

Noterelle sparse sulla teoria dei contro-limiti, sul Procuratore europeo, sulla Carta dei diritti fondamentali e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e sullo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia

Relazione rivista dall'autore

Ezio Perillo

Giudice del Tribunale della Funzione Pubblica dell'Unione europea

L'Autore svolge un'approfondita analisi sulla teoria dei contro-limiti. Richiamando il recente caso Michaud della Corte di Strasburgo, compie una riflessione sui rapporti CEDU/UE e sul principio di equivalenza nella protezione dei diritti fondamentali. Prima di passare ad affrontare le questioni legate all'istituzione del Procuratore europeo, l'Autore si sofferma sul rapporto OLAF-diritti fondamentali e sul controllo degli atti posti in essere da tale organo. L'Autore infine si dimostra favorevole all'istituzione di un tribunale europeo ad hoc con la funzione di tutela e di controllo nei confronti degli atti di indagine posti in essere dal Procuratore europeo.

Come vorrebbero la parola e il significato di “discussant”, sono chiamato a giocare qui il ruolo, si potrebbe dire socratico, di colui che provoca il “dialogo”, o se si vuole, del “maieutico”. Un compito, peraltro, che bene si attaglia al tema oggi all'ordine del giorno. E lo farò ovviamente ricordando che intervengo a titolo personale e non quindi nella mia qualità di giudice europeo.

Comincerò anzitutto col rispondere, fuori dallo schema previsto per il mio intervento, all'interessante questione sollevata dalla Presidente Elena Paciotti e da Vladimiro Zagrebelsky sulla c.d. teoria dei contro-limiti. Seguiranno poi, secondo quanto mi è stato richiesto, alcune osservazioni sul ruolo che il Trattato di Lisbona ha affidato all'istituendo Procuratore europeo, le cui funzioni sono al centro dell'odierno dibattito istituzionale e dottrinale sullo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

In merito allora al primo punto, va premesso che la detta teoria dei contro-limiti presenta effetti diversi secondo che essa venga riferita alle disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) o alle norme che scaturiscono dall'ordinamento dell'Unione europea, in quanto norme adottate dalle sue istituzioni nell'esercizio dello loro competenze.

Sotto il primo profilo, ricordo che la CEDU è un tipico atto di diritto interna-

zionale il cui contenuto pattizio non comporta nessun trasferimento di sovranità a favore di istituzioni sovranazionali che diano a loro volta vita ad un ordinamento giuridico distinto da quello di ciascuno degli Stati che vi aderiscono. Le norme della Convenzione di Roma, analoghe in buona sostanza e in molti casi a quelle già esistenti nei singoli ordinamenti degli Stati che ne fanno parte, sono infatti norme "esterne" a quest'ultimi (proprio perché di carattere pattizio), e in questo senso "naturalmente sussidiarie", perché intervengono solo in aggiunta a quelle interne e solo nel caso in cui quest'ultime non abbiano già provveduto ad assicurare la corrispondente tutela. Queste essendo le caratteristiche delle norme CEDU, ne consegue che dette disposizioni non possono avere l'effetto (primo contro-limite) di rendere *ipso jure* inoperanti le norme nazionali eventualmente con esse incompatibili - e che il giudice nazionale è invece tenuto ad applicare -, a meno che tale giudice non sollevi (secondo contro-limite) un dubbio di costituzionalità della norma nazionale davanti alla Corte costituzionale.

Diversa è invece la situazione rispetto alle norme delle istituzioni dell'Unione europea.

