

LA PROTEZIONE DEI DIRITTI
FONDAMENTALI
E PROCEDURALI
DALLE ESPERIENZE
INVESTIGATIVE DELL'OLAF
ALL'ISTITUZIONE
DEL PROCURATORE
EUROPEO





FONDAZIONE
LELIO E LISLI BASSO ISSOCO



LA PROTEZIONE DEI DIRITTI
FONDAMENTALI
E PROCEDURALI
DALLE ESPERIENZE
INVESTIGATIVE DELL'OLAF
ALL'ISTITUZIONE
DEL PROCURATORE
EUROPEO

A cura di Valentina Bazzocchi

Indice

Introduzione

Valentina Bazzocchi7

I SESSIONE

I diritti fondamentali nell'area europea di giustizia: dall'esperienza dell'OLAF alla prospettiva del Procuratore europeo

Saluti istituzionali

Anna Maria Cancellieri17

Michele Vietti20

Guido Alpa23

Raffaele Sabato25

Viviane Reding27

L'istituzione di una Procura europea: un passo in avanti verso la creazione di un sistema di giustizia non frammentato

Luigi Berlinguer29

Le responsabilità della Commissione per il controllo dei bilanci del Parlamento europeo e il suo rapporto con l'OLAF in vista della creazione del Procuratore europeo

Jens Geier34

Procuratore europeo: ragioni per la sua istituzione e questioni da affrontare

Hans G. Nilsson40

II SESSIONE

La protezione degli interessi dell'Unione europea, le indagini transnazionali e la protezione dei diritti fondamentali nella giurisprudenza europea e nazionale

La tutela dei diritti fondamentali in riferimento a indagini transnazionali nel caso di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea

Yves Bot49

L'istituzione del Procuratore europeo in rapporto alle esigenze dell'equo processo

Vladimiro Zagrebelsky54

Sul bisogno di realizzare la figura del Pubblico Ministero europeo Antonio Cluny	59
La protezione dei diritti fondamentali nella giurisprudenza italiana Ernesto Lupo	67
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 Ezio Perillo	72
L'OLAF, tra potenzialità investigative e limiti normativi (1999-2013) Alberto Perduca	83
 III SESSIONE	
OLAF, il futuro Procuratore europeo, gli altri organismi europei e le autorità giudiziarie nazionali	
Istituzione dell'Ufficio del Procuratore europeo Peter Csonka	91
Eurojust: il ruolo svolto per la lotta alle frodi e la necessaria collaborazione con il futuro Procuratore europeo Francesco Lo Voi	98
Protezione degli interessi finanziari dell'UE: ripartizione di ruoli tra OLAF e futuro Procuratore europeo Andrea Venegoni	103
Le questioni da affrontare per l'istituzione del Procuratore europeo: in particolare, la struttura, la competenza e la tutela dei diritti fondamentali Fritz Zeder	111
La relazione tra OLAF, il futuro EPPO, altri organi europei e le autorità giudiziarie nazionali John A. E. Vervaele	117
Ripartizione delle competenze, controllo giurisdizionale, relazioni con altri organi e con le autorità nazionali: elementi di discussione per il futuro negoziato sulla proposta di regolamento istitutivo del Procuratore europeo Luca De Matteis	123

IV SESSIONE

Le conseguenze dell'istituzione del Procuratore europeo negli Stati membri dell'UE

Controllo giudiziario, ammissibilità delle prove e dei diritti procedurali nei procedimenti dinanzi all'EPPO Zlata Durdevic	131
Lo sviluppo dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel settore penale e le perduranti difficoltà nelle procedure investigative riguardanti più Stati membri Akos Farkas	137
Le conseguenze dell'istituzione della Procura europea negli Stati membri dell'Unione. Profili di diritto penale sostanziale Rosaria Sicurella	143
Centralità della persona e Spazio di libertà, sicurezza e giustizia: il ruolo della Procura europea Nicoletta Parisi	169

V SESSIONE

Le conseguenze dell'istituzione del Procuratore europeo in Italia: indicazioni per la Presidenza italiana dell'UE

Le conseguenze per l'ordinamento italiano derivanti dall'istituzione del Procuratore europeo e la Presidenza italiana dell'UE Valentina Bazzocchi	197
L'istituzione della Procura europea. L'impegno degli avvocati per una formazione che assicuri una difesa effettiva e competente Vincenzo Comi	204
Riflessioni sulla compatibilità con la Costituzione italiana delle norme che regoleranno l'azione del Procuratore europeo Vito Monetti	217
L'impatto culturale e giuridico del Pubblico Ministero europeo (EPPO): l'ottica del sistema italiano Francesca Ruggieri	227

Valentina Bazzocchi

Avvocato, Dottore di Ricerca in Diritto dell'Unione europea e in Droit Public, Università di Bologna, Université de Strasburg

Il volume raccoglie le riflessioni elaborate nel corso della Conferenza internazionale *“La protezione dei diritti fondamentali e procedurali dalle esperienze investigative dell'OLAF all'istituzione del Procuratore europeo”* organizzata dalla Fondazione Lelio e Lisli Basso-Issoco e svoltasi a Roma il 12-14 giugno 2013, grazie al contributo del programma Hercule II dell'OLAF. L'incontro ha avuto l'obiettivo di sensibilizzare gli operatori del diritto (giudici, pubblici ministeri e avvocati), gli studenti di Giurisprudenza, i rappresentanti delle Associazioni per il diritto penale europeo e per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea, i funzionari ministeriali e parlamentari, gli agenti di polizia e i responsabili politici in merito all'istituzione del Procuratore europeo (European Public Prosecutor - EPPO) e al modello da adottare, coinvolgendo nel dibattito giuristi esperti di diritto penale e di procedura penale appartenenti all'accademia, da tempo sensibile al tema, alle Alte Corti europee e nazionali, alle Istituzioni dell'Unione europea, all'avvocatura e alla magistratura.

L'idea di affrontare la questione dell'istituzione del Procuratore europeo nasce dalla proposta di regolamento che la Commissione europea ha annunciato di voler presentare entro l'estate del 2013, dando così attuazione alla previsione contenuta nell'art. 86 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE).

Uno degli aspetti innovativi dell'incontro di Roma sta nell'aver posto l'accento sulla protezione dei diritti fondamentali che deve necessariamente accompagnare la creazione di una Procura europea. Questo aspetto si interseca con l'attuazione della tabella di marcia fissata dal Consiglio¹, che la Commissione europea sta seguendo, attraverso la presentazione di proposte legislative sulle garanzie procedurali nei procedimenti penali. Alcune di esse sono già state adottate², altre, come ha ricordato la Vice-Presidente della Commissione europea, Viviane Reading, nel videomessaggio indirizzato ai lavori della Conferenza, rientrano nelle proposte che la Commissione intende presentare³.

Il tema, la tutela penale degli interessi finanziari comunitari, non è nuovo e prende origine dall'assegnazione di risorse proprie alla Comunità. Ad un primo progetto di modifica del Trattato risalente al 1976⁴ è seguita la Convenzione del 6

1 Tabella di marcia per una migliore tutela di indagati e imputati in procedimenti penali, 11457/09 DROIEN 53 COPEN 120

2 Direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali; Direttiva 2012/13/UE sul diritto all'informazione nei procedimenti penali. Sulla proposta di direttiva sull'accesso all'assistenza legale di un difensore in un procedimento penale è stato recentemente raggiunto un accordo tra Consiglio dell'UE e Parlamento europeo.

3 Tra questi il diritto al gratuito patrocinio, la presunzione di innocenza.

4 Progetto di Trattato recante modifica dei Trattati che istituiscono le Comunità europee, per adottare una normativa comune sulla tutela penale degli interessi finanziari delle Comunità, nonché sulla repressione delle infrazioni alle disposizioni dei Trattati, COM(76)418.

luglio 1995 e relativi protocolli aggiuntivi. Nello stesso periodo, su iniziativa del Parlamento europeo e della Commissione un gruppo di esperti ha avuto il compito di elaborare alcuni principi fondamentali in materia di tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea nel quadro di un spazio giudiziario europeo. I lavori sono confluiti in un'opera, il *Corpus Iuris*⁵, che ha previsto otto reati, con le relative pene, e l'istituzione di una nuova figura, il Pubblico Ministero europeo, inteso come autorità indipendente sia nei confronti delle autorità nazionali che degli organi comunitari, responsabile delle indagini, del rinvio a giudizio e dell'esercizio dell'azione penale su tutto il territorio degli Stati membri dell'UE. L'idea, estremamente innovativa, avrebbe segnato il passaggio dalla cooperazione in materia penale all'integrazione. Non è un caso che sia stata proprio la Commissione, affiancata dal Parlamento europeo, a perseguire tale cambiamento di prospettiva anche tramite la promozione di uno studio sulla fattibilità del *Corpus Iuris*, elaborato da un gruppo di esperti, che ha analizzato l'incidenza che una Procura europea poteva avere sui sistemi nazionali di azione penale⁶.

In occasione del vertice di Tampere, che ha rappresentato un momento fondamentale per lo sviluppo dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, dettandone le priorità e l'agenda politica relativa al quinquennio 2000-2004, i Capi di Stato e di Governo hanno evitato di affrontare la questione riguardante la creazione di un Pubblico Ministero europeo, preferendo sollecitare l'istituzione di Eurojust⁷. La Commissione europea non si è data per vinta e nel parere del 26 gennaio 2000⁸, ha suggerito di inserire nel Trattato una base giuridica che permettesse di istituire un quadro normativo riguardante le infrazioni e le relative sanzioni penali, le disposizioni procedurali necessarie per perseguire tali infrazioni e le disposizioni concernenti le attribuzioni e i compiti di un Procuratore europeo incaricato, per tutto il territorio dell'Unione, di individuare i casi di frode e di perseguirli in giudizio dinanzi alle giurisdizioni nazionali.

In occasione della Conferenza intergovernativa di Nizza del dicembre 2000, la Commissione è tornata sull'argomento⁹, constatando che la Convenzione del '95 e i relativi protocolli, pur rappresentando una conquista importante, non erano

5 *Corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, a cura di M. Delmas-Marty, Economica, Paris, 1997.

6 DELMAS MARTY, R., VERVAELE, S., La mise en oeuvre du Corpus Iuris dans les États membres, Antwerp, 2000. Gli autori del Corpus Iuris hanno infatti cercato di porre le basi per la creazione di un diritto penale e di un diritto processuale penale europei, attraverso la formulazione di otto fattispecie criminose aventi come bene giuridico tutelato gli interessi finanziari della Comunità europea. Per approfondimenti sul Corpus Iuris, cfr. DELMAS MARTY, M., Nécessité, légitimité et faisabilité du Corpus Iuris, in *Agon*, 2000, n. 25, pag. 5 e ss.; DELMAS MARTY, M., VERVAELE, J., La mise en œuvre du Corpus Iuris dans les États membres, Anversa, 2000; GRASSO, G., Il Corpus Iuris: profili generali e prospettive di recepimento nel sistema delle fonti e delle competenze comunitarie, in *Scritti in onore di A. Pavone La Rosa*, vol. II, Giuffrè, 1999, pag. 1811 e ss.; GRASSO, G., Il Corpus Iuris: profili generali e prospettive di recepimento nel sistema delle fonti e delle competenze comunitarie, in PICOTTI, L., Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea, Giuffrè, 1999, pag. 127 e ss.

7 L'idea di istituire un Pubblico Ministero europeo è stata ripresa nel dibattito che ha condotto la Convenzione presieduta da Giscard d'Estaing a redigere il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa. L'art. III-274 prevede infatti che il Consiglio possa istituire, attraverso una legge europea adottata all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo, una Procura europea a partire da Eurojust per combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione. Sul punto cfr. infra par. VII.

8 Parere del 26 gennaio 2000, "La riforma istituzionale al servizio dell'allargamento", COM(2000)34.

9 Comunicazione della Commissione - Contributo complementare della Commissione alla Conferenza intergovernativa sulle riforme istituzionali La tutela penale degli interessi finanziari comunitari: un Procuratore europeo (29 settembre 2000) (COM (2000) 0608 def.

entrati in vigore, per assenza di ratifica da parte di tutte le Parti contraenti, e che, anche qualora lo fossero stati, sarebbe rimasta un'incertezza sul modo in cui le varie parti ne avrebbero recepito le disposizioni. Di fronte a tanti sistemi penali differenti quanti gli Stati membri, la Commissione ha rilevato che, per quanto efficace potesse essere il coordinamento amministrativo offerto dall'Ufficio europeo per la lotta contro le frodi (OLAF, creato con la decisione 1999/352), l'azione penale restava incerta, mancando strumenti che completavano l'azione di prevenzione e di inchiesta amministrativa mediante un organo di azione penale. Per tale motivo la Commissione ha raccomandato di completare le disposizioni di diritto primario relative alla tutela degli interessi finanziari della Comunità con una base giuridica che consentisse la nomina di un Procuratore europeo indipendente, con il compito di esercitare l'azione pubblica dinanzi alle giurisdizioni competenti degli Stati membri, e l'adozione, in sede di diritto derivato, dello statuto del Procuratore europeo, delle norme di diritto sostanziale relative alla tutela degli interessi finanziari (infrazioni, pene), delle regole di procedura penale e di ammissibilità delle prove, e delle regole relative al controllo giurisdizionale per gli atti disposti dal Procuratore nell'esercizio delle sue funzioni. A Nizza la posizione della Commissione europea non ha trovato seguito. I tempi non erano ancora maturi. Si è dovuto aspettare la Convenzione presieduta da Valéry Giscard d'Estaing, incaricata di redigere il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, per trovare un'espressa base giuridica nel Trattato. La formulazione, contenuta nell'art. III-274, secondo la quale il Consiglio poteva istituire, attraverso una legge europea adottata all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo, una Procura europea a partire da Eurojust per combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, è stata ripresa dall'attuale art. 86 TFUE, a seguito della riforma di Lisbona, entrata in vigore il 1° dicembre 2009.

L'attuazione di questo articolo rappresenta un salto qualitativo importante rispetto all'attuale sistema che vede protagonista OLAF e le sue indagini amministrative. Ma come tutti i momenti di svolta, solleva degli interrogativi, comporta cioè la soluzione di profili problematici in ordine ai rapporti che la nuova Procura europea dovrà avere con gli altri soggetti coinvolti, OLAF ed Eurojust, tenuto anche conto, per quest'ultimo, della formula, apparentemente ambigua, «a partire da Eurojust», contenuta nell'art. 86 c.1 TFUE. Un'approfondita riflessione è necessaria anche per quanto riguarda la composizione della Procura europea, le sue funzioni (ed in particolare all'obbligatorietà o meno dell'azione penale), il controllo delle sue attività, l'individuazione del luogo in cui incardinare il processo e i rapporti con gli ordinamenti nazionali.

Tutti questi temi sono stati ampiamente discussi e analizzati nel corso della Conferenza internazionale in oggetto e sono stati raccolti nel presente volume.

In particolare, la **prima sessione**, volta ad introdurre il tema, vede il contributo di Luigi Berlinguer, il quale evidenzia come l'istituzione di una Procura europea debba essere intrapresa con coraggio per la creazione di un sistema di giustizia non frammentato in una prospettiva di più forte integrazione, che comporti lo sviluppo di una cultura giuridica comune. Segue poi l'analisi svolta da Jens Geier, il quale si concentra su OLAF e lo stretto legame che intercorre tra questo ufficio e la Commissione per il controllo dei bilanci del Parlamento europeo, sottolineando le ri-

spettive funzioni. Hans Nilsson invece espone le ragioni che giustificano l'istituzione della Procura europea, soffermandosi sulla necessità di prevedere garanzie procedurali e sulle altre questioni che dovranno essere discusse e risolte nel corso del negoziato in vista dell'adozione del regolamento istitutivo dell'EPPO (scelta del luogo dove agire in giudizio, controllo sull'operato del Procuratore europeo, rapporto tra Eurojust e Procuratore europeo, struttura e competenze del Procuratore europeo). Nilsson pone l'accento proprio sulla scelta di adottare un regolamento, direttamente applicabile negli Stati membri, che prevale sul diritto interno.

La **seconda sessione** è dedicata alla protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea e dei diritti fondamentali nella giurisprudenza europea e nazionale. Yves Bot e Vladimiro Zagrebelsky affrontano il tema dalla prospettiva della giurisprudenza europea, rispettivamente della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo. Più in particolare Bot, richiamando alcune importanti pronunce rese recentemente dalla Corte di Lussemburgo (casi Fransson, Melloni, Radu), si sofferma sulla relazione esistente tra i diritti fondamentali ed il principio del mutuo riconoscimento, quale strumento principale per lo sviluppo dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'UE. Nell'affrontare il tema della Procura europea Bot, pur evidenziando che con la sua istituzione si passerà dalla cooperazione al coordinamento, mette in guardia circa il necessario rispetto del principio di legalità. Zagrebelsky prende invece in considerazione le esigenze dell'equo processo che il regolamento istitutivo della Procura europea dovrà soddisfare per essere compatibile con la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU). Pone altresì l'accento sulla necessità di elaborare criteri precisi e chiari per la determinazione dello Stato membro davanti al quale esercitare l'azione penale per la tutela degli interessi finanziari dell'UE. Si occupano invece della giurisprudenza nazionale Antonio Cluny ed Ernesto Lupo. In particolare, Cluny, constatando che non esiste alcuna giurisprudenza portoghese sulla validità delle indagini condotte da OLAF e sulla loro conformità all'ordinamento nazionale, compie un'analisi sulla giurisprudenza portoghese riguardante gli organismi che svolgono funzioni simili a OLAF per concludere che solo un ente giudiziario indipendente quale dovrà essere il Procuratore europeo può raccogliere prove valide accettate dalle autorità nazionali. Lupo, a sua volta, soffermandosi sull'incidenza della protezione dei diritti fondamentali sulla tutela nazionale dei diritti dell'indagato, richiama la giurisprudenza italiana più recente per dimostrare come questa sia ormai molto attenta all'osservanza dell'art. 46 CEDU, e auspica che l'Unione europea prosegua nell'adozione di un insieme uniforme di garanzie procedurali valide anche per le indagini transnazionali per la protezione degli interessi finanziari dell'UE. L'analisi svolta da Ezio Perillo riguarda la teoria dei contro-limiti. Richiamando il recente caso Michaut della Corte di Strasburgo, Perillo compie una riflessione sui rapporti CEDU/UE e sul principio di equivalenza nella protezione dei diritti fondamentali. Passando ad affrontare le questioni legate all'istituzione del Procuratore europeo, si dichiara favorevole all'istituzione di un tribunale delle libertà *ad hoc* avente la funzione di controllo degli atti di indagine posti in essere dal Procuratore europeo. Alberto Perduca invece si sofferma sul ruolo svolto da OLAF per segnalare da un lato le sue potenzialità, che però faticano a tradursi in realtà compiuta, dall'altro la ca-

renza di un impianto normativo, al quale sembra che il legislatore europeo intenda porre rimedio con una modifica dell'originario regolamento. Il rischio che Perduca pone in evidenza è che l'istituzione del Procuratore europeo, del quale in qualche modo OLAF ha favorito il terreno, possa nascere non sulla sua riuscita, ma sul suo fallimento.

La **terza sessione** del volume, dedicata al futuro Procuratore europeo e ai rapporti con OLAF, con gli altri organismi europei e con le autorità giudiziarie nazionali, si compone dei contributi di Peter Csonka, Francesco Lo Voi, Andrea Venegoni, Fritz Zeder e John A.E. Vervaele. Csonka, dopo aver spiegato i motivi che spingono la Commissione europea a presentare a breve la proposta di regolamento che istituisce il Procuratore europeo (crisi economica e finanziaria, creazione di uno spazio giudiziario europeo, incremento dell'integrazione), si sofferma sugli elementi caratterizzanti il futuro organo (indipendenza, competenza esclusiva in materia di protezione degli interessi finanziari dell'UE, struttura, funzioni, garanzie, impatto sulle autorità nazionali e sulle Istituzioni dell'UE). Lo Voi affronta invece il tema della necessaria collaborazione tra Eurojust e il futuro Procuratore europeo per individuare poi i punti sui quali intervenire (elencazione dei reati di competenza dell'EPPO, struttura, regole procedurali). Venegoni, dopo aver compiuto alcune riflessioni sull'attuale sistema a due livelli per la protezione degli interessi finanziari dell'UE (amministrativo e penale), si sofferma invece sul possibile scenario riguardante la ripartizione dei ruoli tra OLAF e EPPO. Zeder, a sua volta, nel richiamare le discussioni che hanno preceduto l'attuale inserimento nei Trattati di una base giuridica per l'istituzione dell'EPPO, indica gli aspetti che dovrebbero essere affrontati, tra cui l'individuazione del giudice nazionale competente, l'indicazione del tribunale a cui spetta il controllo sulle decisioni adottate dall'EPPO e le norme di procedura. Vervaele, invece, pone l'accento sulla perdurante eterogeneità presente nei vari sistemi giuridici nazionali in materia processuale penale e si interroga sulle possibili soluzioni riguardanti le relazioni tra EPPO, OLAF, Eurojust, Europol, analizzando le disposizioni del Trattato che vengono in rilievo. Infine De Matteis, nell'affermare che l'EPPO costituisce una priorità assoluta per la futura Presidenza italiana dell'UE, richiama l'attenzione sul fatto che la procedura per la sua istituzione è curiosamente simile a quella dell'adesione dell'UE alla CEDU, il che ne sottolinea la natura costituente. Richiama l'attenzione sull'individuazione di soluzioni volte a dare all'EPPO la massima efficienza ed il massimo grado di credibilità. Segnala pertanto alcuni aspetti che necessitano risposte chiare: individuazione di regole certe e predeterminate sulla ripartizione della giurisdizione; ricorribilità di certi atti dell'EPPO davanti alla Corte di giustizia; obbligatorietà/discrezionalità dell'azione penale e rapporto con i propri delegati, con Eurojust e con le autorità nazionali.

Nella **quarta sessione** i contributi si soffermano sulle conseguenze dell'istituzione del Procuratore europeo a livello nazionale e sulle sfide che gli Stati membri saranno chiamati ad affrontare per adeguare i propri ordinamenti nazionali a tale organismo. Vengono affrontati sia gli aspetti di diritto penale (es. definizione dei reati in materia di tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea) sia quelli di diritto processuale penale (es. raccolta delle prove, validità delle prove, diritto ad un difensore, ecc.). Durdevic richiama l'attenzione sui differenti modi di

intendere alcuni concetti giuridici e sulle diverse misure investigative previste nei vari Stati membri per passare poi ad individuare due aspetti particolarmente problematici che dovranno essere affrontati nel corso del negoziato istitutivo dell'EPPO, ovvero l'ammissibilità delle prove e la sottoposizione delle decisioni del Procuratore europeo ad un controllo giudiziario. Farkas, a sua volta, ricorda le principali difficoltà che si incontrano nelle procedure investigative che coinvolgono più Stati membri, tra cui spicca la raccolta delle prove ed il loro uso. Sicurella porta la riflessione sul diritto penale sostanziale. Nel criticare la vaghezza delle previsioni contenute nell'art. 86 TFUE sottolinea la necessità di adottare un corpus di norme di diritto penale applicabile dalla Procura europea al fine di garantire la piena efficacia della stessa. Individua altresì i punti di criticità e quelli maggiormente ambiziosi della proposta di direttiva sulla protezione degli interessi finanziari (PIF). Parisi invece svolge un'approfondita analisi del principio del mutuo riconoscimento nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale, mettendo in evidenza la sua duplice funzione: quella di modalità di cooperazione tra autorità nazionali e quella di principio servente all'armonizzazione delle garanzie a favore delle persone coinvolte in procedimenti interstatuali. Ritenendo che la Procura europea si inserisca appieno nella dimensione personalista che va assumendo lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'UE, Parisi sostiene che l'attività dell'EPPO metterà riparo all'eterogeneità fra le discipline nazionali in tema di incriminazioni e relative sanzioni e contribuirà al rafforzamento del diritto ad un ricorso effettivo.

Infine la **quinta sessione** del volume è dedicata alle conseguenze dell'istituzione del Procuratore europeo in Italia nel tentativo di dare un contributo concreto alla preparazione della Presidenza italiana dell'UE (Luglio-Dicembre 2014). Nella mia relazione richiamo l'attenzione su alcuni aspetti istituzionali europei che caratterizzeranno il semestre di Presidenza italiana e pongo l'accento sull'opportunità che l'Italia avrà di indicare le priorità da seguire nel programma quinquennale 2015-2019 che succederà a quello di Stoccolma, di cui presento i risultati in campo penale. Prendo poi in considerazione i principi della Costituzione italiana per valutare se sussistono problemi di compatibilità con il futuro Procuratore europeo (principio di legalità, giusto processo, presunzione di innocenza, obbligatorietà dell'azione penale). Comi, pur esprimendo perplessità riguardo all'istituzione della Procura europea come modo per combattere più efficacemente le frodi comunitarie, di fronte alla scelta di procedere alla sua creazione sottolinea la necessità di coinvolgere le associazioni forensi nel lavoro di elaborazione delle regole di funzionamento e indica le garanzie minime irrinunciabili da assicurare agli indagati. Monetti, invece, si dichiara favorevole all'istituzione di un Pubblico ministero europeo e, nel richiamare i punti essenziali dell'art. 86 TFUE, fornisce alcune indicazioni in merito alla compatibilità in concreto delle norme che ne regoleranno l'azione con la Costituzione italiana, e più in particolare con il principio di eguaglianza e con il diritto di difesa. Monetti, inoltre, sostiene l'importanza di avere regole sull'ammissibilità della prova e sui conflitti di giurisdizione e si interroga sul ruolo che potrebbe avere la Corte di giustizia. Su quest'ultimo aspetto Ruggieri ritiene che, in assenza di una base giuridica *ad hoc*, non sia possibile attribuire ad un giudice europeo la funzione di giudice della libertà. Interrogandosi poi sul con-

tributo che la Presidenza italiana dell'UE potrà dare alla discussione sul Procuratore europeo, Ruggieri indica come priorità proprio la previsione di un controllo sull'operato del Procuratore europeo, oltre all'individuazione di un criterio per stabilire la giurisdizione nazionale competente in caso di frodi articolate e complesse.

Gli interventi che si sono svolti nel corso delle intense giornate di lavoro della Conferenza internazionale di Roma, raccolti nel presente volume, hanno contribuito alla riflessione su un tema di grande importanza per lo sviluppo dello spazio giudiziario europeo quale l'istituzione di una Procura europea. Un sentito ringraziamento, quindi, a tutti coloro che con le loro speculazioni scientifiche hanno contribuito alla riuscita dell'incontro e alla pubblicazione di questo volume.

I sessione



I diritti fondamentali
nell'area europea di
giustizia:
dall'esperienza
dell'OLAF alla
prospettiva del
Procuratore europeo

Saluti istituzionali

Testo inviato dal Ministro e letto durante la conferenza

17

Anna Maria Cancellieri

Ministro della Giustizia italiano

Sono particolarmente lieta di intervenire a questa Conferenza internazionale e per questo ringrazio vivamente Elena Paciotti che, in qualità di Presidente della Fondazione Basso, ha voluto portarsi il mio saluto ai partecipanti – operatori e studiosi del diritto, italiani ed europei – in apertura dei lavori.

La protezione dei diritti fondamentali, in linea generale, è un tema assolutamente centrale per il futuro del processo d'integrazione europea. In questo quadro, il progetto di dotare l'Unione di un procuratore europeo nasce dall'esigenza di assicurare al bene giuridico europeo l'adeguata tutela sul piano penale, garantendo effettività alla tutela del bene stesso e sviluppando la valutazione delle modalità più adatte alla difesa degli interessi finanziari e della prevenzione e repressione delle frodi e di altre attività illecite.

L'iniziativa di riflettere e dialogare sulla creazione di un procuratore europeo è senz'altro lodevole anche per l'attualità del tema, e direi anzi, per la sua tempestività. Una tale innovazione istituzionale, e la realizzazione delle condizioni più idonee a garantirne un efficiente funzionamento, figura tra i dossier che, nell'ambito di un delicato dibattito sulla relativa proposta legislativa, vedrà la Presidenza italiana nel secondo semestre 2014 dedicare gli sforzi maggiori e svolgere un ruolo fondamentale di impulso e di ricerca del consenso.

Per la verità, il dibattito sulla "procura europea" è sul tavolo dei commentatori e degli esperti già da molto tempo – direi almeno dagli anni '90 – ed ha, sin dalle prime battute, segnato un obiettivo fondamentale per la creazione dello spazio europeo di giustizia.

L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona nel 2009 ne ha tracciato, accanto a diverse e significative innovazioni, i contorni più specifici d'azione prevedendo, attraverso l'art. 86 del Trattato sul Funzionamento dell'UE che costituisce la base giuridica per la sua istituzione, il diretto riferimento sia all'OLAF che ad Eurojust.

La definizione dei rapporti tra l'istituendo ufficio del Procuratore e le Istituzioni dell'Unione, come pure quelli tra gli organismi europei esistenti che svolgono funzioni ricollegabili al settore della giustizia penale, è questione senz'altro complessa. In tale più ampio contesto occorrerà dunque valutare i risultati delle azioni dell'OLAF e di Eurojust, avendo ben presenti i ruoli che questi due organi sono chiamati a giocare in Europa.

L'Ufficio europeo per la lotta contro la frode (OLAF) ha nel tempo reso più efficiente la propria funzione investigativa conseguendo, attraverso la sua concreta attività sul territorio, risultati sempre più significativi. Una traiettoria analoga ha percorso Eurojust che sin dalla sua costituzione ha sempre più contribuito, nel-

l'ambito di indagini ed azioni penali a carattere transfrontaliero, a migliorare la cooperazione e l'assistenza giudiziaria tra gli Stati e che è chiamato dai Trattati a sostenere e potenziare il coordinamento tra le autorità nazionali responsabili delle indagini e dell'azione penale.

L'attuale frammentazione dello spazio europeo di repressione penale – che, a detta di molti osservatori, costituisce una delle cause della poco efficiente azione europea di contrasto alla criminalità organizzata – è dunque considerata motivo determinante per dotare l'Unione di una procura europea ed accelerare per questa via l'armonizzazione del diritto penale degli Stati membri.

Nei contatti preliminari che ho avuto al Consiglio Giustizia della settimana scorsa, ho potuto constatare la grande attenzione sul tema da parte di numerose Delegazioni e della Commissione. Da parte italiana posso certamente assicurare di avere una chiara consapevolezza che il dibattito sul procuratore europeo rappresenta un passaggio fondamentale per far compiere allo spazio europeo di giustizia un autentico salto di qualità.

Tuttavia, se pure esiste un consenso di principio sull'obiettivo di creare tale ufficio, le posizioni degli Stati membri divergono quando si passa ad esaminare le sue concrete modalità di realizzazione e l'articolazione funzionale del nuovo organismo. Lungi dall'entrare in questa sede nei dettagli organizzativi circa la preferenza per una struttura collegiale o monocratica, o circa l'intensità del raccordo con gli ordinamenti giudiziari degli Stati membri, credo che il negoziato in Consiglio e il confronto con il Parlamento europeo debbano considerare alcuni aspetti fondamentali.

Tra di essi, desidero ad esempio sottolineare l'importanza di evitare costose duplicazioni di attività e lungaggini per gli ordinamenti giudiziari, al fine di assicurare una tutela dei beni e dei diritti realmente vicina al cittadino europeo. In questo quadro, l'istituzione del procuratore europeo dovrà essere accompagnata da una attenta analisi costi-benefici, in ordine alla quale proprio l'OLAF ed Eurojust sono chiamati a fornire dati ed elementi conoscitivi utili a svolgere un'adeguata valutazione d'impatto. In secondo luogo, dovremo essere pronti a gestire "a valle" le implicazioni dell'attività del Procuratore europeo, dopo la fase delle indagini, attrezzando di conseguenza le nostre strutture giudicanti, dal punto di vista delle risorse necessarie non meno che della necessaria mentalità e formazione europea richiesta ai giudici e agli operatori del diritto.

Mi avvio a concludere. Tuttavia la mia introduzione alla Conferenza non sarebbe completa se non mettessi in evidenza il rilievo oggettivo che il tema del procuratore europeo riveste per la nostra idea di Europa, come una cartina di tornasole dell'impegno di questo Governo in favore di assetti e modelli di governante orientati in senso sovranazionale e federale, nel campo della politica economica e monetaria, in quello della sicurezza e difesa ed anche nel settore della giustizia. Si tratta di una convinzione condivisa, più volte espressa dal Presidente Letta e da altri colleghi di Governo, ciascuno per l'ambito di propria competenza, a cui desidero anch'io associarmi. Credo infatti che anche nel settore giudiziario vi sia bisogno di più Europa. In questo senso, prevedere un ufficio del procuratore europeo "a partire da Eurojust", come recita la lettera del Trattato, costituisce un'evoluzione coerente del sistema di contrasto alle frodi e di tutela degli interessi finan-

ziari dell'Unione, il quale può già contare su strumenti di coordinamento dell'attività di polizia e di quella investigativa e richiede di essere completato sotto il profilo giudiziario.

Anche per tali motivi l'occasione di dibattito odierno è dunque preziosa. Desidero pertanto nuovamente ringraziare chi ha contribuito a realizzare l'iniziativa; e soprattutto, tutti coloro – tra i quali riconosco numerosi autorevoli magistrati e qualificati esperti del settore – che hanno voluto partecipare ai lavori, assicurando la loro presenza. Siamo tutti consapevoli dell'importanza di misurarci con un tema così delicato, specie in vista della Presidenza italiana che lanceremo fra un anno. Mi auguro che in un momento successivo potremo darci appuntamento per trarre un bilancio che non deluda le nostre attese.

Michele Vietti*Vice – presidente del Consiglio Superiore della Magistratura*

Ringrazio Elena Paciotti, presidente della Fondazione Lelio e Lisli Basso, per questo invito e per questa opportunità di partecipare a un dibattito di straordinaria importanza e rilevanza quale è quello relativo all'OLAF e alle prospettive dell'istituzione del Procuratore europeo.

Forse siamo arrivati al momento della verità, quello in cui decenni di progetti a cui faceva riferimento anche la presidente Paciotti, assistiti da azioni politiche e istituzionali, trovano finalmente un luogo di realizzazione: l'Unione Europea sarà dotata di una autorità giudiziaria requirente centrale direttamente operativa. In questo mese la Commissione europea adotterà la proposta di regolamento relativa all'istituzione del procuratore europeo antifrode comunemente individuato dal poco suggestivo acronimo EPPO (European Public Prosecutor office). La strada fin qui percorsa è stata molto lunga: al tempo del Trattato di Maastricht la materia penale non era oggetto di intervento diretto dell'Unione; il terzo pilastro si occupava soltanto di cooperazione penale con l'obiettivo limitato di favorire l'efficacia delle interazioni tra gli ordinamenti e l'adozione di atti normativi finalizzati solo alla armonizzazione tra i diversi sistemi come accadde per il mandato di arresto europeo. Il trattato di Lisbona ha previsto poi la possibilità di adottare direttive vincolanti per gli ordinamenti nazionali contenenti norme minime per la definizione di reati di particolare rilievo e di dimensione transnazionale. Si è quindi passati dal profilo processuale a quello sostanziale, dalla cooperazione fra ordinamenti alla integrazione.

Alle novità normative si è accompagnata l'evoluzione degli strumenti operativi: da oltre un decennio opera l'OLAF che è effettivamente un ufficio europeo disciplinato in maniera da garantire autonomia e indipendenza dei propri componenti rispetto agli Stati di provenienza; e, entro certi limiti, anche rispetto agli organismi euro unitari. Ma l'OLAF è pur sempre un ufficio di investigazione amministrativa: non ha poteri né competenze giudiziari. Anche Eurojust non ha funzioni né poteri giudiziari: è un organo collegiale come è noto, composto da membri nominati dai singoli stati che opera secondo uno schema di cooperazione orizzontale e non di integrazione verticale. E anche se l'articolo 85 del trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) prevede la possibilità di attribuirgli funzioni di avvio delle indagini penali, il suo compito principale rimane quello di sostenere e potenziare il coordinamento e la cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'indagine e dell'azione penale.

E infine il Procuratore europeo: il già citato articolo 86 gli attribuisce il compito di combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione. In questo

settore il procuratore individua, persegue e rinvia a giudizio gli autori dei reati, esercita l'azione penale dinanzi all'autorità giudiziaria nazionale. È obiettivamente una svolta anche per la previsione di ricorrere alla cosiddetta cooperazione rafforzata. Comincia a delinearci in Europa un corpus di diritto sostanziale in cui sarà destinato ad operare il Procuratore europeo. La norma del trattato dice che il procuratore europeo deve essere costituito a partire da (in inglese suona "from") Eurojust, richiamando quel cammino di cooperazione fin qui percorso. Ma il salto oggi è qualitativo: non si tratta più di coordinare indagini altrui, di facilitare contatti tra autorità di sistemi diversi, bensì di assumere direttamente la responsabilità dell'indagine e dell'azione penale.

I profili problematici sono numerosi e io mi scuso sin d'ora se, peraltro attenendomi alla impostazione del mio intervento (che è un intervento di saluto e di introduzione dei lavori), prevarranno gli interrogativi in quello che dirò brevemente rispetto alle asserzioni; ma credo che questa sia la fase in cui porci gli interrogativi anche per orientare il nostro e il vostro lavoro di studio e di approfondimento.

Che ruolo avrà il Pubblico Ministero europeo? Si relazionerà direttamente con la polizia giudiziaria interna? Che tipo di richieste formulerà al giudice nazionale? Con quale legge processuale? Come sarà definita la sua competenza e quali i suoi rapporti con la magistratura requirente interna? Dal punto di vista processuale, un tema enorme è la composizione della asimmetria oggi esistente tra la competenza continentale del Pubblico Ministero e quella, disciplinata dalle regole di ciascun Paese, del giudice. Sarà forse necessaria l'istituzione di una ulteriore sede giurisdizionale sovranazionale che definisca gli eventuali conflitti positivi o negativi concernenti la individuazione del tribunale nazionale competente a giudicare i procedimenti iniziati dal Procuratore europeo? Un principio fondamentale del nostro ordinamento, quello dell'obbligatorietà dell'esercizio della azione penale, sarà ritenuto derogabile dalla normativa europea? Non minori problemi pone la questione ordinamentale: il nostro sistema prevede un potere giudiziario unitario comprensivo della funzione requirente e di quella giudicante, garantito come indipendente ed autonomo; un potere diffuso privo di articolazioni gerarchiche interne. Ebbene: altrove in Europa troviamo ordinamenti in cui non esiste una magistratura professionale; in cui vi sono sistemi in cui la funzione requirente è separata da quella giudicante; altri dove la funzione requirente è sottoposta al controllo diretto o indiretto del potere esecutivo. Molti ordinamenti hanno una organizzazione gerarchica che consente l'individuazione di figure apicali in grado di indirizzare il funzionamento dell'intera struttura espressiva di quella funzione. Che profilo avrà il Procuratore europeo? Come sarà composto il suo Ufficio? Avrà le sembianze di un corpo gerarchicamente organizzato, unitariamente rappresentato da un vertice detentore esclusivo della funzione? Tra le ipotesi di soluzioni praticabili c'è quella del cosiddetto "doppio cappello" che prevede l'esercizio della funzione requirente europea da parte di magistrati italiani e del pubblico ministero che alternerebbero questa veste a seconda dei reati e dei procedimenti con quella ordinaria nazionale.

La delicatezza di questa questione e più in generale delle questioni che, a mo' di indice, ho richiamato. È stata avvertita dagli stessi organi consultivi europei,

tanto che il documento finale dell'Assemblea del Consiglio Consultivo dei Procuratori europei dello scorso maggio ha ribadito la necessità di fare applicazione dei principi e delle regole fissate dalla raccomandazione re adottata dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa che si poneva tutta una serie di domande analoghe a quelle che io ho richiamato. Gli ordinamenti europei risultano peraltro ancora oggi del tutto diversificati, per certi aspetti anche incompatibili; assai più di quanto non accada con riferimento alla figura del giudice.

Tuttavia io credo che sia possibile - e certamente l'approfondimento dei vostri lavori lo metterà meglio a fuoco - cogliere un tratto comune, riconoscere al Pubblico Ministero un ruolo essenziale di organo di giustizia assimilabile, almeno sotto il profilo dell'indipendenza dal potere esecutivo, al giudice a pieno titolo inserito nel circuito giurisdizionale sulla scorta delle conclusioni della Dichiarazione di Bordeaux resa congiuntamente dal Consiglio dei Giudici e dei Procuratori europei nel 2009. Sotto questo profilo è stato decisivo il ruolo svolto dalla giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo che in varie pronunce ha esposto le proprie convinzioni sui presidi di garanzia che devono assistere l'esercizio della funzione dell'organo requirente. Basti qui richiamare la sentenza Lesnik/Slovacchia del 2003, quella Niedbala/Polonia del 2000; per giungere alle decisioni più recenti del 2010-2011 riferite al sistema francese relative al grado di indipendenza del Pubblico Ministero (PM) rispetto all'esecutivo: un chiaro riferimento alla separazione dei poteri e all'autonomia del PM da cui occorre partire nella elaborazione di una nozione comune europea di magistrato del Pubblico Ministero.

Un lungo tratto di strada certamente è stato percorso; ora occorre percorrere l'ultimo miglio che qualche volta è quello più impegnativo. Occorre farlo nell'ottica di realizzare uno spazio di democrazia piena, matura, avanzata che aspiri legittimamente a costruire un modello per il mondo; guardando con un certo orgoglio, io credo, alle nostre tradizioni, ma anche con ragionevole ottimismo a quello che ancora ci separa dalla costruzione del Pubblico Ministero europeo.

Guido Alpa

Presidente della Scuola Superiore dell'Avvocatura

Porgo il saluto della Scuola Superiore dell'Avvocatura che è la fondazione che è stata costituita alcuni anni fa nell'ambito della attività del Consiglio Nazionale Forense che è l'organo rappresentativo degli avvocati italiani.

La nuova riforma, la riforma forense, ha affidato al Consiglio non solo l'organizzazione della formazione culturale dei tirocinanti e poi degli avvocati, che sono obbligati ad acquisire nel corso della loro attività crediti formativi (tra i quali ovviamente lo studio dei diritti fondamentali e della cooperazione giudiziaria sono elementi essenziali), ma anche la istituzione di un osservatorio della giurisdizione nell'ambito del quale ovviamente si terrà conto dei diritti fondamentali. Io sono onorato di partecipare a questa iniziativa dell'OLAF e della Fondazione Basso, ma anche di salutare coloro che da parte italiana sono stati alcuni dei protagonisti della redazione della Carta di Nizza e poi della attuazione della Carta di Nizza nelle diverse esperienze compresa quella italiana.

