interno di una vera e propria microcodificazione europea di diritto penale sostanziale e processuale, nell'ambito della quale tale organo si trovava ad agire. In un siffatto contesto l'EPPO era concepito come un qualcosa di coerente e unitario, dotato di competenze del tutto uniformi a livello europeo, gerarchicamente strutturato, ben distinto dagli uffici nazionali dei pubblici ministeri anche se destinato a usufruire della collaborazione di questi ultimi. Il procuratore generale europeo soprintendeva all'azione dei procuratori delegati e questi avevano una competenza esclusivamente "europea", erano cioè privi di qualsivoglia competenza nazionale.

Il *Libro verde sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una procura europea*, redatto dalla Commissione europea l'11 dicembre 2001 raccolse la sfida lanciata dal *Corpus Juris*, riconoscendo la bontà del progetto EPPO così come immaginato dai suoi ideatori e dunque riproponendo l'idea di dare vita a un organo inquirente sovranazionale deputato a "lottare" contro le frodi comunitarie.

Quelli erano, del resto, gli anni dell'euroentusiasmo e delle relative pulsioni federaliste, sfociate nel "Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa" del 2004; un Trattato voluto (sia pure in modo più o meno convinto) da tutti i governi dei Paesi UE e – come si sa – abortito solo per i no della Francia e dell'Olanda in sede di referendum. Ovvio dunque che questo Trattato dedicasse alla Procura europea un apposito articolo¹², nel quale si prevedeva appunto la possibilità di istituire a partire da Eurojust una agenzia indipendente dell'Unione europea incaricata di indagare, perseguire e portare in giudizio i reati lesivi degli interessi finanziari europei. Tale articolo, tuttavia, nulla diceva in merito alla struttura dell'EPPO, rimessa ai provvedimenti normativi che eventualmente sarebbero stati adottati in ambito europeo per dar vita a questo nuovo organismo.

¹¹ In argomento cfr., da ultimo, S. ALLEGREZZA, *A European Public Prosecutor Office to Protect Common Financial Interests: A Milestone for the EU Integration Process*, in corso di pubblicazione.

¹² L'art. III-274.

3. Le resistenze degli Stati UE nei confronti di una Procura europea a carattere fortemente centralizzato e le modifiche proposte dal progetto di regolamento del 2013.

Eppure, anche in quegli anni di ottimismo filo-europeista, residuavano in molti Paesi membri forti perplessità riguardo a un siffatto trasferimento di competenze all'UE nel delicatissimo campo della giustizia penale; campo entrato nell'ambito dell'Unione europea solo col Trattato di Maastricht del 1992 e sino al Trattato di Lisbona relegato nel terzo pilastro dell'UE, non a caso improntato al metodo intergovernativo¹³. Del resto, è la stessa Delmas-Marty a ricordare che Eurojust (di carattere appunto intergovernativo) venne inserito nel Trattato di Nizza "su iniziativa degli Stati preoccupati di contrastare il progetto di procuratore europeo presentato dal Parlamento e dalla Commissione"¹⁴. Consapevole di queste perplessità, il succitato *Libro verde* al punto 3.2.2. si affrettava a precisare, con una sorta di *excusatio non petita*, "La proposta [di dare vita all'EPPO] mira soltanto a rendere i sistemi nazionali più efficaci in una materia che intrinsecamente comporta implicazioni comuni. Ecco perché la creazione di una procura europea va vista più come un'attribuzione di competenze comuni che come un trasferimento di competenze nazionali che già preesistevano in toto".

L'argomento utilizzato dal Libro verde del 2001 per disinnescare i dubbi degli Stati UE nei confronti del procuratore europeo sembrava tuttavia poco convincente. È chiaro infatti che, come sottolineato in un importante documento di lavoro della Commissione del 2013¹⁵, l'adozione di una procura europea così come immaginata dal *Corpus Juris* implicava un trasferimento alla UE di competenze nazionali in materia penale molto difficile da accettare dai Paesi membri¹⁶. Di qui l'idea, parzialmente accolta già nella proposta di regolamento EPPO del 17 luglio dello stesso anno¹⁷, di rimodellare nel profondo l'EPPO, a partire dalla sua struttura e dalle sue competenze.

¹³ Anche se, per vero, al fine di attenuare gli inconvenienti propri delle tradizionali fonti del diritto internazionale, in sede di adozione degli atti normativi di Terzo Pilastro i meccanismi propri della cooperazione intergovernativa si mescolano a elementi espressivi del metodo comunitario.

¹⁴ Cfr. M. DELMAS-MARTY, *Lo spazio giudiziario e giuridico europeo: verso un pluralismo ordinato*, relazione presentata al Congresso nazionale della ANM, Venezia, febbraio 2004, par. 1.