Va detto anzitutto che l'Unione Europea, come le diverse Comunità che l'hanno preceduta nel tempo, è un "vero" ordinamento giuridico che, per le sue origini politico-istituzionali e per le sue finalità, non è stato concepito come un "complesso normativo", esterno agli Stati che lo compongono e che si sarebbe dovuto aggiungere agli arsenali normativi già esistenti in quest'ultimi, bensì come un ordinamento giuridico autonomo e al tempo stesso comune agli Stati di esso fondatori. Un ordinamento, perciò, destinato ad "integrarsi" sempre più con quest'ultimi, nel quadro di un nuovo e progressivo riparto di competenze normative, giurisdizionali e amministrative, rispetto al quale le norme giuridiche dell'uno (ordinamento dell'Unione) hanno carattere prevalente su quelle degli ordinamenti ad esso interni (Stati membri). Norme quindi, quelle scaturite dall'ordinamento dell'Unione, non pattizie, come quelle della CEDU, ma "comunitarie", che oltre ad essere, come detto, prevalenti (per il principio della "*primauté*" del diritto dell'Unione: vedi sentenza Costa/Enel), possono anche attribuire, nelle materie divenute di competenza dell'Unione, diritti e obblighi soggettivi che entrano in quanto tali direttamente a far parte del patrimonio giuridico di ciascuno dei cittadini di detti Stati, diritti soggettivi che i giudici nazionali sono tenuti in ogni caso a salvaguardare, (per il principio dell'"*efficacia diretta*" del diritto dell'Unione: vedi sentenza Van Gend & Loos), con il solo vincolo, se del caso, dell'intervento pregiudiziale della Corte di giustizia.

L'applicazione della teoria dei contro-limiti a questo nuovo contesto ordinamentale, potremmo dire di "integrazione rafforzata a seguito di progressive cessioni di sovranità", appare, allora, come un esercizio teorico o se si vuole un'affermazione in "contro ... senso", soprattutto dopo l'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali, i cui precetti di garanzia vincolano direttamente tutte le istituzioni dell'Unione siano esse politiche, legislative, amministrative o giurisdizionali.

Invero, dal momento in cui, per attribuire all'Unione nuove responsabilità legislative o di governo (o rafforzare quelle che già da tempo essa assume), gli Stati membri cedono parte delle loro competenze sovrane a istituzioni loro comuni -

competenze che quest'ultime esercitano almeno con lo stesso *quantum* di sovranità di cui godevano le istituzioni degli Stati membri prima di dette cessioni -, si è in realtà creato un preciso limite proprio all'azione autonoma e individuale di ciascuno Stato membro. E se così è, non si possono allora reintrodurre successivamente, attraverso peraltro prese di posizione giurisprudenziali solo di taluni degli Stati membri, dei "contro-limiti" all'efficacia, in sede nazionale, delle norme dell'Unione, perché, come disse, nel 1964, la Corte di giustizia nella sentenza *Costa/Enel*, le materie nazionali di cui si tratta sono state cedute all'Unione e alle sue istituzioni "in via definitiva", o con la ferma intenzione che così dovesse essere. Né ci si può poi, per così dire, "pentire" di aver effettuato dette cessioni e contrapporre loro un successivo controllo giurisdizionale nazionale di merito sugli atti di un ordinamento così voluto, proprio perché, per dirla con la forza poetica di Dante: "né pentere e voler insieme puossi per la contraddizion che nol consente".

È peraltro evidente che le norme dell'Unione, proprio perché prevalenti su quelle interne e suscettibili di avere efficacia diretta, non sono esenti (e mai lo sono state) da un controllo giurisdizionale di legalità. Le istituzioni dell'Unione che, nell'esercizio delle competenze loro cedute, non rispettassero determinate regole fondamentali cui sono invece tenute (ad esempio, legiferando, per usare un neologismo, "ultra ceduta" o in violazione di principi fondamentali), non sono *legibus solutae*. Anzi, proprio a tal fine gli Stati fondatori, introducendo forse uno dei segni che più fortemente contraddistinsero la Comunità dalle tradizionali forme delle organizzazioni intergovernative di quei tempi, affidarono tale compito alla Corte di giustizia, cioè ad un giudice che è funzionale proprio a detto nuovo ordinamento, in quanto assicura, *erga omnes*, "il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati" (art.19 TUE).

Certo, con questo non intendo dire che i Trattati abbiano voluto escludere ogni possibilità d'intervento della giurisdizione costituzionale di questo o quello Stato membro in materia di applicazione del diritto dell'Unione. Detta possibilità, tuttavia, non opera come "contro-limite" all'efficacia delle norme europee, ma semmai come "valore-aggiunto" all'attività di controllo sulla validità (o compatibilità) di dette norme, affidata in via primaria alla Corte di giustizia. Purché, beninteso, detta Corte sia stata debitamente investita di questa funzione vuoi direttamente (tramite ricorso da parte di chi ne ha diritto, gli Stati membri *in primis*), vuoi attraverso il meccanismo del rinvio pregiudiziale da parte del giudice nazionale (quello costituzionale incluso) chiamato ad applicare una norma europea della cui validità egli dubiti. Un "valore-aggiunto", peraltro, che, dopo il riconoscimento della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione diventa meno significativo, proprio in ragione della diretta vincolatività delle disposizioni di detta Carta nei confronti di tutte le istituzioni, organi e organismi dell'Unione.