Per quanto riguarda l'argomento specifico che oggi è in discussione, io farò pervenire delle osservazioni, delle proposte che sono in corso di esame da parte della Commissione specifica del Consiglio Nazionale Forense che si occupa degli aspetti penali. Io sono un civilista e quindi vorrei soltanto segnalare le tre prospettive che oggi al Consiglio Nazionale Forense e alla Scuola stiamo esaminando da questo punto di vista; che riguardano però in generale i diritti fondamentali.

La prima è questa: l'esame della situazione italiana è particolarmente interessante e forse anche un poco curiosa. Quando si parla di diritti fondamentali si tiene conto sia della formante legislativa sia della formante giurisprudenziale sia della formante dottrinale. E allora dal punto di vista della formante legislativa, l'iniziativa di oggi si inserisce nel quadro dello sviluppo e dell'evoluzione del diritto comunitario, dei riflessi del diritto comunitario sul diritto interno e delle iniziative legislative del diritto interno. Dal nostro punto di vista, particolarmente felice è stata non soltanto, come sapete, la redazione della Carta Costituzionale del 1948, che è uno dei modelli delle carte costituzionali scritte d'Europa, ma anche è stata essenziale la formante giurisprudenziale. Cioè la creazione giurisprudenziale dei diritti fondamentali. Circostanza che forse stupirà per il fatto che lo sottolineano i nostri colleghi inglesi che provengono da un'esperienza nella quale la Case Law è così importante, ma da noi è un fatto eccezionale; e il diritto alla privacy, per noi particolarmente rilevante, è una creazione della Corte di Cassazione che negli anni Sessanta ha individuato, applicando all'articolo 2 della nostra Costituzione, un nuovo diritto fondamentale. Così come negli anni Ottanta un diritto che in altri ordinamenti non è particolarmente rilevato (ma è invece evidenziato nella Carta

dei Diritti Fondamentali) e cioè il diritto alla identità personale inteso non come identità fisica, ma diritto ad essere rappresentati nel proprio patrimonio ideale. Poi c'è la formante dottrinale o accademica, che anche in questo settore dei diritti fondamentali e dei diritti della persona è particolarmente rilevante. Questo è il primo profilo.

Il secondo profilo è il problema della effettività: un conto sono i diritti scritti sulla Carta, un conto sono i diritti applicati in via giurisprudenziale e altro conto è la vita quotidiana. Purtroppo nel nostro Paese e in altri nei quali gli effetti della crisi economica sono particolarmente avvertiti si registra un regresso dei diritti fondamentali. Questo significa che, come molti studiosi hanno messo in luce, i diritti fondamentali non sono una conquista definitiva, ma sono una conquista che ogni giorno deve essere riaffermata. E pertanto sono molto importanti queste iniziative prese in sede comunitaria dall'OLAF, da Eurojust e dalla Fondazione Basso; da tutte le componenti che collaborano per attuare forme di giustizia che rendano concreti i diritti fondamentali, ma dobbiamo tenere conto anche che probabilmente la crisi economica richiederà un ulteriore impegno perché la registrazione di fatti che tendono a penalizzare coloro che appartengono alle categorie deboli, la riemersione di disuguaglianze e di forme di discriminazione in questo momento ci preoccupano molto. Di qui l'attenzione anche dell'avvocatura per questi fenomeni.

Raffaele Sabato

Membro del Comitato direttivo della Scuola Superiore della Magistratura

Il presidente Onida e il Comitato direttivo della Scuola annettono molta importanza alla formazione soprattutto dei magistrati in queste tematiche affrontate a un livello così elevato nella vostra conferenza internazionale. Può essere utile informare che sin dall'inizio della operatività di questo nuovo ente pubblico, che eredita una importante tradizione formativa finora in capo al Consiglio Superiore della Magistratura, esso ha posto attenzione alle tematiche della cooperazione giudiziaria europea anche su specifiche direttive ricevute in argomento dal Ministero della Giustizia e dal Consiglio Superiore della Magistratura. La Scuola ha operato dallo scorso 15 ottobre nel settore della formazione dei giovani magistrati in tirocinio e dallo scorso primo gennaio nel settore della formazione permanente dei magistrati in servizio. In questi pochi mesi sono state realizzate numerose iniziative afferenti i temi che voi oggi così autorevolmente tratterete.

Può essere utile menzionare, ad esempio, che proprio oggi comincia presso la nostra sede di Villa Castel Pulci a Scandicci un importante incontro di studi con la partecipazione anche di magistrati giudicanti e del Pubblico Ministero di altri Paesi europei intitolato proprio "Spazio europeo di giustizia". Qualche settimana fa, con la partecipazione anche dei vertici della magistratura presenti in aula, si è tenuto un incontro sullo statuto europeo del magistrato con la partecipazione di esponenti del Consiglio d'Europa e degli organi consultivi dello stesso. Nel periodo tra marzo ed aprile si sono tenute sessioni formative dei giovani magistrati in tirocinio specificamente dedicate non già a semplici trattazioni teoriche delle tematiche in questione, ma a concreti casi relativi ai diritti fondamentali spesso riferiti al nostro ordinamento; alla redazione di ordinanze di rinvio pregiudiziale innanzi alla corte; alla compilazione di mandati di arresto europeo. Sino a giungere poi alla visione che di questi atti in teoria e per esercitazione avrebbero potuto avere la Corte di Giustizia, la autorità del Paese destinatario del mandato d'arresto e così via.

In questa medesima ottica, la Scuola Superiore della Magistratura ha titolo, in base all'articolo 2 del suo decreto istitutivo, a collaborare con istituzioni sia pubbliche che private su specifici programmi. È quindi con piacere, anche a nome del presidente Onida, che esprimiamo apprezzamento per la Fondazione Basso oltre che ovviamente per tutte le istituzioni europee qui presenti per questa iniziativa e per future collaborazioni cui la Scuola può effettivamente dare un contributo; se non altro facendo da tramite per raggiungere i numerosi e interessati magistrati italiani.

In questa medesima ottica, il giorno 27 la presidente Paciotti parlerà a una

metà dei nuovi magistrati ordinari in tirocinio che hanno avviato da qualche giorno la loro esperienza giudiziaria. Sono stati ricevuti ieri al Quirinale e il giorno 27 sentiranno dalla presidente Paciotti e dal giudice costituzionale Criscuolo una esposizione relativa alla storia della magistratura che è una storia soprattutto di diritti fondamentali e di cooperazione.

Saluti istituzionali

Videomessaggio proiettato durante la conferenza

27

La protezione dei diritti fondamentali e procedurali dalle esperienze investigative dell'OLAF all'istituzione del Procuratore europeo

Viviane Reding

Vice - presidente e Commissario responsabile per la giustizia, i diritti fondamentali e la cittadinanza della Commissione europea

Signore e signori, voglio ringraziarvi per la vostra opportuna discussione sul progetto e sulle sfide dell'EPPO. Oggi l'Unione europea non ha alcun potere di intervenire in casi penali che coinvolgono i suoi fondi. Gli organismi dell'UE non possono intraprendere indagini penali, perseguire e portare dinanzi la Corte i trasgressori. L'OLAF effettua indagini amministrative e può suggerire alle autorità nazionali di approfondire penalmente; L'Eurojust coordina l'opera di attuazione delle leggi degli Stati membri, ma non può portare un caso dinanzi la Corte. In breve, il sistema attuale dipende da una reazione nazionale adeguata. E questo, spesso, richiede il superamento di ostacoli presentati da rigidità istituzionale e da divergenti considerazioni legali nazionali. C'è una palese lacuna nell'attuazione che deve essere colmata dall'Ufficio del Procuratore europeo. Il futuro Ufficio del Procuratore attuerà indagini e perseguirà in maniera decentralizzata, seppure con direzione e coordinamento centrali. Questo permetterà all'Ufficio del Procuratore per lo più di integrare sistemi di giustizia internazionali nel rispetto delle loro differenze e tradizioni così come di avvalersi della loro competenza e risorse.

Il Procuratore europeo ha competenza esclusiva nelle indagini su frodi comunitarie. Questo eviterà conflitti di giurisdizione fra Stati Membri così come una duplicazione degli effetti.

Il Procuratore europeo dovrebbe anche affrontare una frammentazione delle azioni persecutorie dovuta al carattere nazionale dei sistemi giudiziari. Le leggi si fermano ai confini, i crimini no. La funzione accusatoria nazionale possono solo agire nei limiti della propria giurisdizione nazionale: questo limita la loro possibilità di contrastare crimini transnazionali. Questo, a sua volta, intralcia la possibilità di indagare e perseguire i reati dei "colletti bianchi", spesso associati a reati contro i bilanci dell'UE. Per il Procuratore europeo dell'Unione europea dovrebbe essere la sua unica sfera di azione. Questo dovrebbe permettere alle indagini e alle azioni legali di attraversare i confini degli Stati membri e di rispondere adeguatamente alle sfide dei reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione. I confini non dovrebbero più essere di ostacolo quando si perseguono criminali che attaccano il bilancio dell'UE.

Il Procuratore europeo darà anche migliore coerenza a tutti i procedimenti. Dovrebbe dimostrare il proprio valore aggiunto attraverso la direzione del procedimento dall'avvio delle indagini fino al processo, assicurare continuità e promuovere una genuina cultura persecutoria europea in tutto il territorio dell'Unione europea.

L'Unione e i suoi Stati membri hanno un dovere: indirizzare la frode e ogni

altra attività illegale che leda gli interessi finanziari dell'Unione. Questo è particolarmente vero in periodi di difficoltà economica e di bilancio limitato e fiscalmente responsabile.

Nonostante quest'obbligo ad agire, che è imposto dai trattati, gli interessi finanziari dell'Unione sono ancora insufficientemente protetti: la frode, la corruzione e altri reati che ledono il bilancio raggiungono livelli preoccupanti. Come legislatori, non possiamo rimanere inerti, fallendo nell'intraprendere l'azione più appropriata. Il Trattato di Lisbona ci ha dato strumenti innovativi e potenti intesi a fare la differenza. Dobbiamo adesso farne uso rinforzando l'arsenale di misure per indagare e perseguire reati contro gli interessi finanziari dell'Unione.

Il Procuratore europeo potenzierà anche le tutele legali che proteggono gli individui coinvolti nelle indagini o nei procedimenti nell'Unione. Voglio che la proposta che stabilisce il Procuratore europeo includa una serie di tutele procedurali al livello dell'UE: queste dovrebbero includere accesso ad un avvocato, il diritto di presunta innocenza e il diritto ad assistenza legale. La proposta dovrebbe anche stabilire che le indagini sono sottoposte a revisione giudiziaria. Questo chiarirà anche che certi strumenti di indagine richiedono l'autorizzazione dell'autorità giudiziaria. Inoltre, fornirà un sistema esauriente per la tutela dei dati personali. Prese insieme, queste tutele forniranno un più alto livello di sicurezza legale nei tentativi dell'Unione di combattere frodi comunitarie e per permettere un sistema di indagini e procedimenti basato sullo stato di diritto. Questi sono i principali elementi della futura proposta della Commissione.

Conto sul vostro aiuto per rendere questo progetto possibile molto presto. Vi auguro ogni successo con i vostri dibattiti oggi e aspetto di leggere i vostri interventi.

L'istituzione di una Procura europea: un passo in avanti verso la creazione di un sistema di giustizia non frammentato

Relazione rivista dall'autore

Luigi Berlinguer

Parlamentare europeo, membro della Commissione Giustizia del Parlamento europeo

L'Autore evidenzia come una delle cause della situazione di stallo in cui versa l'Europa sia la frammentarietà del sistema giudiziario degli Stati membri. In questo contesto, la creazione di una Procura europea deve essere intrapresa con coraggio come uno strumento per la creazione di un sistema di giustizia non frammentato. L'Autore sottolinea tuttavia che in questo processo di integrazione è necessario introdurre un profondo cambiamento nella mentalità degli operatori della giustizia al fine di creare una cultura giuridica comune. Infine, l'Autore ricorda che nella produzione di norme europee occorre sempre tenere presenti gli effetti reali che esse potranno produrre e verificare e valutare il loro recepimento a livello nazionale.

Ringrazio il Presidente e la Fondazione Basso per avermi invitato a partecipare a questo prestigioso Convegno. Ritengo che questa giornata rappresenti un'importante occasione per poter trattare di come lo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia si sia venuto progressivamente strutturando a partire dal Programma di Stoccolma del 2009, che ha delineato le priorità dell'Unione europea in questo settore.

Ritengo sia di fondamentale importanza, tuttavia, discutere dell'aspetto del Procuratore europeo e di quello dello Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia, con uno sguardo complessivo che tenga conto tanto dell'aspetto politico quanto di quello giuridico. La nostra priorità è, infatti, quella di creare davvero, a partire dalle fondamenta, un contesto comune che tenga conto delle esigenze sociali e giuridiche che in questi ultimi anni hanno progressivamente avvicinato le legislazioni dei singoli Stati membri con riforme importanti di estrema rilevanza per la vita dei cittadini.

Mi limiterò, in questa sede, ad elencare alcuni esempi: la tutela di alcuni diritti fondamentali, venuti in luce in forma più rilevante proprio in ambito europeo; la legislazione sul diritto successorio e quella concernente un diritto comune europeo della vendita; il brevetto; gli appalti; il diritto societario ed industriale; la lavoristica; il tema della mediazione e dell'ADR/ODR; il diritto d'autore; l'ordine di protezione europeo; la questione di proprietà matrimoniale e del divorzio; la revisione di Bruxelles I e così via.

Ci troviamo, quindi, di fronte a una ricca serie di iniziative che stanno progressivamente contribuendo alla costituzione di un vero e proprio spazio europeo di giustizia.

Oggi però, oltre al diritto civile, diventa sempre più importante occuparsi di un

altro aspetto, altrettanto rilevante e non facilmente prevedibile ed immaginabile prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona: il progressivo affermarsi di una prospettiva penalistica in questo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia.

L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona riveste un'importanza fondamentale rappresentando un momento di estrema rilevanza nel processo di costituzione ed integrazione dell'Unione europea. Lisbona ha offerto la base giuridica per lo sviluppo di politiche normative di supporto agli indirizzi generali di questa società. In passato le questioni di cooperazione giudiziaria in materia penale e di cooperazione tra le forze di polizia erano, infatti, coperte dal terzo pilastro dell'Unione europea e, dunque, rette dalla cooperazione intergovernativa; le Istituzioni europee, e tra queste anche il Parlamento, non erano competenti e non potevano adottare regolamenti o direttive. Le misure erano in prevalenza decisioni quadro e non si poteva ricorrere alla tutela giurisdizionale della Corte europea di giustizia.

Un altro problema, forse il principale, che l'Unione europea si è trovata a dover affrontare è rappresentato dalla grave crisi finanziaria ed economica che stiamo attraversando; l'Europa non cresce ed una delle cause di questa situazione di stallo può essere individuata nella debolezza del sistema giudiziario dei singoli Stati membri e dalla sua frammentazione. Frammentazione che costituisce un grosso ostacolo all'integrazione e allo sviluppo di un'economia sociale.

Non c'è crescita senza pieno sviluppo del mercato interno e in questo spazio si collocano tutte le misure adottate nell'ambito del diritto commerciale, ma anche di tutela lavoristica che stanno a indicare le condizioni materiali del mercato interno e non solo quelle economiche.

Ma altresì non c'è crescita senza una disciplina penalistica che assicuri l'efficienza della giustizia nel contrasto alla criminalità. E questo, in un momento come quello che stiamo attraversando, rappresenta un dato culturalmente nuovo, una nuova consapevolezza.

In essa si inquadrano gli interessanti risultati ottenuti da Eurojust e la progressiva ripresa della prospettiva di costituire l'Ufficio del Procuratore europeo, un'idea sin da subito accolta con un certo scetticismo. Si assiste, da ultimo, a una ripresa di interesse e ad una maggiore frequenza con cui vengono intraprese iniziative concrete come l'annunciata comunicazione della Commissione europea *"Better protection of the Union's financial interests: Setting up the European Public Prosecutor's Office and reforming Eurojust"*.

Le iniziative della Commissione in questo settore diventano, infatti, progressivamente più incisive, anche a causa di un sempre maggiore bisogno di combattere gli abusi di natura finanziaria.

In alcuni degli interventi di oggi ho sentito qualche nota di ottimismo a proposito della Procura europea; personalmente ritengo si tratti di un cammino molto complicato, che è però necessario intraprendere con coraggio. E, tuttavia, non c'è dubbio che spingano in questa direzione anche le risultanze di Eurobarometro, le rilevazioni sul sentire pubblico; le coscienze dei cittadini europei ed, in particolare, quelle dei cittadini italiani, sono animate da un grande bisogno di sicurezza, sia individuale, sia collettiva, tanto nel mondo degli affari quanto in quello dell'attività imprenditoriale.

È una spinta oggettiva che chiede con forza di fare un passo avanti verso la creazione di un sistema di giustizia non frammentato. Sta cioè emergendo con

sempre più forza il bisogno di dare soluzioni alla necessità di tutelare l'attività economica rispetto alle varie forme di criminalità tanto nei singoli Stati membri quanto a livello europeo.

Occorre inoltre sottolineare come le differenze esistenti tra i diversi ordinamenti giuridici degli Stati membri, differenze concernenti l'efficienza dei sistemi, la durata dei processi, la maggiore o minore propensione a combattere certe forme di criminalità, rendono sempre più necessari degli interventi in materia penale per combattere una situazione caratterizzata da forte incertezza giuridica.

Anche per questo l'idea di costituire un Ufficio del Procuratore europeo tende a definirsi per quel che concerne la sua struttura e quell'idea dell'investigazione diretta più volte richiamata oggi.

Vorrei aggiungere una considerazione apparentemente ellittica al tema di oggi. Di recente in Parlamento abbiamo approvato un rapporto di iniziativa sulla necessità e l'utilità di definire una normativa sul procedimento amministrativo dell'Unione Europea.

Non è, infatti, più sufficiente occuparsi unicamente della cooperazione giudiziaria in materia civile e penale. Dobbiamo cominciare ad occuparci anche di quei diritti che i cittadini acquisiscono nel momento in cui adiscono l'Unione per una serie di attività di amministrazione diretta che essa ormai svolge in prima persona. Fino ad oggi siamo rimasti soli come Parlamento europeo a sostenere la necessità di un'iniziativa in questo settore nonostante il Trattato di Lisbona contenga un'apposita base giuridica, l'art. 298 del TFUE.

Consiglio e Commissione si sono infatti sempre dimostrati piuttosto scettici all'idea di una codificazione del procedimento amministrativo. Di recente la Commissione europea è però intervenuta, con squisita cortesia e sostanziale freddezza, in risposta al nostro rapporto di iniziativa confermando tuttavia una generalizzata diffidenza delle diverse direzioni generali alla definizione di una regolamentazione del procedimento amministrativo. Noi, come Parlamento europeo, continueremo però a spingere anche su questo fronte.

Da questi piccoli esempi che ho fatto emerge un complesso di nuovi bisogni aventi una dimensione squisitamente europea che nascono dalla crescita esponenziale della dimensione transfrontaliera del quadro economico- sociale degli Stati membri, come effetto naturale del crescente peso e della sempre maggiore integrazione dell'economia europea nonché della necessità e condizione stessa di crescita e coesione dell'Unione. In quest'ottica, quindi, il Programma di Stoccolma non è soltanto un'aspirazione ideale, ma è anche un processo strutturato indispensabile per ognuna delle riforme europee in materia di cittadinanza, di diritto privato internazionale, di cooperazione civile, penale e amministrativa.

E qui emerge un altro e attualissimo aspetto su cui voglio attirare la vostra attenzione: la necessità di produrre delle norme tenendo sempre presenti gli effetti reali e pratici che la loro realizzazione comporterà; nessun piano di riforma, nemmeno il più ambizioso, potrà mai avere dei risultati di lungo periodo ed una presa reale sulla società europea se prima non verrà valutato, promosso e capito il suo impatto sulla società ed, in particolare, il numero dei cittadini che si potranno realmente avvantaggiare delle norme prodotte. Oggi - lo dico con un margine di autocritica - viviamo il difetto di un Parlamento europeo e di Parlamenti nazionali

impegnati esclusivamente ed unilateralmente a legiferare, sostanzialmente disinteressati in pratica, anche se non a parole, all'efficacia e alla attuazione delle norme prodotte.

Nell'Unione abbiamo ormai prodotto e costruito un imponente *Corpus Juris*, ma la percentuale di applicazione concreta di questa normativa e quindi dei cittadini che possano effettivamente avvantaggiarsene pare sia inferiore al 5% .

Non è più sufficiente una valutazione d'impatto preventiva, è necessario attuare un vero controllo degli effetti reali, valutazione nella quale sia Parlamento che Commissione europea dovrebbero investire le risorse di cui dispongono.

La Commissione, in questo quadro, ha da poco pubblicato il c.d. *Justice Scoreboard*, uno strumento che si propone di aiutare l'Unione e gli Stati membri a migliorare l'efficienza dei singoli ordinamenti giuridici fornendo una serie di dati oggettivi, sicuri e facilmente comparabili sul funzionamento della giustizia nei diversi Stati membri. Si tratta di un'idea molto interessante su cui sarà però necessario lavorare in maniera più approfondita.

Emerge qui una nuova priorità da sviluppare nella fase di revisione del Programma di Stoccolma, quando saremo chiamati a definire il futuro quadro normativo pluriennale del programma stesso. Per tutto questo è fondamentale introdurre un profondo cambiamento nella mentalità degli operatori della giustizia (giudici, avvocati, notai, procuratori ecc.) da fondare in primo luogo sul pilastro della fiducia reciproca tra i diversi ordinamenti.

Su questo tema il Parlamento europeo, in particolare la Commissione Affari Giuridici, si è caratterizzato, in questa legislatura, per una sostanziale modifica di approccio a partire da alcuni progetti pilota e iniziative politiche mirate a creare nuovi modelli di evoluzione e di elaborazione della mentalità giuridica dominante e di sviluppo professionale degli operatori giuridici. Stoccolma e Lisbona hanno infatti impresso una svolta molto importante alle competenze e alle politiche della cosiddetta formazione e cooperazione giudiziaria in Europa rafforzando la necessità della costruzione di una vera e genuina cultura giuridica comune europea. Non un sentimento comune: i magistrati hanno sentimenti uguali in tutta Europa, ma la loro cultura giuridica spesso ha provenienze diverse. La costruzione di una cultura giuridica comune è quindi la condizione assoluta perché l'area europea, ed anche le iniziative specifiche in tema europeo, possano marciare più concretamente. Una cultura giuridica europea che rispetti in primo luogo i principi di sussidiarietà e di indipendenza e che sostenga la reciproca fiducia ed il mutuo riconoscimento. Per assicurare un pieno contributo delle autorità giudiziarie nazionali alla realizzazione di un tale obiettivo la prima condizione è che essi abbiano una buona conoscenza degli strumenti giuridici comunitari; una conoscenza sufficiente delle lingue straniere – la questione della lingua può sembrare un problema secondario ma essa interessa oggi tutte le alte professioni in Europa - in particolare della terminologia tecnica; e che possano condividere una comune mentalità a partire dalla conoscenza e comprensione mutua dei sistemi derivanti dalle diverse tradizioni giuridiche di *civil law* e di *common law*. La formazione "giudiziaria" diviene quindi un esempio di quel nuovo approccio citato all'inizio del mio intervento. L'idea che la sottende e che il Parlamento europeo ha tentato di promuovere in questi anni è di avanzare un approccio dal basso verso l'alto

(c.d. *bottom-up*) della costruzione dello sviluppo professionale dei magistrati che includa gli Stati membri, le associazioni nazionali delle professioni giuridiche e le università.

In questo quadro, come modello per sviluppare azioni ulteriori a livello comunitario, hanno rivestito una certa importanza le esperienze intraprese da alcuni Stati membri - a mio avviso, quella più avanzata è quella olandese con Eurinfra - che sono state di grande ispirazione nella definizione del progetto pilota che ho presentato a nome della Commissione Affari giuridici del Parlamento due anni fa. Il programma di Stoccolma, adottato nel 2009 era finalizzato a stabilire una serie di obiettivi da conseguire entro il 2014. La Commissione europea ha poi presentato un piano d'azione per l'attuazione del Programma di Stoccolma proprio il 20 aprile del 2010. Ora che il Programma di Stoccolma ha superato la metà della propria durata, la Commissione giuridica, la Commissione libertà civili e giustizia fra interni e la Commissione affari costituzionali del Parlamento europeo hanno intrapreso un'iniziativa che si propone di valutare i progressi sinora compiuti ed i problemi riscontrati al fine di identificare i passi ancora da attuare anche come possibili priorità del programma successivo.

Vorrei infine attirare la vostra attenzione sull'interrogazione orale che le tre commissioni menzionate hanno presentato congiuntamente lo scorso mese di maggio nell'intento di focalizzare l'attenzione sul problema dell'applicazione concreta della normativa europea. Come ho già detto, solo una piccola parte delle copiose norme prodotte al livello europeo sono infatti recepite ed applicate. Questo certamente vanifica molti dei nostri sforzi e soprattutto non permette ai cittadini di godere pienamente della cittadinanza europea nel suo complesso: costruiamo una Ferrari e camminiamo alla velocità di una Cinquecento. Il problema dell'applicazione effettiva delle norme ha una rilevanza pratica molto grande ed è pertanto fondamentale. Lo è anche per le autorità nazionali e per i rappresentanti delle professioni giuridiche qui oggi presenti e lo sarà ancor più laddove venisse costituito il Procuratore europeo. La richiesta è che ci vengano forniti tutti i dati di cui attualmente le Istituzioni, a partire dalla Commissione, dispongono per poter avere un quadro esaustivo per quanto concerne lo Spazio di sicurezza, libertà e giustizia concretamente inteso.

Le responsabilità della Commissione per il controllo dei bilanci del Parlamento europeo e il suo rapporto con l'OLAF in vista della creazione del Procuratore europeo

Relazione rivista dall'autore

Jens Geier

Parlamentare europeo, membro della Commissione bilanci (BUDG) e della Commissione controllo dei bilanci (CONT) del Parlamento europeo

L'Autore sottolinea lo stretto legame che intercorre tra l'OLAF e la Commissione bilanci del Parlamento europeo e le loro rispettive funzioni. L'Autore, prima di dichiarare il proprio sostegno all'istituzione della Procura europea (EPPO), richiama l'attenzione sul nuovo regolamento dell'OLAF e sull'importante ruolo svolto dal Comitato di sorveglianza dell'OLAF.

Sono onorato di potermi rivolgere a voi oggi in questa importante conferenza. Vorrei ringraziare i relatori per i loro preziosi contributi e sono molto grato alla Presidente Elena Paciotti e alla Fondazione Basso per l'organizzazione di questa conferenza e per averci accolti qui a Roma.

Sono lieto di darvi la mia prospettiva - sia come coordinatore nella Commissione per il Controllo dei bilanci del Parlamento europeo - che come politico studioso di storia che ha già visto come la tutela dei diritti fondamentali in Europa sia enormemente evoluta verso sviluppi quali l'inclusione dei diritti delle persone nel Regolamento sulle indagini del 1999 realizzato dall'OLAF (l'Ufficio UE per la lotta antifrode) e, in modo più significativo - naturalmente - l'entrata in vigore con il Trattato di Lisbona della Carta dei diritti fondamentali dell'UE. È chiaro, comunque, che sono in serbo molte altre sfide e una delle più importanti sarà l'istituzione dell'Ufficio del Procuratore Pubblico europeo (EPPO). E tutto questo deve essere fatto nel contesto della molteplicità di tradizioni giuridiche che possono essere riscontrate in varie parti dell'UE.

LA MIA COMMISSIONE E LE SUE RESPONSABILITÀ

Sin da quando sono entrato nella Commissione dei bilanci nel 2009, questa si è occupata di molte questioni legate al controllo sull'implementazione del bilancio UE e alla lotta antifrode. Da questo punto di vista la nostra attività principale è la tutela degli interessi finanziari dell'UE. E ciò significa la tutela degli interessi finanziari di tutti i contribuenti nell'UE. Questo principio generale mi guida oggi in questo discorso.

Per svolgere questa funzione, la Commissione per il controllo dei bilanci e il

Parlamento nella sua interezza devono lavorare da vicino con la Corte dei Conti europea. Le sue osservazioni sono elementi chiave per la buona gestione delle finanze nell'Unione europea. Inoltre, la Commissione deve mantenere stretti rapporti con l'OLAF.

Tornando brevemente alla relazione tra la Commissione per il controllo dei bilanci e l'OLAF, quando quest'ultimo fu istituito nel 1999 sostituì la precedente Unità antifrode all'interno della Commissione europea. La creazione di un ente separato fu un grande passo avanti, in quanto il Direttore Generale ebbe da quel momento il potere di avviare di sua iniziativa indagini interne e controlli negli Stati membri.

Come sapete la missione dell'Ufficio è triplice:

- Tutelare gli interessi finanziari dell'UE
- Rilevare e indagare irregolarità di componenti o dipendenti delle Istituzioni UE
- e sostenere politiche e legislazioni antifrode

Nella sua funzione, l'OLAF ha bisogno di un forte e chiaro quadro giuridico per assicurare che le proprie indagini siano efficaci ed efficienti e – ancora più importante – indipendenti. Per questo motivo, la mia Commissione ha ripetutamente chiesto che le capacità investigative dell'OLAF siano rafforzate. I più recenti sviluppi sono evidenti nel rapporto annuale dell'OLAF del 2012. Riducendo di diversi mesi la durata media dei casi e aumentando il numero dei casi in processo allo stesso tempo, l'Ufficio dimostra il suo forte impegno nella lotta alla corruzione e frode in Europa. Tutti noi, quali cittadini europei, abbiamo interesse di avere un Ufficio antifrode forte e indipendente, che sia in grado di concentrarsi sulla sua attività principale. Per questo, il legame tra l'OLAF e la mia Commissione dovrebbe essere rafforzato su tutti i livelli.

Adesso, vorrei dedicarmi più dettagliatamente alla Protezione degli interessi finanziari dell'UE – a Bruxelles usiamo l'acronimo "PIF" dal francese "protection des intérêts financiers". Il rapporto annuale PIF precede altri tipi di analisi del bilancio e deve essere svolto in conformità con l'Articolo 325 del Trattato, che stabilisce che la Commissione, in cooperazione con gli Stati membri, presenti una relazione al Parlamento ed al Consiglio sulle misure per combattere la frode.

Quindi, possiamo vedere come la protezione degli interessi finanziari dell'UE e la lotta antifrode rappresentino le attività principali sia dell'OLAF che della Commissione. Redigiamo la relazione Parlamentare annuale su PIF, che espone gli ultimi sviluppi, le carenze e il potenziale di questo settore e con la quale miriamo a dimostrare fino a che punto i fondi e le entrate UE siano a rischio di cattiva gestione e utilizzo. Questo si riferisce ad entrambe, irregolarità come anche casi di frode.

Devo sottolineare che irregolarità non significano necessariamente frode. Le irregolarità sono atti non conformi alle regole UE e che possono avere un impatto negativo sugli interessi finanziari dell'UE. Lavorando quotidianamente nella mia circoscrizione in Germania, ho spesso incontrato casi dove piccoli errori nell'implementazione ed attuazione di fondi UE possono portare ad un significativo margine di errore complessivo. Spesso le irregolarità erano dovute a mancanza di preparazione e attenzione piuttosto che a un comportamento fraudolento e quindi, forse, il risultato di errori genuini da parte dei beneficiari che chiedono i fondi alle autorità responsabili dell'effettuare i pagamenti. Solo se gli errori sono intenzionali

si tratta di frode!

È importante notare come il quadro si sviluppa nei confronti di irregolarità e frodi nell'UE. Come appena menzionato, il cosiddetto Rapporto PIF fornisce una panoramica esauriente sullo sviluppo di questo settore negli ultimi anni. Il rapporto PIF di quest'anno è incentrato sulle aree di maggiore spesa nell'UE, come la politica di coesione e l'agricoltura, ed esamina, inoltre, l'aspetto delle entrate. E qui giungiamo a una questione molto seria che sto evidenziando da un bel po' di tempo. Quando si tratta delle risorse stesse dell'Unione, l'UE avrebbe bisogno di basi migliori e più solide. Questioni quali il contrabbando di sigarette, frodi doganali o di IVA – inclusa la frode Missing Trader Intra-Community (MTIC – meglio nota come la frode Carosello o *Karussellgeschäfte*) rappresentano un rischio reale per le fondamenta finanziarie dell'UE.

Sono stato relatore per il rapporto della Commissione del 2011, votato in plenaria due mesi fa. Il rapporto invita la Commissione a raccogliere dati affidabili sulle lacune di dazi e IVA negli Stati membri e a riferirne regolarmente al Parlamento. Insistiamo anche sul fatto che l'evasione fiscale e schemi di elusione siano identificati e che le appropriate contromisure siano attuate. Inoltre, l'IVA e i dazi doganali devono essere resi più efficaci ed efficienti negli Stati membri. Questi esempi dimostrano la forte interrelazione tra gli Stati membri e l'UE per quanto riguarda la protezione degli interessi finanziari. Fondamentalmente si può dire che se i programmi e le misure nazionali non funzionano in modo adeguato, ciò si ripercuote non solo sul bilancio degli Stati membri, ma anche sulle risorse disponibili all'intera UE. Quindi, la lotta al contrabbando di sigarette, alle frodi sull'IVA o sui dazi deve essere indirizzata a livello europeo.

L'OLAF in particolare ricopre in questo un ruolo fondamentale. Programmi, quali HERCULE, finanziati dall'UE promuovono attività per la protezione di interessi finanziari. Il programma HERCULE II, Per il periodo 2007 – 2013, eroga fondi per quasi 100 milioni di Euro per misure di lotta alla frode, inclusi il contrabbando di sigarette e la contraffazione. Amministrazioni regionali o nazionali, strutture di ricerca ed educazione così come enti no-profit possono ricevere tali fondi. Tuttavia, programmi come questo, finanziati dalla Comunità, sono ideati per essere un completamento e non per rimpiazzare l'impegno nazionale e – aggiungerei – per aiutare a colmare le lacune dei programmi nazionali volti a combattere la frode, il traffico, il contrabbando e la contraffazione. Sono tuttavia gli Stati membri ad avere la responsabilità primaria e l'obbligo di allocare risorse sufficienti, le abilità e il personale per implementare misure appropriate sul territorio. Programmi dell'UE come HERCULE possono solo contribuire con supporto tecnico, formazione o seminari e conferenze come questa di oggi. La Commissione ha lanciato più iniziative, quali la Strategia Antifrode che include un Piano di Azione per combattere il contrabbando lungo il confine orientale dell'UE. Ma, come ho detto, queste sono semplici misure a complemento di misure nazionale, non le sostituiscono.

L'OLAF è un indispensabile attore nel lavoro dell'Unione nel suo obiettivo di fronteggiare i problemi che ho appena menzionato. Qui vorrei enfatizzare che l'indipendenza dell'OLAF è di estrema importanza per me e per la Commissione. Come nostra arma principale nella lotta contro la frode, l'indipendenza dell'OLAF è alla base di una indagine efficace. Il ruolo della mia Commissione non è con-

trollare l'Ufficio antifrode, ma garantirne il miglior funzionamento e ottimizzare dove necessario.

A proposito delle responsabilità dell'OLAF, vorrei darvi una breve panoramica sulla Riforma del regolamento dell'OLAF e sul Comitato di Vigilanza dell'OLAF.

Il testo attuale del nuovo Regolamento dell'OLAF è il risultato di più di sei anni di consultazioni tra il Parlamento il Consiglio e la Commissione – in un dialogo a tre che si è concluso in circa un anno – quindi vedete quanto lavoro e tempo sono stati impiegati per la riforma.

Soprattutto, considerando le attuali discussioni sulla protezione dei *diritti fondamentali*, il nuovo testo del regolamento tratta la questione dei diritti umani e delle libertà fondamentali più estensivamente di quello attualmente in vigore. Il nuovo testo impone all'OLAF ed al suo Direttore Generale doveri più articolati e specifici rispetto all'attuale affermazione che le indagini debbano essere condotte nel pieno rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali. Questo è un evidente passo avanti.

Lo stesso è vero per le disposizioni relative alle indagini dell'OLAF. Laddove l'attuale regolamento dà solamente un'ampia panoramica sull'avvio delle indagini nell'Articolo 5 ad esempio, il nuovo lo integra con un insieme di miglioramenti e innovazioni. Inoltre, l'articolo 10 menziona che gli Stati membri devono (cito) "informare l'Ufficio nei tempi dovuti, di propria iniziativa o su richiesta dell'Ufficio, delle misure intraprese sulla base dell'informazione loro trasmessa ai sensi di questo Articolo" Questo in sostanza consente di dare miglior seguito alle indagini dell'OLAF negli Stati membri e di aumentare la trasparenza. E questi sono solo pochi esempi dei miglioramenti che posso essere ottenuti con la riforma dell'OLAF.

Sono sicuro che nessuno negherà i miglioramenti così duramente ottenuti nelle laboriose negoziazioni di questo dialogo a tre. Anche se si tratta di una questione separata, lasciatemi fare, in questo contesto, un breve riferimento a quello che è chiamato il "Dalligate" nei media. Il relatore del dossier dell'OLAF ha minacciato di rivelare l'intero pacchetto del testo negoziato dell'OLAF a causa del "Dalligate", con lo scopo di rafforzare il Comitato di Vigilanza dell'OLAF e di limitare i poteri del Direttore Generale dell'OLAF. Ad ogni modo, sia il Consiglio che la Commissione hanno ribadito che modificare il regolamento adesso non è un'opzione. Questo è stato ripetuto in uno dei nostri recenti incontri della commissione. La Commissione ha anche firmato una dichiarazione in risposta alla mia iniziativa, invitando ad una anticipata valutazione del nuovo regolamento. Questo ha due vantaggi: da un lato manteniamo i miglioramenti ottenuti e concordati da tutte le parti nelle negoziazioni, e dall'altro avremo l'opportunità di modificare o ottimizzare le disposizioni tenendo conto di considerazioni su casi recenti quando disponibili, senza mettere a rischio quanto finora ottenuto. Secondo me, tutto il resto non è né nell'interesse della Commissione né dell'OLAF né della capacità dell'UE di combattere la frode. Questa posizione, comunque, è contestata nella Commissione e sarà decisa nella prossima sessione plenaria del Parlamento Europeo a luglio.

Parlare del regolamento OLAF significa anche considerare il ruolo del Comitato di Vigilanza dell'OLAF. Ho dichiarato più volte nella Commissione e in pubblico che è essenziale avere un'adequata e efficace supervisione dell'OLAF. Se l'OLAF è la nostra più importante arma nella lotta contro la frode e altri crimini

contro gli interessi finanziari dell'UE, il Comitato di Vigilanza è la garanzia del Parlamento che OLAF opera nel rispetto dei limiti di legge e dei diritti fondamentali. L'OLAF e il suo Comitato di Vigilanza devono trovare un *modus operandi*. Il loro rapporto di lavoro ha bisogno di consentire lo svolgimento di un'attività efficiente ed efficace e si deve raggiungere un accordo reciproco sulle procedure. Il nuovo regolamento rafforza i poteri di supervisione e amplia le competenze del Comitato di Vigilanza. Ad esempio, include specificamente la disposizione che il Comitato deve prendere parte nello scambio di opinioni annuale tra l'OLAF e le Istituzioni UE. Questo contribuisce in modo significativo alla trasparenza e ad una migliore comprensione dei processi, che è essenziale per il lavoro del Comitato di Vigilanza.

GUARDANDO AL FUTURO DALL'OLAF ALL'EPPO

La Commissione per il controllo dei bilanci si concentra sulla proposta della Commissione sulla "Lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione attraverso il diritto penale". Questo dossier è una responsabilità condivisa tra la Commissione sul controllo dei bilanci (CONT) e la Commissione sulle libertà civili, giustizia e affari interni (LIBE). Le due Commissioni redigeranno un singolo rapporto e voteranno insieme in una fase successiva. Verrà dato un parere della Commissione giuridica (JURI). Incontri congiunti a due sono già avvenuti tra CONT e LIBE, principalmente per discutere la base legale dei dossier. A differenza della Commissione Giuridica, la Commissione per il controllo dei bilanci sostiene la Commissione nel suo intento iniziale di usare l'Articolo 325 del Trattato come base giuridica. La ragione principale è che l'Articolo 325 del TFUE è quello in virtù del quale viene svolto l'attuale lavoro del PIF. Inoltre, è soggetto a procedura legislativa ordinaria, che garantisce una tutela efficace ed omogenea negli Stati membri e in tutte le istituzioni e organi nell'UE. Tuttavia il Consiglio ha espresso disaccordo con questa interpretazione. Di conseguenza, ha indicato l'Articolo 83(2) del TFUE come l'appropriata base giuridica per permettere l'armonizzazione del diritto penale nazionale attraverso regole minime relative alla definizione di reati penali e sanzioni per assicurare l'implementazione efficace di una politica dell'Unione. Utilizzare questo articolo invece dell'articolo 325 significa che 3 Stati – Danimarca, Irlanda e Gran Bretagna – possono rinunciare, il che, sono convinto, indebolisce l'intero dossier. Essendo la commissione responsabile per la decisione della base giuridica di un dossier JURI ha deciso, in ogni caso, di seguire l'approccio del Consiglio piuttosto che quello della Commissione.

Questo rapporto sulla "Lotta alla frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione attraverso il diritto penale" può essere considerato un punto di inizio per l'istituzione di un Ufficio del Procuratore europeo, l'EPPO. Sarebbe il primo ufficio europeo nel suo genere. Solo ieri il Parlamento Europeo ha votato a Strasburgo il rapporto semestrale scritto dalla "Commissione speciale sul crimine organizzato, la corruzione e il riciclaggio di denaro" (CRIM). Questo rapporto invita chiaramente ad istituire l'Ufficio del Procuratore europeo come disposto nell'articolo 86 del Trattato. Soprattutto indica che (cito) "il futuro ufficio dovrebbe avere una struttura efficiente e dinamica e dovrebbe avere il compito di coordinare e incoraggiare le autorità nazionali ad avviare indagini più coerenti attraverso regole

procedurali uniformi". La Commissione europea dovrebbe presentare una proposta prima del settembre 2013, definendo chiaramente non solo la struttura dell'EPPO, ma anche la sua responsabilità nei confronti del Parlamento europeo e, in particolare, la sua interazione con Europol, Eurojust, OLAF e l'Agenzia dei diritti fondamentali. Come potete vedere il Parlamento europeo è desideroso di vedere pubblicata la proposta della Commissione.