¹⁵ [Documento di lavoro dei servizi della Commissione – Sintesi della valutazione d'impatto che accompagna il documento Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea.](#)

¹⁶ Secondo tale documento, l'ipotesi di una "Procura europea centralizzata a struttura gerarchica (opzione 4d)" avrebbe richiesto "cambiamenti molto importanti nei sistemi amministrativi e giudiziari degli Stati membri", e dunque avrebbe avuto un livello di fattibilità solo "media" (punto 5.7). Inoltre, sempre secondo tale documento, la suddetta opzione avrebbe avuto un costo abbastanza elevato, vale a dire "circa 820 milioni di euro" (punto 5.7); un costo, insomma, destinato a scoraggiare ulteriormente i Paesi UE. Cfr., altresì, DIRECTORATE GENERAL FOR INTERNAL POLICIES – POLICY DEPARTMENT C: CITIZENS' RIGHTS AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS – CIVIL LIBERTIES, JUSTICE AND HOME AFFAIRS, *Towards a European Public Prosecutor's Office (EPPO)*, European Union, 2016, p. 9, ove si riconosce che "a causa del cambiamento di natura della cooperazione che implica, l'EPPO deve essere individuato come una questione estremamente sensibile, soprattutto dal punto di vista della sovranità nazionale".

¹⁷ Cfr. Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea /* COM/2013/0534 final - 2013/0255 (APP) */.

A) *Quanto alla struttura di EPPO*, in tale proposta¹⁸ l'originaria soluzione di una Procura europea centralizzata, dunque "dotata della piena capacità giuridica e pratica necessaria per svolgere le indagini e l'azione penale per i reati in questione senza dipendere dalle procure nazionali"¹⁹ è stata sostituita da quella di una "Procura europea decentrata a struttura gerarchica", nell'ambito del quale l'ufficio centrale sia "assistito da procuratori europei delegati aventi sede negli Stati membri e integrati nei sistemi nazionali, con pieni poteri di esercizio dell'azione penale ai sensi del diritto nazionale"²⁰. Sebbene caratterizzato da un certo ibridismo, l'EPPO "decentralizzato/integrato" proposto dalla Commissione manteneva pur sempre una struttura non troppo complessa e marcatamente gerarchica. Così congegnato, l'EPPO veniva ritenuto assai meno costoso e più fattibile rispetto al modello centralizzato²¹; e addirittura si prevedeva anche che potesse essere più efficace nel recupero delle somme frodate²².

B) *Più problematiche erano le innovazioni apportate alla competenza sostanziale dell'EPPO*. Qui ci si limiterà a sottolineare che nella proposta di regolamento del 2013 l'ambito d'applicazione dell'EPPO non concerneva più un succinto catalogo di reati unificati su scala europea²³ (catalogo realizzabile solo tramite un regolamento, dunque riconoscendo una competenza penale diretta dell'Unione europea). Infatti la proposta stabiliva all'art. 12 che la Procura europea si sarebbe occupata dei reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione previsti da una direttiva di futura adozione²⁴, così come attuati dal diritto nazionale²⁵, nonché – a certe condizioni – dei reati ad essi indissolubilmente collegati²⁶. Pertanto la competenza EPPO, a carattere esclusivo²⁷, riguardava non più reati "europei", ma reati "nazionali", seppure armonizzati tramite una direttiva espressiva della competenza penale indiretta dell'Unione.

¹⁸ Cfr. art. 6 *Struttura e organizzazione della Procura europea*.

¹⁹ Cfr. *Documento di lavoro dei servizi della Commissione - Sintesi della valutazione d'impatto che accompagna il documento Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, cit., punto 4.7. *Opzione strategica 4d: creazione di una Procura europea centralizzata*.

²⁰ *Ivi*, punto 4.6.

²¹ Stante che "Le consultazioni con le parti interessate hanno confermato che questa opzione è praticabile": *ivi*, punto 5.6.

²² Infatti in relazione alla Procura europea decentrata a struttura gerarchica "Si stima che l'aumento del recupero dei fondi e dell'effetto dissuasivo comporti benefici pari a circa 3 200 milioni di euro" (*ivi*, punto 5.6.); laddove per contro in relazione alla Procura europea centralizzata a struttura gerarchica "i stima che l'aumento del recupero dei fondi e dell'effetto dissuasivo comporti benefici pari a circa 2 900 milioni di euro" (*ivi*, punto 5.7.).

²³ Cfr. gli art. da 1 a 8 del *Corpus Juris*.

²⁴ Direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 luglio 2017 *relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale*.

²⁵ Cfr., limitatamente all'Italia, d.lgs. 14 luglio 2020, n. 75, *Attuazione della direttiva (UE) 2017/1371, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale*.

²⁶ Cfr. proposta di regolamento, art. 13 *Competenza accessoria*.

²⁷ Cfr., art. 14 *Esercizio della competenza della Procura europea*: "La Procura europea esercita la sua competenza esclusiva a individuare e perseguire i reati di cui agli articoli 12 e 13 (...)".

4. L'assetto conferito all'EPPO dal Regolamento del 2017.

Le pur rilevanti modifiche che la proposta di regolamento EPPO del 2013 prevedeva di apportare al modello di Procura europea rinvenibile nel *Corpus Juris* non sono state ritenute sufficienti dal Consiglio dell'UE: l'EPPO delineato da tale proposta continuava infatti ad avere un carattere prevalentemente sovranazionale e verticale ritenuto da larga parte dei Paesi membri lesivo della loro sovranità penale²⁸.

A partire dal 2014, a seguito appunto delle richieste della maggioranza dei Paesi UE²⁹, alla proposta in questione sono dunque stati apportati significativi emendamenti che, ancora una volta, hanno riguardato sia la struttura sia la competenza dell'EPPO.