Chiudo così questa prima "notarella socratica", ricordando che comunque, in virtù dell'attuale articolo 4 del Trattato di Lisbona, "l'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale". Orbene, nell'introdurre questa nuova disposizione, gli Stati membri dell'Unione, che dei Trattati europei sono appunto gli autori ma non anche gli esclusivi detentori, hanno voluto espressamente imporre

all'Unione l'obbligo di rispettare, in qualunque fase dell'esercizio delle sue competenze, l'identità politica e "costituzionale" propria a ciascuno degli Stati membri che la compongono. Un obbligo che spetta ovviamente alla Corte di giustizia osservare e far osservare.

Vengo ora al tema del Procuratore europeo. Dico subito che, a mio parere, si tratta, almeno sul piano del diritto dell'Unione a me più familiare, di un organo (A) "europeo", (B) di carattere giurisdizionale (e quindi indipendente da vincoli legislativi nazionali e autonomo, nel senso che la sua azione rileva del solo ordinamento dell'Unione), e che il Trattato configura (C) come il solo mezzo possibile - a dimensione europea - per "*individuare, perseguire e rinviare a giudizio*", davanti ai competenti organi giurisdizionali nazionali, "*gli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, quali definiti [i reati] dal regolamento ...*" che istituisce appunto detto organo (art. 86 TFUE)¹.

Ciò detto, una consistente dottrina, soprattutto penalistica, afferma che per poter procedere all'istituzione di un Procuratore europeo occorre anzitutto che ve ne sia la necessità e che quindi, fintantoché tale necessità non sia stata provata (il che, ricordo, avviene essenzialmente in sede di esame del principio di sussidiarietà, in primo luogo da parte della Commissione e, in secondo luogo, da parte dei parlamenti nazionali), non mette conto parlare di tale organo. Comunque sia, - si osserva ancora -, l'Unione non dispone, allo stato attuale del suo diritto, di una competenza penale diretta, cioè di una competenza che, al pari di quella dei legislatori nazionali, venga esercitata nel rispetto di quei requisiti minimi di legittimità democratica indispensabili per poter adottare una norma punitiva, a cominciare dal principio cardine di qualunque sistema di diritto penale, quello per cui *nullum crimen et nulla poena sine lege*. Ne consegue, secondo questa corrente di pensiero, che il Procuratore europeo non potrebbe essere chiamato che ad "inter-agire" con i diversi Procuratori degli Stati membri, posto che l'Unione non può definire dei reati né adottare norme punitive europee. Ma, allora, come rispondere poi all'obiezione spontanea che vuole che, per poter far effettivamente fronte a detti fenomeni criminosi, l'esercizio di un'autonoma azione penale a dimensione europea (cioè "sovra-nazionale") risulta essere il solo mezzo adeguato?

Ritengo, comunque, che ci sia forse qui, a questo riguardo, un malinteso di fondo. Il Procuratore europeo non è un obiettivo dell'Unione, bensì il mezzo europeo (e, secondo il trattato di Lisbona, il solo mezzo) di cui può avvalersi l'Unione per realizzare l'obiettivo di lottare contro la criminalità finanziaria europea, quella appunto di coloro che commettono "reati europei" lesivi degli interessi finanziari dell'Unione, quei reati, cioè, che dovranno essere definiti dal regolamento di cui

¹ L'articolo 86 TFUE così dispone :

1. Per combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo una procedura legislativa speciale, può istituire una Procura europea a partire da Eurojust. Il Consiglio delibera all'unanimità, previa approvazione del Parlamento europeo. [...]
2. La Procura europea è competente per individuare, perseguire e rinviare a giudizio, eventualmente in collegamento con Europol, gli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, quali definiti dal regolamento previsto nel paragrafo 1, e i loro complici. Essa esercita l'azione penale per tali reati dinanzi agli organi giurisdizionali competenti degli Stati membri."

al citato articolo 86 par. 2, TFUE e che per dimensione, organizzazione e gravità non possono ovviamente coincidere, alla lettera, con quelli nazionali già esistenti.