COMMENTI FINALI

Certamente non tenterò di predire il futuro per quanto riguarda il Procuratore europeo e la relazione con OLAF e altri enti. In ogni caso, guardando al passato possiamo vedere cosa è stato già ottenuto con la Commissione per il controllo dei bilanci. Sono convinto che abbiamo bisogno di una forte organizzazione per l'Ufficio del Procuratore europeo. Come la storia ci ha mostrato, non sarà facile trovare terreno comune tra i due legislatori. Non è comunque impossibile. E per questo dobbiamo porre le basi adesso!

Procuratore europeo: ragioni per la sua istituzione e questioni da affrontare

Relazione rivista dall'autore. Le opinioni espresse sono quelle dell'autore

Hans G. Nilsson

Capo della Divisione diritti fondamentali e giustizia penale del Consiglio dell'Unione Europea.

L'autore, partendo dalle statistiche contenute nel Report OLAF 2011, espone le ragioni che giustificano l'istituzione di un Pubblico Ministero europeo (EPPO). Dopo aver ricordato l'importanza delle garanzie procedurali, si sofferma sulle principali questioni che dovranno essere discusse nel corso del negoziato in lista dell'adozione del regolamento istitutivo dell'EPPO.

È un piacere essere di nuovo qui in Italia. Vorrei rendere omaggio ad una persona che è stata estremamente decisiva per il progetto sull'istituzione dell'Ufficio del Pubblico Ministero europeo e che è mio amico, Francesco De Angelis, che una volta è stato un Direttore nella Commissione europea. Egli ha lavorato sui temi relativi al controllo del bilancio. Francesco è stato colui che ha creato un gruppo di persone provenienti dall'accademia, chiedendo loro di provare a fare qualcosa contro il fatto che i procedimenti per i reati contro l'interesse finanziario della Comunità a quel tempo non fossero eseguiti correttamente negli Stati membri.

Questo gruppo realizzerà un progetto per lui, ma Francesco non ne fu contento. Disse: "Non voglio avere niente che sia basato sui metodi della vecchia cooperazione giudiziaria negli Stati membri. Ho bisogno di qualcosa in più che abbia potere; ho bisogno di qualcosa che possa realmente funzionare, perché gli Stati membri lavorano così diversamente: sono lenti, inefficienti e non comprendono la tutela degli interessi finanziari dell'Unione. Non comprendono tutte le procedure che esistono nella Comunità europea".

Così Francesco istituì, fra le altre cose, un'Associazione per la tutela legale penale degli interessi finanziari dell'Unione, fondamentalmente in tutti gli Stati Membri dell'Unione; nel corso del tempo abbiamo tenuto non so quante centinaia di seminari. Ho viaggiato molto nell'Unione Europea grazie a Francesco!

Perché vorremmo augurarci di avere l'Ufficio del Pubblico ministero europeo (EPPO)? Non è sufficiente l'abituale lavoro delle autorità giudiziarie nazionali? Non è sufficiente Eurojust? Devo ammettere che, per molto tempo, sono stato scettico sull'idea di istituire l'Ufficio del Pubblico ministero europeo, perché pensavo che ci saremmo potuti occupare della maggior parte di questi casi a livello nazionale e forse attraverso Eurojust. Ma devo anche ammettere che ho cambiato idea un paio di anni fa, quando ho cominciato a vedere le statistiche su come casi dell'OLAF erano stati gestiti dalle autorità nazionali.

Posso fornirvi alcune statistiche che ho tratto dal Report OLAF 2011, relativo

a più di 1000 casi trasmessi alle autorità giudiziarie nazionali. Un'analisi di queste azioni giudiziarie, intraprese dagli Stati membri a seguito di indagini dell'OLAF nel periodo 2006-2011, indica che il numero di casi in cui nessuna decisione giudiziaria è stata ancora presa è relativamente alto: per il 54% dei casi che l'OLAF ha trasmesso alle autorità giudiziarie nazionali, in un periodo di 5 anni, non è stata presa alcuna decisione presa. A pagina 21 del Report si evidenzia che "più della metà delle 471 azioni prese in considerazione dalle autorità giudiziarie sono state archiviate prima del processo, il 42% delle azioni si sono concluse con una condanna ed il 7% con l'assoluzione. C'è stata una significativa variazione nei risultati delle azioni giudiziarie tra gli Stati membri". Dalle statistiche dettagliate presenti a pagina 22 si evince per esempio, che per quanto riguarda l'Italia ci furono 112 casi trasmessi alle autorità giudiziarie italiane nel periodo 2006-2011; e di tutti quei 112 casi, 75 erano ancora pendenti e non si sapeva se fossero stati archiviati, se ci fossero state condanne o se fossero ancora in atto azioni giudiziarie. Ed infatti, di quei casi, 21 erano stati archiviati prima di andare a qualsiasi processo; questa è la statistica italiana ed è più o meno la stessa per diversi Stati membri. Ma si può notare una diversità di trattamento di questi casi nei vari Stati membri: si passa dal 19% di casi cui fa seguito un'azione giudiziaria, al 90% o anche 100%, per alcuni Stati membri, dove sono state eseguite azioni giudiziarie.

La ragione per cui ho cambiato idea prende origine dalla lettura di questi dati; se le statistiche fossero al 30% globalmente in tutti gli Stati membri, allora ci sarebbe qualcosa che non va nelle indagini dell'OLAF e nella trasmissione dei casi. Ma, visto che variano dal 19% al 100%, non penso che ci sia qualcosa che non funziona nelle indagini dell'OLAF; penso che ci sia qualcosa che non va negli Stati membri. E questa è la ragione per cui avremmo bisogno di un Pubblico Ministero europeo: per il fatto che tale Pubblico Ministero europeo potrebbe almeno contribuire ad una maggiore coerenza. Ci sono, naturalmente, delle differenze nei risultati anche nelle durate di procedimenti giudiziari, ma l'Unione europea su questo aspetto non può fare molto. Può invece portare più coerenza in relazione a questo file. Questa quindi è una delle ragioni del perché ho cambiato idea.

Ho recentemente partecipato a diverse conferenze sull'EPPD (penso che questa sia la quinta negli ultimi tre mesi), ma devo dire che questa particolare conferenza è interessante perché tratta di diritti fondamentali. Credo infatti che questo sia un aspetto molto importante dell'intero progetto EPPD. So che ci sono alcune persone che dicono che diritti fondamentali ed EPPD non rappresentino un problema perché ogni cosa verrà fatta mediante legge nazionale perché siamo tutti parte attiva nella Convenzione europea dei diritti umani e perché abbiamo la Carta dei diritti fondamentali (che è parte dei Trattati).

Non penso che ciò sia corretto; e, come abbiamo sentito proprio poco fa dal Vice Presidente Reding nel video messaggio, la Commissione proporrà, a quanto pare, anche ulteriori norme relative alle garanzie procedurali. A mio parere, armonizzare il diritto penale materiale è relativamente facile in quanto si può semplicemente dire che questa o quella condotta è punibile. Penso, invece, che organizzare il diritto di procedura penale sia molto più difficile, in quanto i nostri sistemi legali sono diversi. Ma c'è una cosa che mi fa credere che, dopo tutto, questa volta potrebbe essere un po' più facile; poiché quello che faremo (e dob-

biamo farlo perché il Trattato dice che dobbiamo farlo) sarà avere un regolamento e non una direttiva. Avremo un regolamento che sarà direttamente applicabile come se fosse proprio la nostra legge nazionale. Diventerà il diritto in Italia; diventerà il diritto in qualsiasi altro Stato membro partecipante. Questo specifico regolamento sarà integrato nel sistema legale nazionale e avrà la prevalenza anche sul diritto costituzionale.

So che il diritto penale è estremamente territoriale ed estremamente geloso di proteggere il suo diritto nazionale e per gli avvocati di diritto penale questo è molto sveniente da dire. Ma questo regolamento diventerà parte del sistema legale nazionale. Penso che forse se iniziassimo a pensare in tali termini, sarebbe più facile e più accettabile provare a comprendere che potremmo avere bisogno di qualche tutela procedurale. La Vice-presidente, Reding, ha citato tre garanzie procedurali. Non so esattamente cosa la Commissione proporrà: spero che avanzerà la sua proposta il 2 luglio (questa è la data che ho sentito un paio di giorni fa, per cui vediamo se ce la faranno).

Se si guarda la bozza di norme-modello dell'UE di procedura penale, che è stata adottata da un gruppo di accademici e liberi professionisti che hanno discusso su questi argomenti nell'ambito di un progetto condotto dalla Professoressa Ligeti in Lussemburgo, si può vedere che vi è una norma che riguarda i diritti dell'indagato; e penso che fino ad un certo punto essi corrispondano anche al regolamento dell'OLAF, che, naturalmente, si occupa di indagini amministrative; il sig. Geier ne ha già citato qualcuno. Giusto per richiamare i diritti che sono stati inseriti in quel progetto: il diritto ad un'assistenza legale; il diritto a non autoincriminarsi (che è anche il diritto a rimanere in silenzio); il diritto di essere informato dall'EPPO che ogni dichiarazione che l'indagato ha reso durante l'interrogatorio potrebbe essere usata come evidenza contro di lui; il diritto ad un interprete ed a traduzioni; il diritto di ottenere prove e raccogliere prove in nome dell'indagato; il diritto di accesso ai documenti; il diritto a ricevere una lettera che esponga i diritti; il diritto di essere prontamente informato dall'EPPO che si è sospettati di un reato. Questi sono i diritti lì menzionati. Non so se la Commissione li proporrà tutti, ma a quanto pare, da ciò che abbiamo appena sentito, alcuni di essi saranno presi in considerazione.

Vedremo quale sarà la reazione degli Stati membri a questa proposta; perché probabilmente sarà la prima volta che faremo uso di un regolamento per cercare di armonizzare un diritto procedurale: l'abbiamo fatto, come qualcuno di voi può sapere, attraverso la cosiddetta Tabella di marcia (Roadmap) degli accusati e degli indagati nei procedimenti penali. Abbiamo adottato la Misura A e la Misura B sui diritti dell'indagato alla traduzione ed all'interpretazione e, molto recentemente (solo due settimane fa), abbiamo raggiunto un accordo con il Parlamento europeo anche sull'accesso ad un difensore. Abbiamo fatto, quindi, qualche buon progresso in quel senso. Ma tutti questi strumenti sono stati adottati nella forma di direttive e non di regolamenti.

E' sufficiente contare sul diritto nazionale? Io non penso sia così; in quanto, in ogni caso, anche se non avessimo garanzie procedurali (spero che le avremo, penso che dovremmo averle per rendere il progetto più credibile), ci sono altri aspetti connessi ai diritti fondamentali che sono decisamente necessari. Mi riferi-

sco, per esempio, alla protezione dei dati. L'EPPO avrà bisogno di gestire dati personali anche a livello centrale e non solo a livello nazionale. E non ho dubbi che l'EPPO dovrà avere un sistema di gestione dei casi. Stiamo parlando forse di circa 2000-3000 casi se ci riferiamo a quelli più impegnativi; se poi l'EPPO dovesse avere una competenza esclusiva, anche per i piccoli casi – penso che probabilmente non accadrà– il numero di casi arriverebbe presumibilmente a 10.000 casi o più.

So che in uno dei nostri più grandi Stati membri (non l'Italia) attualmente ci sono circa 2000/3000 casi collegati alla dogana: a volte piccoli casi (contrabbando di una bottiglia di vodka, e potete immaginare di quale Stato membro io stia parlando), ma anche questa tipologia di casi dovrà essere trattata dall'EPPO. Stiamo parlando di molti casi, ma ciò mi porta anche a dire che l'EPPO non dovrebbe occuparsi di casi *de minimis*; probabilmente sarà sensato lasciare che questi seguano il loro corso attraverso le autorità nazionali e le procedure nazionali.

Un altro esempio che riporto in questo contesto è che l'EPPO sceglierà anche dove agire in giudizio, e quindi il foro competente per intraprendere un'azione giudiziaria. Facciamo un esempio: diciamo che ha la scelta di procedere contro una persona in Finlandia, dove il codice penale finlandese prevede cinque anni di reclusione; oppure l'EPPO persegue il caso in Spagna e per quello specifico reato il codice penale prevede potenzialmente 20 anni di reclusione. Potete senz'altro comprendere come l'indagato possa preferire che il suo caso sia perseguito in Finlandia piuttosto che in Spagna dove avrebbe 20 anni di reclusione. Penso allora che debba esserci qualche specie di revisione giudiziaria in relazione a questo tipo di decisioni. Poiché l'indagato non può chiedere ad una Corte finlandese di andare in Spagna o chiedere ad una Corte spagnola di andare in Finlandia: non credo che ciò sia possibile. Per cui avremmo bisogno, probabilmente, di avere qualche tipo di Corte europea, una Camera della Corte di Giustizia o qualcosa del genere. Non posso immaginare come possiamo farne a meno, in particolare in relazione a questo.

Posso anche citare un altro problema, visto che Geier ha menzionato la questione dell'interesse finanziario. Il Consiglio ha raggiunto un cosiddetto "orientamento generale" cioè una specie di posizione di negoziazione politica, la scorsa settimana, il 6 giugno in Lussemburgo. Se siete interessati, potete leggerne il documento nel 10729/13: è un documento accessibile sul sito del Consiglio. Potrete, inoltre, vedere in quel documento che il Consiglio statuisce che le basi legali saranno modificate dall'articolo 325 all'83 par. 2 come è stato anche citato. E là, nella deliberazione pubblica (che, a proposito, può essere vista anch'essa sul sito del Consiglio poiché è stata una deliberazione pubblica), vedrete che il servizio legale del Consiglio prese la parola e disse che il fatto che la Danimarca ne sarebbe restata fuori ed il fatto che l'Irlanda ed il Regno Unito avrebbero avuto la possibilità di non entrare nella Direttiva, non è da tenere in considerazione quando la base legale è decisa. Il servizio legale ha richiamato la giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale dice che solo fattori oggettivi, che sono sensibili ad una rivisitazione giudiziaria, dovrebbero essere presi in considerazione; le conseguenze procedurali di una decisione sulla base legale sono politicamente rilevanti, ma non giuridicamente rilevanti. Questo è stato pressappoco ciò che il servizio le-

gale del Consiglio disse in una sua dichiarazione pubblica.

Richiamo anche alcuni temi che a volte sembriamo dimenticare quando parliamo dell'EPPO; perché facciamo una sorta di raffronto tra Eurojust e la funzione di coordinamento e supporto di Eurojust. Personalmente non credo che si possano mettere a confronto i due organismi, Eurojust ed EPPO; anche se sono molto favorevole al lavoro di Eurojust. Il motivo è che penso che stiamo parlando di due concetti differenti. Eurojust è un organismo che ha come suo principale compito il coordinare, il cooperare con le autorità nazionali. L'EPPO sarà decisivo; decisivo anche sulle autorità nazionali. Come tali distinzioni verranno attuate, è un argomento di negoziazione. Ma il Trattato dice, all'articolo 86, che l'EPPO è "responsabile" (questa è la parola che è stata usata) per indagare, agire in giudizio e portare ad una sentenza. Eurojust non è responsabile per questo: è di supporto, di coordinamento. Ma Eurojust non prende alcuna decisione. L'EPPO decide; l'EPPO dirige l'attività di indagine; l'EPPO pone obblighi sulle autorità nazionali degli Stati membri per cooperare. E questo è il punto chiave, in quanto è ciò che causa molto dibattito e molti problemi in particolare in relazione al diritto costituzionale. Qui in Italia ricordo i dibattiti sul mandato d'arresto europeo nel 2001 e la tutela costituzionale dei pubblici ministeri in questo Paese. Non so se la Costituzione è stata cambiata oppure no, ma certamente a quel tempo, quando studiammo la Costituzione Italiana, vedemmo quanto fossero costituzionalmente tutelate le autorità della pubblica accusa. Ma, naturalmente, qui si potrebbe ancora dire, come ho iniziato a dire, "questo non è realmente un problema, il fatto che abbiate una costituzione che tutela i pubblici ministeri, in quanto in questo caso procederanno in nome dell'EPPO. Ed lo faranno sulla base legale di una regolamentazione; e tale regolamento ha anche preminenza sul diritto costituzionale. Sarà, infatti, parte del diritto italiano. Per cui, dov'è il problema costituzionale?". Penso che naturalmente un problema ci sia in questo caso; ma è realmente un problema di diritto costituzionale o lo stiamo rendendo noi un problema quando analizziamo l'intero spettro dei nostri problemi in questo contesto?

Lancio semplicemente aperta la domanda.

L'EPPO è un progetto davvero difficile. Ne abbiamo parlato per quasi 20 anni; ed ora quando si inizia a buttare giù una bozza ed a mettere il pensiero su carta, si comprende quanto difficile sia il progetto. Per quanto riguarda le questioni dei diritti fondamentali, di certo i diritti degli indagati, delle decisioni sulle misure coercitive, di chi sia a prenderle in relazione al controllo giudiziario, la Corte di giustizia europea ha la possibilità di vedere anche questi tipi di casi giudiziari? Perché la Corte di giustizia è, come qualsiasi altra istituzione dell'Unione europea, basata sul principio dei poteri conferiti. Abbiamo conferito questi tipi di poteri di controllo giudiziario alla Corte di giustizia europea? Ci sono vari significati e varie opinioni su tale questione.

Senza menzionare tutte le altre questioni relative allo scambio di informazioni, lavoro con Paesi terzi e via dicendo, vorrei puntualizzare che alcuni di questi casi sono collegati alle strutture che la Commissione europea proporrà. Ciò che abbiamo compreso dalla Commissione, lo hanno detto pubblicamente e la Sig.ra Reding poco fa è stato abbastanza schietta, proprio come nel suo video messaggio, è che apparentemente la Commissione proporrà un Pubblico Ministero Capo,

forse con alcuni sostituti che avranno poi dei delegati con doppio ruolo in ciascuno Stato membro; e tali delegati sono coloro i quali procederanno in giudizio ed investigheranno secondo la legge nazionale. Sembra quindi che la Commissione europea creda che questi delegati (i delegati con “doppio ruolo”) risolveranno più o meno qualsiasi problema perché agiranno secondo il diritto nazionale. Credo che questa sia una soluzione attuabile; ma penso anche che il doppio ruolo crei alcuni problemi che dovrebbero essere risolti se si adotta tale metodo. Mi riferisco cioè alla questione di avere due padroni.

Ora, come sarà risolto questo in pratica? Penso che questo sarà uno degli argomenti più difficili nella negoziazione che faremo. Ricordo ancora cosa ha detto un Procuratore Generale della Repubblica ceca in una conferenza a Berlino, nel febbraio di quest'anno. Disse: “se c'è un pubblico ministero che non mi ubbidisce o che non fa ciò che voglio, che sia EPPO o no, io posso rimuoverlo dall'incarico poiché è mio: fra le altre cose pago il suo stipendio”. E questa è un'altra domanda: chi pagherà lo stipendio per il doppio ruolo e cosa ne sarà dei diritti pensionistici? Tutto questo è veramente difficile.

Lasciatemi anche dire che stiamo discutendo tali questioni relativamente a casi minori, abbiamo anche discusso la questione concernente la Frode IVA e in quel senso l'approccio comune del Consiglio è che l'IVA non debba esse contenuta nel testo. Vedremo che questo sarà uno degli argomenti che dovremo discutere con il Parlamento europeo. Ma c'è stata infatti una maggioranza molto forte degli Stati membri che prendono la parola nel Consiglio e che hanno preso la parola precedentemente; pertanto, sarà un argomento molto difficile, posso predirlo già da ora.

Abbiamo anche discusso molte questioni sulla competenza esclusiva dell'EPPO: l'EPPO dovrebbe avere competenza esclusiva anche quando il caso concerne solo uno Stato membro? Si può porre la domanda, ma ci sarebbe un motivo per questo e cioè che lo Stato membro non sia inadeguato nel perseguire gli interessi finanziari dell'Unione e quindi questo potrebbe non essere un motivo per escludere la competenza.

Lasciatemi ricordare che ci devono essere alcune regole per la cooperazione tra l'EPPO e le autorità nazionali, regole riguardanti la presentazione di norme sugli obblighi; riguardanti le misure urgenti prima che sia stata presa qualsiasi decisione sull'apertura dell'indagine, regole riguardanti l'accesso ai registri nazionali per esempio. L'EPPO forse potrebbe non avere bisogno così spesso di accedere ad un Registro del DNA, ma senz'altro dovrebbe aver accesso alle targhe automobilistiche e a cose del genere che sono importanti nelle indagini nazionali.

Quindi, abbiamo un intero blocco di discussioni: cosa accadrà se avremo una cooperazione potenziata e che ne sarà della cooperazione con gli Stati membri non partecipanti? Sappiamo che sicuramente la Danimarca rimarrà totalmente fuori dall'EPPO in quanto non hanno ancora indetto il referendum necessario; anche Regno Unito e Irlanda resteranno molto probabilmente fuori. Certamente, è iscritto nelle legge sull'Unione europea del Regno Unito che non entreranno nell'EPPO senza che si tenga un referendum. E poi, che ne sarà della cooperazione dell'EPPO con Paesi terzi? L'EPPO non è una parte contraente nella Convenzione delle Nazioni Unite sulla Criminalità organizzata (la Convenzione

Palermo): può l'EPPD inviare rogatorie? E ciò può essere fatto per mezzo del delegato nazionale?

Ci sono numerose domande; c'è anche qualche soluzione in relazione a tutte queste questioni. Per esempio, ci sono anche alcuni Stati membri che ritengono che un modello collegiale sia una scelta molto più praticabile di quella di un singolo pubblico ministero; in quanto il Pubblico Ministero sarebbe più legittimato se gli ordini provenissero da un Pubblico Ministero nominato a livello nazionale, ma indipendente, che possa renderlo più accettabile per gli Stati membri. Ma vedremo che tutto questo sarà materia di negoziazioni: inizieranno durante la Presidenza lituana; e penso che terremo dibattiti abbastanza interessanti su questo progetto che è così difficile. Penso che sia un progetto di importanza tale che possa essere paragonato all'istituzione dell'Euro.

Il sessione



La protezione degli interessi dell'Unione Europea, le indagini transnazionali e la protezione dei diritti fondamentali nella giurisprudenza europea e nazionale

La tutela dei diritti fondamentali in riferimento a indagini transnazionali nel caso di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione Europea

Relazione rivista dall'autore

Yves Bot

Avvocato Generale della Corte di giustizia dell'Unione europea

L'Autore, richiamando la giurisprudenza della Corte di giustizia, si sofferma sulla relazione tra i diritti fondamentali ed il principio del reciproco riconoscimento quale strumento principale per la realizzazione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia. L'Autore conclude le sue riflessioni sul tema, sottolineando come lo spirito alla base dell'istituzione del Procuratore europeo sia quello di passare dalla cooperazione al coordinamento.

Prima di tutto, dobbiamo considerare che il Procuratore europeo (EPPO) sarà, per sua natura, un organo giudiziario operativo a livello europeo, nel contesto di un sistema europeo composto da vari ordinamenti giudiziari nazionali.

Che cosa significa effettivamente "ordinamenti giudiziari nazionali"?

Un ordinamento giudiziario è un determinato complesso indissolubile di diritto sostanziale e procedurale, che descrive, prima in cosa consistono i reati e poi come perseguirli.

Fino a quando i trattati stabiliscono che EPPO può operare attraverso le autorità di pubblica accusa nazionali con una competenza transnazionale, l'EPPO, sebbene rafforzerà una politica penale comune, dovrà affrontare i vari tipi di legislazioni e procedure nazionali. In altre parole, avremo un organo transnazionale operativo tramite sistemi giudiziari nazionali e non armonizzati.

In quest'ottica, perseguire un reato transnazionale, i cui elementi sono stati commessi in diversi paesi, e presentarlo dinanzi una singola Corte è una sfida notevole.

Finora, lo sviluppo del diritto penale nell'Unione è stato garantito sulla base del principio del reciproco riconoscimento. Questo principio, il famoso pilastro dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, era, e ancora rimane, uno strumento molto utile ed efficace per la cooperazione giudiziaria.

Molto spesso, viene sollevata la domanda se l'implementazione piena del principio del reciproco riconoscimento abbia, in relazione ai diritti fondamentali, effetti negativi.

Per questa ragione, nella prima parte del mio intervento illustrerò come il precedente giurisprudenziale della Corte abbia delineato il modo in cui il riconoscimento reciproco e i diritti fondamentali possano agire armoniosamente.

Nella seconda parte esaminerò se, come conseguenza della natura di EPPD, il reciproco riconoscimento non abbia raggiunto i propri limiti.

All'inizio della mia presentazione, vorrei richiamare la vostra attenzione su quello che costituisce per me un punto cruciale. Ci riferiamo ad un aspetto specifico e molto particolare dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia: il diritto penale. Quest'ultimo ha una sua propria logica, legata alla tutela dell'ordine pubblico, che ci si aspetta venga applicata nella stessa maniera in ogni parte della sua sfera di competenza.

LE RELAZIONI FRA I DIRITTI FONDAMENTALI E IL RICONOSCIMENTO RECIPROCO NELLO SPAZIO DI LIBERTÀ, SICUREZZA E GIUSTIZIA

A questo proposito, la Corte di Giustizia europea ha recentemente emesso due sentenze – esaminerò entrambe.

LA SENTENZA FRANSSON

Nella sentenza Fransson, la Corte definì le condizioni per le quali la Carta è applicabile. Prima di quel giudizio, studiosi e professionisti erano, e apparentemente sono ancora, divisi in due correnti opposte.

Era la Carta applicabile solo quando gli Stati membri stavano “attuando” il diritto dell'Unione o, in senso più ampio, quando la situazione rientrava semplicemente “nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione”?

In almeno due occasioni la Corte evitò di rispondere al quesito malgrado gli Avvocati generali coinvolti in quelle cause la esortassero ad adottare una più ampia interpretazione.

In Fransson, la Corte si pronunciò a favore del senso più ampio, in contrasto con l'opinione degli Avvocati generali che proposero una soluzione intermedia fra i due estremi.

È ben noto che la decisione della Grande camera non è stata accolta all'unanimità dai commentatori. Personalmente sono d'accordo con la sentenza della Corte per molte ragioni e, specialmente, per una ragione che, finora, non è stata evidenziata come tale: il quesito rinviato alla Corte era di natura penale e, quindi, qualunque altra soluzione sarebbe stata inconcepibile. Il giudice nazionale voleva sapere se il principio del *ne bis in idem* fosse applicabile fra una sentenza amministrativa, e più precisamente fiscale, ed una chiaramente penale, entrambe riguardanti gli stessi fatti. Considerando che il quesito era di natura penale, la Corte non ebbe altra scelta che pronunciarsi nel modo in cui fece. Alla Corte non fu permesso di decidere altrimenti: fu chiaramente impossibile per la Corte dichiarare che la Carta non era applicabile nell'ambito del diritto penale. Se la Corte si fosse pronunciata in quel senso, sarebbe stato impossibile assicurarsi in ogni parte dell'Unione la tutela globale e uniforme delle libertà individuali sancite nella Carta, che è, di per sé, parte del diritto primario dell'UE. Come si sarebbe potuto spiegare alle giurisdizioni nazionali e anche ai cittadini che non era possibile invocare i diritti fondamentali in modo automatico proprio nella materia in cui, intrinsecamente, dovrebbero essere sempre presenti? E soprattutto, per eludere le difficoltà che derivano da questa decisione, l'unico rimedio sta nell'invocare la teoria dei principi fondamentali del Diritto dell'Unione. Come tutti sanno, i principi ge-

nerali dell'Unione, e tra questi il principio del *ne bis in idem*, sono applicabili quando il quesito in discussione è nell'ambito del diritto dell'Unione.

Personalmente, ritengo che debba essere palese che la Carta sia applicabile in modo intrinseco nell'ambito di materie penali.

Il principio del reciproco riconoscimento influisce negativamente sui diritti fondamentali? Questo è l'aspetto che vedremo ora.

LA SENTENZA MELLONI E RADU

Radu e Melloni erano due persone giudicate e condannate ed erano soggette a mandati di arresto europei.

Entrambi sostenevano che il MAE (Mandato di Arresto Europeo) avesse violato i principi fondamentali. In ciascun caso la Corte rigettò il ricorso.

Radu mosse accusa alla Corte giudicante per non avere organizzato un incontro prima di consegnare il mandato. Un simile argomento può essere considerato stupefacente perché il principio alla base di un mandato di arresto, europeo o nazionale, è essere consegnato quando la persona sospettata o condannata è assente. La questione sarebbe stata differente se una violazione dei diritti fondamentali fosse stata commessa, non in questo caso, durante l'iter che ha portato alla sentenza.

Melloni basò il suo argomento sull'articolo 53 della Carta per ottenere un rifuo alla consegna dalla giurisdizione spagnola. Condannato in contumacia in Italia sostenne che la legge costituzionale spagnola fosse più garantista della disposizione della decisione quadro. È chiaro che la legge costituzionale spagnola proibisce l'esecuzione di una sentenza pronunciata in contumacia se non c'è certezza che il caso venga ri-esaminato prima di essere eseguito.

Al contrario, la decisione quadro stabilisce che l'esecuzione è possibile in certe circostanze che erano state attese nel caso in questione, ovvero che la persona era stata chiaramente avvisata della data dell'udienza così come delle conseguenze derivanti dalla sua assenza.

A mio parere, la parte più importante nel ragionamento della Corte è espresso nel paragrafo 59 e nei punti successivi della decisione.

In primo luogo, delineando il contesto generale che governa ogni aspetto dell'Unione, la Corte ricorda che ai sensi dell'acquisita giurisprudenza in relazione al principio del primato del diritto comunitario, le regole nazionali non possono minare l'efficacia del diritto dell'UE sul territorio nazionale.

Di conseguenza, dal momento in cui le regole stabilite dalla decisione quadro non violano i diritti fondamentali, alle disposizioni nazionali costituzionali non è consentito minare l'efficacia della decisione quadro.

Dichiarando altrimenti, la Corte avrebbe re-introdotta la possibilità per gli Stati membri di eludere la struttura comune nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, ripristinando allo stesso tempo le ragioni per cui quegli stessi Stati membri decisero di attribuire al principio del reciproco riconoscimento un ruolo così determinante quale pilastro nella costruzione di questo Spazio.

Si dovrebbe tenere in considerazione che l'articolo 82 del Trattato riconosce al principio del reciproco riconoscimento lo status ufficiale di strumento principale nella costruzione di questo Spazio. Limitare quel ruolo sarebbe ostacolare il Trattato.

È stata avanzata l'idea che tale decisione sarebbe stata pericolosa se la consegna fosse stata richiesta da una giurisdizione parte di un sistema apparentemente in accordo con i principi di democrazia ma, di fatto, in violazione delle libertà fondamentali nel suo funzionamento.

Nonostante questa ipotesi possa essere considerata puramente teorica, la questione deve essere esaminata perché rivela un aspetto importante nella filosofia del meccanismo del MAE che la Corte non ha preso in considerazione.

Il cambiamento più importante introdotto dalla decisione quadro consiste nell'attribuire al MAE una natura pienamente ed esclusivamente giudiziaria.

È comunemente accettato che un sistema giudiziario è fondamentalmente il guardiano della libertà degli individui. Se si presenta la situazione descritta sopra sarà la giurisdizione dell'esecuzione a decidere se vengono rispettati i principi sanciti nella Carta e, in caso contrario, rifiutare la consegna.

Questo era il senso del parere che ho espresso nel caso Mantello (punti 9 e 10):

"9. ...sebbene il meccanismo del mandato d'arresto europeo si basi su un elevato livello di fiducia reciproca, cionondimeno la consegna della persona oggetto di tale mandato è la conseguenza di una decisione dell'autorità giudiziaria dello Stato membro di esecuzione, che dev'essere adottata nel rispetto dei diritti fondamentali. Farò notare che l'art. 3, n. 2, della decisione quadro è un'espressione del principio del *ne bis in idem*, che costituisce un diritto fondamentale riconosciuto dall'ordinamento giuridico di tutti gli Stati membri ed è sancito dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

10. Ne consegua, a mio avviso, che, se è pur vero che, in forza del principio di riconoscimento reciproco, non spetta all'autorità giudiziaria dell'esecuzione verificare d'ufficio il rispetto di tale principio, resta il fatto che essa non può eseguire un mandato d'arresto europeo se dispone di prove sufficienti che dimostrino la violazione di detto principio e ciò anche nel caso in cui i fatti abbiano già costituito oggetto di una sentenza definitiva nello Stato membro emittente".

Il fatto che la Corte non si riferì a quel punto del parere nel suo giudizio non significa, per me, che ne condannò le motivazioni.

È evidente che in tale situazione, la semplice analisi del MAE avrebbe reso palese se la violazione dei diritti fondamentali della persona condannata fosse stata commessa durante l'iter terminato in condanna. In una simile situazione, il tribunale competente avrebbe trovato in Radu la base giuridica per rifiutare la consegna.

In ogni caso, il principio del reciproco riconoscimento non è lo strumento magico per costruire un sistema penale dell'Unione armonioso.

IL PRINCIPIO DEL MUTUO RICONOSCIMENTO HA RAGGIUNTO IL SUO LIMITE?

Per me, creare una vera procura porta obbligatoriamente ad esaminare se c'è il rischio che il nuovo sistema violi il principio di legalità.

Come disposto nel Trattato, la filosofia del nuovo sistema consiste nell'attribuire ad una giurisdizione unica la competenza di giudicare gli individui che hanno commesso atti illegali accomunati da uno stesso intento criminale (*mens rea*) in due o più Stati membri. È chiaro che per i fatti perpetrati nel proprio territorio, ogni legge nazionale avrà una qualificazione adeguata per quanto riguarda

la definizione dei fatti ed il livello della pena. Se si può immaginare che le differenze fra le qualificazioni non costituirebbero la difficoltà più grande grazie a qualche direttiva di armonizzazione, sarebbe decisamente diverso per quanto riguarda il livello della pena.

Anche le più recenti direttive obbligano gli Stati membri a non stabilire pene precise, ma solo una scala. Di conseguenza, ogni Stato membro ha la totale libertà di scegliere la sanzione che ritiene appropriata.

La giurisdizione scelta dall'EPPD per giudicare l'intera azione in violazione della norma dovrà trattare le diverse sanzioni stabilite, in parte dal diritto nazionale applicabile per atti commessi nel Paese di quella giurisdizione e in parte dal diritto internazionale. Se per la stessa azione le sentenze disposte dalla *lex fori* non sono identiche a quelle stabilite da leggi straniere, cosa dovranno fare i giudici? Applicare la legge nazionale ad azioni commesse all'estero o applicare la legge straniera? Quest'ultima soluzione può apparire auspicabile, ma la sua attuazione porterà ad una piccola rivoluzione. Attualmente, la regola normale nel rispetto dei principi fondamentali del diritto penale porta all'applicazione della legge nazionale della giurisdizione.

Infatti, lo spirito del nuovo sistema, che io sostengo totalmente, è sostituire la cooperazione con il coordinamento. In un sistema volto alla cooperazione, un giudice chiede aiuto ad un altro giudice per punire atti criminosi commessi nel territorio del giudice richiedente, in violazione della legge del giudice richiedente. In un sistema di coordinazione un giudice dovrà giudicare i fatti parzialmente di competenza della giurisdizione di un altro giudice e questo fa una differenza enorme.

L'istituzione del Procuratore europeo in rapporto alle esigenze dell'equo processo

Relazione inviata dall'autore e lette durante la conferenza

Vladimiro Zagrebelsky

Già Giudice della Corte Europea dei Diritti Umani

L'Autore, richiamando gli artt. 325 e 86 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), ritiene probabile che sul piano del diritto sostanziale perdurino al livello nazionale diversità normative. Sottolinea la mancanza, nel Trattato, di riferimenti ai reati concorrenti e pone l'accento sulla necessità di elaborare criteri precisi e chiari di determinazione dello Stato membro davanti al quale esercitare l'azione penale. L'Autore poi si sofferma sulle principali esigenze che il regolamento istitutivo della Procura europea deve soddisfare per essere compatibile con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) (status di indipendenza del Procuratore europeo, rispetto delle garanzie procedurali e dei diritti della difesa; controllo giurisdizionale sull'attività della Procuratore europeo).

Mi occupo specificamente dei diritti fondamentali di cui alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (art.6) e alla Carta dei diritti fondamentali della UE (art.47) in rapporto alla ipotizzata introduzione di un Procuratore europeo, come organo di indagine e di accusa in processi penali riguardanti (inizialmente) reati che ledono interessi finanziari dell'Unione e (poi) la criminalità transnazionale. E mi riferisco alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che indica il contenuto della Convenzione ed anche, conseguentemente, quello della Carta.

Un profilo da tenere in considerazione è quello relativo a possibili ricorsi alla Corte europea dei diritti dell'uomo per violazioni intervenute nel corso dei procedimenti penali svoltisi con l'intervento del Procuratore europeo. L'intervento nelle singole procedure di un organo UE, quale sarà il Procuratore europeo, e di un organo giudiziario nazionale pone problema di responsabilità in ordine a possibili violazioni dei diritti dell'uomo (es. violazione in ordine a prove raccolte dal Procuratore e poi utilizzate nel giudizio). Ciò in riferimento alla situazione attuale e a quella che si produrrà se il processo di adesione dell'UE alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo si concluderà positivamente.

Merita poi di essere ricordato che la presunzione di equivalenza della protezione dei diritti fondamentali offerta dalle istituzioni comunitarie, che la Corte ha ritenuto di elaborare nella sentenza *Bosphorus c. Irlanda* (e nella dilatata applicazione successivamente fattane), potrebbe – ed anzi, dovrebbe – essere eliminata dal panorama giurisprudenziale una volta che la UE abbia fatto adesione alla Convenzione e al suo sistema.

Eurojust è ente previsto dall'art.85 TFUE e a partire da *Eurojust*, l'art.86 TFUE

stabilisce che possa essere istituito un Procuratore europeo, la cui competenza inizialmente sarà limitata ai reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione e potrà essere successivamente estesa – attraverso la particolare procedura di cui al comma 4 - alla criminalità grave con dimensione transnazionale.

L'art.325 TFUE obbliga l'Unione e gli Stati membri a combattere la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, mediante misure dissuasive ed efficaci e prevede interventi normativi atti ad assicurare una protezione "efficace ed equivalente in tutti gli Stati membri". L'equivalenza nella efficacia non implica identità di previsione nella legislazione interna dei singoli Stati membri, sia per quanto riguarda la definizione delle fattispecie incriminatrici, sia per quanto attiene alla natura ed entità delle sanzioni. È dunque possibile ed anzi probabile che sul piano del diritto penale sostanziale perdurino diversità di normative nazionali. L'articolo 325 TFUE richiede soltanto che le modalità di contrasto alle frodi che ledono interessi finanziari dell'Unione siano le stesse che gli Stati membri adottano per le frodi ai loro interessi.

Il Procuratore europeo sarà competente "per individuare, perseguire e rinviare a giudizio, [...], gli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, quali definiti dal regolamento previsto dal paragrafo 1, e i loro complici". Il Procuratore europeo "esercita l'azione penale per tali reati dinanzi agli organi giurisdizionali competenti degli Stati membri" (art.86/3 TFUE). La definizione con Regolamento dei reati per i quali interverrà il Procuratore europeo chiarirà se la sua competenza riguarderà tutte le frodi nei confronti degli interessi finanziari dell'Unione o solo quelle in concreto caratterizzate da elementi transnazionali. In questo secondo senso potrebbe giocare il criterio della sussidiarietà (art.5 TUE), che potrebbe spingere a ritenere che il Procuratore europeo dovrebbe intervenire solo se e quando il PM nazionale non fosse in grado di agire efficacemente. In ogni caso, quando il fatto si sia svolto in diversi Stati membri, la decisione in ordine a quale giudice nazionale debba essere investito del giudizio porta con sé rilevanti conseguenze in punto procedura e diritto penale sostanziale. Occorrerà perciò che i criteri di determinazione dello Stato membro davanti al cui giudice l'azione penale sarà esercitata, siano molto precisi e vincolati. In difetto si aprirebbe un problema delicato sul piano della "previsione per legge" (art.7 Conv.) nella accezione che tale condizione ha nella giurisprudenza della Convenzione. Criteri vaghi o discrezionali, incidendo sulla scelta della legge nazionale applicabile, potrebbero escludere quella "conoscibilità e prevedibilità" che sono requisiti della "legge" ai fini della applicazione della Convenzione.

Si tratta di problema serio, conseguente alla scelta effettuata di prevedere un Pubblico Ministero europeo, che opera davanti e sotto il controllo di giudici nazionali.

Chiarezza e definizione occorre che qualifichino anche la disciplina relativa ai reati concorrenti, di per sé non incidenti sugli interessi finanziari dell'Unione, su cui l'art.86 TFUE è silente. Reati concorrenti diversi possono accompagnare la commissione di singoli atti realizzati in Stati diversi e tutti confluenti nella commissione della frode in danno degli interessi finanziari dell'Unione.

L'art. 86 TFUE, al suo paragrafo 3, prevede che con Regolamenti, siano stabiliti "lo statuto della Procura europea, le condizioni di esercizio delle sue funzioni, le regole procedurali applicabili alle sue attività e all'ammissibilità delle prove e

le regole applicabili al controllo giurisdizionale degli atti procedurali che adotta nell'esercizio delle sue funzioni". Sembra quindi esclusa la soluzione che avrebbe potuto vincolare il Procuratore europeo a seguire la procedura propria delle indagini preliminari o dell'istruttoria prevista dalla legge del giudice nazionale davanti al quale il Procuratore eserciterà l'azione penale. Una simile soluzione avrebbe eliminato ogni questione specificamente riguardante la compatibilità dell'azione del Procuratore europeo con la Convenzione europea dei diritti umani (nel senso che non si porrebbero problemi diversi da quelli ordinari concernenti ciascuno Stato europeo).