A) *Limitatamente alla struttura dell'EPPO*, il suo carattere essenziale, snello e gerarchizzato è stato progressivamente abbandonato per dare vita a un organo molto complesso, articolato su vari livelli e più decentrato di quanto non lo fosse nel progetto di regolamento del 2013. Nella configurazione infine recepita nel regolamento EPPO del 2017³⁰ tale organo risulta dunque attualmente composto dal procuratore capo europeo, dai procuratori capo europei aggiunti, dai ventidue procuratori europei (uno per Stato), dai procuratori europei delegati (due o più in ciascuno Stato membro partecipante all'EPPO), nonché da due organi collegiali: il Collegio³¹ e le Camere permanenti³². L'EPPO è così divenuto “una sorta di mostro con più teste governato da un insieme di norme straordinariamente complesso”³³ che sembra aver “ripreso il modello organizzativo collegiale originario di Eurojust”³⁴ e della cui efficienza, come vedremo, appare lecito dubitare.

B) *Limitatamente poi alla competenza sostanziale dell'EPPO*, la disciplina prevista dal regolamento del 2017 risulta in più punti diversa da quella della proposta del 2013. Qui ci si limiterà a sottolineare che:

a) la competenza è stata estesa a nuove categorie di reati, dato che ai sensi dell'art. 22 comma 2 del regolamento EPPO essa concerno ormai anche i “reati relativi alla partecipazione a un'organizzazione criminale definiti nella decisione quadro

²⁸ Sul punto cfr., da ultimo e per tutti, V. MITSILEGAS, *European prosecution between cooperation and integration: The European Public Prosecutor's Office and the rule of law*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2021, vol. 28(2), p. 247.

²⁹ Cfr., da ultimo e per tutti, L. DE MATTEIS, *Autonomia e indipendenza della Procura europea come garanzia dello Stato di diritto*, in *Questione Giustizia*, fasc. 2/2021, par. 2.

³⁰ Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio, del 12 ottobre 2017, *relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea («EPPO»)*.

³¹ Costituito dal procuratore capo europeo e dai 22 procuratori europei.

³² Composte da tre membri provenienti da tre Stati membri aventi diverse tradizioni giuridiche. Queste Camere sono presiedute dal procuratore capo europeo (ovvero da uno dei suoi procuratori capo europei aggiunti, ovvero ancora da un procuratore europeo) e hanno come membri permanenti altri due procuratori europei.

³³ M. DELMAS-MARTY, *Le double contexte du règlement instituant le Parquet européen*, in *Rev. sc. crim.*, 2018, p. 622.

³⁴ A. CLUNY, *In principio era la Procura europea*, in *Questione Giustizia*, 2/2021, p. 106, e ivi ulteriori riferimenti bibliografici. Merita di essere sottolineato che Eurojust resta competente rispetto ai reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione limitatamente agli Stati UE che non partecipano all'EPPO.

2008/841/GAI, quale attuata dal diritto nazionale”, quando “l’attività criminosa di tale organizzazione criminale è incentrata sulla commissione di uno dei reati di cui al paragrafo 1”;

b) Invece di una competenza esclusiva dell’EPPO, si è optato per una forma di competenza ritenuta da taluni “prioritaria”³⁵; cosicché “se l’EPPO decide di esercitare la sua competenza, le autorità nazionali competenti non esercitano la loro competenza in relazione alla stessa condotta criminosa”³⁶. Per altri, invece, si tratterebbe semplicemente di una competenza condivisa con le autorità giudiziarie nazionali. Al riguardo, merita di essere evidenziato che nel caso in cui vi sia disaccordo tra l’EPPO e le autorità nazionali circa la riconducibilità o meno di un dato reato nell’ambito della competenza EPPO³⁷, rispetto ad alcune tipologie di reato sono le suddette autorità ad avere l’ultima parola³⁸, con conseguente sostanziale rovesciamento del primato dell’EPPO su queste autorità.

5. I verosimili deficit di efficienza insiti nell’attuale configurazione dell’EPPO.

La configurazione conferita all’EPPO dal regolamento del 2017 è stata oggetto di molteplici critiche, che concernono innanzitutto le sue verosimili ricadute sull’efficienza di questo nuovo organo europeo, nonché la violazione di taluni principi e diritti fondamentali accolti nei sistemi penali dei Paesi membri e recepiti anche dalle due supreme Carte europee dei diritti.

Quanto al tema dell’efficienza, basterà qui accennare al fatto che la struttura ormai molto complessa dell’EPPO e le macchinose interazioni esistenti tra i suoi organi di livello centrale e nazionale inducono a dubitare della rapidità delle decisioni della procura europea, che sarà presumibilmente ostacolata da procedure frazionate in molte fasi. Per non parlare delle perduranti incertezze in merito ai compiti spettanti a ciascuno di questi organi e dell’assenza di regole precise per risolvere i loro contrasti³⁹. I problemi derivanti da questo stato di cose sono stati risolti solo in parte dal regolamento interno della Procura europea adottato il 12 ottobre 2020⁴⁰, e appaiono destinati ad avere pesanti ricadute sul piano della complessiva efficienza dell’EPPO.