Per dirla in latino, la Procura europea, in quanto unico organo cui gli Stati membri hanno affidato il compito di combattere la criminalità finanziaria e fiscale europea, è un organo giurisdizionale indubbiamente *certus an*, per quanto riguarda la configurazione, il ruolo e le competenze quali già definite nel testo dell'articolo 86 TFUE, ma attualmente ancora *incertus quando*, relativamente cioè al momento della sua effettiva operatività, momento legato infatti all'adozione, da parte delle istituzioni europee competenti, del regolamento sulle sue modalità di funzionamento.

La scelta di creare questo specifico organo, e non altri o con altre forme organizzative, appare quindi, allo stato delle cose, non più discutibile. La circostanza poi che l'articolo 86 TFUE affermi che per combattere detta criminalità europea il Consiglio "può istituire una Procura europea a partire da Eurojust" (organo che, com'è noto esiste già dal febbraio 2002 e che ai sensi dell'articolo 85 TFUE non esercita alcuna azione penale autonoma ma si limita solo a sostenere e potenziare il coordinamento e la cooperazione tra le diverse autorità investigative nazionali), non significa che il Consiglio goda al riguardo di una piena discrezionalità, la quale sarebbe comunque sindacabile direttamente dal Parlamento europeo e dalla Corte dei conti, quale istituzione europea chiamata, tra le altre competenze, ad assistere il Parlamento e il Consiglio, proprio quando dette istituzioni adottano, in forza dell'articolo 325 par. 4 TFUE, "le misure necessarie nei settori della prevenzione e lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione").

In termini di processo legislativo europeo, detta "possibilità" significa, se mai, che dal momento in cui è provato che gli interessi finanziari dell'Unione sono effettivamente pregiudicati da fenomeni fraudolenti transfrontalieri (il che è peraltro assodato da tempo), alla Commissione europea, quale istituzione cui l'articolo 17 TUE affida il compito di presentare la proposta di ogni atto legislativo dell'Unione, non resta che sottoporre al Consiglio la bozza di regolamento ex art. 86 TFUE, e allo stesso Consiglio di proseguire poi il corrispondente iter legislativo speciale adottando il previsto regolamento, previa comunque approvazione da parte del Parlamento.

Passo ora a tre brevi spigolature sui seguenti temi. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la Carta dei diritti fondamentali: quando la Corte di Strasburgo bacchetta una suprema giurisdizione nazionale per non aver osservato l'obbligo di rinvio alla Corte di Lussemburgo. La seconda: OLAF e diritti fondamentali. La terza: la Procura europea e lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

CEDU e Unione europea. Vorrei al riguardo segnalare una recentissima sentenza della Corte di Strasburgo del 6 dicembre 2012, nella causa "Michaud/France" (affaire 12323/11). L'avvocato Michaud, ricorrente in detta causa, aveva contestato, per violazione dell'articolo 8 CEDU (quello relativo alla tutela della vita privata e in particolare alla tutela della riservatezza nella corrispondenza), un provvedimento legislativo francese che imponeva agli avvocati l'obbligo di denunciare alle autorità nazionali o europee competenti (ad esempio OLAF), dubbie operazioni finanziarie compiute dal loro cliente, perché in odore di riciclaggio. Detta norma, peraltro, era stata adottata dal legislatore transalpino

in attuazione della direttiva europea n. 60 del 2005, sulla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo. Nell'adire in ultima istanza il Conseil d'État, l'avvocato Michaud chiederà a questa suprema giurisdizione amministrativa di rinviare alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale, volta a sapere se detta norma francese fosse compatibile con le prevalenti norme dell'ordinamento dell'Unione e in particolare con la Carta dei diritti fondamentali che, nel frattempo, in forza dell'articolo 6 TFUE, aveva assunto lo stesso valore giuridico dei trattati UE.

Il Consiglio di Stato francese respingerà il ricorso, ritenendo che la prescrizione in questione, pur in contrasto con l'obbligo al segreto professionale cui l'avvocato è tenuto nei confronti del suo cliente, era giustificata dall'evidente, superiore esigenza di difesa dell'ordine pubblico e, in particolare, dalla prevenzione di crimini, come quello a dimensione transnazionale, del riciclaggio di denaro (attività che, ricordo, è oggi uno dei "crimini europei" previsti specificatamente dall'articolo 83 TFUE²). Il Conseil d'État non chiederà tuttavia lumi alla Corte di giustizia, pur avendone l'obbligo in quanto giudice di ultima istanza (art. 267 TFUE).