La scelta che emerge dall'art. 86/3 invece va nel senso della previsione di un insieme di norme procedurali di vasto contenuto, proprie dell'azione del Procuratore europeo in tutta l'area territoriale dell'Unione: norme anche incidenti sulla disciplina che regge l'intervento del giudice, con deroga alla legislazione nazionale, sull'ammissibilità delle prove e sul controllo giurisdizionale degli atti procedurali del Procuratore europeo. Il primo e il secondo aspetto richiedono interventi sulle normative nazionali che investono anche la fase del giudizio. Gli stessi giudici, quindi, e non solo il Pubblico Ministero sono oggetto delle necessarie modifiche normative.

Non è chi non veda la vastità e delicatezza dell'intervento richiesto ai Regolamenti e alla difficoltà di definizione di regole compatibili con i tanti e tanto diversi sistemi processuali (e costituzionali) dei Paesi membri. Con il cenno alla diversità di sistemi processuali definiti a livello costituzionale, alludo al rischio di incompatibilità che apre un discorso di "controlimiti".

Vengo ora ad indicare le principali esigenze derivanti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

a) Sullo status del Procuratore europeo. - La Convenzione non obbliga gli Stati ad aderire ad alcuna specifica teoria costituzionale riguardante i limiti e le interazioni tra poteri dello Stato (*Sacilor Lormines c. Francia*, 9 novembre 06, §59; *Pablaky c. Finlandia*, 22 giugno 04, §29; *Kleyn e altri c. Paesi Bassi*, 6 maggio 03, §193). L'affermazione ha implicazioni dirette sui requisiti di *status* traibili dalla Convenzione per quanto riguarda il Pubblico Ministero (e persino i giudici). La Corte europea dei diritti umani non ha mai ritenuto che l'equità del processo (art.6 Conv.) richieda necessariamente l'indipendenza del Pubblico Ministero ed ancor meno che il sistema della obbligatorietà della azione penale sia l'unico accettabile.

Naturalmente una soluzione che assegni al Procuratore europeo uno statuto di indipendenza rispetto agli altri organi dell'Unione (e a quelli degli Stati membri) è compatibile con la Convenzione, ed anzi appare consigliabile se si tien conto di quanto sottolineato dal Consiglio d'Europa nella *Raccomandazione* Rec CM(2000)19, che prende in considerazione sia i sistemi in cui il pubblico ministero è indipendente dal potere esecutivo, sia quelli in cui il governo, in un modo o nell'altro, dirige l'attività del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale. La *Raccomandazione*, al punto 16, afferma che "il Pubblico Ministero deve in ogni caso essere messo in grado di esercitare senza impedimenti l'azione penale nei confronti degli agenti dello Stato per i reati da loro commessi, specialmente per i reati di corruzione, di abuso di potere, di violazione patente dei diritti dell'uomo e di altri reati previsti dal diritto internazionale". I reati in tema di frodi in danno del-

l'Unione vedono spesso e talora necessariamente implicati pubblici funzionari e l'azione o l'omissione di enti statali, cosicché la menzione della citata *Raccomandazione* sembra pertinente. La *Raccomandazione* al punto 11 afferma anche che "...il Pubblico Ministero deve render conto, periodicamente e pubblicamente, del complesso della sua attività, in particolare della messa in atto delle sue priorità".

b) Le regole procedurali e l'ammissibilità delle prove. – Quanto alle regole procedurali che verranno definite per l'azione del Procuratore europeo va tenuto presente che in campo penale l'art. 6 Conv. tende innanzitutto ad assicurare un processo equo di fronte ad un "tribunale" competente per decidere circa la fondatezza dell'accusa (*Hany c. Italia* (dec.), 6 novembre 2007; *Berlinski c. Polonia*, giugno 2002, §75; *Brennan c. Regno Unito*, 16 ottobre 2001, §45).

L'art.6 tuttavia, non si disinteressa delle fasi antecedenti al dibattimento (*Salduz c. Turchia*, 27 novembre 2008, §50; *Sarikaya c. Turchia*, 22 aprile 2004, §64; *Laska e Lika c. Albania*, aprile 2004, §62). Le garanzie previste si applicano all'insieme della procedura, compresa la fase delle indagini preliminari (*Pandy c. Belgio*, 21 settembre 2006, §50; *John Murray c. Regno Unito*, 8 febbraio 1996, §62). In generale, l'art. 6 CEDU entra in gioco nella fase antecedente al dibattimento se l'equità della procedura rischia di essere pregiudicata nel suo insieme da un iniziale mancato rispetto delle sue esigenze (*Zaichenko c. Russia*, 18 febbraio 2010, §36; *Öcalan c. Turchia*, 12 maggio 2005, §131). Una negazione delle garanzie dell'equo processo nella fase antecedente il giudizio può compromettere l'equità del processo (*Vera Fernández-Huidobro c. Spagna*, 12 gennaio 2010, §109; *Panovits c. Cipro*, 11 dicembre 2008, §64). Le indagini preliminari hanno un'importanza spesso decisiva (*Diallo c. Svezia* (dec.), 5 gennaio 2010). Inoltre un accusato si trova spesso in una situazione particolarmente vulnerabile durante le indagini (*Salduz c. Turchia*, cit., §54). Tale vulnerabilità può essere corretta dall'assistenza di un avvocato fin dal primo interrogatorio.

Nella attività del Procuratore europeo e nel giudizio ch'egli introduce avanti un giudice nazionale si può facilmente dare il caso in cui alcune prove siano state assunte in Stati diversi da quello in cui si svolge il giudizio. Di per sé il fatto non pone particolari problemi rispetto alle regole enunciate all'art.6 Conv., nel senso che in ogni caso si applicheranno i criteri ordinari che la Corte europea dei diritti umani ha elaborato in particolare sul punto dell'art.6/3 d) (diritto di interrogare o fare interrogare i testimoni a carico e di ottenere la convocazione e l'interrogatorio dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico) e in ordine alle prove che siano state raccolte in violazione di altri diritti previsti dalla Convenzione. Obbligato a tener conto delle disposizioni della Convenzione sarà comunque il giudice davanti al quale si svolge il giudizio.

Sul primo aspetto la giurisprudenza della Corte è nel senso che all'accusato deve essere stata data un'occasione adeguata e sufficiente per contestare una testimonianza a carico e interrogarne l'autore (*Saïdi c. Francia*, settembre 1993, §43; *Lüdi c. Svizzera*, 15 giugno 1992, §47). Tuttavia, i diritti della difesa sono ristretti in maniera incompatibile con le garanzie dell'art. 6 quando una condanna si fonda, unicamente o in misura determinante, sulle deposizioni rese da una persona che, per qualsiasi ragione l'accusato non ha potuto interrogare o far interrogare né durante le indagini preliminari né successivamente (*Orhan Çaçan c. Turchia*, 23

marzo 2010, §37; *Majadallah c. Italia*, 19 ottobre 2006, §38; *Bracci c. Italia*, 13 ottobre 2005, §55).

Sul secondo aspetto sopra menzionato, la Corte ha esaminato casi in cui la prova, della cui ammissibilità si discute sia in contrasto con disposizioni della Convenzione diverse dall'art.6. La Corte distingue a seconda del tipo di diritto violato. Qualora si tratti di un diritto relativo (es. diritto al rispetto del domicilio, della vita privata e della corrispondenza, garantito dall'art. 8 Conv.), l'utilizzazione della prova contraria alla Convenzione va esaminata tenendo conto della possibilità, per l'accusato, di contestarne l'autenticità e l'utilizzabilità, il suo grado di affidabilità e la presenza di altri elementi che ne corroboravano l'attendibilità (*Lee Davies c. Belgio*, 28 luglio 2009, §§42-54; *Dumitru Popescu c. Romania (n. 2)*, 26 aprile 2007, §§106-111; *Allan c. Regno Unito*, 5 novembre 2002, §43; *Chalkley c. Regno Unito*, 26 settembre 2002). Più rigorosa, nel senso di trovare comunque violazione dell'equità del processo è la giurisprudenza della Corte quando la prova sia stata raccolta con violazione dell'art.3 Conv. (divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti) (*Gäfgen c. Germania*, 1° giugno 2010, §§ 165 segg.).

c) Il controllo giurisdizionale sulla attività del Procuratore. – Per quel che riguarda la libertà personale, oggetto della disciplina dell'art.5 Conv., l'autorità di verifica della legalità del provvedimento restrittivo può essere un giudice o un funzionario autorizzato dalla legge ad esercitare funzioni giudiziarie. Quest'ultima formula ha dato luogo a problemi interpretativi. Non vi è dubbio però che, ai fini dell'art.5 Conv., anche quest'autorità, ancorché non giurisdizionale, debba avere determinate caratteristiche. Innanzitutto deve essere indipendente dall'esecutivo e dalle parti (*Schiesser c. Svizzera*, 4 dicembre 1979, §29) e imparziale. Il Pubblico Ministero svolge attività di indagine ed è parte nei procedimenti, sia pure parte pubblica, cosicché non corrisponde alla formula utilizzata dall'art.5 (*Huber c. Svizzera*, 23 ottobre 1990; *Klamecki c. Polonia*, 3 aprile 2003, §105; *Kawka c. Polonia*, 27 giugno 2002; *Dacewic c. Polonia*, 2 luglio 2002; *Pantea c. Romania*, 3 giugno 2003; *Moulin c. Francia*, 23 novembre 2010, §59). Di conseguenza le "regole applicabili al controllo giurisdizionale degli atti procedurali" del Procuratore (art.86/3 TFUE) dovranno prevedere che i provvedimenti restrittivi della libertà personale, assunti nel corso della indagine preliminare siano sottoposti al controllo del giudice, secondo le regole enunciate dall'art.5 Conv.

La carenza di qualità giudiziaria del Pubblico Ministero, come espressa dalla giurisprudenza sull'art.5 Conv., allarga il tema del controllo giurisdizionale sulla attività del Procuratore europeo. Occorre chiedersi come si ponga il Procuratore in relazione a perquisizioni personali o domiciliari, intercettazioni di conversazioni, ecc., nel senso della necessità di controllo o autorizzazione da parte di un giudice. La risposta si trova all'art.8 Conv., in rapporto agli artt.13 e 6 Conv., da cui si trae che sempre, in caso di interferenze nella vita personale o familiare ovvero incidenti sulla protezione del domicilio o sulla libertà delle comunicazioni, è necessario che la legge assicuri la possibilità di un efficace ricorso al giudice. In proposito la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani è vastissima e, sul punto, costante. E l'art.47 Carta dei diritti fondamentali dell'UE non è di diverso contenuto quanto a diritto di accesso a un giudice.

Sul bisogno di realizzare la figura del Pubblico Ministero europeo

Relazione rivista dall'autore

Antonio Cluny

Procuratore Generale e Pubblico Ministero in Portogallo

L'Autore, dopo aver rilevato che non esiste alcuna giurisprudenza portoghese sia sulla validità delle indagini condotte dall'OLAF sia sulla loro conformità alla Costituzione e all'ordinamento interno, compie una analisi della giurisprudenza portoghese riguardante gli organismi che svolgono funzioni simili all'OLAF per determinare fino a che punto un'autorità giudiziaria possa utilizzare la prova raccolta da un'autorità amministrativa in un'indagine penale. L'Autore constata il minimo utilizzo delle indagini dell'OLAF da parte della Pubblica Accusa portoghese e si dichiara favorevole alla conversione dell'OLAF in Pubblico Ministero europeo dal momento che, secondo l'Autore, solo un ente giudiziario indipendente può raccogliere prove valide, accettate dalle autorità nazionali.

Ho accettato volentieri l'invito, che mi è stato indirizzato come Presidente di MEDEL, a partecipare a questa Conferenza organizzata dalla Fondazione Basso. A parte il riconoscimento del lavoro di MEDEL nell'ambito dello sviluppo di una comune cultura giudiziaria europea, questo invito rappresenta anche un'opportunità per spiegare la posizione di questa organizzazione europea di magistrati riguardo all'ipotesi di istituzione di un Pubblico Ministero europeo indipendente.

Come Pubblico Ministero portoghese mi è stato inoltre chiesto di illustrare l'esperienza portoghese e la giurisprudenza che trattano questioni derivanti dall'integrazione del lavoro dell'OLAF con le disposizioni sulla tutela di diritti fondamentali contemplati nella Costituzione e nella legislazione portoghese.

Tale sfida mi ha portato ad una ricerca più profonda in un ambito con il quale non ho particolare familiarità, visto che ho ricoperto la carica di Pubblico Ministero Distrettuale nella Corte dei Conti negli anni passati.

Sebbene la Pubblica Accusa portoghese formi un singolo organo che esercita i suoi poteri in tutte le aree – inclusa quella finanziaria nella quale sono correntemente coinvolto – non sono riuscito a trovare informazioni degne di interesse per questa Conferenza.

La ricerca mi ha permesso di rilevare l'esistenza di un considerevole numero di decisioni interessanti riguardanti, ad esempio, il mandato d'arresto europeo.

Tuttavia, a seguito di consultazioni con alcuni colleghi specializzati nel campo del reato economico e finanziario a livello nazionale ed internazionale, è stata quasi una sorpresa scoprire che non esiste una giurisprudenza portoghese sia sulla validità delle indagini condotte dall'OLAF che sulla loro conformità alla Costituzione portoghese e alle disposizioni procedurali penali.

Per quanto riguarda il Portogallo, è stato presentato al Mediatore europeo un reclamo contro OLAF a causa dell'effetto collaterale prodotto dalle modalità con

cui il detto organismo ha condotto un'inchiesta (Causa: 1748/2006/JMA).

Inizialmente, l'assenza di giurisprudenza nazionale mi ha reso perplesso e preoccupato sulla possibilità di non potere adempiere all'obbligo che avevo assunto nei confronti dell'organizzazione di questa Conferenza. Inoltre, il tema proposto – Protezione degli interessi dell'Unione, investigazioni transnazionali e tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza europea e nazionale – acquisisce una rilevanza maggiore nell'ottica in cui implichi l'analisi del valore della prova acquisita prima ed indipendente dai procedimenti penali.

Nel campo finanziario dove opero, la validità della prova nell'ambito di una procedura di revisione dei conti ha registrato un aumento di interesse e una certa preoccupazione, in particolare laddove il materiale raccolto dalla Corte dei Conti possa essere di interesse per i futuri procedimenti penali.

Questo è il motivo per cui ho ritenuto necessario portare la ricerca a un altro livello al fine di stabilire l'orientamento seguito dalla giurisprudenza portoghese riguardo ad altri organismi che esplicano funzioni simili a quelle di OLAF, cioè in virtù della natura (amministrativa) dei loro statuti e dai poteri loro conferiti.

Infatti, secondo il REGOLAMENTO (EC) No 1073/1999 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 maggio 1999, riguardante le indagini condotte dall'Ufficio Europeo Anti-frode (OLAF), questo ufficio può condurre soltanto attività investigative di natura amministrativa.

Fondamentalmente, la questione posta su un ente giudiziario – quale è il caso della Pubblica Accusa Portoghese o una corte di giustizia – è ripetutamente la stessa allorché viene confrontata con un'indagine condotta da OLAF o da altri organismi cui sono demandati poteri investigativi di natura amministrativa: che valore dovrebbe essere dato alla prova raccolta da questi enti, e fino a che punto ci si può avvalere della collaborazione e delle delucidazioni ottenute dalle persone responsabili degli enti sottoposti al controllo obbligatorio (nazionale o europeo) senza mettere a rischio i diritti di difesa costituzionalmente sanciti?

Per quanto concerne OLAF, lo scopo di fondo è stabilire fino a che punto un'autorità giudiziaria nazionale possa o non possa utilizzare la prova raccolta da una "autorità amministrativa" in un'indagine penale con lo scopo di presentare un'accusa.

In questo caso è irrilevante determinare se tale autorità ha origini e statuto nazionali o europei.

Basandomi su tali conclusioni, ho deciso di incentrare la mia ricerca sulle questioni che la giurisprudenza portoghese deve affrontare a causa dell'azione delle cosiddette "agenzie regolatrici indipendenti". In paesi come il Portogallo – ed in modo simile l'Italia – l'indagine penale deve essere condotta nell'ambito ed entro gli stretti limiti dell'indagine penale come stabilito nel Codice di Procedura Penale.

Pertanto, deve conformarsi a tutte le garanzie e diritti fondamentali sanciti in entrambe le Carte dei diritti fondamentali e della Costituzione, in particolare il diritto di difesa nelle sue variabili. La prova ritenuta valida per provare la commissione di un reato penale e la conseguente sentenza è unicamente quella che scaturisce dall'"inchiesta penale", e la raccolta di tale prova deve conformarsi strettamente con tutti i principi e le garanzie assicurate dalla "giustizia nei proce-

dimenti penali”, cioè le azioni legali che pienamente incontrano i diritti fondamentali, in particolare il diritto di difesa.

La giurisprudenza portoghese prodotta dalle Corti Superiori – la Corte Costituzionale e la Suprema Corte di Giustizia – ha ritenuto che il principio del *nemo tenetur* fosse incorporato nelle garanzie costituzionali di difesa.

Soprattutto, la Costituzione della Repubblica Portoghese estende tali garanzie a tutti i procedimenti sanzionatori, come quelli causati da reati amministrativi e disciplinari. Sebbene la giurisprudenza prodotta dalle Corti Superiori cerchi di stabilire differenti livelli di tutela a seconda dei diversi tipi di procedimento, le garanzie in essa riconosciute sono molto simili a quelle richieste nei procedimenti penali.

Su tale base e tenendo presente che la giurisprudenza portoghese non ha mai deliberato su alcun tipo di procedura che indirizzi i limiti delle garanzie di difesa nell'indagine basata su di un procedimento avviato da OLAF – il che è abbastanza significativo – ho deciso di accertare i contenuti di detta giurisprudenza nei casi che mostrano alcune similitudini fra loro.

Ho provato, quindi, a tracciare le decisioni giurisprudenziali portoghesi sulla validità della prova raccolta dagli “enti regolatori indipendenti” relativamente al controllo ed alla sanzione delle attività economiche.

Come menzionato, questi enti sono, similmente ad OLAF, enti amministrativi cui sono demandati poteri di vigilanza e di indagine che potrebbero sfociare o nella diretta imposizione di sanzioni amministrative o nelle indagini penali che devono essere condotte da un'autorità giudiziaria.

Si deve notare che il procedimento penale in Portogallo è formalmente avviato dalla denuncia di un evento criminoso, piuttosto che a seguito di presentazione di un'accusa pubblica o privata¹.

L'inchiesta è perciò un'attività giudiziaria teleologicamente vincolata, diretta dalla Pubblica Accusa e soggetta a rigidi criteri legali².

Invece, a meno che la notizia di reato non giunga dinanzi al Pubblico Ministero e la successiva fase di indagine penale sia avviata sotto la sua direzione, si ritiene che non sussista alcuna “indagine penale”.

Entrambe le circostanze ed il modo in cui detti enti acquisiscono la prova nell'ambito delle loro attività regolamentari – in un primo momento – e delle loro attività investigative e sanzionatorie – in un secondo momento – così come la validità che tale prova è o possa essere costituzionalmente ammessa nell'ambito di un futuro procedimento penale, possono rappresentare la base necessaria per valutare la natura che la giurisprudenza dei tribunali portoghesi potrebbe acquisire nel caso siano confrontati da un procedimento penale ed un'imputazione determinata da un'indagine dell'OLAF.

Il cuore centrale di questa indagine e la sua utilità per tale approccio possono essere limitati all'individuare fino a che punto i concetti sviluppati nell'ambito del

1 Paulo Dá Mesquita – Nótula Sobre o Procedimento para Acusação – VER. CEJ n.º1, 2004, Ed. Almedina.

2 Idem.

cosiddetto “diritto penale amministrativo” portoghese siano, o possano essere, compatibili con le richieste di difesa che, a livello delle carte internazionali sui diritti e delle Costituzioni democratiche, coprono il diritto penale ed il diritto procedurale penale.

OLAF è sostanzialmente un organo cui vengono demandati sia i poteri di vigilanza che investigativi, sebbene questi ultimi giocano un ruolo ben più significativo. In aggiunta a ciò, ad OLAF sono stati dati inoltre pieni poteri di controllo ed ispettivi.

Questa caratteristica, sebbene in primo luogo investigativa, non mitiga la rilevanza del confronto che noi intendiamo fare tra i principi applicati dalla giurisprudenza portoghese relativamente al raffronto tra i poteri di vigilanza e le attività investigative condotte dagli “enti regolatori indipendenti” ed il fulcro dell’attività condotta da OLAF.

Il fatto che OLAF sia fondamentalmente un organismo investigativo amministrativo – anche se tale attività investigativa è incentrata sulla scoperta di mere irregolarità e sulla scoperta e sull’investigazione di veri reati penali – rafforza unicamente il senso della comparazione che noi intendiamo realizzare.

La giurisprudenza portoghese ha analizzato estensivamente le azioni degli organismi regolatori indipendenti riguardo alla raccolta ed alla validità della prova, in particolare alla luce del diritto di difesa nei procedimenti sanzionatori.

Riguardo, per esempio, alla *Commissao do Mercado de Valores Mobiliarios* (Commissione Portoghese della Borsa Valori), la validità della prova raccolta nei procedimenti amministrativi – sulla scia dei procedimenti penali – e, in particolare, il principio del *nemo tenetur*, è un argomento che è stato trattato dalle Corti Superiori portoghesi.

Gli insegnamenti derivanti da tale giurisprudenza possono, in molti casi, anticipare l’orientamento che i tribunali portoghesi prenderanno una volta che si sono confrontati con questioni identiche nell’ambito delle indagini dell’OLAF.

Fondamentalmente, sia l’OLAF che i suddetti enti regolatori condividono identici statuti e poteri, ed entrambi hanno condotto solo indagini amministrative.

Esaminiamo alcuni problemi nei quali si è cimentata recentemente la giurisprudenza portoghese.

Considerando la natura amministrativa delle sanzioni che potrebbero essere imposte dalla Commissione della Borsa Valori, oltre alla portata (per quanto relativa) dei principi e dei diritti di difesa nei procedimenti penali, la giurisprudenza prodotta dalla Corte Costituzionale e dalla Suprema Corte di Giustizia ha considerato nel complesso che l’utilizzo di documenti ottenuti nell’esercizio dei loro poteri di vigilanza può essere impiegato quale prova nelle procedure sanzionatorie.

La giurisprudenza portoghese ha così considerato che, di norma, il dovere attribuito alle persone responsabili per gli enti ispezionati di consegnare certi documenti, mentre le attività di controllo sono condotte dagli enti regolatori indipendenti, non entra in conflitto con il principio del “diritto di evitare l’autoincriminazione”. Lo stesso si applica al fatto che i documenti coinvolti possono servire come base per l’avvio di procedimenti amministrativi.

Come stabilito nella Decisione della Corte d'Appello di Lisbona del 15 febbraio 2011, File n. 3501/06.3TFLSB.L1-5: *“Il momento chiave in cui le Autorità Amministrative devono mettere da parte il ruolo di Amministrazione ed assumere il ruolo di un'autorità amministrativa investita di poteri sanzionatori è il momento in cui la notizia di un reato amministrativo viene loro trasmessa. Da lì in poi, le garanzie procedurali concesse alle persone contro le quali i procedimenti amministrativi sono avviati dalla Autorità Amministrative in osservanza al principio di legalità entrano in vigore (art. 43 del Regime Geral das Contra-Ordenações e Coimas, RGCOOC)”*.

Questa opinione è affiancata da un'altra Decisione della Corte d'Appello di Lisbona del 6 aprile 2011 che, nondimeno, ha valorizzato l'obbligo imposto ad entrambi, enti controllati ed enti di vigilanza, di collaborare tra loro.

La giurisprudenza è veramente non esigente per quanto concerne l'uso probatorio di informazioni e documenti utilizzati durante la fase di controllo in futuri procedimenti amministrativi sanzionatori (Decisione n. 461/2011 della Corte Costituzionale).

In ogni caso, le corti superiori – Corte Costituzionale e Suprema Corte di Giustizia – hanno una posizione più severa riguardo all'utilizzo di “delucidazioni aggiuntive” richieste dall'ente indipendente” (nell'esercizio dei suoi poteri di vigilanza) alle persone responsabili degli enti controllati.

Questa posizione diviene particolarmente cospicua se le persone coinvolte non sono avvisate in anticipo del possibile intento sanzionatorio derivante dalle delucidazioni implicate (Decisione della Suprema Corte di giustizia n. 1/2003 del 25 gennaio 2003).

In una Decisione del 17 aprile 2012, i giudici della Corte d'Appello hanno interpretato più drasticamente la dottrina fondata sulla suddetta Decisione della Suprema Corte, stabilendo che alcuni testimoni non possono essere obbligati a testimoniare in tribunale nei procedimenti penali se sono convenuti in procedimenti amministrativi in corso per gli stessi fatti o per fatti comunque correlati, e non sono obbligati a testimoniare nell'ambito di detti procedimenti amministrativi.

Riguardo alla specifica possibilità di utilizzare deposizioni di co-imputati prodotte durante la fase investigativa, diverse Decisioni della Corte Costituzionale e della Suprema Corte di Giustizia (Decisioni della Corte Costituzionale n. 133/2010 e n. 181/2005; Decisioni della Suprema Corte di Giustizia n. 97/06 e n. 304/2004) stabiliscono alcuni limiti a ciò, sebbene in maniera meno restrittiva.

La giurisprudenza non sembra essere veramente restrittiva; ciononostante deve essere precisato che noi ci stiamo riferendo a procedimenti sanzionatori amministrativi in relazione ai quali la Costituzione della Repubblica portoghese è meno esigente riguardo all'interpretazione del diritto di difesa.

In effetti, nessuna delle predette decisioni giudiziarie cerca di analizzare il valore della prova raccolta nelle precedenti indagini amministrative che potrebbero sfociare in procedimenti penali, come è il caso delle indagini condotte dall'OLAF.

Tali indagini mirano preferibilmente a valutare, in maniera più o meno rigorosa, sia il principio del *nemo tenetur* nell'ambito di procedimenti sanzionatori amministrativi che le situazioni nelle quali gli enti, le cui attività sono soggette a supervisione, sono obbligati a fornire certe informazioni documentarie e succes-

sive delucidazioni.

Questo non è lo scenario più rigoroso che possa essere rappresentato nell'ambito del diritto procedurale penale.

L'uso restrittivo delle deposizioni o informazioni prodotte dalle suddette persone responsabili durante indagini non giudiziarie come prove di procedura penale può essere facilmente dedotta dall'esistente giurisprudenza.

In questo particolare caso, tale restrizione dovrebbe essere estesa in quanto alla soglia di criteri da soddisfare riguardo le garanzie di difesa in procedimenti penali - in particolare il principio del *nemo tenetur* - è attribuita un'aggiuntiva imposizione dalla giurisprudenza.

Questo probabilmente spiega l'assenza di giurisprudenza portoghese sulla validità della prova raccolta dall'OLAF nei procedimenti penali avviati dalla Pubblica Accusa Portoghese: infatti nessun rinvio a giudizio è stato sostenuto principalmente dalla prova raccolta durante le indagini condotte dall'OLAF, né tale prova è stata sostituita o completata con l'aggiunta di una prova validamente raccolta dalla Pubblica Accusa durante la fase inquisitoria penale.

Ecco perché nessuna controversia riguardante questi casi è stata presentata nelle corti superiori.

L'assenza di giurisprudenza nazionale ed il minimo utilizzo delle indagini dell'OLAF da parte della Pubblica Accusa dà origine ad un livello più basso di efficienza relativamente a procedimenti penali che possono essere estratti dalle attività di un organismo a cui è attribuito un profilo investigativo amministrativo come quello dell'OLAF.

In Portogallo la maggior parte di questi argomenti sono stati oggetto di dibattito dottrinale per un lungo periodo.

L'"Alta Autoridade Contra a Corrupção" (Autorità Anticorruzione) è stata istituita in Portogallo nel 1983. Era un ente indipendente guidato da un Alto Commissario, le cui decisioni non erano soggette alla convalida del Governo. Molto è stato poi scritto sia sulla natura che sui poteri di questo ente.

La natura legale e costituzionale dell'Autorità Anticorruzione, oltre all'articolazione dei suoi poteri, sono stati argomenti dibattuti. Poi, nel maggio del 1986 il Consiglio Consultivo dell'Ufficio del Procuratore Generale - un organismo legale consultivo con sede nell'Ufficio del Procuratore Generale - rilasciò un parere legale volto a chiarire le questioni con le quali le corti si erano confrontate a causa delle iniziative prese dall'Alta Autorità.

Secondo il Consiglio Consultivo, l'Autorità Anticorruzione rappresentava un mero ente amministrativo privo del potere di intraprendere indagini penali o di organizzare fascicoli penali. Per di più, il Consiglio Consultivo dell'Ufficio del Procuratore Generale restrinse il livello di collaborazione tra gli enti giudiziari e l'Alta Autorità, in particolare l'accesso degli ispettori dell'Alta Autorità a procedimenti penali affidati alla Pubblica Accusa o al Giudice Istruttore mentre erano in corso indagini penali sotto segreto giudiziario (*segredo de justiça*).

In aggiunta a ciò, il Consiglio Consultivo ritenne che l'Alta Autorità fosse - a sua volta - obbligata a fornire tutte le informazioni ed a inoltrare tutti gli elementi ed i documenti ritenuti necessari per lo sviluppo delle indagini giudiziarie.

Riassumendo, il Consiglio Consultivo dell'Ufficio del Procuratore Generale

sostenne che l'Autorità Anticorruzione non era in una posizione tale da assicurare la "garanzia giudiziaria", e che solo gli enti giudiziari – Pubblica Accusa e Giudice Istruttore – avrebbero potuto condurre indagini o ordinarne la loro esecuzione.

Questa asserzione dovrebbe innescare un'approfondita riflessione.

È possibile ed auspicabile mantenere una struttura con il potenziale investigativo dell'OLAF senza trarne effetti utili per quanto concerne la competenza nel procedimento penale nell'area economica e finanziaria?

In vista dell'annuncio e dello sviluppo di progetti che mirano alla conversione dell'OLAF in un ente giudiziario quale un Pubblico Ministero europeo dovrebbe essere raffigurato, noi crediamo che l'esigenza di muovere in quella direzione non susciti alcun tipo di dubbio.

Il 23 maggio 2013, a Bruxelles, MEDEL ha sostenuto la necessità di prendere tale direzione.

Secondo la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Umani (23 novembre 2010), il Pubblico Ministero dovrebbe essere considerato un'"entità giudiziaria" ovvero un'entità indipendente alla quale non è chiesto di seguire un dato orientamento sull'opportunità e sul modo con cui condurre i procedimenti penali.

Le decisioni della Corte Europea dei Diritti Umani sulla Pubblica Accusa francese e sulla sua capacità - quale "ente giudiziario" - di ordinare ed applicare misure durante la fase investigativa, sono un esempio pratico, che dovrebbe aumentare la consapevolezza di ciascuno, sulla necessità di assicurare a tali enti condizioni di oggettività e imparzialità.

Alla luce delle carte dei diritti fondamentali, solo un "ente giudiziario" e, conseguentemente, un ente indipendente, può intraprendere misure imparziali durante la fase investigativa e raccogliere valide prove verosimilmente accettate in quanto tali dalle autorità nazionali nell'ambito di un'indagine penale.

Un ente giudiziario indipendente – questo è il solo profilo accettabile per il Pubblico Ministero europeo.

Un argomento deve ancora essere affrontato: che tipo di relazione è capace di stabilire un Pubblico Ministero europeo indipendente con le pubbliche accuse nazionali che sono prive di tale peculiarità?

Fino a che punto può tale *capitis deminutio* riguardo all'indipendenza degli statuti di alcune Pubbliche Accuse europee contribuire ad indebolire i poteri oggettivi e procedurali di un Pubblico Ministero europeo indipendente?

MEDEL è favorevole ad un'immediata definizione di standards minimi europei sull'indipendenza ed autonomia delle magistrature nell'Unione Europea, nel rispetto, sia dello statuto delle varie Pubbliche Accuse nazionali, sia degli organismi, gli Alti Consigli, che devono garantire l'indipendenza dei magistrati.

Se non si raggiunge l'armonizzazione e nessun progresso viene fatto verso il consolidamento di una giustizia europea indipendente, sarà quasi impossibile ottenere coesione tra i diritti fondamentali ed i principi procedurali (che la Corte Europea dei Diritti Umani riconosce ed esige) ed assicurare il successo di un Pubblico Ministero europeo.

Molto del lavoro necessario per raggiungere tale obiettivo è stato già intrapreso dal Consiglio d'Europa per quanto riguarda i documenti prodotti dai suoi di-

versi organismi: Consiglio Consultivo dei Giudici Europei (CCJE), Consiglio Consultivo dei Pubblici Ministeri Europei (CCPE), Rete Europea dei Consigli per la Magistratura.

Alcuni di questi documenti consistono nelle Risoluzioni del Consiglio dei Ministri.

È giunto il momento di mettere profondamente in discussione la necessità di avviare tale procedura.

Da parte nostra, noi siamo disposti a partecipare interamente nel dibattito su tale procedura.

La protezione dei diritti fondamentali nella giurisprudenza italiana

Relazione rivista dall'autore

Ernesto Lupo

Già Presidente della Suprema Corte di Cassazione italiana

L'Autore si sofferma sull'incidenza della protezione dei diritti fondamentali sulla tutela nazionale dei diritti dell'indagato e richiama la giurisprudenza italiana più recente per dimostrare come questa sia ormai molto attenta all'osservanza dell'art. 46 della CEDU, che obbliga gli Stati Parti Contraenti a conformarsi alle sentenze della Corte EDU di Strasburgo. L'Autore auspica che l'Unione europea prosegua nell'adozione di un insieme uniforme di garanzie e tutele procedurali, che non potranno non valere anche per le indagini transnazionali.

INCIDENZA DELLA PROTEZIONE EUROPEA DEI DIRITTI FONDAMENTALI SULLA TUTELA NAZIONALE DELLA PERSONA INDAGATA DA INDAGINI TRANSAZIONALI

L'attività che ho svolto fino a pochi giorni fa e la presenza, in questa sessione della Conferenza, di altri relatori che hanno lavorato nelle Corti europee mi inducono a limitare la mia relazione alla giurisprudenza nazionale. Prenderò in esame, quindi, la protezione dei diritti fondamentali secondo gli orientamenti della Corte costituzionale e della Corte di cassazione italiana, negli aspetti in cui questa tematica può assumere rilievo rispetto alle indagini transnazionali svolte attualmente dall'OLAF e, nel futuro, dalla Procura europea prevista dall'art.86 TFUE.

I diritti da prendere in considerazione attengono essenzialmente alla materia penale, intesa in senso ampio, comprensiva cioè anche delle sanzioni amministrative di natura punitiva, secondo l'interpretazione che dell'oggetto dell'art.7 della CEDU ha dato la Corte di Strasburgo.

Invero, le indagini transnazionali svolte per accertare la commissione di fatti lesivi degli interessi finanziari dell'Unione europea coinvolgono i diritti difensivi delle persone sottoposte alle stesse indagini. E tali diritti sono previsti, in via principale, dalla normativa relativa al processo penale, contenuta nella nostra Costituzione e nel codice di rito penale.

Lo sviluppo completo del tema della mia relazione esigerebbe, pertanto, un esame analitico della normativa processuale, nel contenuto relativo alla protezione dei diritti fondamentali della persona indagata da una indagine che può sfociare in un processo penale. Ma ciò comporterebbe una trattazione (impossibile in questa sede) estesa all'intero codice di procedura penale italiano, nel suo contenuto e, prima ancora, nei principi costituzionali che lo concernono.

Nel perseguimento di una maggiore uniformità della protezione dei diritti fondamentali delle persone indagate, obiettivo che appare essenziale perseguire quando si prospetta concretamente un ampio sviluppo delle indagini transnazionali, mi sembra opportuno limitare questa relazione alla incidenza che, sulla tutela na-

zionale dei diritti dell'indagato, ha – secondo gli orientamenti attuali della giurisprudenza italiana – la protezione dei diritti fondamentali prevista a livello europeo.

GLI EFFETTI DELLE SENTENZE DELLA CORTE EDU

- a) nei confronti delle parti del giudizio svoltosi davanti alla Corte di Strasburgo;
- b) nei confronti dei soggetti diversi dalle parti.

Dopo un lungo periodo in cui la giurisprudenza italiana ha avuto un atteggiamento di scarsa conoscenza e di solo sporadica applicazione della CEDU, ormai è diritto vivente la sua diretta applicazione nell'ordinamento interno e la sua vincolatività rispetto al legislatore nazionale che è obbligato a rispettarne le disposizioni. L'eventuale contrasto delle leggi interne con le norme convenzionali ne determina, di regola, l'incostituzionalità per violazione del precetto (posto al legislatore nazionale dall'art.117, primo comma, della Costituzione) di rispettare i vincoli derivanti dagli obblighi internazionali.

Nell'ambito delle disposizioni della CEDU possono venire in rilievo, nella materia che qui consideriamo, i diritti fondamentali sanciti dagli artt.5-7, da fare valere, ovviamente, nell'ambito dei processi che si siano instaurati in Italia a seguito delle indagini transnazionali condotte dagli organismi europei. Va, infatti, tenuto presente che anche la futura Procura europea, "competente per individuare, perseguire e rinviare a giudizio...gli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione", dovrà poi esercitare l'azione penale "dinanzi agli organi giurisdizionali competenti degli Stati membri" (art.86 par. 2 TFUE).

- a) Questi principi (indiscussi dopo le sentenze della Corte costituzionale n. 348 e 349 del 2007) comportano la piena efficacia dell'art.46 della CEDU, che obbliga l'Italia "a conformarsi alle sentenze definitive" della Corte (di Strasburgo) sulle controversie nelle quali è parte.

L'effetto vincolante diretto delle dette sentenze (a beneficio della persona indagata che, eventualmente, abbia lamentato con successo davanti alla Corte EDU la violazione della Convenzione) ha, di recente, trovato lo strumento processuale apposito in un nuovo caso di revisione della pronuncia penale di condanna che determina la riapertura del processo (già conclusosi – va sottolineato – con il passaggio in giudicato della condanna), "quando ciò sia necessario per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo". Tale strumento processuale, constatata l'inerzia del legislatore nazionale, è stato introdotto dalla Corte costituzionale con la sentenza 7 aprile 2011 n.113, che così ha superato i diversi tentativi operati in passato dalla Cassazione per applicare uno strumento già previsto dal codice di procedura penale idoneo a superare il giudicato di condanna, al fine di conformarsi alla sopravvenuta decisione della Corte EDU. Il nostro Giudice delle leggi ha constatato l'inesistenza di un istituto atto, in linea generale, a dare esecuzione alle sentenze di Strasburgo e lo ha opportunamente introdotto, anche se rimangono non facili problemi di compatibilità della attuale disciplina della revisione con il nuovo caso aggiunto a quelli già previsti dall'art.630 c.p.p..

È però certo che il soggetto indagato da una indagine transnazionale potrà utilmente fare valere davanti al giudice italiano il mancato rispetto dei diritti fondamentali sanciti dalla CEDU che egli ritenga si sia avuto nel corso delle indagini medesime.

b) Più problematica è l'individuazione degli effetti delle sentenze della Corte EDU (riguardanti l'Italia o anche altro Stato aderente alla Convenzione) nei confronti di soggetti diversi dalle parti in giudizio.

Ferma l'idoneità di tutte le sentenze a fornire la necessaria interpretazione delle disposizioni della CEDU (pure se esse, di regola, si riferiscono al caso concreto sottoposto al giudizio della Corte europea, la quale si limita ad accertare se in quel caso si sia o meno verificata una violazione della Convenzione), è sorto, in particolare, il problema se le sentenze stesse siano idonee ad incidere sui casi già giudicati dal giudice nazionale e non sottoposti alla Corte europea.

Questo problema si è posto, di recente, alle Sezioni unite penali della Cassazione che sono state chiamate a giudicare sugli effetti della sentenza della Corte EDU, *Grande Chambre*, 1° settembre 2009, *Scoppola*, la quale ha interpretato in modo del tutto innovativo l'art.7 della CEDU, nel senso che esso impone non solo la non retroattività delle leggi penali più severe, ma anche l'applicazione di quella legge intervenuta nel corso del giudizio che sia più favorevole all'imputato (principio, peraltro, espresso anche dall'art.49 della Carta di Nizza). Tale sentenza ha fatto ritenere in contrasto con il citato art.7 l'irrogazione della pena dell'ergastolo, anziché di quella della reclusione di anni trenta prevista da una disciplina sopravvenuta a favore dell'imputato (appunto il menzionato Scoppola) che aveva chiesto di procedersi con giudizio abbreviato (la disciplina sopravvenuta era quella vigente nel giorno di detta richiesta). Conseguentemente, allo Scoppola la pena dell'ergastolo è stata mutata, con sentenza successiva al giudicato, nella reclusione di anni trenta.

Alla Cassazione si è posto il quesito se questa stessa modifica della pena debba essere operata a favore di altro condannato definitivo all'ergastolo che si trovi nella medesima posizione processuale dello Scoppola, pur non avendo questi adito la Corte di Strasburgo (ed essendo scaduto il relativo termine), e non potendo quindi invocare l'esecuzione di una sentenza a lui favorevole della Corte europea. La Cassazione ha ritenuto, in linea generale, che una decisione della Corte EDU può assumere rilevanza anche in processi diversi da quello in cui essa è intervenuta, ma che, nel caso di specie, l'applicazione doverosa in altri processi della sentenza di Strasburgo (sul caso Scoppola) sia impedita da alcune disposizioni di legge interna che non possono essere interpretate in modo da rendere possibile siffatta applicazione. Ed ha, pertanto, rimesso alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale di dette disposizioni (Sez. un., 19 aprile 2012 n.34472, *Ercolano*). La Corte costituzionale ha recentemente discusso la questione e si è in attesa di conoscerne la decisione.