³⁵ Va rilevato che, ai sensi degli art. 25 e 27 del Regolamento, in relazione ai reati di cui all’art. 22 comma 1, la procura europea dispone di un diritto di avocazione.

³⁶ Art. 25 comma 1.

³⁷ Si allude ai reati di cui all’art. 22 commi 2 e 3 e all’art. 25 commi 2 e 3.

³⁸ Infatti, ai sensi dell’art. 25 comma 6 del Regolamento EPPO, “In caso di disaccordo tra l’EPPO e le procure nazionali sulla questione se la condotta criminosa rientri nel campo di applicazione dell’articolo 22, paragrafi 2 o 3, o dell’articolo 25, paragrafi 2 o 3, le autorità nazionali competenti a decidere sull’attribuzione delle competenze per l’esercizio dell’azione penale a livello nazionale decidono chi è competente per indagare il caso. Gli Stati membri specificano l’autorità nazionale che decide sull’attribuzione della competenza.”.

³⁹ Per esempio, tra le camere permanenti e i procuratori europei in merito alle indicazioni da fornire ai procuratori europei delegati. Al riguardo cfr. S. ALLEGREZZA, *A European Public Prosecutor Office to Protect Common Financial Interests: A Milestone for the EU Integration Process*, cit., par. 2.

⁴⁰ Senza contare che all’interno del Parlamento europeo sono state mosse critiche in merito al fatto che le

Fastidiose lungaggini potrebbero inoltre discendere dall'abbandono della nozione di "territorialità europea"⁴¹, originariamente prevista dal *Corpus Juris* e ancora richiamata dal Progetto di regolamento del 2013, seppure nell'ambito di un complessivo quadro normativo diverso dall'uno all'altro Paese membro e dunque destinato a modificare la originaria portata di detta nozione⁴². Il conseguente ricorso al diritto nazionale in talune fasi delle attività dell'EPPO determina infatti forme di faticosa interazione tra il diritto dell'UE e il diritto dei singoli Paesi membri. Al riguardo "è stato sostenuto che i riferimenti al diritto nazionale dovrebbero servire a facilitare un'agevole integrazione dell'EPPO nei sistemi di giustizia penale degli Stati membri (...) soprattutto considerando che l'EPPO non avrà i propri investigatori, ma si affiderà alle autorità nazionali. Tuttavia, il ricorso al diritto nazionale per le operazioni dell'EPPO crea un considerevole grado di incertezza giuridica"⁴³ che lascia presagire intoppi o quantomeno rallentamenti nel perseguimento dei reati di competenza della Procura europea. Basti pensare al difficile problema della valutazione da parte del tribunale nazionale delle prove acquisite in un altro Stato in base alle regole processuali proprie di quest'ultimo.

Infine, ulteriori carenze di efficienza dell'EPPO potrebbero essere causate dalle possibili convergenze tra le attività dei procuratori europei delegati e quelle dei funzionari di Eurojust e OLAF; convergenze derivanti dal fatto che il regolamento EPPO ha stabilito solo in modo rudimentale il rapporto tra tali soggetti. Il rischio di indebite sovrapposizioni solo in parte sembra essere evitato dai recenti *Working arrangement* di EPPO con Eurojust⁴⁴ e Olaf⁴⁵, le cui disposizioni in tema di cooperazione danno vita – sia pure solo in taluni casi – a una sorta di ossimoro, caratterizzandosi a volte per un elevato livello di dettaglio e al contempo per una certa vaghezza.

6. Le criticità della Procura europea in relazione al principio di legalità.

In ogni caso, i problemi più gravi sollevati dall'attuale disciplina dell'EPPO sono quelli derivanti dalla sua tendenza a entrare in conflitto con alcuni principi e diritti

decisioni riguardanti queste importanti questioni possono essere rimesse a scelte effettuate tramite un documento a carattere interno. Cfr., al riguardo, quanto già rilevato da DIRECTORATE GENERAL FOR INTERNAL POLICIES – POLICY DEPARTMENT C: CITIZENS' RIGHTS AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS – CIVIL LIBERTIES, JUSTICE AND HOME AFFAIRS, *Towards a European Public Prosecutor's Office (EPPO)*, European Union, 2016, p. 15.

⁴¹ Nozione, questa, espressiva di uno spazio territoriale unificato in materia probatoria.

⁴² Cfr., A. WEYEMBERGH, K. LIGETI, *The European Public Prosecutors Office: certain constitutional issues*, in, *The European Public Prosecutor's Office. An extended arm or a Two-Headed dragon?*, a cura di L. Erkelens, A. Meij, M. Pawlik, The Hague, 2014, p. 66; nonché, diffusamente e anche per ulteriori riferimenti bibliografici, S. MONICI, *La Procura europea nel contesto del processo di integrazione in materia penale tra vincoli nazionali e sovranazionali*, tesi dottorale, Milano, anno accademico 2016-2017, p. 274 ss.

⁴³ V. MITSILEGAS, *European prosecution between cooperation and integration: The European Public Prosecutor's Office and the rule of law*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2021, Vol. 28(2), p. 254.

⁴⁴ [Accordo di lavoro tra la Procura europea \(«EPPO»\) e l'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione giudiziaria penale \(«EUROJUST»\)](#), 11 febbraio 2021.