La Corte di Strasburgo, adita successivamente dall'avvocato Michaud, confermerà, per quanto riguarda la compatibilità della norma francese con i parametri della CEDU, il verdetto del Consiglio di Stato francese, sulla base peraltro delle stesse considerazioni di ordine pubblico fatte valere da quest'ultimo. Per giungere a tale conclusione, però, la Corte riterrà necessario affrontare, in particolare, la questione del se la cosiddetta "presunzione di protezione equivalente", tra norme CEDU e corrispondenti norme UE, fosse nel caso di specie applicabile (v. sentenza *Bosphorus c/Irlanda* del 30/06/2005, causa 45036/98). A tal riguardo, trattandosi non di un regolamento, come nel caso *Bosphorus*, bensì di una direttiva europea (cioè di un atto che vincola ciascuno Stato membro per quanto riguarda il risultato da raggiungere ma che lascia loro la libertà di scegliere i mezzi e le forme più consono per attuarlo), la Corte di Strasburgo osserverà anzitutto che non essendoci stata da parte della Corte di giustizia alcuna verifica, né diretta né incidentale, sulla compatibilità dell'obbligo francese di delazione rispetto al diritto dell'Unione, non poteva scattare la presunzione di equivalenza di cui si è detto e che quindi essa era tenuta a verificare se detta norma francese (proprio perché presa in attuazione di una direttiva che, diversamente da un regolamento, lascia agli Stati un certo margine di discrezionalità legislativa) fosse o no compatibile con gli *standards* della Convenzione. E concludendo positivamente, come già detto, con l'affermazione di compatibilità di detta norma con l'articolo 8 CEDU.

La Corte dei diritti dell'uomo non risparmiará, tuttavia, severe critiche all'indirizzo del Consiglio di Stato transalpino, colpevole di non aver ottemperato al-

2 L'articolo 83 TFUE, così dispone: " 1. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfera di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni.

Dette sfere di criminalità sono le seguenti: terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata".

l'obbligo di rinviare alla Corte di giustizia dell'Unione.

Ciò detto - ed è qui il punto -, la compatibilità della citata norma francese, così come sancita dalla Corte di Strasburgo, opera solo con riferimento ai parametri della Convenzione di Roma e nell'ambito degli ordinamenti nazionali che ad essa hanno aderito, non potendo tale giudizio valere invece, automaticamente, anche nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione, quest'ultima non essendo infatti parte della detta Convenzione di Roma. La Corte CEDU preciserà inoltre che, proprio a causa del mancato rinvio alla Corte UE da parte del Conseil d'État, non c'erano comunque le condizioni per avvalersi della presunzione di equivalenza.

Insomma, una vicenda giudiziaria dai toni decisamente in chiaro-scuro, dove una Corte suprema nazionale, forse nell'intento di fare presto e bene, decide di non rispettare i propri obblighi di origine comunitaria e di non rinviare alla Corte di Lussemburgo una questione peraltro nuova e decisiva per la corretta soluzione della causa in termini comunitari, mettendo così la Corte di Strasburgo, l'ultima *thule* giurisdizionale in materia di diritti fondamentali, nella non simpatica posizione di dover censurare - lei, che voce non ha nel campo del diritto dell'Unione - il comportamento anti-comunitario di un supremo giudice nazionale.

Sul piano di quest'ultimo diritto, invece, la vicenda "Michaud" offre lo spunto per rinnovare, una volta di più, il seguente insegnamento: in caso di dubbio sulla portata o la validità di una norma europea, dalla cui applicazione dipende la soluzione di una controversia davanti ad essi pendente, i giudici degli Stati membri, quali giudici comunitari chiamati per primi a tutelare i diritti soggettivi che il diritto dell'Unione garantisce ai singoli, hanno e avranno sempre interesse a rinviare alla Corte di giustizia (anche quando non vi siano tenuti) la corrispondente questione pregiudiziale, soprattutto quando è in gioco la tutela di un diritto fondamentale previsto dalla Carta. Invero, quanto prima la Corte di giustizia interviene in una situazione analoga a quella della vicenda "Michaud", tanto prima tutti i giudici nazionali conosceranno l'esatta interpretazione e portata della norma europea di cui si tratta, come pure tanto prima verrà riconosciuta, se del caso, alla norma nazionale che dà attuazione alla relativa direttiva europea, una piena compatibilità comunitaria. Stante l'efficacia *erga omnes* delle sentenze pregiudiziali della Corte, un tale riconoscimento varrà infatti in tutti gli ordinamenti degli Stati membri che, in attuazione della stessa direttiva, avranno adottato norme nazionali analoghe.