Sempre nel 2012 le Sezioni unite penali hanno dovuto decidere degli effetti sugli altri processi della sentenza della Corte EDU del 10 aprile 2012, *Lorenzetti c. Italia*, la quale ha affermato che la trattazione del procedimento di riparazione per ingiusta detenzione debba avvenire in udienza pubblica anziché con le forme del rito camerale, (non essendo stata considerata sufficiente la partecipazione del difensore alla discussione non pubblica). Questa sentenza europea, che chiaramente va al di là del caso concreto ed accerta una violazione del "giusto processo" riconducibile al sistema normativo italiano, comporta un superamento di tale sistema che non può essere conseguito con una opera di interpretazione giu-

diziale, onde anche in questo caso la Cassazione ha dovuto sollevare la questione di costituzionalità delle disposizioni del codice di rito che sono in contrasto con la CEDU come interpretata dalla citata sentenza sul caso Lorenzetti (Sez. un., 18 ottobre 2012 n.41694, *Nicosia*). Anche qui si è in attesa della decisione della Corte costituzionale.

I due casi qui esposti dimostrano che la giurisprudenza italiana è ormai molto attenta all'osservanza dell'art.46 della CEDU (forza vincolante ed esecuzione delle sentenze di Strasburgo). Il rispetto dei diritti conferiti dalla Convenzione e conseguentemente delle sentenze della Corte EDU (nei loro effetti sia diretti nei confronti delle parti, sia indiretti sull'ordinamento interno) può, pertanto, essere considerato un punto fermo da parte dei soggetti sottoposti ad indagini transnazionali di organismi europei (presenti e futuri).

Questa situazione si rivela utile anche in vista dell'obiettivo di una protezione uniforme delle persone indagate dalle indagini transnazionali, obiettivo che ho già rilevato essere essenziale per la maggiore estensione di dette indagini.

GLI EFFETTI DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA. IN PARTICOLARE: LA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

La protezione dei diritti fondamentali nell'ambito della Unione europea è stata affermata, oltre che dalla CEDU, da una risalente ed ampia giurisprudenza della Corte di giustizia di Lussemburgo.

Il più significativo orientamento degli ultimi anni in ambito europeo è stato nella comprensione dell'ordine ultrastatale come sistema giuridico generale che, ponendo limiti agli ordini statali, aumenta e non diminuisce le garanzie per coloro che ne fanno parte. E la forza del sistema europeo sta proprio nel carattere espansivo dei diritti.

Nell'Unione un ruolo normativo particolare è stato assunto dalle istituzioni sovranazionali, con il riconoscimento agli organismi della Comunità del potere di emanare norme dotate di efficacia diretta, atte a prevalere sulle norme nazionali: da quel momento, ponendosi al centro di tutto il sistema la tutela dei diritti fondamentali, la compenetrazione fra ordinamenti nazionali e sovranazionali ha vissuto un crescendo inarrestabile.

Gli effetti diretti delle fonti del diritto dell'Unione sull'ordinamento interno costituiscono oggi i pilastri dell'ordinamento europeo.

La Carta dei diritti fondamentali, avente lo stesso valore giuridico dei trattati della Unione (art.6 TUE), ha inteso rafforzare tale protezione e ha reso "più visibili" i diritti stessi, in quanto formulati in un documento scritto.

Il 'cammino comunitario' compiuto dalla stessa nostra Corte Costituzionale ha mostrato come oggi il controllo di legittimità degli atti interni non sia affidato in termini di "accentramento" soltanto alla Corte Costituzionale, bensì, in termini "diffusi", anche a tutti i giudici, chiamati a dare "piena ed immediata attuazione" alle norme comunitarie provviste di efficacia diretta e a non applicare, in tutto o anche solo in parte, le norme interne con esse ritenute incompatibili, ove occorra, previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 267 TFUE (già art. 234 Trattato CE), operandosi, ove possibile e nella misura più estesa, nei termini dell'interpretazione conforme. Non può, perciò, essere posto in dubbio che il giu-

dice nazionale sia legittimato a verificare che l'indagine transnazionale effettuata da un organismo europeo, qualora si riconosca ad essa rilevanza giuridica in un processo interno, abbia rispettato i diritti fondamentali, e quindi i diritti della difesa garantiti dall'art.48 della Carta citata. È, invero, incontestabile l'applicabilità, in siffatta ipotesi, della Carta, dato che l'indagine transnazionale è compiuta in attuazione del diritto dell'Unione, onde si è nell'ambito di applicazione della stessa Carta (art.51).

Nella Carta dei diritti fondamentali, tuttavia, non è precisato come i diritti della difesa debbano essere garantiti. Appare allora auspicabile l'emanazione di una normativa comunitaria che intervenga per introdurre regole procedurali comuni applicabili in tutta l'Unione europea, producendo effetti positivi sulla tutela del diritto di difesa, la quale venga resa uniforme ed incrementata anche nella sua effettività. In tal senso mi sembra che gli organi dell'Unione si siano già mossi approvando la direttiva 2010/64/EU sul diritto all'interpretazione e traduzione e la direttiva 2012/13/EU sul diritto all'informazione nei procedimenti penali.

Nella raccomandazione del Parlamento europeo destinata al Consiglio sullo sviluppo di uno spazio di giustizia penale dell'Unione europea (P6_TA-PROV (2009)0386) lo stesso Parlamento europeo ha sottolineato che è necessario completare l'attuazione del principio del riconoscimento reciproco, accompagnandola con l'adozione di un insieme uniforme di garanzie e tutele procedurali nei procedimenti penali, basato sul principio della presunzione di non colpevolezza, come il diritto a una "comunicazione dei diritti", il diritto all'assistenza legale, gratuita ove sia necessario, e anche prima del processo, il diritto a produrre prove, il diritto a essere informato, in una lingua comprensibile per l'indagato/imputato, della natura e/o delle motivazioni delle contestazioni e/o dei fondamenti dei sospetti, il diritto di accesso a tutti i documenti pertinenti in una lingua che l'indagato/imputato comprende, il diritto a un interprete, il diritto a un'audizione, nonché meccanismi di ricorso efficaci e accessibili.

La previsione di queste garanzie e tutele procedurali non potrà non valere anche per le indagini transnazionali.

Allo stato, in attesa di una ampia disciplina uniforme dell'Unione europea, la protezione nazionale del diritto di difesa nelle indagini transnazionali va individuata in relazione al "se" ed al "come" i risultati di tali indagini (aventi oggi natura amministrativa) vengano ad essere utilizzati nel processo penale o comunque nel giudizio che abbia per oggetto l'applicazione di una sanzione amministrativa punitiva.

Non risultano precedenti della Cassazione sulla utilizzazione delle indagini svolte dall'OLAF. Al riguardo può, però, essere richiamato l'orientamento della Cassazione penale secondo cui le disposizioni del codice di rito sulla inutilizzabilità degli atti assunti per rogatoria all'estero (art.729 c.p.p.) non si applicano all'acquisizione di informazioni emerse all'interno di un procedimento penale estero, che spontaneamente ed autonomamente l'autorità estera ha offerto all'autorità italiana. E ciò è stato affermato con riferimento ad atti di carattere amministrativo trasmessi da una polizia straniera (Cass. febbraio 2009 n.11118, rv.243429, con numerosi precedenti conformi). Lo stesso principio credo che possa essere applicato agli atti delle indagini amministrative svolte dall'OLAF.

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 Eurojust, 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 consoni 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 congegnato 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.

L'OLAF, tra potenzialità investigative e limiti normativi (1999-2013)

Relazione rivista dall'autore

Alberto Perduca

Procuratore aggiunto della Repubblica, Torino

L'Autore, dopo aver posto in evidenza le trasformazioni che, a partire dagli anni '90, hanno caratterizzato la cooperazione giudiziaria europea, si sofferma sul ruolo svolto dall'Ufficio europeo per la lotta antifrode (OLAF) e segnala che le sue potenzialità, come organismo investigativo comunitario, faticano a tradursi in realtà compiuta. L'Autore pone quindi in rilievo la carenza di un impianto normativo, ovvero di un corpus minimo di regole.

A partire dagli anni '90 la cooperazione giudiziaria europea conosce trasformazioni di non poco conto. Il risultato è che oggi procuratori e giudici che hanno necessità di ricercare prove, persone e patrimoni all'estero, lavorano in condizioni assai più favorevoli di quelle dei loro colleghi di appena 15-20 anni fa.

In primo luogo, per prassi ed evoluzione normativa si diffonde il rapporto diretto tra magistrati. Si riducono così i tempi della collaborazione ma, ancor più importante, giudici e procuratori prendono ad affrancarsi dalla tutela dei ministeri della giustizia e avvertono viepiù l'importanza del dialogo operativo tra le autorità giudiziarie richiedenti e quelle richieste. È un dialogo, in parte informale, fatto di scambio di informazioni e di accordi su iniziative investigative di comune interesse che precedono e seguono l'inoltro delle lettere ufficiali di commissione rogatoria.

Nell'ambito dell'Unione Europea poi, i procuratori ed i giudici alle prese con procedimenti a dimensione transnazionale, possono fruire dell'assistenza fornita dai Magistrati di collegamento, dalla Rete giudiziaria europea e da Eurojust. Trattasi di organismi di sostegno, istituiti in rapida successione dalla seconda metà degli anni '90, che hanno strutture e vocazioni diverse. Se infatti il terreno naturale di azione dei Magistrati di collegamento è l'assistenza bilaterale, la Rete giudiziaria europea ed ancor più Eurojust sono chiamate ad intervenire laddove alla cooperazione sono interessate le autorità giudiziarie di più Stati. In prospettiva il Trattato di Lisbona riserva ad Eurojust l'avvio dell'indagine penale e financo la promozione dell'avvio dell'azione penale. Senza dimenticare ovviamente la funzione di incubatrice del Procuratore europeo.

Stando alla situazione attuale, l'offerta si presenta già così variegata che non sempre ai magistrati *de terrain* è agevole comprendere a quale organismo in concreto sia meglio rivolgersi. Certo è che la simultanea presenza in campo di tre organismi di sostegno giudiziario bene testimonia quanto il progetto dello spazio di giustizia europeo sia lontano da compiuta (non solo realizzazione) ma anche razionalizzazione.

E semmai vi è ancora bisogno di convincersi di quanto questa realtà è ancora frammentaria ed in divenire, basta ricordare che oltre alla triade dei Magistrati di collegamento, della Rete giudiziaria europea e di Eurojust, un quarto soggetto, tutto sovranazionale e con sue marcate peculiarità, opera in stretto contatto con (ed assiste) il circuito giudiziario. Si tratta dell'Ufficio europeo per la lotta anti-frode (OLAF).

L'OLAF è uno dei frutti dell'assai intensa stagione istituzionale che, di nuovo a partire dalla metà degli anni '90, avverte come le finanze comunitarie costituiscono un bene di sistema della costruzione europea e che, come tali, vanno tutelate con efficacia sia sul piano penale che amministrativo. È questa la stagione che nel giro di pochissimi anni vede approvare testi importanti quali la Convenzione ed i Protocolli aggiunti per la protezione penale di tali finanze; il Regolamento che introduce sanzioni amministrative da applicare alle irregolarità pregiudizievoli degli interessi finanziari comunitari; il Regolamento che attribuisce ai servizi della Commissione europea poteri ispettivi nei confronti degli operatori sospettati di frodi ed irregolarità in danno delle finanze comunitarie.

Questa stagione produce altresì la creazione dell'OLAF, accelerata dalla crisi istituzionale della Commissione europea che nel 1999 precipita con le dimissioni dell'intero collegio. All'Ufficio europeo per la lotta antifrode si attribuisce autorità investigative nei confronti di due categorie di soggetti, fisici e giuridici: gli operatori sospettati di irregolarità, frode e corruzione in danno delle finanze comunitarie (le inchieste esterne) nonché i funzionari ed i rappresentanti delle Istituzioni comunitarie sospettati di omissioni ed abusi comunque pregiudizievoli delle finanze comunitarie (le inchieste interne).

L'esperienza di 14 anni di funzionamento dell'OLAF mostra come, per più ragioni, la scelta di distinguere le inchieste tra interne ed esterne non si rivela felice. Essa si scontra innanzitutto con il fatto i due tipi di inchiesta non hanno regole del tutto omogenee. E poi non sono infrequenti i casi in cui nella stessa frode sono coinvolti *outsiders* ed *insiders*. Infine, la distinzione finisce per non giovare ai rapporti di collaborazione tra l'Ufficio e le Istituzioni europee. Non è un mistero che le inchieste interne dell'OLAF suscitano comunque timori e diffidenze tra le burocrazie comunitarie. Non a caso le maggiori frizioni tra l'Ufficio e le Istituzioni ricorrono quando loro funzionari o rappresentanti, tanto più se di rango elevato, sono coinvolti nelle inchieste interne, soprattutto in quelle in cui gli esiti di queste vengono portati a conoscenza delle autorità giudiziarie penali nazionali.

Dal punto di vista dei procuratori e dei giudici nazionali che hanno a trattare casi di frode comunitaria transnazionale, l'istituzione dell'OLAF costituisce senza dubbio un'opportunità di notevole interesse. Più precisamente non sfugge che l'OLAF, a differenza degli organismi giudiziari sopra citati e della stessa Europol, è abilitato a compiere indagini su tutto territorio dell'Unione europea, ed anche di Paesi terzi in forza di clausole *ad hoc* contenute negli accordi di cooperazione con l'Unione europea. Tali sono la forza e l'originalità dell'Ufficio, che non vengono meno per il fatto che l'OLAF non dispone né di statuto né di poteri di *law enforcement*. Questi limiti non sono affatto trascurabili e trovano la loro spiega-

zione nella fin troppo nota resistenza degli Stati membri a cedere pezzi di sovranità, in questo caso per l'istituzione di una Polizia federale europea. Ciò nondimeno non poche delle prove di cui hanno bisogno i procuratori ed i giudici nazionali alle prese con casi di frode comunitaria, sono di natura documentale o comunque accessibili senza l'uso di poter coercitivi. Il vero problema è come raggiungerle all'estero, anche lontano, dove esse si trovano. Ora l'OLAF può acquisire o comunque reperire queste prove. E ciò nel lavoro dei magistrati è quel che più conta.

Pur lentamente, le autorità giudiziarie nazionali avvertono così che l'OLAF in quanto organismo d'inchiesta *senza frontiere* (in ambito europeo ma anche in Paesi terzi), e pure in forza della sua specializzazione, può loro consentire l'acquisizione all'estero di taluni elementi di prova con più rapidità ed efficacia degli usuali canali dell'assistenza giudiziaria internazionale. Del resto questa aspettativa trova appoggio in almeno due delle disposizioni che disciplinano l'attività investigativa dell'OLAF. L'una, che prevede la trasmissione alle autorità giudiziarie delle informazioni su fatti suscettibili di rilievo penale. E l'altra, che attribuisce alle relazioni conclusive d'indagine dell'Ufficio la stessa dignità di prova, anche penale, che viene riconosciuta alle omologhe relazioni dei servizi ispettivi nazionali. Naturalmente il tasso di accettazione delle informazioni dell'OLAF quale prova nei singoli ordinamenti processuali penali, non è omogeneo. In sintesi ed in crescendo, si va dal mero utilizzo di tali informazioni quale spunto investigativo, all'impiego per l'adozione di misure intrusive (quali la detenzione provvisoria e le intercettazioni telefoniche) e financo al loro rilievo pieno per decidere della colpevolezza/innocenza degli accusati.

Senonché le potenzialità che l'OLAF manifesta, in forza del suo essere organismo investigativo comunitario, indipendente ma non separato dai circuiti giudiziari nazionali, faticano a tradursi in realtà compiuta. Tra le cause di tale situazione, inevitabilmente molteplici, meritano qui qualche cenno quelle strutturali. Non le uniche ma di certo le più importanti.

Innanzitutto l'OLAF soffre, da subito, di una disciplina inadeguata rispetto all'ambizioso mandato che gli viene conferito e che consiste nell'*intensificare la lotta contro la frode, la corruzione e qualsiasi altra attività illecita lesiva degli interessi finanziari*. Un organismo investigativo per operare con efficacia, tanto più contro fenomeni spesso di natura criminale, ha bisogno di alcune fondamentali regole giuridiche, con riconosciuta forza *erga omnes*, che indichino quali atti di indagine e a quali condizioni si possono compiere, quali facoltà e diritti sono da riconoscere alle parti interessate ed ai terzi, quali sono le sanzioni che colpiscono gli atti eseguiti in violazione delle regole, e a quali organi spetta il controllo sulla legalità delle indagini.

Per rendersi conto di quanto il quadro normativo entro cui l'OLAF è chiamato sia insufficiente vale per tutti un esempio. Le scarse disposizioni che regolano l'attività i dell'OLAF non riservano una parola alla possibilità, nelle inchieste esterne, di procedere all'audizione di testimoni. Ovviamente riesce difficile concepire un'inchiesta senza l'assunzione di informazioni da persone che le detengono. Ed è per

questo che l'OLAF ha deciso di non rinunciare a questo strumento di indagine. Resta peraltro il rischio che questa scelta, per così dire di diritto pretorio, sia contestata.

Ma l'esistenza di una base giuridica idonea non è soltanto la *conditio sine qua non* per garantire legittimità ed efficacia all'azione dell'OLAF. Essa è tanto più necessaria in un organo operativo dove agiscono funzionari provenienti da tutti i Paesi dell'Unione Europea, con professionalità, formazione giuridica e prassi assai differenziate. Qui le regole comuni fungono da indispensabile fattore di armonizzazione e di coesione dell'azione degli investigatori, e quindi di costruzione della stessa identità dell'Ufficio.

Ora, se nel 1999 la carenza del *corpus* minimo di regole è spiegabile con l'urgenza con cui l'OLAF viene istituito, i molti anni che seguono rendono sempre più prive di giustificazione le lacune del suo impianto normativo. Oggi, ad oltre 14 anni dall'istituzione dell'OLAF, sembra ormai vicina la modifica dell'originario suo Regolamento. Peraltro non pochi né lievi sono i costi che il ritardo del legislatore comunitario finisce per cumulare.

Un primo effetto negativo è dato dall'incertezza giuridica che accompagna l'attività investigativa. Tale incertezza, già di per sé non favorevole alla credibilità dell'Ufficio, genera altresì un contenzioso non marginale, e talora vincente per chi lo promuove, dinnanzi alle giurisdizioni comunitarie, soprattutto da parte di funzionari e rappresentanti delle Istituzioni ritenuti danneggiati per modalità con cui vengono condotte le indagini nei loro confronti. Molte di queste contestazioni in particolare concernono le decisioni dell'OLAF di trasmettere alle autorità giudiziarie relazioni conclusive ovvero informazioni su fatti suscettibili di rilievo penale. Il risultato è che viene messa in discussione l'applicazione proprio di quelle norme che in linea di principio costituiscono uno dei punti di maggior forza ed originalità dell'Ufficio.

Al difetto di norme giuridiche l'OLAF tenta di supplire con l'adozione di disposizioni interne e con strumenti di *soft law*, quali i protocolli d'intesa con varie Istituzioni. Peraltro ed inevitabilmente finiscono per prevalere la prudenza dettata dal timore dell'errore e dell'abuso. A fronte del vuoto normativo la possibilità di fare passi falsi è alta e per limitarla si incrementano i controlli interni sulle inchieste, dall'apertura alla chiusura. Sennonché tali controlli se da un lato non sfuggono al rischio di burocratizzarsi, dall'altro assorbono risorse non indifferenti. E comunque possono far smarrire l'idea che le inchieste sono anche gusto della ricerca e sfida intellettuale e non solo puntuale rispetto di procedure. Ma perché gusto e sfida si realizzino occorre un'apertura di credito che solo il legislatore può dare.

Un terzo effetto negativo è che alla dinamica dei controlli crescenti non si sottrae, nel corso degli anni, neppure il Comitato di sorveglianza dell'OLAF. Nella sua prima composizione questo organo, grazie anche alla notevole caratura di gran parte dei suoi componenti, manifesta un atteggiamento di grande attenzione al perimetro delle sue prerogative. Ma questo atteggiamento in seguito si attenua con la pretesa di ottenere sempre più informazioni sulle indagini. La logica è quella di supplire in qualche modo al *vacuum* di regole. Ma in tal modo finisce per mutare nei fatti il ruolo del Comitato: da garante dell'indipendenza dell'Ufficio e moni-

tore della sua efficacia e legalità complessiva ad organo di controllo *tout court* sulle singole inchieste.

Tornando al punto di osservazione dei procuratori e dei giudici nazionali che hanno a trattare di casi di frode comunitaria a dimensione transnazionale è ben possibile che, in forza di quanto appena detto, la loro aspettativa nei confronti dell'OLAF finisca per attenuarsi. Del resto ciò avverrebbe nei confronti di qualsiasi servizio di inchiesta, nazionale o comunitario, costretto ad operare per tanti anni senza una base normativa adeguata, rallentato da troppe procedure interne di controllo e per di più sollecitato continuamente a dar conto degli esiti delle proprie inchieste ad organi diversi da quegli stessi procuratori e giudici che li stanno valutando i risultati di dette inchieste nel corso di procedimenti penali che possono esser ancora riservati.

E se poi a quegli stessi procuratori e giudici tocca di assistere alle accuse pubbliche che con regolarità si susseguono nel corso degli anni contro l'OLAF ed sui responsabili, accusati di molteplici e gravi violazioni nella conduzione di quelle stesse inchieste su cui le autorità giudiziarie nazionali neppure si sono ancora pronunciate, non stupisce se il loro affidamento nell'Ufficio possa ulteriormente ridursi.

Con danno per tutti. Per le Istituzioni europee che mostrano l'incapacità di valorizzare appieno l'originalità e le potenzialità dell'OLAF. Per le giustizie nazionali che si vedono private di un credibile ed efficace servizio investigativo comunitario.

Si è alla vigilia di una concreta proposta di istituzione del Procuratore europeo. A partire dagli anni '90 questa idea ha conosciuto una prima stagione di riflessioni, dibattiti, proposte. All'epoca molti hanno creduto e si sono impegnati nell'OLAF nella convinzione che l'Ufficio potesse far la dimostrazione sul campo di quanto fosse necessario un servizio comunitario di inchiesta, così in qualche modo preparando e favorendo il terreno all'istituzione del Procuratore europeo. Oggi il rischio è che questo possa nascere non sulla riuscita, ma sul fallimento dell'OLAF.

III sessione



OLAF, il futuro
Procuratore europeo,
gli altri organismi
europei e le autorità
giudiziarie nazionali

Istituzione dell'Ufficio del Procuratore Pubblico europeo

Relazione rivista dall'autore

Peter Csonka

Consigliere presso la Direzione generale giustizia della Commissione europea

L'Autore, dopo aver evidenziato i motivi che rendono necessaria l'istituzione di una Procura europea (EPPO), si sofferma sugli elementi caratterizzanti il futuro organo (indipendenza, competenza esclusiva in materia di protezione degli interessi finanziari dell'UE, struttura, funzioni, garanzie, impatto sulle autorità nazionali e sulle Istituzioni dell'UE), così come previsti dalla proposta di regolamento della Commissione europea, non ancora pubblicata.

INTRODUZIONE

Questa è stata una lunga riflessione, che sta per giungere alla fine. Molto presto la Commissione farà una proposta congiunta sull'istituzione del Procuratore europeo sotto forma di regolamento, accompagnato da una proposta di riforma di Eurojust. Questa iniziativa segue un precedente annuncio del Presidente della Commissione, Barroso, inerente il programma dei lavori della Commissione nel campo dello stato di diritto, e cioè che la Commissione avrebbe fatto una simile proposta nel corso del 2013. L'enfasi sull'istituzione dell'Ufficio del Procuratore europeo in virtù del principio dello stato di diritto è significativa.

L'OBIETTIVA NECESSITÀ DELL'UFFICIO DEL PUBBLICO MINISTERO EUROPEO

La proposta sull'istituzione dell'Ufficio del Pubblico Ministero europeo è un'importante decisione politica per la Commissione. Il Trattato contiene la possibilità di istituire tale Ufficio, non l'obbligo. Il bisogno di stabilire l'Ufficio del Procuratore europeo è dimostrato dalla valutazione di impatto che sarà resa pubblica molto presto. È evidente che questo possa non essere abbastanza per convincere tutti. Mentre la Commissione va avanti, dovrà impegnarsi in una discussione serrata con le parti fornendo ulteriori argomentazioni a sostegno della sua proposta, che giunge in un periodo in cui l'impatto della crisi finanziaria è ancora sentito. Durante una crisi finanziaria, quando ogni centesimo conta, l'Unione deve agire. Nella nostra esperienza molto del denaro dell'Unione viene perso ogni anno. Secondo statistiche OLAF, irregolarità fraudolente ammontano a 400-600 milioni di Euro l'anno. Stime fornite nella Valutazione di Impatto collocano questa figura ben oltre, tra i 3 e i 5 miliardi di Euro l'anno. Questa figura deve essere valutata rispetto al contesto del Bilancio annuale dell'UE, che è approssimativamente 140 miliardi di Euro, il che significa che circa il 3-4% del bilancio annuale dell'Unione viene sprecato ogni anno.

L'Ufficio del Procuratore europeo non dovrebbe essere visto come uno strumento volto a proteggere meglio le finanze dell'UE. Dovrebbe diventare una pietra miliare nella creazione di un vero Spazio di libertà, sicurezza e giustizia – un

obiettivo delineato nel Trattato di Lisbona. Se avessimo successo con il progetto dell'Ufficio del Procuratore europeo, l'UE raggiungerebbe un altro livello di integrazione europea. Dopo le dogane e, presto, l'unione bancaria, l'UE si avvicinerebbe a qualcosa che somiglia all'unione giudiziaria. E l'Ufficio del Procuratore Pubblico europeo sarebbe un componente essenziale in quell'ambito.

ELEMENTI CHIAVE DELLA PROPOSTA DELL'UFFICIO DEL PROCURATORE EUROPEO

La proposta della Commissione sull'Ufficio del Procuratore europeo è costruita su pochi elementi chiave che cercherò di spiegare. Inoltre, contiene idee innovative al riguardo della relazione tra l'Ufficio del Procuratore europeo e le autorità nazionali come anche al legame tra l'Ufficio del Procuratore europeo e gli altri organi UE. Per iniziare, si illustreranno gli elementi chiave.

INDIPENDENZA

Sin da quando l'idea è stata introdotta dagli accademici, ci sono stati richiami per rendere l'Ufficio del Procuratore europeo indipendente, nella consapevolezza che le norme costituzionali nazionali non sempre garantiscono l'indipendenza del sistema di Pubblica Accusa. Infatti la Corte europea dei diritti dell'uomo ha costantemente ricordato che i pubblici ministeri hanno bisogno di tale indipendenza durante le indagini. La proposta della Commissione condivide questa convinzione, stabilendo che l'Ufficio del Procuratore europeo debba essere pienamente indipendente e che la sua indipendenza debba essere concepita giuridicamente e istituzionalmente perché nessuna istituzione sia dell'UE che nazionale possa interferire con le sue indagini e azioni penali.

Forse un punto che dimostra chiaramente perché dovrebbe essere pienamente indipendente è che la competenza dell'Ufficio del Procuratore europeo non si estende alle indagini finanziarie "ordinarie". La sua competenza si estende alle indagini per frode e relativi reati finanziari, quali la corruzione ed il riciclaggio di denaro.

Casi recenti al livello nazionale e dell'UE hanno anche dimostrato il bisogno di avere un Ufficio della Procura indipendente che prenda istruzioni solo dal suo capo. Quindi, in base alla proposta, le indagini saranno condotte sotto l'autorità del Capo dell'Ufficio del Procuratore europeo, il quale renderà conto e sarà responsabile solo dinanzi le istituzioni dell'UE. La Commissione proporrà che il Procuratore europeo, a capo del suo ufficio, sia nominato dal Consiglio con il consenso del Parlamento; e che lui o lei siano responsabile per ogni cosa che accade in quell'ufficio. Una tale procedura di nomina comporta un certo numero di conseguenze, inclusa la possibilità di destituire il Capo dell'ufficio nel caso lui o lei non soddisfino più i requisiti per la nomina o se abbiano commesso atti gravi di cattiva condotta.

COMPETENZA

La proposta della Commissione prevede che l'Ufficio del Procuratore europeo abbia competenza esclusiva sui "reati PIF". La sua competenza sarebbe esclusiva nel senso che l'ufficio non coprirebbe solo casi transnazionali, ma anche casi PIF

“nazionali”. In altre parole, l'Ufficio del Procuratore europeo si assumerà la funzione che è ora esercitata dalle autorità nazionali di accusa e dalle autorità di pubblica sicurezza, per indagare e perseguire reati PIF, e convoglierà quella competenza al livello di un Ufficio dell'UE. I reati PIF saranno definiti da una Direttiva, la cosiddetta direttiva PIF, attualmente in negoziazione nel Consiglio e nel Parlamento. Il Consiglio la scorsa settimana ha raggiunto un accordo sulla proposta di direttiva e ci aspettiamo, con fiducia, che il Parlamento avvii le discussioni su di essa. Inoltre, l'Ufficio del Procuratore europeo avrà una competenza ancillare (accessoria rispetto alla sua competenza PIF), per cui, soggetto ad alcune condizioni, l'Ufficio del Procuratore europeo dovrebbe essere autorizzato ad indagare anche reati connessi in situazioni “ibride”, dove, cioè, un reato PIF sia accompagnato da un reato non-PIF. Ci saranno diverse importanti condizioni perché si inneschi l'esercizio della competenza ancillare: 1) che i fatti siano identici; 2) che questi fatti siano inestricabilmente collegati; 3) che l'elemento PIF sia preponderante (ad esempio: se si tratta di un progetto co-finanziato, il sussidio UE sia molto più ingente del sussidio nazionale); 4) le autorità nazionali rinuncino alla loro competenza.

In altre parole, la competenza ancillare è dipendente dal consenso tra le autorità nazionali e l'Ufficio del Procuratore europeo perché quest'ultimo subentri nelle indagini per il relativo reato.

Se una qualsiasi di queste condizioni non è soddisfatta, il caso deve essere rimandato alle autorità nazionali. Questo è visto come la soluzione pratica alla situazione quando i reati PIF sono invero connessi ad altri elementi (non-PIF), quali reati di frode e reati fiscali nazionali ecc.

STRUTTURA

La Commissione europea proporrà di istituire l'Ufficio del Procuratore europeo come un ufficio decentrato. Questo non significa che ogni cosa debba essere fatta sul territorio dalle autorità di pubblica sicurezza e dai pubblici ministeri locali. La proposta prevede che l'Ufficio del Procuratore europeo sia un ufficio con una struttura composta da un'unità centrale e uffici locali in tutti gli Stati membri. La maggior parte delle decisioni saranno prese localmente dai Procuratori europei delegati, che saranno l'espressione dell'Ufficio del Procuratore europeo negli Stati membri e che agiranno sotto l'autorità del Procuratore europeo. Ad esempio, l'avvio di un'indagine sarà una decisione autonoma dei Procuratori europei delegati. La Commissione ritiene che sia importante preservare il legale locale, in quanto, spesso, informazioni cruciali vengono dalle autorità di pubblica sicurezza nazionali durante indagini su associazioni a delinquere o Frodi Carosello sull'IVA. Questi reati possono rivelare un elemento PIF nel caso. Quindi, l'informazione che dà il via all'indagine per l'Ufficio del Procuratore europeo probabilmente proviene, nella maggior parte dei casi, dalle autorità nazionali di pubblica sicurezza. In simili situazioni il Procuratore europeo delegato dovrebbe avere il potere di avviare le indagini per conto del Procuratore europeo.

Per assicurarsi l'efficienza dell'Ufficio del Procuratore europeo dovrà esserci un coordinamento delle attività a stretto contatto con le autorità nazionali. Infatti, l'Ufficio del Procuratore europeo sarà un'istituzione pionieristica perché si disco-

sterà dal modello usuale di cooperazione a livello europeo. Per questo, l'Ufficio del Procuratore europeo avrà bisogno di alcuni poteri per decidere e istruire, perché, essenzialmente, esso deve avere voce in capitolo sulla possibilità o meno di esercitare l'azione penale; sul rinvio a giudizio e sulla scelta della giurisdizione.

La proposta della Commissione riserva queste decisioni alla struttura centrale dell'Ufficio del Procuratore europeo, che prenderà queste decisioni in consultazione con i Procuratori europei delegati coinvolti nel caso. La filosofia alla base di questo approccio è, essenzialmente, che il Procuratore europeo debba assumersi la responsabilità per queste decisioni. Il concetto che scaturisce dal Trattato è, infatti, che il Procuratore europeo debba essere responsabile di individuare, perseguire e rinviare a giudizio su questi reati. Per la Commissione, responsabilità sottintende che la decisione di rinvio a giudizio debba essere presa individualmente, non collettivamente.

L'EPPO sarà un ufficio integrato nel senso che integrerà tutte le funzioni che sono coinvolte in un procedimento penale, dal primo atto di avviare le indagini preliminari fino al rinvio a giudizio ed ai ricorsi nelle corti nazionali. Questo approccio è in piena conformità con i poteri ampi previsti dall'Articolo 86(2) del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, che stabilisce che l'Ufficio del Procuratore europeo "deve individuare, perseguire e rinviare a giudizio (...) gli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, e i loro complici" e "dovrà esercitare l'azione penale innanzi agli organi giurisdizionali competenti degli Stati membri". In termini pratici, questi poteri copriranno un ampio spettro di funzioni di indagine e di accusa, quali indagini, l'accusa, rinvio a giudizio, ecc. La proposta della Commissione conterrà anche una disposizione per autorizzare l'Ufficio del Procuratore europeo a concludere, in base a certi criteri, patteggiamenti con i sospettati in casi minori.

TUTELE

Un altro importante elemento della proposta sull'Ufficio del Procuratore europeo è costituito dalle robuste garanzie dello stato di diritto. L'Ufficio del Procuratore europeo eserciterà infatti un certo numero di poteri e questi poteri hanno bisogno di essere controbilanciati da garanzie procedurali e da altre salvaguardie. La proposta prevede che l'Ufficio del Procuratore europeo dovrebbe avere accesso a vari poteri di indagine che spaziano da interrogatori di testimoni, a poteri di perquisizione e confisca, intercettazioni telefoniche ecc. Circa metà di questi poteri, che sono per natura coercitivi, dovrebbe essere usata solo previa autorizzazione giudiziaria di un giudice nazionale. La proposta stabilisce che tale controllo *ex ante* sarebbe demandato alle corti nazionali competenti a supervisionare le indagini e le azioni legali a livello nazionale. Gli Stati membri, certamente, sarebbero in grado di mantenere tutte le tutele aggiuntive che esistono secondo l'ordinamento nazionale.

Inoltre, come parte delle tutele, sarà creato un catalogo di diritti per i sospettati e per le persone accusate coinvolte nei procedimenti dell'Ufficio del Procuratore europeo. Questo catalogo si basa sul rilevante *acquis* dell'Unione europea, incluse le Direttive sul diritto all'interpretazione e alla traduzione, sul diritto all'informazione, così come alle imminenti direttive sull'accesso ad un avvocato.

La proposta, comunque, andrà al di là di questi diritti e anticiperà la continuazione della Roadmap (tabella di marcia) sui diritti procedurali creando degli autentici diritti europei: ad esempio, includerà il divieto all'auto-accusa per il sospettato coinvolto nei procedimenti penali e il diritto all'assistenza legale (che è, infatti, anche uno dei diritti inclusi nella Roadmap di Stoccolma).

Il terzo elemento essenziale delle salvaguardie è che l'Ufficio del Procuratore europeo dovrà rispettare, in tutte le sue attività, la Carta dei diritti fondamentali, anche quando presenta prove alle corti nazionali. Quindi, qualora ci sia una violazione delle tutele giudiziarie, le corti nazionali dovrebbero essere libere di dichiarare quelle prove inammissibili. In ogni altro caso, le prove devono essere considerate ammissibili nelle corti senza ulteriori certificazioni procedurali, purché raccolte in conformità al regolamento ed alle leggi nazionali dello Stato in cui sono state ottenute.

VALORE AGGIUNTO

L'Ufficio del Procuratore europeo dovrebbe sviluppare il proprio procedimento penale e superare la frammentazione degli attuali procedimenti penali nazionali.

In quel senso dovrebbe avere la propria opinione sul limite di casi che dovrebbe essere portato a corte, incluso il livello di sospetto richiesto per le indagini e la qualità e quantità di prove necessarie per muovere un'accusa, così come in quali casi la decisione della corte possa essere impugnata. La proposta stabilirà criteri oggettivi per determinare la scelta della giurisdizione in casi transnazionali.

Un altro aspetto che può portare valore aggiunto è il concetto di "territorialità europea". È un concetto presente sin dall'inizio, sin da quando il *Corpus Juris* e il recente Studio di Lussemburgo hanno introdotto certi modelli di norme. Il concetto di "territorialità europea", l'Ufficio del Procuratore europeo richiederanno un cambio di mentalità: si cerca di superare gli ostacoli di territorialità nazionale – un concetto sul quale sono costruiti i sistemi nazionali di giustizia penale. Come andare al di là di questo? Possiamo farlo considerando l'Ufficio del Procuratore europeo come un singolo ufficio che può esercitare i suoi poteri in tutti gli Stati membri, entro il cui territorio assistenza legale reciproca non è più richiesta. Considerando che l'Ufficio del Procuratore Pubblico europeo dovrebbe agire come un ufficio in tutta l'UE (e quindi ben oltre il territorio del singolo Stato membro), l'UE sarebbe, per l'Ufficio del Procuratore europeo, un territorio unico (indivisibile), entro cui l'EPPU può esercitare i propri poteri autonomamente. Questo si concretizzerà con la presentazione da parte dell'Ufficio del Procuratore europeo di prove che possano essere raccolte in vari Stati e a prescindere dalle differenze fra disposizioni nazionali sulla loro raccolta e presentazione.

In conclusione, l'ultimo aspetto chiave. L'Articolo 86 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea richiede che l'Ufficio del Procuratore europeo sia istituito tramite un regolamento che dovrebbe chiarire un ampio numero di problematiche riguardanti l'Ufficio stesso, inclusa la sua struttura, procedure, controllo giurisdizionale ecc. Tuttavia, questo regolamento non dovrebbe diventare un Codice europeo di procedura penale, in quanto ci sono dei chiari limiti, imposti dai Trattati, in termini di proporzionalità e sussidiarietà. Il requisito di chiarezza e applicazione diretta per i regolamenti lascerebbe normalmente poco spazio per l'im-

plementazione nazionale. Ciò nonostante, questo regolamento lascerà un ampio margine di discrezionalità per la legge nazionale, ma essa può solo essere applicata se il regolamento lascia qualcosa di non regolamentato. La proposta della Commissione richiederà l'applicazione combinata del regolamento con la legge nazionale, fermo restando che la legge nazionale può essere applicata nella misura in cui rende possibile l'effettiva applicazione del regolamento. La proposta conterrà anche una clausola di revisione, che prevede, entro pochi anni, che l'attuazione pratica del regolamento sarà rivista, inclusi i possibili problemi dell'Ufficio del Procuratore europeo, allo scopo di esaminare la necessità di introdurre ulteriori armonizzazioni in alcune aree. Quindi lo scopo dell'esercizio della revisione non sarà la creazione di un codice dettagliato di procedura penale.

IMPATTO DELLA PROPOSTA SULLE AUTORITÀ NAZIONALI E SULLE ISTITUZIONI DELL'UE

Le indagini dell'Ufficio del Procuratore europeo saranno condotte, nella maggior parte dei casi, dalle autorità nazionali di Pubblica sicurezza, come avviene oggi. Continueranno, quindi, ad essere in carica, ma sotto istruzioni e sotto il coordinamento dell'Ufficio del Procuratore europeo. In questo senso, ci sarà una ancora migliore integrazione delle forze dell'ordine nazionali attraverso le forze dell'ordine europee.

La posizione chiave in tutto questo sistema sarà quella dei Procuratori europei delegati che avranno un "doppio cappello": provengono dai sistemi giudiziari nazionali e saranno nominati dal Procuratore europeo sulla base di una selezione fatta dagli Stati membri. I Procuratori europei delegati devono avere esperienza nei sistemi giudiziari nazionali e devono essere nominati come procuratori attivi negli Stati membri, così da poter esercitare i loro poteri in entrambi i sistemi: nell'Ufficio del Procuratore europeo e nel sistema giudiziario nazionale. I Procuratori europei delegati si coordineranno fra i sistemi giudiziari nazionali e l'Ufficio del Procuratore Pubblico europeo. Tutti i poteri coercitivi devono essere sempre attuati dalle autorità incaricate dell'applicazione della legge sotto il coordinamento dei Procuratori europei delegati, e ogni misura restrittiva dei diritti fondamentali deve essere sottoposta a controllo delle competenti autorità giudiziarie nazionali.

La responsabilità dovrà essere assicurata anche in termini politici. Il Procuratore europeo dovrà relazionare ogni anno sulle attività dell'Ufficio alle istituzioni dell'UE e può anche essere invitato dai parlamenti nazionali a render conto circa le sue attività.

In altre parole, ci sarà un controllo indiretto dai parlamenti nazionali sulle attività dell'Ufficio.

Per quanto riguarda l'impatto sulle istituzioni dell'UE, l'aspetto più importante è l'impatto della proposta su OLAF ed Eurojust. Un certo numero di legami amministrativi e gestionali tra questi organi dovrà essere creato; e ancora, questi tre organi dovranno rimanere separati. La proposta prevederà che l'Ufficio del Procuratore europeo abbia una personalità giuridica unica e separata, ma avrà un certo numero di legami con Eurojust, inclusi il coordinamento operativo e servizi di supporto di condivisione. Lo stesso principio sarà ripreso nella proposta della Commissione sulla riforma di Eurojust. Ci sarà anche una disposizione sul coin-

volgimento di Eurojust nella determinazione della giurisdizione.

Alla fine, una parola sull'Europol, che è specificamente menzionato nell'articolo 86 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Questo riferimento è un richiamo sull'importanza dell'informazione e analisi che Europol può fornire all'Ufficio del Procuratore europeo. Infatti, i dossier di lavoro analitico che l'Europol compila possono contenere elementi su reati PIF. L'Europol, come ogni altra agenzia dell'UE, dovrà riportare ogni potenziale reato PIF all'Ufficio del Procuratore europeo. Dovrebbe anche collaborare con l'Ufficio del Procuratore europeo durante le indagini. L'Ufficio del Procuratore europeo avrà il potere di richiedere ulteriori informazioni all'Europol e di richiedere analisi su connessioni ad altri casi o con i gruppi di criminalità organizzata ecc. È molto importante consentire all'Ufficio del Procuratore europeo richiedere ulteriori informazioni e analisi così che possa formare una visione più ampia sull'indagine.