⁴⁵ [Working arrangement between the European Anti-Fraud Office \("OLAF"\) and the European Public Prosecutor's Office \("EPPO"\)](#), 5 luglio 2021.

espressi alla cultura giuridica europea, a partire dal fondamentale principio di legalità-prevedibilità.

È impossibile in questa sede affrontare nei dettagli questioni sulle quali, del resto, la massima parte dei commentatori si è già a lungo soffermata. In estrema sintesi, si può comunque affermare che tutti i procedimenti relativi ai reati di cui l'EPPO potrebbe essere chiamato ad occuparsi risultano carenti sul piano della prevedibilità, presentando gravi incertezze in merito alle norme di rito utilizzabili, all'ambito di applicazione di tali reati, al tipo e all'entità delle sanzioni per essi previste. E ciò, essenzialmente, per due ragioni destinate a interagire tra loro.

La prima ragione è che né il regolamento EPPO né le altre fonti europee destinate a completarlo consentono di prevedere con sufficiente sicurezza se sarà l'EPPO o uno Stato membro a occuparsi di un dato caso⁴⁶ e a quale Stato membro sarà attribuito il potere di giudicare i singoli casi concreti. La normativa vigente consente infatti all'EPPO di attribuire a se stesso, ovvero di indirizzare all'uno o all'altro dei Paesi membri e financo di spostare dall'uno all'altro Paese⁴⁷ la competenza a perseguire e giudicare i casi in questione sulla base di criteri caratterizzati da un significativo coefficiente di discrezionalità⁴⁸. Inoltre, come già ricordato, esistono categorie di reati transfrontalieri rispetto alle quali è lo Stato membro ad avere l'ultima parola in merito a chi tra l'EPPO e lo Stato abbia la competenza a esercitare l'azione penale⁴⁹. In tali ipotesi, ove più di uno Stato si ritenga competente, non esistono norme europee capaci di stabilire quale tra loro sia quello deputato a svolgere l'attività inquirente e giudicante; a dirimere l'eventuale contrasto saranno dunque gli Stati sulla base delle rispettive, diverse regole sulla competenza giurisdizionale⁵⁰, con tutte le conseguenti incertezze.

La seconda ragione è che, col mutare dello Stato competente, mutano anche le norme processuali cui ricorrere nei singoli casi concreti, a partire dalle norme in materia di prove, nomina degli esperti, misure coercitive⁵¹; e mutano anche le norme relative ai

⁴⁶ Cfr., in particolare, art. 27 reg. EPPO che attribuisce all'EPPO il diritto di avocare i casi comunicati dalle autorità degli Stati membri competenti ai sensi del diritto nazionale. cfr. altresì art. 34 reg. EPPO *Rinvii e trasferimenti di procedimenti alle autorità nazionali*. Ai sensi dell'art. 10 reg. EPPO le Camere permanenti possono rinviare un caso alle autorità nazionali a norma dell'articolo 34, par. 1, 2, 3 e 6.

⁴⁷ Cfr. il comma 5 dell'art. 26 reg. EPPO *Avvio delle indagini e ripartizione delle competenze all'interno dell'EPPO*.

⁴⁸ Un esempio per tutti: ai sensi dell'art. 25 comma 2 reg. EPPO, nel caso in cui un reato di competenza EPPO ex art. 22 reg. 2017/1939 abbia comportato un danno per l'Unione inferiore a 10.000 euro, la competenza EPPO è in linea di principio esclusa. EPPO mantiene però la possibilità di esercitarla se "il caso ha ripercussioni a livello dell'Unione che richiedono lo svolgimento di un'indagine da parte dell'EPPO". Appare evidente il coefficiente di discrezionalità insito nella valutazione della sussistenza o meno di "ripercussioni a livello dell'Unione" di un siffatto reato.

⁴⁹ Cfr., *supra*, sub par. 5, *in fine*.

⁵⁰ Cfr., in particolare, H.-H. HERRNFELD in *European Public Prosecutor's Office. Article-by-Article Commentary*, a cura di H.-H. Herrnfeld, D. Brodowski, C. Burchard, Baden-Baden, Oxford, München, 2021, p. 211, par. 30.

⁵¹ Sottolinea che la complessiva disciplina europea dell'EPPO non solo non ha comportato forme anche minime di unificazione delle norme procedurali, ma ha anche ridotto all'estremo gli ambiti di armonizzazione processuale originariamente previsti dalla proposta di regolamento S. ALLEGREZZA, A. MOSNA, *EPPO Cross-Border Criminal Evidence and the Future European Public Prosecutor. One Step Back on Mutual Recognition?*, in *The European Public Prosecutor's Office. The Challenges Ahead*, a cura di L. Bachmaier Winter, Berlin, 2018, p. 152.