D'altra parte, ci si potrebbe ancora socraticamente chiedere: cosa succederebbe se il giudice di ultima istanza, oltre a non rinviare la questione alla Corte di Lussemburgo, violasse con la stessa sentenza uno dei diritti fondamentali della Carta? La sentenza di ultima istanza così pronunciata godrebbe comunque dell'autorità della cosa giudicata anche nell'ordinamento dell'Unione? Se ad esempio la Corte di giustizia dovesse successivamente conoscere di questa sentenza (in quanto adita, in via pregiudiziale, dal giudice nazionale davanti al quale è stata avviata un'azione di responsabilità nei confronti dello Stato per violazione del diritto dell'Unione da parte del giudice di ultima istanza che l'ha pronunciata), e in tale sede pregiudiziale accertasse che detta sentenza nazionale ha anche violato un diritto fondamentale della Carta (ad esempio quello di cui all'articolo 47 di detta fonte, e cioè il diritto di ogni persona "a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipen-

dente e imparziale ... (imparziale ovviamente anche sotto il profilo del rispetto degli obblighi comunitari che lo riguardano), quale sarebbe il suo verdetto in merito all'autorità della cosa giudicata di detta sentenza nell'ordinamento dell'Unione? Confermerebbe la Corte la linea giurisprudenziale inaugurata con la sentenza *Köbler*, quella per cui l'autorità della cosa giudicata nazionale, anche se contraria al diritto dell'Unione, va comunque rispettata e non è quindi rivedibile, ma è semmai fonte di responsabilità patrimoniale a carico dello Stato membro cui il giudice appartiene? Il denaro, in definitiva, può essere davvero la misura di tutte le cose, potendosi cioè sostituire anche all'osservanza di un diritto fondamentale che il giudice competente può invece ancora far rispettare?

Lasciando volutamente aperti questi interrogativi, passo ora alla seconda delle mie spigolature: OLAF e diritti fondamentali.

Un anno fa scoppiava alla Commissione europea il caso *Dalli*, il commissario maltese responsabile per la tutela della salute e dei diritti dei consumatori, sospettato di aver accettato del denaro allo scopo di influenzare il procedimento legislativo di riforma di una direttiva fondamentale per le società operanti nel settore manifatturiero delle sigarette, la direttiva detta appunto "tabacco". Ebbene, il Presidente della Commissione incaricherà OLAF di fare un rapporto dettagliato al riguardo, per accertare l'effettiva consistenza dei fatti denunciati dalla stampa. OLAF trasmetterà il suo rapporto confidenziale non solo alla Commissione ma, trattandosi di fattispecie penali, anche alla Procura generale di Malta, che aprirà a sua volta un'inchiesta a carico del signor Dalli. Nel frattempo, la stampa britannica s'impadroniva del rapporto confidenziale di OLAF, esprimendo critiche severe nei confronti di tale organo inquirente, accusato di violare i diritti fondamentali del commissario, anzitutto quello di difesa. Travolto comunque dai sospetti e dalla piega presa dalla vicenda, il signor Dalli si dimetterà dal suo incarico.

Non intendo qui entrare nelle pieghe processuali della vicenda, ma da socratico "discussant", mi chiedo: chi controlla gli atti di OLAF?

L'attuale normativa applicabile affida detto compito ad un Comitato di sorveglianza interno alla Commissione, composto da autorevoli giuristi e amministratori pubblici che, invero, hanno già più volte sollevato l'esigenza di rafforzare questa funzione di controllo, soprattutto nel senso di darle una configurazione giurisdizionale, esterna e indipendente, e non semplicemente endo-amministrativa come l'attuale. I fatti appena narrati sembrano peraltro dare ragione a detto Comitato e molto resta ancora da fare in materia. Chi controllerà, ad esempio, domani gli atti del Procuratore europeo?