CONCLUSIONE

Una volta che la proposta della Commissione sarà sottoposta al Parlamento e al Consiglio, le negoziazioni cominceranno in conformità alla procedura legislativa speciale dell'articolo 86. Queste negoziazioni consentiranno, si spera, un compromesso ampio sul testo perché gli interessi finanziari dell'Unione siano maggiormente protetti in tutta l'Unione europea, grazie ad un organo forte, efficiente e indipendente denominato Ufficio del Procuratore europeo. Non dovremmo risparmiare i nostri sforzi per ottenere quest'obiettivo.

Eurojust: il ruolo svolto per la lotta alle frodi e la necessaria collaborazione con il futuro Procuratore europeo

Relazione rivista dall'autore

Francesco Lo Voi

Procuratore, Rappresentante italiano presso Eurojust

L'Autore, dopo aver sostenuto la necessità che gli organi coinvolti nella lotta alle frodi comunitarie (Eurojust, OLAF) collaborino tra di loro, si sofferma sui compiti di Eurojust per sottolineare come questi si avvicinino a quelli del futuro Pubblico ministero europeo. Secondo l'Autore, nei lunghi processi di creazione di una nuova istituzione c'è sempre un "prima", un "durante" e un "dopo" e, nel caso di specie, questi sono rappresentati dall'elencazione dei reati di competenza del Pubblico ministero europeo, dalla sua struttura e dalle regole procedurali. L'Autore, riferendosi alle "Prosecution Policies", ritiene necessario un cambiamento di mentalità nei magistrati italiani, tenuto conto di quanto sancito dall'art. 11 della Costituzione italiana.

Desidero innanzitutto ringraziare la Presidente Paciotti e gli altri organizzatori di questa conferenza. Non è un ringraziamento di stile, ma credo che l'altissimo livello dei partecipanti e dei relatori rappresenti per me un'occasione rara; nonché motivo di particolare soddisfazione sia a titolo personale, sia come rappresentante del desk italiano presso Eurojust.

In realtà finora si è poco parlato di Eurojust; molto probabilmente ha influito anche l'assenza inaspettata, dovuta a cause sorte improvvisamente, della nostra presidente che ieri avrebbe potuto sicuramente illustrare quale è stato il ruolo finora svolto da Eurojust; e quale potrà continuare a essere il ruolo da essa svolto. Cercherò di farlo io, in modo e con tempi più ridotti.

Si è finora parlato poco di Eurojust perché si è giustamente - e sottolineo giustamente - parlato molto di OLAF. Ma credo che anche di Eurojust, quando si tratta del tema "Procuratore europeo", si debba parlare.

È mia convinzione che chi fa parte di una istituzione e chi fa parte delle istituzioni abbia un obbligo di collaborazione con le altre istituzioni, con tutti coloro che rappresentano le altre istituzioni e con ciò che le altre istituzioni rappresentano. Questa convinzione la mantengo ed è stata rafforzata durante la mia esperienza europea; sono quindi convinto che tutte le Istituzioni europee, e includo ovviamente tra esse Eurojust, dovranno collaborare. Per cui Eurojust dovrà collaborare innanzitutto con la Commissione europea, con il Consiglio della Unione europea, ed ancora con il Parlamento europeo, così come abbiamo già avuto occasione di fare in occasione di altre iniziative e ad altre vicende.

Siccome dobbiamo collaborare e non certo competere tra una istituzione e un'altra istituzione, tra un ufficio e un altro ufficio, non farò graduatorie di importanza con riferimento alla costituzione del Pubblico Ministero europeo, tra Eurojust e OLAF. Quindi non dirò che Eurojust è importante quasi quanto OLAF; e non dirò neanche che OLAF è importante quasi quanto Eurojust: dirò che sono importanti entrambe. Ciò perché, al di là degli aspetti che sono già stati segnalati con riferimento ad OLAF, noi abbiamo innanzitutto di fronte - è stato ripetuto tante volte - il dato testuale dell'articolo 86 e quel famoso "*from Eurojust*" ("a partire da Eurojust"), testo sul quale tutti quanti ci siamo scervellati per capire cosa volesse dire, per darvi un contenuto.

Recentemente - ed è una delle tante iniziative che Eurojust ha dedicato al tema del Pubblico Ministero europeo - durante una riunione sotto l'attuale Presidenza irlandese, che comprendeva anche il Forum Consultivo dei Procuratori Generali Europei, è stata affermata l'esigenza di un Procuratore europeo ancorato ai sistemi nazionali, che venga costituito attraverso un'armonizzazione dei reati che saranno di sua competenza, attraverso una precisa definizione delle rispettive competenze tra il Procuratore europeo e le autorità nazionali.

C'è dunque un intreccio di istituzioni che dovranno, tutte quante, operare insieme e collaborare. Allora, piuttosto che scervellarsi e cercare di capire come interpretare e che contenuto dare a quel "*from*" - ma anche su questo ad Eurojust stiamo lavorando, ipotizzando i diversi scenari ed il tipo di cooperazione - ho provato a chiedermi (e proverò a chiedervi): perché si è detto "*from Eurojust*"? Perché "*a partire da Eurojust*", appena citata nell'articolo immediatamente precedente (l'articolo 85 TFUE)? Perché questo ulteriore inserimento nell'articolo 86? Qual è la ragione? Una delle ragioni che posso intuire è che in realtà il Pubblico Ministero europeo, quale che sarà la sua struttura, di Eurojust non potrà fare a meno e non potrà che operare congiuntamente ad essa. Questa è una delle ragioni per cui, a mio avviso, è stata inserita quella locuzione, quel "*from*". Noi svolgiamo già adesso e da diversi anni tutta una serie di compiti che sono ampiamente legati a quelli che dovrà svolgere il Pubblico Ministero europeo e che sono stati appena descritti da Peter Csonka.

Noi svolgiamo attività che è già integrata nello scenario delle indagini; noi teniamo contatti quotidiani e costanti con le autorità giudiziarie ed investigative nazionali di tutti e 27 i paesi (tra poco 28) dell'Unione europea; noi teniamo contatti costanti per l'assistenza nello svolgimento delle indagini con i Paesi terzi; noi abbiamo già svolto numerose attività con riferimento al coordinamento delle indagini che è la nostra ragion d'essere, il nostro *core business*; svolgiamo attività per la prevenzione, per quanto possibile, dei conflitti di giurisdizione; e, quindi, per la prevenzione dei casi di *bis in idem*; svolgiamo attività nell'assistenza, nella facilitazione dell'esecuzione dei mandati di arresto europei. E finora abbiamo svolto tutti questi compiti senza essere dotati - vedremo in che cosa l'articolo 85 verrà tradotto - di poteri vincolanti.

Abbiamo quindi svolto queste attività incontrando spesso delle oggettive difficoltà derivanti dalle differenze dei 27 sistemi giuridici nazionali, differenze soprattutto di natura procedurale.

Questo è anche ciò che dovrà fare il Pubblico Ministero europeo; e, se posso

permettermi una piccola personale opinione, leggermente diversa rispetto a quanto detto da Peter Csonka, è vero che finirà il sistema della *mutual legal assistance* (la cooperazione giudiziaria internazionale), ma finirà soltanto tra quei Paesi che parteciperanno alla Procura europea; ed allo stato non si prevede certo che saranno tutti e 27 gli Stati membri. Con gli altri Paesi le procedure di assistenza giudiziaria internazionale continueranno ad essere necessarie; e soprattutto con i Paesi terzi. Ed ecco che, nella mia interpretazione, si trovano la ragione e la spiegazione di quel "from". Ciò non significa dover sovrapporre le due figure, ma avvicina molto i compiti che saranno del Pubblico Ministero europeo a ciò che sta già facendo da diversi anni, con un'esperienza già acquisita e con i contatti già acquisiti, Eurojust.

Passo alla seconda parte del mio intervento, cui mi permetterò di aggiungere una piccola appendice per non lasciarmi sfuggire l'attenzione all'ambito nazionale sottolineato dal Presidente Patrone. Provo a spogliarmi dalla veste istituzionale di rappresentante di Eurojust per svolgere alcune considerazioni assolutamente personali e che però derivano dall'esperienza fatta ad Eurojust, oltre che dall'esperienza fatta a livello nazionale.

Grazie a quell'esperienza ed all'osservazione dei casi concreti che quotidianamente trattiamo mi sento di dire, e voglio essere molto chiaro, che io vorrei vedere già domattina in funzione un Pubblico Ministero europeo, obbligatoriamente operante in tutti e 27 (tra poco 28) i Paesi dell'Unione europea, senza possibilità di *opt-out*; lo vorrei competente per tutti i reati o, quantomeno, per i reati più gravi; e lo vorrei dotato di un pacchetto di misure procedurali efficaci ed automaticamente applicabili a tutti i Paesi dell'Unione europea, senza alcuna discussione. Questa è il mio personale auspicio da visionario. Le seguenti considerazioni non sono quindi critiche rispetto a ciò che è stato proposto finora o che verrà realizzato, ma hanno un obiettivo diverso, perché quando tornerò a svolgere attività giudiziaria nazionale, mi piacerebbe disporre di una serie di strumenti che in questo momento non ci sono; e mi piacerebbe che comunque il Pubblico Ministero europeo avesse tali strumenti.

E noto come siano state espresse una serie di difficoltà circa la creazione del Pubblico Ministero europeo e circa l'individuazione dei reati di sua competenza (che non riepilogo), e ciò mi preoccupa perché penso che forse dobbiamo fare qualcosa di più.

Una mia personale opinione è che in questi lunghi processi di creazione di nuove figure istituzionali vi è sempre un "prima", un "durante" e un "dopo"; e a volte non è sempre facile individuare ciò che è "prima", ciò che è "durante" e ciò che è "dopo" perché le posizioni possono cambiare. Io individuo nel "prima", per esempio, l'elencazione dei reati per i quali il Pubblico Ministero europeo dovrebbe essere competente, con competenza esclusiva (abbiamo sentito della proposta, vedremo se e come sarà modificata al Consiglio e al Parlamento europeo). Se però vedo, tra le varie ipotesi, che alcuni reati – che a mio avviso dovrebbero essere tra quelli di competenza del Procuratore europeo (come l'IVA; come le frodi sulle pubbliche forniture o sugli appalti; come le norme in materia di prescrizione o le norme sulle sanzioni minime) – che a volte ci sono e a volte non ci sono e si discute su cosa inserire e cosa non inserire, ecco che allora a vedere questo mi preoccupa un po'

perché partendo da quell'auspicio visionario vorrei qualcosa di più.

Il “durante”: sarebbe la struttura dell'ufficio del Procuratore europeo, che tutto sommato mi interessa meno, purché sia una struttura funzionante: e una procura troppo collegiale non so quanto possa funzionare.

Per poter funzionare servono le regole procedurali. Se ne è discusso, ci sono delle proposte e ne abbiamo discusso anche in sede di Eurojust. Abbiamo avuto dei confronti su questo tema: le regole procedurali sono un argomento su cui non ci può essere diversificazione. Perché se noi diversifichiamo le regole procedurali secondo le esigenze di ciascun Paese (parlo dei Paesi che partecipano al Procuratore europeo) davvero corriamo il rischio, come veniva ventilato oggi nell'intervento di Vladimiro Zagrebelsky, di finire davanti alla Corte di Strasburgo. Il rischio deriva dal fatto che non è possibile che una prova acquisita in un certo modo in un Paese per essere utilizzata in un altro, non venga ritenuta ammissibile a causa delle differenze procedurali tra i due Paesi. Così come non può essere possibile, a mio avviso, che vi sia un diverso regime di acquisizione delle prove a seconda dei diversi Paesi: il regime di acquisizione delle prove per il Procuratore europeo deve essere uno, altrimenti questo non funzionerà.

Ci sarà un accordo sulle regole procedurali? È un punto interrogativo che, a mio avviso, è più grande di quello che riguarda la struttura del Procuratore europeo. C'è il problema dell'indipendenza in cui le diverse posizioni costituzionali dei diversi Paesi, rappresentati ovviamente al Consiglio dell'Unione europea, giocherà in modo diverso. Veniva ricordata oggi la raccomandazione del Consiglio d'Europa n°19 del 2000 che dovrebbe essere tenuta in considerazione.

Il mio timore è che su questi temi le spinte di natura politica mirino a mantenere un “livello basso” che serva a raggiungere “il risultato”; è vero che sarebbe un risultato importante quello di avere un maggior numero di Stati che partecipano al Pubblico Ministero europeo attraverso il sistema della cooperazione rafforzata. Ma, per riprendere il paragone automobilistico che faceva Luigi Berlinguer, non vorrei non tanto che facessimo camminare una Ferrari alla velocità di una Cinquecento, ma che sostituissimo il motore della Ferrari con quello di una Vespa lasciando la costosa carrozzeria, i costosi interni e i costosi arredi. Oppure, come si dice in italiano, “che la montagna partorisce il topolino”.

Breve appendice limitandomi ad osservare l'ambito nazionale. Mi riferisco alle *Prosecution Policies*. Noi italiani siamo abituati ad un potere diffuso dei pubblici ministeri, ad una impostazione ordinamentale e costituzionale della magistratura che, come tutti sappiamo, non corrisponde a quella degli altri Paesi europei. A volte vi sono delle somiglianze, ma per larga parte vi sono grosse differenze. Io sono particolarmente affezionato al sistema italiano e mi sono trovato a difenderlo dalle stanze dell'Associazione Nazionale Magistrati e dalle stanze del Consiglio Superiore della Magistratura. Tuttavia, non posso negare che se tutti gli altri Paesi hanno un sistema diverso dal nostro, è difficile che siano tutti loro a sbagliare e soltanto noi si sia nel giusto. Forse ci sarà una via di mezzo, o comunque dovrà trovarsi: è un altro dei rischi che intravedo e che vorrei lanciare come provocazione per una delle successive sessioni di questa conferenza sulle conseguenze in Italia dell'istituzione del Pubblico Ministero europeo.

Se, come dice Hans Nilsson, occorre superare anche i limiti costituzionali dei

diversi Paesi (non so se tutti i Paesi o tutte le corti costituzionali dei Paesi europei condivideranno questa impostazione, che peraltro ritengo corretta) e, come dice ancora Luigi Berlinguer, è necessario un cambiamento di mentalità, questo tema dovrà essere posto sul tavolo della discussione in Italia.

Noi magistrati italiani dobbiamo cominciare a cambiare un po' la nostra impostazione; perché siccome non possiamo fare gli europeisti a giorni alterni, vi dovrà essere una qualche modifica nell'impostazione dell'attività del Pubblico Ministero, con la possibilità di ricevere istruzioni (che per noi è attualmente qualche cosa di quasi inaudito). Dai piccoli spiragli finora aperti nella legislazione nazionale, sarà necessario spalancare le porte ad un cambiamento di mentalità che porti all'idea di una struttura diversa rispetto a quelle alle quali siamo abituati secondo il nostro ordinamento giudiziario; ciò sarà indispensabile altrimenti il Procuratore europeo non funzionerà, e questa volta non per demerito di altre istituzioni o degli altri Paesi o delle Istituzioni europee, ma per colpa nostra ed a casa nostra. Il cambiamento di mentalità da parte dei magistrati italiani sarà necessario perché interverranno delle modifiche ad incidere sicuramente sull'ordinamento giudiziario, ma che molto probabilmente incideranno anche sull'ordinamento costituzionale. Ed a queste modifiche i magistrati italiani dovranno essere pronti; e dovranno essere pronti non in omaggio alla nuova figura del Procuratore europeo, ma perché ce lo dice già adesso la nostra Costituzione.

L'articolo 11 (che fa parte della prima parte della Costituzione, quella del cui cambiamento non si discute) recita: "L'Italia [...] consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo". Io credo che il richiamo alla Costituzione, anche in questo caso, possa essere utile e debba essere seguito dai magistrati italiani.

Protezione degli interessi finanziari dell'UE: ripartizione di ruoli tra OLAF e futuro Procuratore europeo

Relazione rivista dall'autore

Andrea Venegoni

Procuratore, Temporary agent presso OLAF.

Le opinioni espresse nel presente testo sono personali e non rappresentano in alcun modo posizioni della Commissione Europea

L'Autore, dopo aver compiuto alcune riflessioni sull'attuale sistema a due livelli (amministrativo e penale) per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea, si sofferma sul possibile scenario riguardante la ripartizione dei ruoli tra OLAF e il futuro Procuratore europeo (EPPO).

Come unico rappresentante dell'OLAF presente a questa conferenza, prima di tutto vorrei portare i saluti del Direttore Generale, il collega italiano Giovanni Kessler, il quale si rammarica per non essere potuto intervenire.

Dopo avere sentito soprattutto le parole di Franco Lo Voi, io, che ho avuto l'avventura professionale in questi mesi di fare parte del team della Commissione europea che sta scrivendo questa proposta di regolamento che uscirà tra poco, sento ancora di più la responsabilità per quello che abbiamo fatto e che stiamo facendo. Perché se questa proposta avrà un effetto così dirompente tale da dover comportare delle modifiche anche costituzionali, questo significa che è veramente di grande portata. Conto, però, sul vostro supporto visto che qui siamo tutti convinti della necessità di questo progetto.

A mio parere è opportuno, alla luce di quanto detto, cercare, se è possibile, di dare un chiarimento sul perché l'istituzione dell'EPPO potrà migliorare la situazione per quello che riguarda l'area della protezione degli interessi finanziari dell'Unione dato che, come abbiamo sentito dire, una delle poche cose sicure del progetto dell'EPPO è che, almeno nella fase iniziale, sicuramente la competenza sarà limitata a tale settore. Noi sappiamo che oggi le finanze comunitarie sono tutelate con un sistema a due livelli: un livello amministrativo, che è quello in cui operano le indagini OLAF, e quello penale che oggi è affidato esclusivamente alle autorità giudiziarie degli Stati membri.

Sulle indagini OLAF, permettetemi di aprire una parentesi su un aspetto specifico riagganciandomi ad alcuni discorsi che sono stati fatti stamattina in cui l'OLAF è stato evocato più volte. Non voglio fare il difensore dell'OLAF, che non ne ha bisogno; io non faccio il difensore di lavoro, anzi faccio il Pubblico ministero, ma penso sia bene ricordare che, seppur con tutti i problemi che l'Ufficio può avere avuto in questi anni, la sua storia è anche una storia di successi; quindi mi sembra giusto anche ricordare questo aspetto. Dalle statistiche che sono pubblicate nei rapporti OLAF (l'ultimo è uscito pochi giorni fa), vediamo quanto de-

naro comunitario l'azione dell'Ufficio a livello amministrativo ha contribuito a recuperare e a salvare da frodi e altre condotte irregolari, preservando così un bene che, è opportuno sempre ricordare, non è dell'Unione Europea come soggetto asettico e distinto dalla collettività, ma è di ciascuno di noi, di ciascun contribuente della Unione.

Il tutto è avvenuto attraverso l'azione e le indagini dell'OLAF nel pieno rispetto delle garanzie difensive e dei principi fondamentali. Le garanzie difensive nelle indagini OLAF si sono sempre di più progressivamente negli anni, anche grazie all'azione della Corte di Giustizia, avvicinate a delle vere e proprie garanzie di indagini penali. Per esempio, nelle audizioni viene enunciato alla persona interessata il diritto al silenzio, il diritto ad essere assistita da un difensore o da una persona di fiducia, e che le sue dichiarazioni potranno essere utilizzate anche in sede penale. Quando si conducono altri tipici atti investigativi, ed in particolare i cosiddetti "controlli sul posto" ai sensi di due regolamenti del 1995 e 1996, si informano le autorità nazionali degli Stati membri e quindi l'azione viene condotta insieme alle autorità nazionali. Non vi è ovviamente mai l'uso di mezzi particolarmente intrusivi per accedere ai locali degli operatori economici, né i soggetti vengono obbligati coattivamente a consegnare dei documenti, ma tutto viene fatto nel rispetto della persona e dei principi fondamentali. Se si analizza la giurisprudenza della Corte di Giustizia sui casi OLAF, vedremo che nella maggior parte delle situazioni non si discute di questioni attinenti a gravi violazioni di diritti difensivi nello svolgimento di singoli atti investigativi (per esempio, il mancato avviso sul diritto ad essere assistiti dal difensore o situazioni analoghe), ma riguardano aspetti molto più tecnici e formali, quali, per esempio, le procedure per la trasmissione del rapporto OLAF all'autorità giudiziaria. Si discute, sempre a titolo di esempio, sul rispetto delle modalità o dei termini dell'informazione al Segretariato Generale della Commissione europea o al Comitato di Sorveglianza sulla trasmissione del rapporto alla autorità giudiziaria. Questo non vuol dire, ovviamente, che non si tratti di questioni di rilievo e che quello che prevedono i regolamenti e le normative europee non debba essere rispettato, però penso sia opportuno riportare le cose nella loro giusta dimensione, soprattutto in relazione a quanto è stato detto in alcuni interventi precedenti.

A questo proposito, stamattina qualcuno si è chiesto quali rimedi esistano contro le azioni dell'OLAF, quasi come se l'Ufficio nella conduzione delle proprie indagini godesse di una totale irresponsabilità. Ebbene, contro le azioni OLAF sono esperibili i normali ricorsi giurisdizionali alla Corte di Giustizia sia dal punto di vista della responsabilità extracontrattuale (è infatti possibile citare in giudizio la Commissione europea per responsabilità extracontrattuale a seguito di asseriti danni causati dall'azione dell'OLAF) sia dal punto di vista dell'annullamento degli atti. Io stesso, quando in passato mi sono occupato più da vicino delle indagini dell'Ufficio, ho seguito dei casi in cui, per esempio, è stata portata all'attenzione della Corte di Giustizia la questione delle modalità di esecuzione di controlli sul posto. In sostanza, una persona sottoposta a indagini OLAF beneficia di una gamma di garanzie difensive che sono molto simili a quelle dell'indagine penale.

Quanto, invece, al livello penale della protezione degli interessi finanziari della Unione, oggi l'azione è affidata esclusivamente agli Stati membri i quali spesso ri-

cevano le informazioni proprio dall'OLAF. Nulla esclude però, ovviamente, che uno Stato membro abbia avviato un'azione penale indipendentemente dalla trasmissione del rapporto OLAF, ed anzi questa è una situazione che si verifica normalmente.

La domanda che ci si può porre, quindi, è se il sistema basato su questi due livelli (amministrativo e penale) sia sufficiente oggi per la protezione degli interessi finanziari e se si possa fare qualcosa per migliorare il sistema; la possibile introduzione dell'Ufficio del Procuratore europeo si inserisce proprio in questa tematica. La soluzione che continua a basare la tutela delle finanze comunitarie su un sistema "a due livelli", presenta, a nostro avviso, sulla base dell'esperienza concreta di questi tredici o quattordici anni, alcuni inconvenienti. L'inconveniente più frequente che abbiamo riscontrato in questi anni è quello che consiste nel fatto che quando è l'OLAF a ricevere per primo l'informazione sulla allegazione di irregolarità, e quindi sviluppa la propria indagine amministrativa, l'eventuale trasmissione dell'informazione alle autorità giudiziarie avviene solamente nel momento in cui si manifestano anche possibili elementi di reato, e quindi, normalmente, alla fine dell'indagine amministrativa. Se si pensa che, di regola, già l'OLAF riceve l'informazione a distanza di qualche tempo dal fatto, ipotizziamo uno/due anni, e che la stessa indagine OLAF richiede altro tempo, soprattutto se il fatto è complesso, si comprende che quando il rapporto OLAF viene trasmesso all'autorità giudiziaria per l'indagine penale sono già trascorsi vari anni, anche quattro o cinque anni, dal fatto. Questo significa che, in sostanza, il reato è quasi prescritto, almeno per quanto riguarda ordinamenti come quello italiano.

Tale situazione si è verificata molte volte. Non a caso i colleghi italiani che hanno ricevuto i rapporti OLAF hanno messo in luce quest'aspetto evidenziando l'opportunità di trasmettere loro i rapporti non alla fine dell'indagine OLAF, ma anche nel corso della stessa, appena si intravedono possibili reati. A questo si è cercato quindi di ovviare nella pratica; ciò però non toglie che la presenza dei due livelli comporti questo rischio di un certo decorso del tempo prima che l'autorità giudiziaria penale venga informata.

Un altro inconveniente della attuale situazione della lotta contro le frodi comunitarie attiene, poi, specificamente all'aspetto penale, e questo vale sia che esso sia l'unico livello che interviene (nei casi in cui lo Stato membro apre direttamente l'indagine senza avere ricevuto l'informazione dall'OLAF) sia nel caso in cui, invece, di intervento a doppio livello (OLAF e poi autorità giudiziarie). Abbiamo già sentito dire in questi giorni di convegno che l'Unione europea, a livello penale, si compone di numerosi sistemi giudiziari penali ognuno diverso dall'altro. Questa frammentazione, questa varietà di sistemi giuridici, soprattutto nei casi transnazionali, non aiuta la circolazione della prova e i rapporti tra le autorità giudiziarie.

Inoltre, anche nei casi su frodi comunitarie che non riguardano più Stati membri, ma sono puramente nazionali, si riscontra una certa disomogeneità e lentezza delle indagini e questo rappresenta un ulteriore problema. In questi ultimi, il problema che forse noi registriamo più spesso è una non piena sensibilità da parte delle autorità giudiziarie all'importanza dei casi; non voglio ovviamente generalizzare, ma a volte lo abbiamo riscontrato nella trattazione di questi fascicoli. I fascicoli sulle frodi comunitarie, infatti, non hanno in apparenza un grande allarme sociale perché non ci sono morti né misure urgenti da prendere: sono dei fascicoli

piuttosto tecnici e anche dal punto di vista giuridico richiedono a volte la conoscenza anche di diritto europeo. Ripeto, non voglio generalizzare, però constatiamo che se un ufficio giudiziario è già abbastanza oberato di fascicoli (e conosciamo la situazione degli uffici giudiziari italiani), vi può essere la tendenza, comprensibile dal punto di vista della posizione del singolo procuratore o giudice, a dare priorità a quelle che sono percepite come urgenze immediate, che non sono, per vari motivi, rappresentate dalle frodi comunitarie. La conclusione è che molte volte abbiamo dovuto prendere atto del fatto che questi casi sono terminati in prescrizione. Il problema è che, almeno in determinati casi e in rapporto a determinati tipi di spese, ciò comporta, a lungo termine e in una visione complessiva, un danno anche per lo Stato italiano, perché il mancato recupero delle somme in questi casi di frodi comunitarie, alla fine ha delle conseguenze, attraverso delle procedure a volte molto complicate, anche sulle finanze statali, con correzioni finanziarie o percezione di minori somme nei programmi degli anni successivi. L'Italia in questo è purtroppo maestra: tale situazione è costata in alcuni casi pesanti decisioni da parte della Corte di giustizia che hanno avuto un impatto di centinaia di milioni di euro per lo Stato italiano, nella quasi totale inconsapevolezza della maggior parte dei cittadini.

Il sistema attuale di protezione degli interessi finanziari della Unione, quindi, non appare ottimale.

Se consideriamo tutti questi aspetti, si potrebbe dire che forse ci sono delle buone ragioni per cambiare rotta. Un possibile cambiamento, che è sostenuto da molti, potrebbe consistere nel rafforzamento degli strumenti attuali senza la creazione di un nuovo organismo. Il problema, però, è come rafforzare gli strumenti attuali. Il sistema a doppio livello comporterà sempre questi inconvenienti. Si potrebbe anticipare la trasmissione da parte dell'OLAF delle informazioni relative a reati, ma questo non eliminerà l'inconveniente di un certo ritardo con cui l'autorità giudiziaria apprenderà le stesse. Per le indagini transnazionali si potrebbe migliorare il sistema di cooperazione giudiziaria, per esempio, attraverso l'approvazione dell'*"European Investigation Order"*; tuttavia il principio su cui esso si basa presuppone sempre la estraneità reciproca degli organismi giudiziari coinvolti; questo certo può rappresentare un miglioramento, ma non è comunque una soluzione radicale perché rimarrà sempre il problema della frammentazione, della lentezza delle procedure. La Commissione europea quando ha lanciato questo progetto del Procuratore europeo dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona aveva compiuto degli studi preliminari e nel 2011 ha emesso una comunicazione con lo scopo di esaminare la situazione della tutela degli interessi finanziari e rinvigorirne l'azione. In questa comunicazione, la Commissione afferma che è stato fatto un sondaggio tra procuratori di più Stati membri in cui è stato chiesto come vivessero nella loro esperienza pratica il trattare casi transnazionali. Il risultato riportato dalla Commissione è stato che il 60% dei procuratori intervistati ha detto che la presenza di un fattore di internazionalità e di transnazionalità in un'indagine viene visto come un elemento problematico. Quindi, se si deve intraprendere una rogatoria, a volte si rinuncia per l'incertezza sui modi di trasmissione, sull'individuazione dell'autorità a cui indirizzarla nello Stato estero, sui tempi e modi della risposta; il tutto senza escludere che una risposta po-

trebbe poi richiedere la necessità di un'ulteriore rogatoria. Per evitare questi problemi, la tendenza che riscontriamo è quella di mantenere l'indagine solamente al livello nazionale, ma perdendo la possibilità di una visione ampia della vicenda, perdendo la possibilità di acquisire delle prove che invece potrebbero essere molto utili non solo per il Pubblico Ministero, ma anche per l'indagato. L'indagato ovviamente ha il difensore e il difensore potrebbe stimolare il Pubblico ministero; ma a volte il difensore stesso non sa che in un altro Stato membro c'è un documento che potrebbe essere utile al suo assistito. Quindi, non avere la possibilità di svolgere indagini transnazionali ad ampio raggio è un elemento che comunque danneggia l'indagine.

Secondo noi la soluzione migliore è quella di proporre un cambiamento radicale che da un lato riduca o elimini lo schema attuale di intervento "a doppio livello" e che, dall'altro, renda più agevole lo svolgimento dell'indagine penale. Sul primo fronte, si potrebbe prevedere che nei casi in cui è l'OLAF a ricevere per primo una informazione che sembra contenere anche elementi di rilievo penale, lo stesso informi immediatamente l'autorità penale senza sviluppare prima la propria indagine amministrativa; sul secondo aspetto, occorre però rafforzare lo strumento di indagine penale, sia nelle indagini transnazionali che nazionali. Un ufficio come quello descritto sommariamente in precedenza da Peter Csonka, che intende il rapporto tra procuratori di Stati differenti non come quello di autorità di sistemi giudiziari diversi, ma crea un rapporto di appartenenza allo stesso ufficio indipendentemente dalla nazionalità, ha comunque degli elementi che, a nostro avviso, sono un miglioramento sostanziale rispetto all'attuale situazione nelle indagini transnazionali; inoltre, creando un pool di magistrati specializzati nella trattazione di questi procedimenti in tutta Europa e dedicati ad essi, rappresenta un miglioramento anche nella trattazione dei casi puramente nazionali. Certamente, come diceva Franco Lo Voi, se si crea una Ferrari bisogna anche darle il motore Ferrari. Quello che noi stiamo cercando di fare è creare una Ferrari con un motore Ferrari, ma poi il motore ha bisogno anche di benzina: quindi è necessario che chi deve mettere la benzina lo faccia. Siccome il procuratore europeo lavorerà su dei reati di competenza che saranno la sua area di attività, sarebbe opportuno che tutti i soggetti coinvolti nella predisposizione di queste normative (non solo la Commissione europea, ma anche gli Stati membri e il Parlamento) facessero la loro parte. Non soltanto per quello che riguarda specificamente il regolamento del Procuratore europeo (EPPO), ma anche per quello che riguarda la normativa che è complementare all'attività dell'EPPO.

È stata citata più volte in questi giorni la proposta di direttiva sul diritto penale sostanziale (c.d. Direttiva PIF), adottata dalla Commissione nel luglio 2012, che poi è la benzina attraverso la quale l'EPPO potrà funzionare. Perché se l'EPPO non ha una normativa sostanziale uniforme sui reati sui quali può lavorare, siamo al punto di prima. Occorre pertanto che nei negoziati con gli Stati e il Parlamento europeo sulla direttiva PIF venga assicurata quella omogeneità che è assolutamente necessaria per poter permettere all'EPPO di funzionare e si eviti quella frammentarietà che il quadro normativo del Trattato di Lisbona, interpretato in un certo modo, in parte autorizza. La Commissione ha fatto la sua parte nel rispetto del principio di proporzionalità, e addirittura secondo alcuni con fin troppo poca ambizione

per non essere ricorso allo strumento del regolamento nella normativa sul diritto penale sostanziale. È vero che la proposta di direttiva PIF lascia ancora molto spazio al diritto nazionale nella definizione dei reati, ma almeno la base legale individuata dalla Commissione, l'art. 325 TFUE, assicura un'applicazione in tutto il territorio dell'Unione. Secondo noi, quindi, non vi dovrebbe neanche essere il dubbio sulla base legale per l'iniziativa sul diritto penale sostanziale e sarebbe auspicabile che gli Stati membri e il Parlamento europeo condividessero questa idea, per non rischiare di fare addirittura un passo indietro rispetto alla Convenzione PIF del 1995. Quindi una base comune anche di diritto penale sostanziale è necessaria per poter far funzionare l'EPPO.

Se l'EPPO come descritto prima entrerà in vigore, si creerà la questione dei rapporti con l'attività dell'OLAF che è di fatto l'unico organismo nel campo della protezione degli interessi finanziari che oggi conduce delle vere e proprie indagini a differenza degli altri organismi di cooperazione giudiziaria. Per evitare che si continui a prolungare questa situazione di duplicazione dei livelli amministrativo e penale, a nostro parere nelle indagini sui reati PIF in linea di massima ci dovrebbe essere (almeno inizialmente) solamente il livello penale: far condurre ad un'autorità amministrativa le proprie indagini su dei fatti che già in sé contengono un'apparenza anche di reato, sembra un non efficiente impiego di risorse; probabilmente, in tali casi, è meglio permettere subito ad una autorità penale, che ha dei poteri investigativi più pregnanti, di condurre le indagini.

Questo apparentemente potrebbe far pensare che, una volta che l'EPPO entrasse in vigore, per l'OLAF non ci sia più spazio e debba cessare di esistere perché i due campi di azione si sovrappongono. In realtà, non è così perché l'OLAF, che è un organismo piuttosto complesso, conduce una varietà di tipologie di indagini alcune delle quali non rientrano comunque nella competenza dell'EPPO. Per quanto concerne le cosiddette indagini interne, infatti, (ad esempio, le indagini che riguardano condotte di funzionari o membri delle istituzioni europee), non sempre le condotte irregolari o illecite del personale delle istituzioni europee incidono sugli interessi finanziari dell'Unione europea. Stamattina è stato anche citato da un oratore un recentissimo famoso caso relativo ad un Commissario europeo che proprio in questi giorni sta tenendo impegnato il nostro Direttore Generale; caso che, se domani venisse istituito l'EPPO, esulerebbe dalla sua competenza. Al di là del caso concreto, su cui in questa sede non entriamo minimamente, in generale una ipotesi di corruzione di un funzionario o membro di una istituzione dell'Unione o di abuso della funzione da parte di esso, per esempio se riceve dei soldi per proporre modifiche ad una normativa, o partecipa all'adozione di una normativa che favorisce dei suoi interessi personali, sono condotte che, di per sé, non incidono direttamente sugli interessi finanziari dell'Unione europea. Si tratta di violazioni, a volte anche penali, a codici di condotta commesse dal funzionario, ma non hanno un riflesso sugli interessi finanziari se non ci sono dei fondi comunitari direttamente coinvolti. Quindi questi tipi di condotte che oggi corrispondono a indagini interne dell'OLAF non dovrebbero rientrare nella competenza del futuro EPPO proprio perché non attentano agli interessi finanziari della Unione; per questo l'OLAF dovrebbe continuare ad esistere.

Inoltre, vi è un'altra area dell'attività dell'OLAF che è poco conosciuta e che

è menzionata nella decisione istitutiva dell'Ufficio, definita come tutte le violazioni del diritto comunitario diverse da quelle che incidono sugli interessi finanziari. Il settore tipico su cui l'OLAF ha sviluppato la sua attività in questi anni è il settore della contraffazione delle merci, un settore oltretutto molto delicato perché può riguardare beni che, se non autentici, possono rivelarsi anche estremamente pericolosi per la salute e la sicurezza; si pensi, per esempio ai pezzi di ricambio di automobili o giocattoli per bambini. La contraffazione non comporta necessariamente una violazione dei diritti finanziari dell'Unione, anche quando si tratti di merce importata; esistono infatti dei casi in cui la merce falsificata viene dichiarata in dogana al momento dell'importazione, ovviamente tacendo la contraffazione. Se si importano 100.000 bambole con il marchio di una famosa casa contraffatta e si dichiara in dogana l'importazione della esatta quantità pagando i dazi doganali non vi è danno agli interessi finanziari dell'Unione. Tuttavia questa condotta integra una violazione di altre norme comunitarie in materia di contraffazione di prodotti dettate anche per la salvaguardia di interessi diversi come, per esempio, la tutela della salute; nell'esempio fatto sopra le bambole contraffatte potrebbero essere di un materiale o avere avuto l'impiego di coloranti che, a contatto con i bambini, potrebbero rivelarsi estremamente dannosi. L'OLAF è competente ad occuparsi anche di queste situazioni; infatti è stata creata una specifica sezione all'interno di un'unità che si occupa di indagini in materia di contraffazione. Questo tipo di condotte può anche non incidere sugli interessi finanziari dell'Unione europea, quindi non rientrerebbe nella competenza del Procuratore europeo. La conclusione è, allora, che anche con l'istituzione dell'EPPO nella forma che abbiamo sentito prima, vi è comunque la necessità di mantenere una certa struttura dell'OLAF per condurre le indagini che non rientrano nella competenza dell'EPPO.

Noi in tutti questi mesi abbiamo quindi dovuto fare delle ipotesi sul numero di persone che dall'OLAF dovrebbero raggiungere l'EPPO; tecnicamente è la parte del lavoro sul regolamento dell'EPPO che per me almeno è stata la più complicata, anche se poi ovviamente il regolamento dell'EPPO non potrà essere esplicito e dettagliato sul punto; nella proposta di regolamento probabilmente (dico probabilmente perché il testo ufficialmente ad oggi, giugno 2013, non è ancora finalizzato) si dirà che l'EPPO dovrà collaborare con l'OLAF e i rapporti tra OLAF ed EPPO verranno regolati da un separato accordo. Questo è lo scenario più verosimile.

Noi abbiamo anche dovuto studiare quale potrebbe essere questa soluzione dal punto di vista pratico, perché si può ipotizzare che quella parte di personale OLAF che passerà all'Ufficio del Procuratore europeo vada in qualche modo a coadiuvare quell'ufficio centrale del Procuratore europeo di cui abbiamo sentito parlare negli altri interventi. Siccome anche l'ufficio centrale dovrebbe poter condurre proprie indagini di sua iniziativa in determinati casi, avrà bisogno, oltre alle autorità di polizia degli Stati membri, anche di proprio personale. Quindi si potrebbe ritenere che almeno una parte del personale dell'OLAF confluisca in questo ufficio.

Questa è la situazione attuale. Come si potranno fare queste modifiche? Occorre ricordare che c'è anche un regolamento sulle procedure dell'OLAF che è in corso di approvazione anche se fu presentato, se ricordo bene, nel 2004 ed i cui

negoziati sono ad oggi, nel giugno 2013, ancora in corso sebbene avviati verso la conclusione. Se questo regolamento verrà approvato ma verrà anche creato il Procuratore europeo, non si può escludere che ulteriori leggere modifiche ad esso siano necessarie. Questo è in sintesi lo scenario che si potrebbe porre in relazione ai rapporti con l'OLAF.

Le questioni da affrontare per l'istituzione del Procuratore europeo; in particolare, la struttura, la competenza e la tutela dei diritti fondamentali

Relazione non rivista dall'autore

Fritz Zeder

Docente di Diritto Penale, Capo dell' Unità IV.2 al Ministero di Giustizia Federale Austriaco

L'Autore, richiamando le precedenti discussioni che avevano portato all'elaborazione del Corpus Iuris e del Libro Verde della Commissione europea, afferma che, nonostante lo scenario sia cambiato, il tema risulta ancora attuale. L'Autore si dimostra favorevole all'istituzione di una Procura europea (EPPO) e indica gli aspetti che dovrebbero essere affrontati (individuazione dell'ordinamento nazionale da applicare, indicazione della corte a cui spetta il controllo sulle decisioni adottate dall'EPPO, ecc.).

Inizierò con un'osservazione che non ha nulla a che fare con il Pubblico Ministero europeo (EPPO). Sono circa 19 anni che lavoro per il Ministero della Giustizia in Austria ed ho negoziato diverse leggi europee anche attuandole. In particolare, ho negoziato nei primi anni '90 la vecchia Convenzione per la tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee ed i protocolli allegati (la "Convenzione PIF") e poi le nuove decisioni di Eurojust.

A quanto mi risulta, noi oggi stiamo affrontando due sfide considerevoli nell'Unione europea, senza precedenti. La prima è quella riguardante la situazione del Regno Unito. Come saprete, il Regno Unito sta valutando se fare uso del diritto, che gli è accordato nel Trattato di Lisbona, di tenersi fuori da tutti gli strumenti di diritto penale e di cooperazione di polizia che erano stati adottati prima del Trattato di Lisbona. Voglio sollevare tale questione soltanto perché penso che rappresenti un problema considerevole per tutti noi il fatto che il Regno Unito resti fuori da quasi tutto ciò che conosciamo, incluso il mandato d'arresto europeo, il Sistema europeo di informazione sui casellari giudiziari (ECRIS), il diritto penale sostanziale, il diritto penale di Eurojust, Europol, etc.. Con il paradosso che, se lo facesse e se non riottenesse ciò che avrebbe potuto fare – per esempio per il mandato d'arresto europeo – allora dovrebbe continuare con il mandato d'arresto europeo nei rapporti con la Norvegia e l'Islanda, ma non con gli Stati membri.

Detto ciò, passerei immediatamente alla seconda sfida con la quale dovremmo confrontarci nel corso dei prossimi anni che consiste, naturalmente, nel Pubblico Ministero europeo. E allora, nell'arco di tempo che ho a disposizione in questa sessione pomeridiana, mi focalizzerò sulle seguenti questioni: quale è la relazione del futuro EPPO con il procedimento nazionale? Chi investiga e quali norme proce-

durali applica? Ed ancora, quale corte deve controllare l'azione del Pubblico Ministero europeo? Nel titolo del mio intervento troverete la parola "in particolare"; e ciò significa che - come ieri è stato detto da Hans Nilsson "ogni cosa è collegata ad ogni cosa nel suo complesso". Toccherò anche qualche aspetto senza entrarvi nel dettaglio: la struttura, la competenza e la questione dei diritti fondamentali.