reati e alle sanzioni applicabili a tali casi. Con specifico riferimento alle norme di diritto sostanziale, questa situazione si riscontra già rispetto ai reati di cui all'art. 22 comma 1 del regolamento EPPO, il quale rinvia ai reati previsti dalla direttiva PIF *come attuati dalla legislazione nazionale*. Il basso grado di armonizzazione europea dei "reati PIF" richiesto dalla direttiva in questione, infatti, consente ai singoli Stati di configurare i suddetti reati in modo alquanto diverso per quanto concerne sia i loro elementi costitutivi sia le sanzioni applicabili. Un ancora maggior grado di incertezza caratterizza i reati previsti all'art. 22 comma 2 del regolamento EPPO, vale a dire "i reati relativi alla partecipazione a un'organizzazione criminale definiti nella decisione quadro 2008/841/GAI, *quale attuata dal diritto nazionale*"⁵². L'assai modesto livello di armonizzazione preteso da questa decisione quadro implica che le valutazioni in tema di criminalità organizzata possano essere assai diverse dall'uno all'altro Stato UE, anche per quanto concerne il fatto che l'attività criminosa di tale organizzazione criminale sia o meno "incentrata sulla commissione di uno dei reati di cui al paragrafo 1", come appunto richiesto dal summenzionato art. 22 comma 2⁵³. Infine, quanto ai reati demandati alla competenza dell'EPPO in base all'articolo 22 comma 3, il concetto di "altro reato indissolubilmente connesso a una condotta criminosa rientrante nell'ambito di applicazione del paragrafo 1 del presente articolo" è talmente vago da consentire valutazioni assai diverse "da autorità ad autorità, da Stato a Stato e tra Stati membri e l'EPPO"⁵⁴.

In definitiva, per quanto detto, l'attuale disciplina dell'EPPO determina una "geometria variabile" spesso imprevedibile per quanto concerne le norme di diritto penale processuale e sostanziale applicabili ai singoli casi concreti. Questa situazione è il frutto della scelta di non sacrificare la sovranità dello Stato (che, nei timori degli Stati UE, sarebbe stata fortemente intaccata dalla creazione di quello "spazio giuridico unico" previsto dall'art. 18 del *Corpus Juris* e poi ridisegnato al ribasso dall'art. 25 del Progetto di regolamento EPPO del 2013)⁵⁵, nonché di valorizzare al massimo grado il principio di proporzionalità per contenere gli effetti connessi al principio di sussidiarietà⁵⁶. Si tratta, però, di un frutto gravido di ricadute negative sul diritto di difesa e più in generale sulle garanzie degli imputati nel campo dei reati lesivi delle finanze comunitarie e degli ulteriori illeciti penali ad essi correlati.

⁵² Corsivo non testuale.

⁵³ In argomento cfr., tra gli altri, G. GRASSO, R. SICURELLA, F. GIUFFRIDA, *EPPO Material Competence: Analysis of the PIF Directive and Regulation*, in *The European Public Prosecutor's Office at Launch*, a cura di K. Ligeti, M. J. Antunes, F. Giuffrida, Padova, 2020, p. 34.

⁵⁴ V. MITSILEGAS, *European prosecution between cooperation and integration: The European Public Prosecutor's Office and the rule of law*, cit., p. 252

⁵⁵ In quanto – come già ricordato *supra*, sub par. 3, lett. B) – non più caratterizzato da una uniforme normativa penale settoriale.

⁵⁶ Invero, "in ottemperanza al principio di sussidiarietà [previsto all'art. 5 TUE], l'obiettivo di combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione può, a motivo della sua portata e dei suoi effetti, essere conseguito meglio a livello di Unione". Tuttavia, "in ottemperanza al principio di proporzionalità, quale enunciato in tale articolo, il presente regolamento si limita a quanto è necessario per conseguire tali obiettivi e garantisce di incidere sugli ordinamenti giuridici e sulle strutture istituzionali degli Stati membri nella misura più contenuta possibile": *considerando* 12 del reg. EPPO.

6. Le prospettive di evoluzione della Procura europea.

In considerazione delle molte perplessità suscitate dall'attuale disciplina dell'EPPO, verrebbe fatto di domandarsi se sia davvero giustificato l'entusiasmo manifestato da molti commentatori al momento dell'entrata in funzione della Procura europea. Se cioè non sia più plausibile la posizione di quanti focalizzano la loro attenzione sugli attuali difetti della nascente Procura europea o comunque ritengono che la preoccupazione di rispettare le competenze nazionali abbia prevalso sul desiderio della Commissione di conferire un carattere spiccatamente sovranazionale a questo nuovo organo europeo, e che dunque attorno ad esso si sarebbe fatto "molto rumore per nulla"⁵⁷ in quanto, alla fin fine, "i monti avrebbero partorito un topo"⁵⁸.

Personalmente, reputo sia opportuno restare equidistanti rispetto a tali contrapposti schieramenti. In effetti, la complessa regolamentazione dell'EPPO lascia comunque spazio a momenti di discrezionalità che – se sfruttati al meglio – potrebbero consentirgli di ovviare almeno in parte ai suoi segnalati vizi genetici, rendendolo davvero un prezioso strumento di progresso nella lotta alle frodi comunitarie. Ciò vale, in particolare, con riferimento alle già segnalate, verosimili carenze di efficienza, che almeno in parte potrebbero essere superate sul piano della prassi, specialmente se le componenti tanto accentrate quanto decentrate dell'EPPO ne sapranno privilegiare il profilo europeo su quello nazionale.