L'articolo 86 TFUE, al riguardo, non dice nulla. Negli ambienti europei interessati (quelli della Commissione come pure quelli dei vari gruppi di lavoro e altre istanze coinvolte nella preparazione della proposta del regolamento istitutivo del Procuratore europeo, proposta data oggi per imminente), la prospettiva sembra quella di affidare tale controllo alle competenti autorità giurisdizionali nazionali, in una logica di prossimità al territorio dove l'azione inquisitiva del Procuratore europeo si svolge, e forse anche in una logica di sussidiarietà.

Osservo, tuttavia, che l'azione penale del Procuratore europeo, proprio perché riferita a nuove fattispecie criminose "europee", non potrà che essere a sua volta "europea" (superando così l'attuale limite di cui all'articolo 85 TFUE in cui, a pro-

posito di Eurojust, si parla ancora di “azione penale su basi comuni” agli Stati dove si è svolta l’attività delittuosa, e quindi di un’azione penale ancora di tipo inter-statale), e svolgersi “a tutto campo”, e cioè in tutti quei diversi Stati membri dove di fatto viene inferto, o attraverso i quali passa, l’attacco agli interessi finanziari dell’Unione.

Ora, se così è, la prospettiva di obbligare il Procuratore europeo a giustificare la legalità delle sue misure inquisitive davanti a tanti organi giurisdizionali quanti sono gli Stati membri in cui tali misure dovrebbero eseguirsi, appare poco idonea alle imprescindibili esigenze di efficacia e simultaneità che devono essere garantite a detta azione (le stesse esigenze, peraltro, che caratterizzano l’azione investigativa di OLAF che, per quanto riguarda la portata dei suoi atti, si avvale, pur nei limiti di cui si è appena detto, del controllo di un solo organo, comunque non nazionale). Da qui l’alternativa di dar vita ad una specifica giurisdizione “europea”, cui affidare appunto la funzione di tutela e di controllo nei confronti di tutti gli atti di indagine “europei” posti in essere dal detto Procuratore.

Ma quale giurisdizione? La Corte di giustizia, il Tribunale dell’Unione o un istituendo giudice *ad hoc*? La Corte di Giustizia è una giurisdizione suprema il cui ruolo non sembra per questo funzionale alle esigenze di controllo di cui si tratta. Altrettanto potrebbe dirsi rispetto alle importanti ed eterogenee competenze del Tribunale dell’Unione, che non è stato consegnato per potersi fare carico di un contenzioso che richiede rapide capacità di risposta.

Una scelta più consona a dette esigenze potrebbe allora essere quella dell’istituzione di un tribunale *ad hoc*, sul modello ad esempio dell’attuale Tribunale della funzione pubblica dell’Unione europea, il primo e per il momento il solo tribunale creato sulla base dell’articolo 257 TFUE. Nel caso di specie, però, trattandosi di giudizi di compatibilità europea su atti di natura penale il cui contenuto potrebbe poi mettere capo ad un’eventuale decisione di rinvio dell’autore o degli autori dei reati europei di cui trattasi davanti al giudice nazionale competente, le sentenze di detto Tribunale dovrebbero essere appellabili solo e direttamente in Corte di giustizia, e non davanti al Tribunale dell’Unione com’è invece attualmente previsto dal detto articolo 257 TFUE per le sentenze dei tribunali specializzati. E ciò, al fine di evitare l’insorgere di gravi rischi all’unità o alla coerenza del diritto dell’Unione, soprattutto quando si tratta dell’interpretazione uniforme delle norme penali europee in materia di reati sottoposti alla preventiva azione del Procuratore europeo, o di quelle che disciplinano il funzionamento di tale organo, o infine di quelle, sovrastanti, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione.

Sotto un profilo pratico-funzionale, poi, mi chiedo se non si potrebbe forse considerare l’ipotesi di non istituire da subito, contestualmente all’attivazione del Procuratore europeo, un nuovo organo giurisdizionale, ma di utilizzare in un primo tempo l’attuale Tribunale della funzione pubblica, includendo nell’ambito della sua giurisdizione il controllo sulla validità delle decisioni prese da detto organo inquirente, adeguandone eventualmente la composizione? Le indispensabili, ma minime, modifiche da apportare in tal senso all’attuale testo dell’articolo 257 TFUE non appaiono peraltro un ostacolo dissuasivo.