Se iniziamo con un breve sguardo al passato, l'idea del Pubblico Ministero europeo è già molto vecchia. Molti di voi probabilmente sanno che l'idea proviene dagli anni '90: c'era il *Corpus Iuris* Progetto Uno e Due; c'erano già i reati PIF, ma anche altri erano stati previsti e l'EPPO fu proposto a quel tempo. A quel tempo non si pensava alla base giuridica: essa semplicemente non esisteva. La Commissione aveva già provato, nel 2001, nel contesto della Conferenza Intergovernativa che portò al Trattato di Nizza, ad introdurre e proporre una base giuridica nell'ambito del Trattato dell'Unione europea. Allora era l'Articolo 280 A, ma tale cambiamento non fu discusso e, naturalmente, neppure approvato. La Commissione in quell'occasione insistette sul tema presentando il Libro Verde nel 2001; ci fu un'udienza pubblica nel 2002 e poi, più o meno, le discussioni si arrestarono.

Soltanto adesso, che il Trattato di Lisbona è entrato in vigore, la questione è di nuovo all'ordine del giorno. Ma, quando esaminate gli argomenti che la Commissione utilizza nelle sue relazioni, a volte avete l'impressione che i vecchi argomenti si ripetano. Ma vorrei sottolineare che, paragonato a dieci anni fa, il contesto è cambiato: ora abbiamo il principio del riconoscimento reciproco, il mandato d'arresto, l'ECRIS; stiamo attendendo che l'intero sistema di riconoscimento reciproco venga completato.

Ciò che ci aspettiamo è che il Parlamento europeo adotti una posizione circa l'ordine europeo d'indagine penale che è un tema importantissimo poiché sostituisce il vecchio sistema di assistenza legale reciproca. Anche noi ora abbiamo un minimo di norme nel diritto procedurale, abbiamo l'Eurojust; e, nel settore di polizia, abbiamo le decisioni approvate sulla cooperazione di Polizia, etc.. Pertanto, il contesto generale è mutato.

Un commento sulla storia più recente: ieri è stato fatto riferimento al Programma di Stoccolma: in effetti, non esiste un Programma di Stoccolma. Esiste un Programma di Stoccolma che è stato adottato dal Consiglio europeo; gli Stati membri sono stati molto reticenti nei confronti del Pubblico Ministero europeo. Secondo loro, prima doveva essere sviluppato Eurojust, poi fatta una valutazione sulla sua attuazione e solo a partire da quel momento si sarebbe potuto iniziare a pensare ad altre possibilità, quali, ad esempio, dare più poteri all'Eurojust o istituire l'EPPO. Ma, come dicevo, non c'è soltanto il Programma di Stoccolma: immediatamente dopo che il Programma di Stoccolma fu adottato, la Commissione pubblicò quello che è stato definito "il Piano d'Azione della Commissione" per implementare il Programma di Stoccolma. E in questo testo la Commissione sta proponendo o annunciando passi differenti rispetto a quanto è detto nel Programma di Stoccolma. Dice che ci sarà una comunicazione sull'istituzione di un Pubblico Ministero europeo. Oggi siamo al punto che la Commissione si dimostra anche più ambiziosa di quanto ha detto tre anni fa nella comunicazione che ho appena richiamato. Per cui se le cose procedono, quindi, come appare al momento, siamo giunti al "se" della proposta che verrà presto alla luce.

Il Trattato di Lisbona, all'articolo 86, dice che il Consiglio "può istituire"; per cui io non penso che sia vero che, come qualcuno ha detto oggi, "così com'è ora [previsto] nel Trattato, non c'è bisogno di pensare se è necessario": infatti, proprio in quanto il Trattato dice "può", ciò implica che si debba pensare alla necessità. Vi è una procedura legislativa speciale; come sapete, è necessaria una decisione all'unanimità del Consiglio che ci causerà un bel po' di problemi. E se una decisione unanime non può essere presa, allora una parte più esigua degli Stati membri può procedere alla cooperazione rafforzata.

Quanto alle attribuzioni del Pubblico Ministero europeo, l'art. 86 dice che dovrebbero essere trattati soprattutto i reati "PIF", ma c'è la possibilità di estendere la competenza dell'EPPO anche ad importanti reati transnazionali o ad importanti reati con dimensione transnazionale. Anche per questa estensione, occorrerà prendere una decisione all'unanimità; ma stavolta da parte del Consiglio Europeo, non del Consiglio.

C'è un punto interrogativo: se in futuro i 28 Stati membri accetteranno di avere quella più ampia competenza. E poi, questa formula appare ambigua: "a partire da Eurojust". Ora, sull'attività del Pubblico Ministero europeo, il Trattato ci dice che questi dovrebbe indagare, perseguire e rinviare a giudizio gli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell'UE e poi esercitare le funzioni di Pubblico Ministero nella competente corte degli Stati membri (a quanto pare la seconda parte si riferisce alla fase del processo).

Abbiamo già avuto molti dibattiti nel corso di questa conferenza sul perché è necessario un Pubblico Ministero europeo. Vorrei riassumere la ragione principale e che consiste nel fatto che le autorità nazionali non investigano, perseguono e rinviando a giudizio con riferimento alle frodi all'UE in modo analogo e sufficientemente efficace; inoltre, come è stato detto, il seguito dato alle indagini dell'OLAF risulta molto scarso in alcuni Stati membri; teoricamente ci possono essere due ragioni per questo: una ragione potrebbe risiedere nelle autorità nazionali; un'altra ragione potrebbe risiedere nelle indagini dell'OLAF.

Ora verrò alla domanda che ho già posto all'inizio. Le principali questioni in gioco riguardano in linea generale il rapporto con i sistemi nazionali. Si tratta più in particolare dei seguenti aspetti: del rapporto con i procedimenti nazionali; dell'individuazione di chi svolge le indagini, di quali norme procedurali applicare e quale Corte è competente a controllare l'operato dell'EPPO.

Primo aspetto: il rapporto con i procedimenti nazionali. Penso che questo sia il punto più semplice. Come è stato già detto da Peter Csonka, dovrebbe esserci un obbligo per le autorità nazionali di segnalare un caso all'EPPO. Dovrebbe esserci competenza esclusiva per i reati PIF, e questo è il piano della Commissione europea. Penso che se vogliamo avere qualcosa che chiamiamo Pubblico Ministero europeo, allora questa deve essere la soluzione. E, quindi, certamente, l'EPPO dovrebbe anche avere il diritto di rinviare un caso al livello nazionale.

Seconda questione: quali sono le autorità investigative. Vi sono numerose possibilità a livello europeo o a livello nazionale. Se prendete in considerazione il livello europeo, allora dovete affermare che, al momento, Europol non possiede alcun potere investigativo.

Ed ora veniamo all'argomento OLAF. A quanto pare, l'intenzione è più o meno

quella di far giocare ad OLAF un qualche ruolo come quello della polizia giudiziaria; OLAF, allo stato attuale, non è previsto nei Trattati. Faccio anche un'osservazione sul modo in cui i dibattiti vengono condotti: sarebbe abbastanza anormale, o addirittura impensabile per una situazione nazionale, che un'autorità - che ha, più o meno, il potere di polizia giudiziaria (*police judiciaire*) o doganale o altro ancora - sia fortemente coinvolta nei dibattiti politici riguardanti l'organizzazione dell'ordinamento giudiziario. Ma tale è la situazione che abbiamo a livello europeo e tutti voi siete a conoscenza di quali possono essere i problemi in tali situazioni.

L'altra possibilità - di chi investiga e di chi compie l'effettivo lavoro - risiede nel livello nazionale. Ciò vuol dire parlare di Pubblici Ministeri nazionali o, come è stato detto, di Pubblici Ministeri nazionali-europei con un "doppio cappello"; e, naturalmente, dietro di loro ci sono la Polizia e la Dogana. Questo aspetto è collegato, secondo la mia opinione, alla questione relativa alla struttura scegliere per il Pubblico Ministero europeo. In teoria ci sono tre modelli alternativi: un modello centralizzato, un modello decentralizzato, ed uno combinato. Peter Csonka prima ci ha detto che la Commissione sta puntando alla soluzione combinata, quella di un piccolo ufficio centrale a quanto pare di poche persone; e poi la maggior parte del lavoro dovrebbe essere svolta dai Pubblici Ministeri europei delegati, negli Stati membri, con doppio cappello.

Oggi non lo ha detto, ma molto spesso Peter Csonka afferma che secondo il Pubblico Ministero europeo dovrebbe essere a costo zero; non dovrebbe costarci nulla. Ma se guardiamo a quello che è in gioco, proprio come è stato detto prima, si tratta invece di circa €3-€5 miliardi l'anno. Credo che dovremmo essere un po' meno modesti e dire spendiamo del danaro per avere indietro questi miliardi. In Austria vi è qualche statistica che dice che gli ispettori del fisco (persone che vanno nelle aziende ed indagano se le norme fiscali vengono rispettate) recuperano 25 volte i loro costi. Ma, alla fine, la questione principale è se il motivo per cui istituire un Pubblico Ministero europeo sta nel fatto che non siamo contenti di come le autorità nazionali affrontano questi casi; allora perchè diciamo che il 95% del lavoro deve essere ancora svolto dalla autorità nazionali, con a disposizione solo un piccolo ufficio a Bruxelles o a Lussemburgo?

Come possono poche persone, a costo zero e con le autorità nazionali, fare tutto il lavoro? Come si può, con questo tipo di sistema, perseguire un tale fondamentale obiettivo di miglioramento? Il lavoro in questi casi dovrebbe essere effettivamente migliorato. Questo obiettivo dovrebbe essere raggiunto. Questo è il punto.

L'EPPO è concepito per essere un piccolo organismo sovranazionale; non è il modello di cooperazione. Quindi, come ha puntualizzato Peter Csonka, non c'è assistenza legale reciproca e non c'è riconoscimento reciproco. Se il Pubblico Ministero europeo ordinasse qualcosa, allora questa dovrebbe essere eseguita in qualsiasi Stato membro partecipante. Come ha detto Peter Csonka vale il principio di territorialità.

Nuovamente pongo la domanda: è funzionale un modello proposto date queste poche persone, date le autorità nazionali che fanno la parte peggiore del lavoro, e dati i pubblici ministeri nazionali delegati con quel doppio cappello - al mattino rivestono il ruolo europeo, emettono qualche ordine che deve essere eseguito in

altri Stati membri partecipanti, e, dopo la pausa caffè, agiscono in qualità di Pubblici Ministeri nazionali-?. Hans Nilsson ieri ci ha fornito straordinari esempi di problemi che si creano quando si hanno doppi ruoli.

Terza questione: quali norme per la procedura penale? Come assodato, le norme per il processo devono essere nazionali, poiché il Trattato è molto chiaro al riguardo.

Il Trattato afferma che l'EPPO deve svolgere il suo ruolo di Pubblico Ministero dinanzi alle corti nazionali; ma il Trattato non dice chiaramente quali norme di procedura penale siano applicabili prima, ossia nella fase delle indagini. Questa questione è ancora aperta e vi sono, teoricamente, ancora numerosi possibili soluzioni.

Vi sottopongo una slide che ci illustra i rapporti tra la polizia ed il Pubblico Ministero, tra il Pubblico Ministero e la Corte, ciò che viene fatto nella fase delle indagini e ciò che viene fatto nella fase processuale; ed anche le soluzioni riguardanti l'azione penale (principio di opportunità o il principio di legalità) che sono diverse nei vari Stati membri. Qualcuno oggi ha detto che il mandato d'arresto europeo è emesso da un'autorità giudiziaria. Ma ci sono ancora alcuni Paesi dove l'attività d'indagine è svolta soprattutto dalla polizia.

Se considerate queste differenze a livello di sistemi nazionali, dovrete molto presto fare riferimento a 30 diversi sistemi, poiché nel Regno Unito ce ne sono tre. Quindi, naturalmente, se si avesse una normativa europea, allora esisterebbe un insieme di norme in più. Si potrebbero prendere, per esempio, le norme modello che sono state tracciate nel contesto del progetto dell'Università di Lussemburgo. Si pone un problema: come la prova, raccolta sulla base di tale normativa europea, sarà utilizzata nel processo le cui basi attengono al diritto nazionale?

Se adottassimo, invece, la soluzione più modesta, quella che mantiene i 30 sistemi nazionali, ciò comporterebbe che l'EPPO dovrebbe applicare tutti e 30 i differenti sistemi. E mi domando non solo come ciò possa portare ad una loro corretta applicazione e come l'EPPO possa lavorare con questa serie di norme, ma anche come esse possano realmente rendere effettivo il principio di territorialità.

Se guardate poi al principale dibattito sul perché dovrebbe essere creato l'EPPO, io sarei favorevole ad una soluzione europea, per avere queste norme modello del progetto di Lussemburgo. Abbiamo sentito ora che la Commissione ha in programma di avere alcune norme ed alcune garanzie; ma il diritto nazionale provvederà al resto.

Il che ci porta all'ultimo argomento: quali corti? È evidente che il processo è condotto dalla Corte nazionale. Ma quale controllo giurisdizionale si può avere nella fase delle indagini? Sarei di nuovo favorevole ad un approccio europeo; ed il problema è che, in base ai Trattati così come sono attualmente, potrebbe essere legalmente fattibile avere un controllo *ex post*. Quindi, se il Pubblico Ministero europeo agisse, una Corte europea interverrebbe successivamente; ma, come ha detto Peter Csonka, ci sono numerose misure investigative invasive per le quali, secondo la tradizione giuridica presente in Europa, non è sufficiente che la Corte intervenga successivamente, ma è necessario che questa permetta che queste misure investigative vengano prese.

Pertanto, abbiamo bisogno di qualcosa come una Camera europea pre-processuale; e ciò, in base all'attuale Trattato, non è possibile se non con qualche

ambiguità, poiché uno potrebbe immaginare un modello come la Corte Benelux. Ma l'altra soluzione è quella di rivolgersi alla Corte nazionale e lasciare che questa adisca poi la Corte di giustizia con un rinvio pregiudiziale, e sappiamo tutti che le Corti nazionali sono molto restie a farlo. A questo proposito, ho assistito a molti casi in Austria, dove per me era assolutamente chiaro che il caso si sarebbe conformato alla sentenza CILFIT. Così in caso di incertezza nella situazione giuridica, si sarebbe dovuto adire la Corte di giustizia, ma la Corte nazionale non l'ha fatto. Poiché sarebbe una perdita di potere per le corti nazionali rivolgersi alla Corte di giustizia e la Corte di giustizia dicesse loro cosa fare. Fino a quando la Corte di giustizia non lo fa le corti nazionali sono libere sul da farsi. Favorirei anche qui il modello europeo; e ne è un esempio la questione della scelta del foro.

Abbiamo bisogno di norme concrete e giudicabili. Perché è così importante in quale Paese il processo verrà instaurato? E perché il *ne bis in idem* è un diritto fondamentale? La decisione quadro sul conflitto di giurisdizione è vicina allo zero; per cui è inutile. E non credo che sia possibile per una Corte nazionale decidere quale sia il foro competente per avviare un processo in un caso EPPO.

Quindi, per ricapitolare, penso che l'EPPO dovrebbe essere un forte organismo europeo, che dovremmo avere un codice procedurale europeo sulla base del quale lavorare, che dovremmo avere un controllo giudiziario a livello europeo, e questo comporta che avremmo probabilmente bisogno di cambiare anche i Trattati. Ma, come tutti voi sapete, prima della conferenza intergovernativa ci sarà anche un'altra riforma. E ciò significa che c'è anche una ripercussione sulla struttura: sono sicuro che un reale modello collegiale non funzionerà; e penso anche che se propendessimo per un effettivo Pubblico Ministero europeo, allora non sarebbe una buona idea e non sarebbe concepibile limitare la competenza di tale Pubblico Ministero europeo ai reati PIF in quanto sarebbe un enorme sforzo; dovremmo quindi andare oltre e affrontare gravi reati transnazionali come il traffico di esseri umani.

Nell'ultimo mese, molto spesso ho sentito nei dibattiti frasi come "non è il momento giusto per andare così lontano", "bisogna essere realisti", "occorre fare un passo dopo l'altro". Intravedo però un rischio se creiamo un "mini EPPO" e il rischio è di generare aspettative molto alte e poi avere risultati abbastanza poveri. Per cui, se non osiamo avere un effettivo Pubblico Ministero europeo, allora, forse, sarebbe meglio fare semplicemente soltanto un altro passo davvero piccolo, e cioè rafforzare di più Eurojust. Non voglio dire che questa sia la soluzione; la soluzione è avere un effettivo Pubblico Ministero europeo.

La relazione tra OLAF, il futuro EPPO, altri organi europei e le autorità giudiziarie nazionali

Relazione rivista dall'autore

John A. E. Vervaele

Docente di economia e diritto penale europeo, Università di Utrecht

L'Autore, dopo aver messo in evidenza la eterogeneità ancora presente nei vari sistemi giuridici nazionali in materia processuale penale, si sofferma sulla relazione tra l'OLAF, il futuro Procuratore europeo (EPPO), gli altri organi europei (Eurojust, Europol) e le autorità giudiziarie nazionali, prendendo in considerazione gli articoli del Trattato di Lisbona che ad essi si riferiscono.

Io vorrei ringraziare gli organizzatori e specialmente la Fondazione Basso. Per me è un privilegio perché come giovane ricercatore trent'anni fa ho avuto la possibilità di fare delle ricerche per il mio dottorato anche nella ricchissima biblioteca della Fondazione.

Quando abbiamo a che fare con il Procuratore Pubblico europeo (EPPO) qualunque possa essere il modello e qualunque possa essere il progetto – e ce ne sono ancora molti nell'aria – dobbiamo trattare molti aspetti, aspetti essenziali della procedura penale. Procedura penale che tratta l'uso di poteri che comportano la definizione di attività di indagine e dei limiti per lo svolgimento di queste attività; che tratta con quelle che nel linguaggio continentale sono chiamate "autorità giudiziarie". Così gli agenti cui è demandato lo svolgimento di queste attività e, direttamente in relazione, le misure di sicurezza applicabili; perché non c'è procedura penale e non ci sono poteri senza misure di sicurezza. Altrimenti non siamo in uno stato di diritto, questo è evidente.

Se guardiamo questo ambito, anche al di fuori di EPPO e con la mia esperienza già nel primo studio sul *Corpus Juris* – ma anche l'ultima esperienza nell'elaborazione di quelle che sono state denominate le regole del modello di Lussemburgo – l'esperienza mostra che ancora oggi nell'ordinamento giuridico degli Stati membri quando si tratta di definire le attività di indagine nella procedura penale nazionale, quando si tratta di istituire autorità giudiziarie che possano svolgerle e anche quando si tratta delle misure di sicurezza applicabili, la situazione degli Stati membri è diversa in tutta l'Unione. Qualcuno dice che l'influenza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sia stata enorme e questo è certamente vero, ma non così marcatamente in questo ambito. Molto sul processo, molto meno sulla fase predibattimentale. Quindi abbiamo qualche punto di avvicinamento, ma non si può dire che abbiamo simili sistemi di procedura penale. E ci si potrebbe aspettare che, sotto l'influenza di qualche convenzione internazionale (la Convenzione di Palermo, la Convenzione sui crimini informatici) tutti gli Stati membri avrebbero po-

tuto attuare attività di indagine molto intrusive, come l'infiltrazione, agenti sotto copertura, intercettazioni di ogni tipo di telecomunicazione, le cosiddette attività di indagine speciali di nuova generazione (SIT's). Non è questo il caso, qualche Stato membro non ne ha affatto, altri Stati membri ne hanno alcune; ma i limiti per il loro svolgimento sono molto variegati e qualche Stato membro – il che è ancora più stupefacente – le sta mettendo in pratica basandosi su condizioni generali, e quindi senza un contesto normativo chiaro e preciso nel Codice di procedura penale o in statuti speciali o leggi. E sto usando questo esempio perché le attività di indagine coercitive saranno, sicuramente, molto importanti per il Procuratore Pubblico europeo. Perché l'idea è che il Procuratore Pubblico europeo debba occuparsi dei reati gravi. Se non ha a disposizione misure coercitive, come dovrebbe occuparsi di tali reati? Sfortunatamente questo è, quindi, il quadro che abbiamo. E dobbiamo tenerne conto. E questo è il quadro generale.

Se guardiamo ora al Trattato di Lisbona, ci sono doveri, ci sono "obblighi" e "possibilità". L'EPPO è una possibilità, non un dovere. Quindi non dobbiamo istituirlo: possiamo istituirlo; è la sua base giuridica. Ma ci sono anche doveri nel Trattato. L'articolo 3 del Trattato sull'Unione stabilisce non solo la base giuridica e uno degli obiettivi principali del Trattato dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, ma impone doveri sugli Stati membri e sulle Istituzioni europee. L'obiettivo di realizzare lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia è un dovere. Inclusi i suoi scopi: sicurezza e giustizia per i cittadini. E poi si arriva agli strumenti per realizzare questi [obiettivi] e l'EPPO potrebbe essere uno di questi. Ma dobbiamo interpretarlo nell'ambito dei doveri dell'articolo 3, quindi non possiamo interpretarli separatamente.

Cos'altro abbiamo sulla procedura penale, sulle attività di indagine e sulle tutele giurisdizionali? Ci sono molte alternative nel Trattato. Abbiamo, certamente, l'alternativa dell'articolo 82 del Trattato sul funzionamento dell'UE, basato sulla codificazione dello schema del reciproco riconoscimento. In quell'articolo 82 TFUE abbiamo anche la nuova base giuridica per l'armonizzazione nell'ambito dei procedimenti penali, inclusa l'armonizzazione delle tutele giurisdizionali. E, secondo me, anche se un po' celata, anche l'armonizzazione delle attività di indagine. Perché secondo me? Perché il Trattato dà la base giuridica per armonizzare la prova e l'utilizzo dei risultati delle attività di indagine. Quindi, se si armonizzano aspetti sull'ammissibilità della prova, è molto difficile farlo senza armonizzare o avvicinare l'acquisizione di prove: sono molto connessi. Quindi l'art. 2 ci dà la base per avvicinare o armonizzare gli ordinamenti giuridici negli Stati membri e per renderli maggiormente equivalenti anche alla luce del rafforzamento della cooperazione in base allo schema del reciproco riconoscimento. Finora abbiamo adottato direttive sull'armonizzazione di alcune tutele giurisdizionali, ma limitate dalla tabella di marcia (Roadmap) svedese.

Questo è già molto, ma non si stanno coprendo tutti i problemi relativi alle tutele giurisdizionali applicabili durante le indagini preliminari e il processo. Ci sono molte più tutele giurisdizionali durante le indagini e durante i procedimenti preliminari rispetto a quanto menzionato nella tabella di marcia svedese, che non include, ad esempio, tutele procedurali quando si acquisiscono prove durante attività di indagini coercitive né per quanto riguarda l'ammissione di prove. Né la Commissione europea, né gli Stati membri hanno avanzato proposte per affrontare le tutele giurisdizionali al di là della tabella di marcia svedese.

La seconda opzione a nostra disposizione è, certamente, l'articolo 85 che dice che si tratta di un modello di coordinamento, non è il modello nazionale; è un modello di coordinamento, possiamo rinforzarlo, la base giuridica è lì. Peter Csonka ha detto che ci sarà una proposta sulla riforma dell'Eurojust: comunque non ho sentito molto in proposito oggi, riguardo la sostanza. Quindi non sono sicuro che questo sarà un rafforzamento nel senso che potrebbe essere in linea con le ambizioni del Trattato. Questo non è un pieno modello sovranazionale, perché riguarda il coordinamento delle autorità giudiziarie tra gli Stati. Passo quindi all'art. 86, certo, non uguale all'art. 82: non riguarda affatto l'armonizzazione delle attività di indagine. Questo non è il suo scopo: per questo abbiamo l'articolo 82. Non si tratta di armonizzare l'ammissibilità della prova: per questo c'è l'articolo 82. Non si tratta di rafforzare il coordinamento, per questo abbiamo l'articolo 85. Deve trattarsi di qualcos'altro, altrimenti non sarebbe lì. Soprattutto, vista la procedura impegnativa per istituire l'EPPO in base all'articolo 86 (unanimità, approvazione del parlamento), deve trattarsi di qualcosa di esclusivo con valore aggiunto all'articolo 82 e all'articolo 85; altrimenti non ha senso. Quindi la filosofia dell'articolo 86, ai miei occhi, è una filosofia (il termine è stato usato, non devo inventarmi nulla) di "applicazione diretta". L'opposto è, ovviamente, l'applicazione indiretta; che è l'applicazione da parte degli Stati membri, in quanto trattasi di un modello di coordinamento in base all'art. 85 di Eurojust o solamente tra loro. L'applicazione diretta, in altre parole, include applicazione sovranazionale e penso questa sia la caratteristica principale e la principale particolarità dell'articolo 86.

Questo significa, quando si istituisce un Procuratore Pubblico europeo sotto applicazione diretta su modello di organo sovranazionale che tratta indagini e azioni legali, che non ha nulla a che fare con il livello nazionale? Che è solo sovranazionale? No, affatto. Perché credo sia molto imprudente, alla luce delle nostre esperienze, non includere, non integrare il Procuratore Pubblico europeo negli ordinamenti giuridici nazionali. Quindi deve esserci – inclusa l'esperienza con OLAF – un'interconnessione. Comunque, ai miei occhi, l'art. 86 esclude un modello che voglia essere interamente nazionale. Come ho detto, sarebbe molto strano incorporarlo nel Trattato. Questo è il mio primo punto generale.

Il mio secondo è: quando ci addentriamo nella giustizia penale classica, nella procedura penale classica, prendiamo in considerazione una sequenza di decisioni che danno avvio all'indagine giudiziaria, all'indagine di un caso, all'acquisizione di prove, ad alcune decisioni preliminari dei pubblici ministeri, delle forze dell'ordine e dei giudici e, certamente, alla formulazione di capi di imputazione, alla definizione dell'accusa, all'emanazione della sentenza. Tutte queste azioni separate compongono un *iter* e formano un sistema: ogni Stato membro, come ho detto, ha un proprio sistema in questo ambito; nel loro insieme sono molto diversi, ma formano un sistema. Il sistema di costruire un caso e porre in essere l'iter giudiziario deve essere in linea con gli standard dei diritti umani; e deve essere in linea con lo stato di diritto.

E insisto su questa sequenza perché la Corte europea dei Diritti dell'Uomo sta imponendo, *inter alia*, canoni di equo processo molto importanti. Importanti per cosa? Per il procedimento nella sua interezza (parole della Corte). E il procedimento nella sua interezza non comincia in tribunale. Comincia quando il caso è

aperto. Questo significa che gli standard di giusto processo della Corte europea dei Diritti dell'Uomo si applicano dall'apertura del caso (principalmente un interrogatorio di polizia) fino alla decisione finale.

Penso che qualsiasi sistema di procedura penale necessiti di certezza e chiarezza; necessiti di una *lex certa*: non solo di diritto sostanziale, ma anche diritto processuale. In qualche Paese, incluso il mio, si parla di legalità procedurale in ambito penale; e lo troviamo scritto nel codice penale e nel codice di procedura penale. Ma anche se non ci fosse, può essere certamente un principio generale. Perché è così importante? È importante per le autorità di indagine per sapere su una base giuridica prestabilita quali poteri possono usare e sotto quali condizioni. È molto importante per lo stato di diritto, ma anche per le tutele giurisdizionali, che la procedura penale sia prestabilita. Quindi un sospettato deve almeno sapere in anticipo i propri diritti e in quale situazione esso ne gode.

Perché insisto su questo? L'art. 86 del Trattato impone un sistema ibrido, nel senso che la fase del processo sarebbe nazionale e la fase predibattimentale (ai miei occhi applicabilità diretta) sarebbe sovranazionale, ma, come ho menzionato, anche integrata nel sistema nazionale. Questo è qualcosa che dobbiamo prendere come viene, è la scelta del legislatore: molti l'hanno criticato, ma questa è la funzione legislativa. Certamente è importante che il legame tra i due sia stabilito da legge, anteriormente e chiaramente. E il legame è la scelta del foro: quando il procuratore esercita l'azione penale, deve scegliere un foro che implichi la giurisdizione di un altro Stato membro. Questo deve essere chiaro e prestabilito: ci devono essere regole per questo e deve esserci un rimedio giuridico, ma non mi occuperò di questo.

Il problema nelle proposte che ho sentito è dato dalla complessità della legge applicabile durante la fase predibattimentale che può essere notevole. L'avvio di un'indagine sarebbe una decisione europea. La maggior parte degli atti di indagine – almeno cosa ho sentito questo pomeriggio, atti di indagine coercitivi – sarebbero applicabili sotto una legge nazionale. Una legge nazionale che in casi complessi può comprendere diverse leggi nazionali. Poi, la decisione di accusare, la decisione di iscrizione nel registro degli indagati, se ho capito bene, sarebbe nuovamente europea. A prima vista, questo è estremamente complesso e può mettere sotto pressione quanto ho definito "legalità procedurale": un chiaro ordinamento che è necessario per avere una visione chiara sugli atti di indagine che possono essere applicati e anche i requisiti, i limiti e le tutele giudiziarie.

Perché insisto su questo? Perché abbiamo esperienza, già oggi, con lo schema del reciproco riconoscimento, con il regime del MLA (Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale), con le squadre investigative comuni che, mettendo insieme elementi di prova che sono stati raccolti in diversi ordinamenti giudiziari portano a problemi per le corti e conducono all'inammissibilità delle prove raccolte.

E voi potete certamente dire, "bene": viviamo in uno stato di diritto e sotto la Convenzione dei Diritti Umani e quindi le prove illegali sono dichiarate inammissibili. Questo non va bene affatto! Perché significa che non siamo in grado di stabilire un sistema, o non siamo stati in grado di stabilire un sistema nel quale possiamo garantire l'applicabilità delle tutele giudiziarie e l'efficienza. E queste sono

le due cose che dobbiamo combinare per occuparci dell'art. 3 del Trattato.

La comunità delle forze dell'ordine al livello nazionale ed europeo: penso che tutti siano a favore del potenziamento della comunità nazionale delle forze dell'ordine, e la Comunità europea delle forze dell'ordine dipende molto dall'ideazione dello stesso EPPO: più viene reso nazionale – nel senso che si applicano le applicabili leggi nazionali – meno la Comunità delle forze dell'ordine europee può ricoprire un ruolo autonomo. Certamente può ricoprire il ruolo che ha oggi, ciò nondimeno può ricoprire un ruolo più autonomo. Più si conferisce all'Ufficio del Pubblico Ministero europeo un potere sovranazionale e autonomo con la legge applicabile europea, più diviene evidente che questa comunità esistente di forze dell'ordine europee – e mi riferisco a Europol, a Eurojust e all'OLAF – può ricoprire un ruolo sostanziale in questo ambito: agenti ausiliari, polizia giudiziaria, comunque si vogliono chiamare, anche se sappiamo cosa significa. Ecco, quindi, che molto dipende dal progetto.

La comunità nazionale delle forze dell'ordine: qui abbiamo molti problemi a causa dei diversi sistemi di indagini penali negli Stati membri.

E si comincia già con l'EPP delegato. In qualcuno degli Stati membri, i procuratori non indagano, perseguono solamente. Chi è, quindi, il tuo delegato? È questo un procuratore che non esisteva e che è solo un nuovo agente nell'ordine nazionale? O state dicendo “no, nominiamo un alto ufficiale di polizia a delegato?” Questa è una scelta. Perché trattava e tratta indagini penali, è stato delegato a farlo dall'ordinamento nazionale. Questa è una decisione che deve essere presa.

D'altro canto, il legame al resto della comunità nazionale delle forze dell'ordine e il resto della comunità nazionale delle forze dell'ordine qui – sto usando il termine “comunità delle forze dell'ordine – è molto vasto e specializzato in quest'area.

Non si tratta solo di autorità di polizia, abbiamo a che fare, in molti Paesi, con autorità fiscali che hanno poteri giudiziari, con le dogane che hanno poteri giudiziari o anche altri organi amministrativi titolari di potere giudiziario e che ricoprono un ruolo chiave in questo ambito. Questo significa che devono far parte ed essere connessi al sistema, qualunque organizzazione questo possa avere. Se non sono collegati al sistema EPPO, lasciamo stare. Ma i caposaldi sono lì. Questo cosa significa, che devono applicare e possono essere applicate solo la legge nazionale? Non lo credo: è perfettamente pensabile che in questi casi essi possano applicare la Legge Europea come il lungo braccio del delegato EPP. Questo è possibile. È una scelta, è una scelta politica che deve essere fatta.

Punto finale: le autorità giudiziarie e il controllo giudiziario. Questo è molto difficile e anche incluso nello studio del Gruppo di Lussemburgo del quale si possono trovare i risultati in internet. Abbiamo riscontrato diversi problemi con questo. Perché è difficile? Perché ci sono dei vincoli in virtù del Trattato di Lisbona. Noi, accademici e legislatori, non siamo completamente liberi: si deve elaborare qualcosa alla luce del Trattato. E ci sono anche dei dubbi su qualche articolo del Trattato. Ma penso sia certo che qualche decisione – forse decisioni sull'uso di certe attività di indagine (quelle coercitive), forse decisioni di adire la corte, forse decisioni sulla scelta del foro (e abbiamo certamente dei paralleli con le decisioni di OLAF, con certe decisioni delle autorità sulla concorrenza e così via) e in base all'acquis della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea – sia impugnabile e deve essere impugnata dinanzi la magistratura europea. Non pos-

siamo accantonare tutto al livello nazionale. Altrimenti, indeboliremmo le competenze esistenti della Corte europea. Quali e quali no? Qui comincia un dibattito. Questo è il problema numero uno.

Il problema numero due è che non abbiamo a che fare, come è stato giustamente detto, solamente con controllo *ex post* (quindi revisione giudiziale): abbiamo a che fare anche con l'autorizzazione *ex ante*. E questo aspetto è molto importante. Ed è già solamente obbligatorio per la giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo. Sarebbe ideale, come ha detto Fritz Zeder, rimettere tutto ad una Camera di udienza preliminare e così via. Questa sarebbe sicuramente un'organizzazione ben fatta, sarebbe molto positivo per la coerenza, ma temo che questa Camera sarebbe molto lontana dalla realtà quotidiana. Se si guarda alla possibile competenza dell'EPPO e alle decisioni che devono essere prese da un giudice o da una corte in udienza preliminare, potrebbe trattarsi di molte decisioni e la maggior parte di queste devono essere prese in un lasso breve di tempo perché si devono affrontare libertà civili, ma anche un arresto, un ordine di congelamento... ci sono, quindi, realmente molte cose durante un'udienza.

Secondo, si deve conoscere il campo, non si deve essere lontani dalla realtà. Penso quindi che sarebbe meglio, ai miei occhi, imporre un sistema di autorizzazione *ex ante* a livello nazionale, un sistema che esiste già per certe decisioni nell'ambito della concorrenza. Può trattarsi di ricerche o ispezioni in loco di enti giuridici/società negli Stati membri o perquisizioni nelle abitazioni degli Amministratori delegati nei casi sulla concorrenza: lì un giudice autorizza le autorità sulla concorrenza a entrare e usare poteri coercitivi. Non è la Corte di giustizia dell'Unione europea. La differenza con l'ambito della concorrenza sarebbe almeno nel progetto che abbiamo elaborato nel Gruppo di Lussemburgo: che questa decisione finale del giudice (il giudice delle libertà se volete), autorizzando *ex ante* una misura coercitiva del Procuratore Pubblico europeo, avrebbe validità europea: sarebbe quindi un mandato di portata e validità UE. Si può paragonare allo schema del reciproco riconoscimento senza usarlo, non lo usiamo qui perché ci sono competenze per l'intera territorialità europea.

Non credo sia possibile da realizzare – ma questa è certamente la mia opinione personale – gli obiettivi e gli obblighi nell'articolo 3 del Trattato di Lisbona così in relazione allo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza un modello che si riferisca alla territorialità europea. Il termine non è usato nel Trattato, che usa "*territorio comune degli Stati membri*", ma tutti sappiamo che dietro a questo c'è una nozione, è la vecchia nozione di *espace judiciaire* (spazio giudiziario). Quindi questa territorialità europea deve essere in un modo o nell'altro più che nazionale. Non è, ai miei occhi, sufficiente per realizzare gli obiettivi dell'art. 3. Secondo, abbiamo bisogno di poteri diretti di imposizione, non solo nella concorrenza, ma anche in altre aree e PIF è l'unico. Sono pienamente d'accordo con chi dei relatori afferma che ci sarebbe una necessità. La scelta del legislatore è stata altra, ma ritengo sia una scelta molto infelice. Terzo e ultimo punto: la territorialità europea, l'imposizione diretta e l'inclusione di poteri al livello sovranazionale. Quando sento che i poteri coercitivi, che dovrebbero essere usati in questi casi, dipendono solo e unicamente dalla legge nazionale, temo che ci sia una soglia che non abbiamo ancora varcato per realizzare l'art. 3.

Ripartizione delle competenze, controllo giurisdizionale, relazioni con altri organi e con le autorità nazionali: elementi di discussione per il futuro negoziato sulla proposta di regolamento istitutivo del Procuratore europeo

Relazione rivista dall'autore

Luca De Matteis

Membro dell'Ufficio Affari Legislativi e Internazionali presso la Direzione Generale per la Giustizia Penale del Ministero della Giustizia italiano

L'Autore si sofferma su alcune questioni riguardanti la proposta di regolamento che istituisce il Procuratore europeo (EPPO), che saranno oggetto di negoziati in seno al Consiglio dell'Unione europea. Tra queste l'Autore richiama l'attenzione su: la necessità di regole certe e predeterminate sulla ripartizione delle competenze, la ricorribilità di certi atti dell'EPPO davanti alla Corte di giustizia, le relazioni tra l'EPPO ed Eurojust, l'obbligatorietà/discrezionalità dell'azione penale (Prosecution Policy), il rapporto tra l'EPPO e le autorità nazionali e tra l'EPPO e i propri delegati nazionali.

Parlerò a titolo esclusivamente personale, per una volta lo dico senza quella punta di impertinenza che, come giustamente ha detto Ezio Perillo, in quanto *discussant* mi avrebbe permesso di stare ad ascoltare rilassato su una poltrona; poi, quando gli altri hanno finito di svolgere il lavoro serio, intervenire con qualche osservazione malandrina per cercare di far vedere che ho capito qualcosa. Invece questa volta provo una certa preoccupazione e, più che come *discussant*, sono presente come “*absorbent*”.

Attualmente lavoro nell'Ufficio I della Direzione generale della giustizia penale al Ministero della Giustizia, che è incaricato della formazione, a livello tecnico, della posizione italiana con riferimento a tutti i dossier dell'Unione europea in materia di diritto penale, ed in particolare con riferimento a questo che, come ha detto il Ministro Cancellieri, è e sarà una priorità assoluta per il nostro Paese, sia adesso, nella prima fase di discussione, sia in futuro per quanto riguarda l'agenda della Presidenza italiana del Consiglio dell'Unione europea che, a causa di tutta una serie di snodi tecnici, sarà probabilmente una delle più impegnate sul dossier del Procuratore europeo (EPPO).

Quindi io sono qui per assorbire e riportare in ufficio quante più osservazioni

possibili, in modo da poterli convogliare nella formazione di una posizione italiana il più possibile coerente anche con altri dossier; come, per esempio, le posizioni assunte fin qui sul dossier relativo alla Direttiva sulla protezione degli interessi finanziari dell'UE mediante il diritto penale ("PIF"). Sul punto, vorrei ricordare che la nostra posizione è in piena coerenza con le osservazioni fin qui svolte più o meno da tutti sul fatto che l'attuale risultato delle discussioni in Consiglio sul dossier PIF è del tutto insoddisfacente. Per quanto concerne la "benzina" di cui parlava Andrea Venegoni, devo dire che qui non c'è benzina né miscela. Pertanto, siamo molto ansiosi di cominciare il negoziato con il Parlamento europeo su tale Direttiva, per vedere se le diverse sensibilità presenti nel Parlamento potranno concorrere a rivedere certi approdi. E siamo ovviamente molto ansiosi di cominciare a lavorare sulla proposta EPPO.

Una cosa che mi ha suscitato più di una punta di inquietudine è stata sentire Peter Csonka che ha parlato di una "doppia proposta" per EPPO ed Eurojust; spero vivamente che saranno in documenti separati perché già il pensiero di negoziarle in parallelo è un incubo: in un unico documento diventa un inferno, anche dal punto di vista procedurale. Spero dunque che stiamo parlando di due idee che vanno nella stessa direzione, ma su canali separati perché non vorrei mai dover assistere a veti incrociati tra i contenuti delle due proposte, visto che già ci sono sufficienti difficoltà ancora prima di cominciare.

Dal punto di vista della procedura, ascoltando quello che diceva John Vervaele, mi è venuto in mente che la procedura prevista dall'articolo 86 TFUE (quella dalla quale dovremo discutere del Pubblico Ministero europeo) è curiosamente molto simile, ad eccezione della cooperazione rafforzata, a quella per l'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo. Il che ne sottolinea la natura costituente; e credo che questo sia uno snodo costituente esattamente come l'adesione dell'Unione Europea alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. La richiesta dell'unanimità con il consenso del Parlamento europeo, sarà un caso, ma le due procedure secondo me hanno una valenza simile.

Cosa ricavo da questa giornata odierna? Come è emerso da quello che ha detto proprio ieri il Ministro Cancellieri nel suo intervento, come in Italia ci sono dei "paletti" fondamentali in questo esercizio. Il primo è che si parli di un Pubblico Ministero europeo pienamente ancorato alle regole fondanti dell'Unione e, in primo luogo, a quella che impone la creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia basato sul rispetto dei diritti fondamentali. Quindi l'EPPO deve iscriversi in questo solco senza deviazioni e senza cedere a tentazioni efficientistiche. Efficientismo no, ma efficienza sì. Che l'EPPO debba arrivare a risultati finali migliori di quelli ottenuti dal sistema attualmente esistente è il minimo; perché altrimenti ci risparmiamo la fatica.