Viceversa, non è purtroppo lecito sperare che le summenzionate carenze di legalità-prevedibilità causate dalla "geometria variabile" dell'EPPO possano essere superate senza ricorrere a significative riforme di quest'ultimo e delle relative norme di diritto penale sostanziale e processuale. Riforme però possibili all'unica condizione che gli Stati UE riescano a "rendersi conto (...) che, lungi dal minacciare la sovranità nazionale, la Procura europea potrebbe proteggere gli Stati europei"⁵⁹. Solo dunque attraverso il ricorso a regolamenti UE basati sugli artt. 86 e 325 TFUE sarà possibile dare vita nel campo dei "reati PIF" a una giustizia sovranazionale pienamente rispettoso sia dei corollari del principio di legalità sanciti dalla CEDU, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea⁶⁰ e dagli stessi ordinamenti costituzionali nazionali, sia dei diritti fondamentali correlati a tale principio.

⁵⁷ Cfr. emblematicamente, alla vigilia del regolamento EPPO, A. TURMO, *Le parquet européen et la lutte contre la fraude. Beaucoup de bruit pour rien?*, in *La lutte contre la fraude et le droit de l'Union européenne*, a cura di D. Berlin, F. Martucci, F. Picod, Bruxelles, 2017, p. 127 ss.

⁵⁸ ORAZIO, *Ars poetica*, v. 139: "Parturient montes, nascetur ridiculus mus". Cita questo verso con riferimento al varo dell'EPPO E. PERILLO, *Foreword*, in *Shifting Perspectives on the European Public Prosecutor's Office*, Berlin, 2017, p. V.

⁵⁹ M. DELMAS-MARTY, *Le double contexte du règlement instituant le Parquet européen*, cit., p. 624.

⁶⁰ In argomento cfr. già le puntuali osservazioni di J. VERVAELE, [The Material Scope of Competence of the European Public Prosecutor's Office: A Harmonised National Patchwork?](#), in [dirittopenaleeuropeo.it](#), in particolare par. 5.

In ogni caso, occorre riconoscere che, per quanto ostacolato in mille modi, il processo di europeizzazione del diritto penale è stato nel complesso alquanto rapido. È dunque ben possibile che – a prescindere dalle pulsioni sovraniste particolarmente evidenti in taluni Paesi europei – l’attuale configurazione dell’EPPO e del complessivo sistema di norme in cui esso è calato costituisca nient’altro che una fase di passaggio; una fase propedeutica a una maggiore armonizzazione o addirittura a una unificazione giuridica settoriale capace di rendere più agevole l’azione di contrasto ai reati lesivi delle finanze UE condotta dagli operatori del diritto dei Paesi europei, nonché di assicurare risposte punitive e diritti processuali identici per tutti gli autori di tali reati⁶¹.

7. La tendenza dell’EPPO a favorire il ravvicinamento delle procedure penali nazionali.

Sin d’ora, comunque, è verosimile ritenere che la Procura europea si presti a favorire il processo di integrazione penale europea incentivando talune forme di ravvicinamento dei sistemi penali nazionali, specie per quanto concerne lo statuto dei pubblici ministeri e certi tipi di procedure. In particolare, l’art. 6 del regolamento EPPO prevede che tutti i membri di quest’organo agiscano nell’esclusivo interesse dell’Unione europea. Tuttavia, il “doppio cappello” dei procuratori europei delegati fa sì che la loro indipendenza risulti di fatto minacciata quando nei relativi Stati membri tali soggetti risultano controllati dal potere politico. L’esigenza di indipendenza dell’EPPO potrebbe quindi innescare nei suddetti Stati un processo riformistico diretto ad assicurare l’autonomia dei pubblici ministeri. Del pari, è possibile che le pur scarse norme relative alle procedure semplificate previste all’art. 40 del regolamento EPPO possano stimolare gli Stati UE ad armonizzare e generalizzare le forme di accordo preliminare fra pubblico ministero e difesa in merito al riconoscimento della colpevolezza dell’imputato e all’entità della relativa pena. Ancora, è verosimile che gli ostacoli frapposti dalle diverse discipline probatorie nazionali rispetto alla valutazione da parte dei tribunali dei Paesi UE delle prove fornite dalla Procura europea in merito ai “reati PIF” possano favorire riforme tese ad attenuare le differenze tra i diversi ordinamenti nazionali circa l’ammissibilità e l’utilizzabilità delle prove formate negli altri Stati membri.

Per intanto, è un fatto che nel momento stesso in cui l’EPPO è diventato operativo, è stato finalmente dato rilievo all’annoso problema delle differenti prerogative dei pubblici ministeri su scala europea⁶². Una soddisfacente soluzione di questo problema renderebbe certo meno ostico estendere la competenza dell’EPPO al campo del terrorismo ed eventualmente anche ad altre tipologie di crimini gravi, quali

⁶¹ Al riguardo cfr. già, per tutti, J. MONAR, *Eurojust and the European Public Prosecutor Perspective: From Cooperation to Integration in EU Criminal Justice?*, in *Perspectives on European Politics and Society*, 2013, p. 340 ss.