Infine, l’ultima nota è per lo Spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia. Se si ha la volontà di attuarlo effettivamente, la sua realizzazione potrebbe diventare un

potente fattore d'integrazione tra Stati membri e Unione europea e perciò anche un fattore di cambiamento della fisionomia e del ruolo di quest'ultima, un po' come quello che è avvenuto grazie al formidabile impulso dato al progresso della Comunità economica europea dall'attuazione del mercato unico .

Certo, bisogna volerlo. Oggi, però, i tempi dell'Unione, attraversata da una grave crisi economica che ha dato purtroppo vita a forme di *governance* della stabilità della zona euro esclusivamente intergovernative, non sembrano propizi per un'attiva e progressiva attuazione di detto spazio in termini davvero europei.

Eppure, non si può non vedere come uno spazio unico di sicurezza e giustizia (che, ricordo, esige per la sua realizzazione anche l'adozione di "*misure appropriate per la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima*", art.3 TUE), sia un obiettivo direttamente funzionale e complementare alla realizzazione dell'altro, altrettanto fondamentale obiettivo dell'Unione, quello appunto della stabilità della zona euro.

La stabilità della zona euro diventerebbe invero una chimera se, nel suo territorio, operasse, allo stesso tempo, e crescesse, incontrollata, una libera criminalità finanziaria. Aver scelto, invero, per la salvaguardia della stabilità della zona euro una politica che si avvale esclusivamente di strumenti intergovernativi e dover osservare poi che in questa stessa *euro-land* si svolgono, impunte e impunibili, scorribande di ogni genere criminale contro gli interessi finanziari dell'Unione europea e contro la sua moneta unica, appare una scelta non certo ispirata da una metodologia e da una logica comunitarie. Strumenti intergovernativi, come il potente Meccanismo Europeo di Stabilità, sono per di più, in questo caso, anche strumenti "extracomunitari", non riconducibili cioè neppure ad una struttura del tipo "quarto pilastro", inquadrabile quindi nella cornice comunitaria di detto ordinamento. L'azione affidata al Meccanismo Europeo di Stabilità - creato con l'omonimo accordo intergovernativo concluso tra gli Stati della zona euro e che, a dispetto dell'aggettivo, si considera invece un'istituzione finanziaria "internazionale", è infatti sottratta da qualunque coinvolgimento decisionale della Commissione o della Banca centrale europea.

Non decidere, ad esempio, di procedere all'istituzione del Procuratore europeo, o ritardarne di molto la sua entrata in funzione, per timore che poi un domani tale organo faccia effettivamente e autonomamente il suo dovere a difesa degli interessi finanziari dell'Unione e della sua moneta, significa restare immobili e inerti contro una criminalità organizzata a livello europeo che avanza invece impunemente in un mercato unico dove le sole frontiere esistenti sono paradossalmente proprio quelle, invisibili ma faticosamente valicabili, che il diritto di ciascuno Stato membro frappone all'azione delle sue stesse autorità investigative costrette, per ragioni appunto di sovranità territoriale, ad operare, contro questa criminalità che travalica invece, per portata e organizzazione, la dimensione nazionale, dentro i confini del loro proprio paese, o ad avvalersi tutt'al più dei servizi di coordinamento di Eurojust.

La situazione, insomma, non sembra rosea. Ciò nonostante, mi sia consentito di concludere questo intervento da "discussant" ricordando quanto disse, più di sessanta anni fa, Jean Monnet rivolgendosi a chi nutriva forti perplessità in merito al progetto europeo, considerato per quei tempi troppo integrazionista e sovranista.

zionale: *“Coloro che non vogliono nulla intraprendere perché non sono sicuri che le cose andranno poi come essi hanno deciso all’inizio, sono condannati all’immobilità. Nessuno può dire ancora oggi quale forma avrà l’Europa che noi avremo domani, proprio perché il cambiamento che nascerà dal cambiamento è assolutamente imprevedibile”*.

Monnet, Schuman, De Gasperi e Adenauer andarono avanti, in modo risoluto, sulla strada del metodo comunitario e il “cambiamento” che ne seguì diede loro ampiamente ragione, e oggi ancora.