⁶² In Italia, ad esempio, una intera sezione del fascicolo 2/2021 della rivista *Questione giustizia*, intitolato *Pubblico ministero e Stato di diritto in Europa*, è dedicata al tema del *Monitoraggio sovranazionale e armonizzazione della funzione requirente nella difesa dello Stato di diritto* (p. 66 ss.).

ad esempio quelli in materia di ambiente; oppure renderebbe meno ostico dare vita a ulteriori Procure europee competenti in tali ambiti. Riforme, queste, in linea con le proposte avanzate nel quadro di alcune importanti iniziative europee⁶³, nonché in perfetta sintonia con le indicazioni provenienti dalle stesse istituzioni europee⁶⁴ e con gli auspici di soggetti politici alla guida anche di Stati UE assai sensibili al tema della sovranità nazionale⁶⁵; riforme che, pur con diverse sfumature, potrebbero portare a ulteriori sviluppi l'idea mirabilmente concepita da Mireille Delmas-Marty un quarto di secolo fa.

8. Una banale riflessione e un auspicio a mo' di conclusione.

Come si è visto, la creazione dell'EPPO muove dall'idea di introdurre un organo accusatorio unificato a livello europeo destinato a interfacciarsi con i tradizionali organi giudiziari a carattere nazionale. Si tratta di una idea dotata di una portata rivoluzionaria non troppo diversa, in fondo, da quella propria delle più note ed emblematiche invenzioni della modernità.

Ora, il minimo denominatore comune di quasi tutte queste invenzioni è costituito dal loro difficilissimo rodaggio e dal loro lento e faticoso affinamento. Basti pensare, per limitarsi a talune delle più emblematiche invenzioni della seconda rivoluzione industriale, all'automobile e all'aeroplano.

Gli sviluppi dell'auto, come ben noto, sono andati nelle più diverse direzioni, già a partire dal tipo di motore utilizzato. Ma ognuno di questi motori, sia che fosse a gas, o a vapore, o a scoppio, o elettrico, o di altro tipo, ancora non garantiva certo alle prime auto che lo montavano una efficienza maggiore e problemi minori di quelli riscontrabili in un tradizionale carro a trazione animale.

Quanto poi agli aerei, tutti sanno quanto sia stata pagata a caro prezzo la pretesa di sollevare da terra e spostare nell'aria un mezzo più pesante di quest'ultima; senza contare che, per un certo periodo di tempo, i viaggi in treno sono stati non solo più sicuri, ma persino più veloci di quelli effettuati sulle macchine volanti via via sperimentate tra le perplessità dei più.

Ora, sarebbe ovviamente insensato ipotizzare che il rodaggio della Procura europea debba comportare – specie per chi da essa viene messo sotto accusa – rischi e inconvenienti anche solo lontanamente paragonabili, *mutatis mutandis*, a quelli cui si esponevano i primi piloti dei mezzi a motore. Ma è altrettanto insensato pretendere che

⁶³ Cfr., in particolare, [Renforcer la justice climatique européenne et créer un parquet environnemental européen](#), proposta avanzata nell'ambito della Conferenza sul futuro dell'Europa, in [futureu.europa.eu](#).

⁶⁴ Cfr. la Comunicazione della Commissione Europea “Un'Europa che protegge: un'iniziativa per estendere le competenze della Procura Europea (EPPO) ai reati di terrorismo transfrontaliero”, 12 settembre 2018, COM (2018) 641 final.

⁶⁵ Cfr., ad esempio, quanto affermato da presidente della Repubblica francese Macron in un suo celebre discorso dell'autunno 2017: *Les principales propositions d'Emmanuel Macron pour relancer le projet européen*, in *Le Monde*, 27 settembre 2017.

tale nuovo organo nasca, come Minerva dalla testa di Giove, già in tutto e per tutto attrezzato, pronto a svolgere ineccepibilmente i suoi difficilissimi compiti.

Ciò che appare veramente importante è che i “difetti di gioventù” dell’EPPO (in parte inevitabili e in parte, come si è visto, frutto di reticenze a sfondo autarchico) non inducano i giuristi a invocare l’abolizione; e che gli Stati UE non abbiano il timore che l’evoluzione di tale organo, necessaria ad innalzarne il livello di efficacia e al contempo di legalità, comprometta le loro prerogative sovrane in materia penale.

Per accogliere l’EPPO nel giusto modo bisogna concentrarsi sull’essenziale: ai fini di una efficace attività di contrasto alla criminalità transnazionale, e in particolare alle frodi comunitarie, nell’Europa senza frontiere non bastano le procure nazionali e gli attuali, imperfetti meccanismi di cooperazione giudiziaria. In definitiva, dunque, non esistono alternative valide all’EPPO; ciò, quantomeno, ove realisticamente si escluda un generale processo riformistico volto a realizzare in tempi rapidissimi un macroscopico miglioramento di tali meccanismi.

Occorre pertanto guardare costruttivamente in avanti cercando di risolvere volta a volta, attraverso la prassi e le leggi, i problemi posti dall’EPPO. Così, del resto, si è fatto con l’auto e l’aereo: sono state loro apportate continue migliorie, sono state costruite strade e piste di atterraggio consone all’evoluzione di questi mezzi, sono stati migliorati i quadri normativi di riferimento. I viaggi sono divenuti non solo più rapidi ma anche più sicuri, e ormai nessuno rimpiange più le diligenze.