Secondo me, c'è un altro elemento che emerge dalle parole del Ministro, ovvero che è necessario che l'EPPO contribuisca, come elemento di coesione, alla creazione di uno spazio veramente europeo proprio perché deputato alla tutela di un bene comune di tutti cittadini dell'Unione europea. Però, se così deve essere, se deve svolgere questa funzione anche di catalizzatore della formazione di una vera cittadinanza europea, l'EPPO deve godere di un grado di credibilità altissimo. Quindi dobbiamo pensare a soluzioni per l'EPPO che tendano a dargli non

solo la massima efficienza, ma il massimo grado di credibilità.

Quanto al primo, non posso che riallacciarmi a quanto detto stamattina nell'intervento di Vladimiro Zagrebelsky che è stato letto da Elena Paciotti, ma anche prima da John Vervaele. Credo che sia fondamentale prevedere delle regole di riparto della giurisdizione: non la chiamerò più giurisdizione perché abbiamo parlato di uno spazio EPPO unitario; la chiamerò competenza nel senso che ci poniamo nell'ambito di una stessa giurisdizione ma nella quale ci deve essere un riparto di competenze tra diversi giudici tutti egualmente facenti parte della giurisdizione. Regole certe; regole predeterminate; regole che non possono certo ispirarsi a criteri di opportunità della distribuzione degli affari tra vari giudici basandosi su criteri di maggiore attendibilità del risultato finale o di maggiore velocità del sistema o desiderabilità del risultato finale. È assolutamente indispensabile per la credibilità dell'EPPO, a mio modo di vedere, che non vi sia la possibilità di "*forum shopping*", che non si dia l'impressione che l'EPPO può scegliere "*à la carte*" il giudice al quale rivolgersi per avere una misura cautelare piuttosto che un'altra; o per avere una pena più grave piuttosto che un'altra; o per avere una raccolta delle prove più libera piuttosto che secondo regole più stringenti.

È indispensabile che vi sia un livello di protezione dei diritti fondamentali altissimo, in primo luogo dei diritti processuali delle persone sottoposte all'azione dell'EPPO. Qui mi sorge un dubbio: il riferimento che ha fatto Peter Csonka nella sua esposizione al catalogo dei diritti processuali già oggetto di interventi di ravvicinamento sulla base dell'articolo 82, comma 2, del TFUE, è sicuramente molto interessante e certamente il collegamento con l'*acquis* dell'Unione europea mi sembra un dato indiscutibile. Però essendo tutti provvedimenti in materia delle direttive di "ravvicinamento", non impongono uno standard unico, ma devono essere interpretate da ciascun sistema; mentre per EPPO, se si vuole assicurare un livello omogeneo di garanzie, dovranno essere declinate regole precise già al livello dell'Unione europea. Siamo in grado di istituire un EPPO estremamente garantito, che quindi andrà ad agire sia al livello centrale che nelle giurisdizioni nazionali secondo regole procedurali pregne di garanzie, e creare così procedure penali di serie A e di serie B negli Stati membri, laddove la differente materia del processo imponga o meno di rispettare standard diversificati di tutela dei diritti fondamentali? Questo potrebbe dar luogo a problemi; anche perché si potrebbe anche porre un problema di rispetto del principio di parità di trattamento al livello nazionale.

E poi il controllo della giurisdizione. Io sono completamente d'accordo con John Vervaele: nel Trattato l'articolo 263 è chiaro nel chiedere che certi atti che attingono direttamente alla posizione soggettiva della persona sottoposta all'azione dell'EPPO dovranno essere impugnabili davanti alla Corte di giustizia. Questo ovviamente non potrà essere limitato se non andando a ledere le attribuzioni della Corte come stabilite dal Trattato. Si potrebbe allora sicuramente porre il problema, ed è affascinante l'ipotesi ventilata da Ezio Perillo, di un giudice della libertà europeo. Sicuramente però vedo potenziali problemi nella contemporanea azione di due diversi sistemi di tutela: uno al livello centrale e uno nazionale, non necessariamente con attribuzioni coerentemente suddivise (nel senso che non necessariamente l'uno interviene in una fase, l'altro interviene nella fase successiva o diversa o più importante).

Ciò fa sorgere un altro dubbio, proprio in relazione alla menzionata adesione dell'Unione europea alla CEDU. I tempi per l'adesione alla CEDU e i tempi di istituzione dell'EPPO potrebbero non essere dissimili: ad aprile di quest'anno è stato raggiunto l'accordo preliminare sul testo di adesione alla CEDU, quindi si può dire che i due procedimenti si stanno muovendo in parallelo. Io penso che tra i tanti settori dell'azione dell'Unione europea, quello dell'EPPO sarà fonte di un contenzioso CEDU relevantissimo. Mi sembra inevitabile: è l'Unione europea che interviene direttamente quale attore della dinamica penale che è una di quelle che produce la maggior parte del contenzioso CEDU. Anche l'Unione europea, dunque, sarà sottoposta al meccanismo giurisdizionale della CEDU in questo settore.

Allora mi pongo il problema di dover leggere la struttura dei rimedi giurisdizionali che, per scelta o per conseguenza dei trattati esistenti, sarà propria del Procuratore europeo anche alla luce della necessità che questo sistema di rimedi sia valutato dalla CEDU in termini di efficacia dei rimedi. In particolare, mi chiedo quanto segue: se attribuiamo al giudice nazionale il controllo *ex ante*, esso sicuramente potrà, nel caso dell'esecuzione della singola misura, evitare eventuali conseguenze lesive dei diritti fondamentali che conseguirebbero all'esecuzione della stessa (poniamo una misura coercitiva investigativa), ma certo non può annullare l'atto del Procuratore europeo che di per sé resta un atto valido, i cui effetti non sono elisi del tutto dalla sua decisione. È un rimedio efficace questo? Io il dubbio me lo pongo. Non vorrei che il Procuratore europeo, persa la possibilità di eseguire, ad esempio, una perquisizione invasiva in uno Stato, sulla scorta dello stesso atto si rivolga successivamente a un'altra giurisdizione che magari decide in modo diverso. Questo dal punto di vista di Strasburgo sarebbe estremamente negativo.

Non dimentichiamoci, tra l'altro, che il problema del riparto di competenze si pone anche perché in relazione agli atti dell'EPPO, dopo l'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo, Unione europea e Stato membro nel quale la misura viene concretamente seguita direttamente o indirettamente tramite l'intervento di una giurisdizione nazionale, verranno chiamati come litisconsorti necessari, se lo schema che si sta delineando in sede di adesione dell'UE alla CEDU verrà confermato. Quindi anche lì il riparto della giurisdizione sarà importante - riparto di competenze tra EPPO centrale ed EPPO nazionale - anche per valutare l'eventuale risultato di un ricorso in sede CEDU.

Questo per quanto riguarda in generale l'EPPO e lo Stato di diritto. Si è parlato di EPPO e Istituzioni: io sono assolutamente d'accordo con Francesco Lo Voi sulla necessità di prevedere una connessione intima tra EPPO e Eurojust che avrà tutta una serie di compiti operativi immediatamente e già oggi presenti nel mandato di Eurojust per lo svolgimento dei compiti investigativi e di cooperazione. Questo non si può fare con la *soft law*, non si può fare con dei protocolli facilmente aggirabili: si deve trovare il punto di equilibrio istituzionale tra queste due agenzie.

Inoltre, mi pongo il problema della "*Prosecution Policy*" di cui ha parlato Peter Csonka questa mattina. Da italiano, sentendo usare questa espressione mi preoccupa subito; però, siccome io mi apro all'esperienza degli altri, pensando che non necessariamente esista un unico sentiero percorribile per arrivare a soluzioni efficaci, mi approccio al problema in maniera dialettica. Se, come Italia, rinunciamo aprioristicamente a imporre a un eventuale futuro Pubblico ministero europeo una

scelta di carattere obbligatorio nell'esercizio dell'azione penale, ammettiamo anche che ci sia una "Policy". Questa è parte di un sistema assolutamente legittimo; che però si iscrive sempre in un sistema di garanzie. L'alternativa cioè non è solo tra obbligatorietà e opportunità dell'azione penale; sia l'una che l'altra sono assistite da una serie di garanzie di sistema. E allora: se parliamo di opportunità, vediamo le garanzie di sistema che a questo principio si accompagnano, ovvero la trasparenza delle scelte, la reclamabilità delle scelte o, quanto meno, la presenza di un meccanismo sussidiario per far sì che qualora la scelta sia di non perseguire, vi sia un'alternativa; e un meccanismo di accountability di chi fa la scelta politica. È una scelta politica. È tutto legittimo: basta decidere che cosa siamo in grado di fare. Sicuramente, penso che un Pubblico Ministero europeo che debba rispondere in sede politica della sua scelta e della sua politica criminale debba essere nominato in modo diverso da un Pubblico Ministero europeo che invece risponda a criteri di stretta legalità.

Da ultimo, EPPO e Autorità nazionali. Proprio la presenza di una "Prosecution Policy" mi fa pensare, per esempio, che potrebbe residuare, sia pure nell'istituzione di una giurisdizione esclusiva dell'EPPO sui reati PIF, uno spazio di intervento per la giurisdizione nazionale: si potrebbe pensare, ad esempio, che qualora l'EPPO rinunci all'esercizio dell'azione penale per ragioni di "Prosecution Policy", si riespanda la giurisdizione nazionale con riferimento agli stessi fatti, che potrà essere esercitata secondo i normali criteri nazionali. Mi chiedo se in quel caso (e non vedo proprio la soluzione), a prescindere dall'applicazione delle regole sul *ne bis in idem*, debbano utilizzarsi per un eventuale concorso di giurisdizioni nazionali le stesse regole di giurisdizione che, come abbiamo detto all'inizio, debbono applicarsi alla scelta iniziale dell'EPPO.

Infine, con riferimento alle istruzioni del Procuratore europeo nei confronti dei suoi delegati nazionali e, tramite il delegato nazionale, ai Procuratori nazionali, io non vi vedo pregiudizialmente nulla di scandaloso, sempre che l'introduzione di un potere di istruzione sia accompagnato da quelle garanzie di sistema di cui abbiamo detto prima o di altre.

Quello che è sicuro, almeno dal punto di vista italiano, è che ci vorrà elasticità e una certa dose di creatività perché nulla di tutto questo esiste, non solo nel sistema italiano, ma dubito che esista in altri sistemi, almeno nella maniera in cui si è declinata nell'idea della Commissione. Da parte nostra, direi che siamo pronti ad un esercizio intellettuale di creatività che ci è imposto dal fatto che qui si tratta di proteggere non il bene di una singola comunità nazionale, ma un bene di una comunità molto più ampia: quella di tutti i cittadini europei, compresi quelli i cui governi sceglieranno di non partecipare al Procuratore europeo.

IV sessione



Le conseguenze
dell'istituzione del
Procuratore europeo
negli Stati membri
dell'UE

Controllo giudiziario, ammissibilità delle prove e dei diritti procedurali nei procedimenti dinanzi all'EPPO

Relazione non rivista dall'autore

Zlata Durdevic

Direttore del Dipartimento di Procedura Penale, Università di Zagabria

L'Autore si sofferma sui differenti modi di intendere alcuni concetti giuridici e sulle diverse misure investigative nei vari Stati membri. Evidenzia poi due aspetti particolarmente problematici che dovranno essere affrontati nel corso del negoziato che porterà all'istituzione di una Procura europea (EPPO), ovvero l'ammissibilità delle prove e la sottoposizione delle decisioni assunte dall'EPPO ad un controllo giurisdizionale.

Prima di tutto, vorrei veramente ringraziare la Fondazione Basso per avermi invitata a questa conferenza e per avermi dato l'opportunità di condividere la mia opinione sul Procuratore Pubblico europeo (EPPO). Ho avuto la fortuna di essere un componente del Gruppo di Lavoro di Lussemburgo che ha ideato le regole modello e ha trattato le questioni relative al controllo giurisdizionale, all'ammissibilità delle prove e a taluni diritti procedurali. Sono anche Professore di diritto processuale penale e quindi, tenuto conto di questa mia qualifica, ritengo che in questo campo a livello europeo ci stiamo veramente muovendo dalla reciproca assistenza legale alle norme di procedura penale, com'è stato detto ieri.

Vorrei sperare che la proposta della Commissione, che arriverà presto, non ci porti a proteggere i nostri diritti procedurali fondamentali dal futuro EPPO, ma a proteggerli nei procedimenti penali dell'EPPO. Esprimerò quindi la mia opinione su questo tema così importante e di rilevanza costituzionale per gli Stati membri. Proverò a non ripetere questioni che sono già state sollevate molte volte: cosa sarà l'EPPO? Quali sono i compiti dell'EPPO? Il fatto che la legge nazionale debba applicarsi dal momento del rinvio a giudizio e che il regolamento dell'UE regoli i procedimenti preprozessuali. Come è stato detto anche ieri, è molto importante sapere che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo ha regolato diversi diritti per un processo equo nelle sue fasi. La fase preprozessuale dei procedimenti penali non è stata così ben regolamentata e non è così armonizzata negli Stati membri dell'Unione europea. In quel senso il regolamento ha anche stabilito quali parti del procedimento penale dovrebbero essere disciplinate in base all'articolo 6 del Trattato: lo svolgimento delle sue funzioni, le regole applicabili alla sua attività, l'ammissibilità delle prove e il controllo giurisdizionale delle misure procedurali adottate. Ed è quindi evidente, sin dalle precedenti ricerche e dalla proposta della Commissione sull'EPPO, che scaturisce dal *Corpus Iuris* di più di 15 anni fa e dal Libro Verde del 2001, che la questione dell'ammissibilità delle prove è cruciale perché l'EPPO abbia successo; e, probabilmente, è la più difficile. Altrettanto ine-

vitabile è anche il controllo giurisdizionale delle misure adottate. Viene seguito uno detto: “dove c’è un Procuratore deve esserci una Corte” nonostante l’indubbia caratteristica di indipendenza del Procuratore.

Tutte queste questioni, comunque, sono molto collegate tra loro. Quando ideiamo una misura investigativa, dobbiamo prendere in considerazione il controllo giurisdizionale, se è stato disposto dalla Corte, dal Procuratore, se abbiamo qualche tipo di controllo giurisdizionale a posteriori; e anche l’ammissibilità del risultato di questa misura è qualcosa della quale dobbiamo tener conto. Tuttavia, il Trattato non ci dà ulteriori linee guida ed ha lasciato inevase molte domande; alla Commissione europea spetta quindi un compito enorme nell’ideare queste regole che, probabilmente, devono essere maggiormente dettagliate rispetto a quanto contenuto nel Libro Verde e in qualche norma modello; deve trattarsi di procedimenti preprocessuali in qualche modo attuabili e sappiamo quanto la procedura penale sia complessa.

Per quanto riguarda il controllo giurisdizionale, sappiamo tutti che nei procedimenti penali lo standard europeo è quello di avere controllo giurisdizionale o procedimenti giudiziari dal momento del rinvio a giudizio; in tutti i Paesi europei, quindi, il rinvio a giudizio deve passare per il controllo giurisdizionale e il processo si svolge davanti ad una corte. Questo non è quindi un percorso problematico, ma non si tratta di quello che dovrebbe essere regolato dal Regolamento. Il problema sta nelle disposizioni preprocessuali. Abbiamo ancora degli Stati che hanno indagini giudiziarie e quindi un giudice investigativo. In questo caso il problema del controllo giurisdizionale non esiste perché è l’organo giudiziario a svolgere le indagini. Ci sono poi degli Stati in cui non esiste il controllo giurisdizionale sulla funzione di pubblica accusa del procuratore, come per esempio in Germania. In Germania si ha controllo giurisdizionale solo sulla misura inquisitoria, ma non sulla decisione di perseguire o meno. In altri Paesi le soluzioni a questi problemi sono veramente varie, dal più basso al più alto livello di controllo giurisdizionale. Questo genera, certamente, molti problemi e questioni irrisolte: come e in quale misura il controllo giurisdizionale dovrebbe esistere per il Procuratore europeo? Il controllo giurisdizionale è certamente negli standard internazionali dei diritti umani; è parte di una società democratica e dello stato di diritto; le disposizioni sui procedimenti penali sono proprio le misure che devono essere controllate dalla Corte. Si dovrebbe anche menzionare che non si può paragonare il controllo giurisdizionale nei procedimenti di cooperazione; quindi l’assistenza giudiziaria e il reciproco riconoscimento che abbiamo sviluppato nell’Unione Europea – ad esempio, nel mandato d’arresto e in altri strumenti – hanno standard diversi di controllo giurisdizionale rispetto ai procedimenti penali. Solo per dire che il principio dell’equo processo non è applicabile in questi procedimenti, così l’articolo 6 della Convenzione europea sui diritti dell’uomo non si applica nei procedimenti di assistenza, ma si applica ai procedimenti penali. Allora la questione del controllo giurisdizionale nei procedimenti riguardanti l’EPPO è molto importante. Vorrei avvisare che la parola “giurisdizionale” ha un significato molto ambiguo. Non è semplice definirla oggi, perché ha diversi significati in base all’espressione o anche al contesto nel quale è usata. Ci sono due significati della parola “giurisdizionale”. Il primo significato può essere trovato nei Paesi di *Common law*, nelle giurisdizioni

anglo-americane e nell'*Human Rights Law*. In questo caso, il termine "giurisdizionale" è riferito solo al giudice, alla Corte; così anche per la Corte europea dei diritti dell'uomo e per la Convenzione europea dei diritti dell'uomo la parola "giurisdizionale" (intesa come potere giudiziario, autorità giudiziaria, garanzia giudiziaria, controllo giurisdizionale) riguarda solo i giudici e la Corte. Tuttavia, per il diritto dell'Unione europea e per l'assistenza giudiziaria, con il termine "giudiziario" non ci si riferisce solo al giudice, ma anche le autorità di Pubblica accusa, alla Polizia, al Ministero della Giustizia, alle autorità amministrative e così via. Vorrei quindi evidenziare che l'utilizzo nei documenti e nelle norme dell'UE di termini giuridici inglesi in modo difforme dal significato che essi hanno nel sistema legale dei Paesi anglosassoni come il Regno Unito e gli USA crea confusione ed è un peccato; questa confusione può essere tollerata nel contesto dell'assistenza giudiziaria e negli strumenti di reciproco riconoscimento, ma non quando ci troviamo nel campo della procedura penale. In quell'ambito "giudiziario" deve riferirsi solo alla Corte nell'accezione dell'art. 5 e 6 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo.

Ci sono molti tipi di controllo giurisdizionale del Procuratore: può essere controllo *ex post* o *ex ante*; può trattarsi di una specie di revisione o ordine.

Dirò qualcosa sul controllo giurisdizionale della funzione d'indagine, ovvero del controllo di ogni misura d'indagine o ogni fase delle misure d'indagine. Parlerò anche del controllo giurisdizionale della funzione di pubblica accusa della quale al momento non esiste un consenso nell'Unione europea. In ogni caso, il regolamento dell'EPPO deve fissare il limite di confine tra i poteri di accusa e i poteri giudiziari nella fase preprocessuale. Si tratta di uno dei principali obiettivi del regolamento e non è così semplice da raggiungere perchè la linea di confine è molto diversa negli Stati membri.

Riguardo al controllo giurisdizionale degli strumenti di indagine, ci sono tre tipi di misure che possono essere prese in considerazione. Il primo tipo rientra nella discrezionalità del Procuratore; si tratta di quelle misure che non vanno tanto a ledere i diritti umani, come per esempio le convocazioni, la raccolta di dati o l'interrogatorio dell'accusato o del testimone.

C'è poi un altro tipo di strumenti di indagine che è disposto dal Procuratore ma che è poi soggetto al controllo giurisdizionale. Si tratta della categoria più impegnativa: su essa, sebbene ci sia qualche decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo, gli Stati membri presentano soluzioni diverse; le misure che rientrano in questa parte sono, ad esempio, il mandato a comparire, l'arresto, gli strumenti di identificazione (come foto, impronte digitali e campioni biometrici), il riconoscimento di sospetti, l'ispezione di mezzi di trasporto, la confisca di documenti e beni. È interessante rilevare che nel Libro Verde del 2001 anche le ispezioni nelle case, il congelamento dei beni e le intercettazioni di comunicazioni potevano essere ordinate dal Procuratore e nelle successive 24 ore dovevano essere obbligatoriamente sottoposte al controllo della Corte. Questo può risultare problematico perché in molti Stati membri le ispezioni nelle case, il congelamento dei beni e le intercettazioni di comunicazioni rientrano unicamente nella competenza della Corte. Quindi il Procuratore non può disporle nemmeno nelle situazioni più urgenti. Si tratta di una questione costituzionale, non solo di procedura penale. Penso

che questo rappresenti uno dei punti in cui il regolamento deve arrivare a raggiungere standard alti e seguire gli standard più alti del controllo giurisdizionale in questo tipo di mezzi. Altrimenti, può intralciare la legge costituzionale e di procedura penale degli Stati membri che richiedono obbligatoriamente una precedente autorizzazione giudiziaria.

Il terzo tipo di misure è rappresentato dai mezzi disposti dalla Corte. Questo tipo di misure non presenta dei problemi, ad esclusione del fatto che qualche Stato prevede eccezioni in caso di situazione urgente. Quindi in una situazione urgente qualche misura che ho già menzionato (come, ad esempio, l'ispezione della casa) può essere disposta dalla Corte. Si discute se qualche mezzo come l'esame fisico, il prelievo di campioni di DNA, l'esame fisico-psichiatrico non debba mai essere disposto dal procuratore, nemmeno in situazioni di urgenza.

Una misura che è in discussione, ad esempio, è la perquisizione dei locali aziendali. In alcuni Paesi la perquisizione dei locali aziendali dovrebbe essere disposta dal giudice, ma in altri questa può essere disposta dal procuratore. La Corte europea dei diritti dell'uomo assicura la protezione della privacy di persone giuridiche in base all'articolo 8, ma non la stessa delle perquisizioni in casa. Tuttavia, se scegliamo che tale misura possa essere disposta dall'EPPO, essa dovrà certamente seguire il livello di protezione di quei Paesi in cui questa misura può essere disposta solo dalla Corte. Una delle questioni (che abbiamo affrontato anche nel Gruppo di Lavoro sulle norme modello) che si pone è se il regolamento debba prevedere misure esaustive o prevederne solo alcune, dato il principio di legalità, menzionato ieri da John Varvaele.

Per l'efficacia dell'EPPO e per l'ammissibilità delle prove, dovrebbe propendersi per una lista esaustiva di mezzi di indagine. Si tratta poi dell'unificazione di questo tipo di misure nell'Unione europea per l'EPPO. Tuttavia, questo può anche portare all'introduzione di nuove misure coercitive che non esistevano prima negli Stati membri. Il che è anche la parte più repressiva dell'EPPO.

Passo ora alla questione dell'ammissibilità delle prove dell'EPPO che è sicuramente quella più difficile. Se riuscissimo a risolverla, l'EPPO avrebbe successo. La difficoltà nasce dal fatto che gli Stati membri hanno norme diverse sull'ammissibilità delle prove e le regole stabilite dalla Corte europea dei diritti dell'uomo su questo argomento sono attualmente un po' poche. La Corte europea ha detto che questo campo rientra nella competenza delle corti nazionali; sono queste ultime, così, a dover decidere sull'ammissibilità delle prove. Ecco spiegata la ragione per cui ci sono queste differenze nell'Unione europea. Secondo la Corte europea, le uniche prove che dovrebbero essere escluse dai procedimenti penali, anche se si dovesse trattare delle prove più importanti, sono le prove ottenute con la tortura.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha sviluppato una giurisprudenza sulle ripercussioni in termini di equo processo delle prove illegali, prendendo in considerazione i diritti della difesa e altri articoli della Convenzione (come per esempio l'Articolo 8 relativo alla privacy). La Corte ha affermato che le prove che violano il diritto alla privacy o i diritti della difesa possono rendere il procedimento interamente ingiusto. Questa conclusione non è quindi automatica, ma nel caso si ravvisino tali violazioni il processo risulterà ingiusto nella sua interezza. La Corte europea ha aggiunto poi che l'imputato deve avere il diritto di impugnare

la legalità delle prove. Quindi in ogni procedimento penale dobbiamo dare agli imputati il diritto di mettere in discussione l'uso e la legalità delle prove e la Corte potrà poi prendere una decisione a tale riguardo. Un'altra regola da prendere in considerazione è quella della prova unica o determinante. Quindi le disposizioni nazionali sono molto diverse. Ci sono Stati membri che hanno previsto prove illecite *ex lege*, e hanno quindi descritto molto dettagliatamente nelle disposizioni di diritto processuale penale cosa dovrebbe essere escluso dal fascicolo. Ci sono altri Stati che non hanno molto regolamentato attraverso la legge, ma prevedono che la scelta avvenga *ex iudicio*, ovvero che spetti alla Corte o al Giudice decidere in base alla violazione e all'importanza della prova. Anche lo scopo della regola di esclusione è diverso. In alcuni Stati, la prova dovrebbe essere esclusa se influenza un ingiusto processo; in altri, dovrebbe essere esclusa per prevenire frode o azioni illegali delle autorità di Stato.

A questo punto del discorso, quale dovrebbe essere il modello per l'ammissibilità adottato dall'EPPO? Posso solo presentarvi qualche modello. Qualcuno è stato già usato nel Libro Verde, nel *Corpus Iuris*, nel nostro studio. Il primo modello è la reciproca ammissibilità. Si tratta della soluzione adottata dal Libro Verde, in base al quale se una prova è raccolta in conformità con la legge nazionale, dovrebbe essere accettata da un altro ordinamento. Questa soluzione si è dimostrata inaccettabile perché non si possono trasferire prove da un procedimento penale ad un altro procedimento penale, perché sono così complesse che si andrebbe contro le tutele procedurali e forse anche contro le tutele costituzionali del proprio paese. Questo modello è stato quindi molto criticato ed è forse questa una delle ragioni per cui il progetto EPPO non è andato avanti e finora non è stata trovata una soluzione teorica a questo problema.

L'altra soluzione è la regola di esclusione solo nel caso di violazione del giusto processo. Questa era la proposta del *Corpus Iuris*, secondo la quale il giudice dovrebbe escludere le prove illecite solo nel caso in cui esse ledano l'equità dei procedimenti. Tuttavia, questo è uno standard basso e penso che questa soluzione debba essere abbandonata. Introdurre regole di esclusione solo quando le prove rendono l'intero processo ingiusto, copiare così i criteri di verifica della Corte europea dei diritti dell'uomo, significa l'abolire le regole nazionali sull'ammissibilità delle prove e mostra, secondo me, mancanza di rispetto verso la tutela dei diritti umani negli ordinamenti giuridici nazionali. Le corti penali nazionali non sono corti costituzionali o corti internazionali sui diritti dell'uomo: le prime decidono sulla violazione delle norme di procedura penale e le altre sulle violazioni nei procedimenti penali, prevenendo, tramite l'esclusione di prove illecite in ogni fase del procedimento, la violazione dei diritti fondamentali e pratiche ingiuste durante il processo.

La Corte europea dei diritti dell'uomo decide quando i procedimenti penali sono stati nel giusto per l'intero procedimento. In alcune fasi del procedimento non è possibile valutare se alcune prove possano rendere l'intero procedimento ingiusto, e l'esclusione previene quindi un simile risultato. Inoltre, lo scopo della regola di esclusione al livello nazionale non è solo quello di tutelare il giusto processo, ma anche di garantire altri diritti fondamentali nei confronti dell'espressione arbitraria delle autorità di Stato. Quindi, non è accettabile oltrepassare le

norme di diritto processuale penale nazionale e stabilire la regola dell'esclusione come sanzione alle autorità in violazione: la regola di esclusione può essere usata solo se il diritto costituzionale e convenzionale ad un giusto processo è violato. Tale soluzione lederebbe anche l'interesse pubblico nel preservare l'integrità del processo giudiziario e i valori della società civile basata sullo stato di diritto. Sopravvaluta anche l'interesse nell'efficace persecuzione delle frodi ai danni dell'UE e il costo delle violazioni dei diritti umani fondamentali.

La terza soluzione è quella dell'ammissibilità obbligatoria, che è anche essa problematica. Ogni prova ottenuta in conformità con le norme del Regolamento dovrebbe essere accettata da un giudice. Penso che questo possa certamente essere il caso, perchè quando le autorità incaricate dell'indagine stanno disponendo certe misure devono seguire il Regolamento. Tuttavia, in certi casi non si sa se le prove siano legali o illegali; se, ad esempio, questo può essere deciso solo in fase processuale. Ad esempio, nelle poche dichiarazioni in cui la Corte europea dei diritti dell'uomo ha detto che l'imputato ha il diritto di interrogare i testimoni dell'accusa. In molti Paesi nella fase preliminare del procedimento, il procuratore interroga il testimone solo, senza cioè la presenza della difesa. Non so quale sarà la soluzione che adotterà il Regolamento, ma nel caso in cui il testimone non fosse interrogato nuovamente nella fase del processo dalla difesa, la sua dichiarazione, secondo la Corte europea non potrebbe essere usata nel giudizio. Dobbiamo quindi fornire qualche istruzione al giudice del processo, se usare o meno le prove raccolte dall'EPPO.

Passo infine alla terza e ultima questione, quella del controllo giurisdizionale delle decisioni di accusa. Questo è il tema più controverso. Come ho già detto, ci sono diverse soluzioni. Ho già portato l'esempio della Germania in cui non esiste il controllo giurisdizionale sulla funzione accusatoria del procuratore. E poi l'esempio dell'Austria, dove c'è l'indagine accusatoria, ma con controllo giurisdizionale sin dal primo momento nella fase preliminare. E ancora, abbiamo Paesi in cui è presente il giudice per le indagini preliminari e dove è previsto anche un controllo giurisdizionale. La questione sta quindi nello scegliere se la decisione del procuratore di dare avvio alle indagini, di continuarle e di chiuderle, debba essere o meno sottoposta ad un controllo giurisdizionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo non impone direttamente che ci debba essere un controllo giurisdizionale. Ma, in linea con quanto ho suggerito, e cioè che l'EPPO segua standards più alti per la tutela dei diritti dell'uomo, credo che le decisioni dell'EPPO debbano essere sottoposte ad un controllo giurisdizionale.

Lo sviluppo dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel settore penale e le perduranti difficoltà nelle procedure investigative riguardanti più Stati membri

Relazione non rivista dall'autore

Akos Farkas

Direttore dell'Istituto di Giustizia Penale, Università di Miskolc

L'Autore, dopo aver ricordato i traguardi raggiunti nel settore penale dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'UE, si sofferma sulle principali difficoltà che si incontrano nelle procedure investigative riguardanti più Stati membri. Tra le più problematiche, l'Autore segnala la raccolta delle prove e il loro uso.

È un mio privilegio essere ospite della Fondazione Basso nella città eterna. Negli scorsi 16 anni ho partecipato a diverse conferenze concernenti il Pubblico Ministero europeo (EPPO). Nel corso di questi 16 anni di lavoro sulla tematica del diritto europeo, molte cose sono accadute: una comune definizione di diritto penale europeo è stata accolta; e nuove istituzioni (Europol, Eurojust, European Judicial Networking) sono state create nel campo della cooperazione penale. Ora ci troviamo dinanzi al varco per la creazione dell'EPPO. I contorni del panorama legale ed istituzionale irrompono sulla scena come se gli elementi di questo panorama fossero stati indicati da alcuni giuristi ed lo stesso sistema di diritto penale si fosse ridestato. Non possiamo ancora carpire elementi decisivi del sistema ed i possibili legami tra gli elementi stessi. Ciò che è chiaro è che le nuove istituzioni saranno adottate e saranno funzionanti ed avranno inizio e impatto sulla qualità della cooperazione tra gli Stati membri dell'UE.

I precedenti impianti legali (riconoscimento reciproco, ne bis in idem) sono stati applicati ad un nuovo contesto; ed i gruppi lobbistici (i think tanks) dal lato dell'UE stanno cercando di nascondere l'orientamento del Diritto Penale Europeo. Il problema degli avvocati penali dell'UE è ben noto. Come possiamo fare chiarezza ed indagare sui reati e portare dinanzi la Corte criminali responsabili che hanno commesso reati aventi carattere transnazionale – possiamo dire che hanno commesso reati dell'UE? Come possiamo migliorare la cooperazione tra le agenzie statali e le Corti al fine di rendere il loro lavoro più efficiente? In questo sistema, le indagini e la raccolta delle prove giocano un ruolo particolarmente importante nei processi transnazionali. A seguire, vorrei parlare di questo argomento poiché penso che tutti gli altri argomenti concernenti l'EPPO siano stati trattati abbastanza chiaramente e dettagliatamente, e discussi dai relatori Hans Nilsson, Peter Csonka,

Fritz Zeder e John Vervaele, le cui presentazioni sono piuttosto particolareggiate. È stata quasi una novità per me che per la prima volta, le fantasie sul Pubblico Ministero europeo siano state ufficialmente concluse da un funzionario addetto. Ecco perché vorrei parlare del più importante percorso della procedura penale investigativa, nazionale e transnazionale.

Non sto dicendo che ci siano dubbi circa l'affermazione che la raccolta di informazioni sia uno dei più importanti compiti dei procedimenti penali. Tuttavia, tale affermazione guadagna significato solo all'interno di un sistema di relazione tra reato, misure e risposte a domande che sono rilevanti per la responsabilità penale, soggetta, naturalmente, a garanzie procedurali oltre che a diritti umani ed a considerazioni di giustizia. Questo si verifica solo se l'acquisizione delle informazioni è intrapresa da autorità investigative o da persone autorizzate a farlo dalla legge. La raccolta delle prove è effettuata da organismi autorizzati in accordo con l'avvocato, facendo giocare, naturalmente, un ruolo importante ai diritti umani ed alle tutele procedurali. L'efficacia del procedimento penale, perciò, dipende dalla raccolta completa di informazioni e prove prive di qualsiasi incertezza. La raccolta di informazioni realizza tale fine in egual misura in ciascuno dei 27-28 sistemi nazionali di giustizia penale.

Dobbiamo, quindi, chiederci come questi sistemi, di indagine e probatori - che hanno, più o meno, norme europee, storiche e culturali unificate, ma hanno anche caratteristiche e tradizioni nazionali forti, così come terminologia e tratti linguistici ben distinti - possano essere riuniti. L'abbattimento delle differenze in termini di cultura, lingua e strutture istituzionali non è un compito facile; anche nel caso di due o più Stati. Tuttavia, i problemi che si presentano, di differenti sistemi linguistici, sistemi dottrinali ed approcci cronologici - come si può vedere, per esempio, nel caso del Corpus Iuris Europaeo, ora anche nell'EPPO - e di un certo numero di accordi, sono praticamente impossibili da risolvere. La fiducia reciproca è la base della cooperazione tra gli Stati membri dell'UE. Tuttavia, la fiducia verso altri sistemi costituzionali dello Stato ed il suo funzionamento in base al principio dello stato di diritto restano imperfetti nonostante tutta la forza impiegata. A causa della difesa del diritto penale come un ultimo baluardo di sovranità, continua ad esserci una mancanza di fiducia reciproca. Questo, a sua volta, lede le possibilità di armonizzare il diritto. È urgente, comunque, trovare nuove modalità di cooperazione, più efficacemente di quanto è avvenuto in passato.

Un modo è il modello di riconoscimento reciproco, che è il modello ufficiale dell'UE in materia penale. Un'altra forma di cooperazione è stata presentata 7 anni fa come risultato di un progetto di ricerca ed è stata presentata anche lo scorso anno in Lussemburgo. Questi modelli (l'armonizzazione dell'assistenza legale istituzionale così come il riconoscimento reciproco) giocano qui un ruolo subordinato.

Il riconoscimento reciproco è stato formulato dal Consiglio di Tampere del 1999, quale principio portante per la cooperazione in materia civile e penale. Il riconoscimento reciproco non è un concetto completamente nuovo nella cooperazione internazionale: la tradizionale assistenza reciproca riconosce anche le decisioni di altri. Tuttavia, le dimensioni sono differenti; e, a differenza dell'Unione europea, il riconoscimento reciproco richiede che gli Stati non possano eseguire direttamente una decisione straniera senza conversione. Varie convenzioni del Consiglio

d'Europa sul trasferimento di esecuzione della sentenza danno la possibilità di eseguire sentenze straniere, dopo la conversione, esponendo, tramite il giudizio, tramite la sentenza, la decisione dello Stato di esecuzione. La Convenzione sul trasferimento delle persone condannate, del 1983, creò due modelli di raccomandazione. Il primo è la conversione della sentenza seguendo le procedure dello Stato di esecuzione. Il secondo, che si avvicina molto al reciproco riconoscimento come applicato nel Diritto dell'Unione, è quello di continuare l'esecuzione della sentenza dello Stato di condanna, nonostante il suo status come uno dei capisaldi dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Sin dal Consiglio di Tampere nel 1999, il concetto di riconoscimento reciproco non è stato definito ufficialmente: è stato costruito su quello della fiducia reciproca e della sicurezza reciproca, in aggiunta alla consapevolezza che le norme della tutela giuridica negli altri Stati membri si trovano più o meno ad un livello equivalente. La regola è che deve esserci reciproca fiducia tra gli Stati membri.

Una seconda verifica trova che altre due condizioni molto rilevanti non sono state soddisfatte, questo è considerato come un segnale di sfiducia ed è come tale inaccettabile. Questo, importante, identifica che il significato del reciproco riconoscimento è limitato al riconoscimento degli atti formali in specifici casi. In altre parole, l'obbligo di riconoscere un Mandato d'arresto europeo, non obbliga ad esempio, l'Ungheria ad adottare la definizione olandese di reato nel suo codice penale nazionale. Richiede solo, ai fini della consegna di una persona ai Paesi Bassi, che le differenze nel diritto penale sostanziale non presentino un impedimento alla consegna. Il riconoscimento reciproco ammette che vi sia una somma di differenze e permette loro di esistere; ma considera queste differenze come un impedimento alla cooperazione. Impone unilateralmente uno standard normativo da parte degli Stati membri che hanno emesso l'ordine di arresto o l'autorizzazione; gli Stati membri di esecuzione possono utilizzare una diversa definizione del reato o altri criteri di sospetto. L'autorità competente a prendere la decisione o a raccogliere la prova potrebbe avere un complesso di norme interamente differente che interferisce con un altro Stato membro; tuttavia, queste differenze non possono ostacolare la strada del riconoscimento.

Casi penali a carattere transnazionale presentano due problemi concernenti la prova, l'ottenimento della prova ed il suo utilizzo una volta ottenuta. Il primo di questi problemi è, innanzitutto, uno relativo alle relazioni internazionali e vari tentativi di produzione legislativa UE hanno affrontato questo problema. Il secondo problema è soprattutto di natura nazionale. La possibile armonizzazione di raccolta delle prove solleva diversi problemi. Uno di questi è che i sistemi penali giudiziari degli Stati membri dell'Unione europea differiscono in termini di cosa permettono di fare alle autorità per la raccolta di prove e l'utilizzo che se ne può fare una volta ottenute. Alcuni hanno argomentato che il programma di reciproco riconoscimento europeo sta andando verso un vicolo cieco; e che nessun ulteriore riconoscimento reciproco sia praticabile a meno che gli Stati membri non siano pronti ad armonizzare le norme sulla raccolta delle prove e sulla loro ammissibilità nei procedimenti penali. Questo problema è contemplato anche nel Trattato di Lisbona; si tenta di risolvere il problema all'articolo 69-A, comma 2, come segue: laddove necessario per facilitare il riconoscimento reciproco delle

sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione transnazionale, il Parlamento europeo e il Consiglio possono, mediante direttive adottate secondo la procedura legislativa ordinaria, [...] occuparsi della reciproca ammissibilità delle prove tra gli Stati membri; dei diritti individuali nei procedimenti penali individuali; anche i diritti delle vittime della criminalità; altri elementi specifici della procedura penale individuati dal Consiglio in via preliminare mediante una decisione; per adottare tale decisione, il Consiglio delibera all'unanimità, previa approvazione del Parlamento europeo. La scelta dello Stato inquirente non risolve il problema connesso con l'organizzazione e con l'attività tecnologica delle indagini; o, se le indagini sono state condotte per suo conto, lo Stato di esecuzione deve permettere lo svolgimento di queste indagini o condurle per conto dello Stato inquirente. Questo è possibile solo se lo Stato di esecuzione consente l'applicazione della legge straniera e dia assistenza fornendo organizzazione ed assistenza logistica. Il permesso di applicare la legge straniera, che si basa su considerazioni dello Stato Sovrano, presuppone la conoscenza della legge. In tale contesto, un problema di coordinare il controllo e la gestione delle indagini deve essere risolto. Se le autorità dello Stato inquirente svolgono un'indagine nello Stato di esecuzione, allora le norme giuridiche dello Stato inquirente sono generalmente applicabili. Ma questo come si risolve se lo Stato di esecuzione conduce le indagini? Le autorità inquirenti (Polizia o Procura) - che hanno il compito di sovrintendere le indagini nella fase investigativa - hanno il diritto di indirizzare le autorità inquirenti dello Stato di esecuzione? In questo caso, chi è responsabile dell'ente investigativo dello Stato di esecuzione? E qual è il rapporto tra le varie istruzioni individuali che vengono date rispettivamente dall'organismo responsabile nello Stato inquirente e da quello dello Stato di esecuzione?

Quindi, un ulteriore problema si riscontra nell'uso di lingue diverse. La proposta alternativa affronta una questione in relazione agli interpreti, nominati nell'interesse degli imputati, sebbene le competenze linguistiche svolgono un ruolo particolarmente centrale quando si tratti di indagini che coinvolgano più di due Stati. In un'indagine condotta dallo Stato inquirente la sua stessa lingua è quella preponderante. Là la conoscenza è un requisito fondamentale per la comunicazione tra i gruppi investigativi collegati dei vari Stati di esecuzione. La conoscenza della lingua dello Stato di esecuzione o di un'altra lingua comune è indispensabile per una cooperazione efficace. Eppure, cosa si verifica nei casi in cui un'indagine viene condotta dallo Stato di esecuzione?

Come sono poi garantiti i diritti dello Stato inquirente? E come deve essere applicata la conoscenza pratica sull'indagine? Quale lingua è la lingua delle indagini e quale lingua viene utilizzata per coordinare le indagini? In alcuni paesi questo non fa alcuna differenza se le lingue ufficiali di Stato sono le stesse; nella maggior parte degli Stati membri, tuttavia, la necessità di una profonda comprensione della lingua e del diritto relativo alle indagini non causa un problema diretto. Quindi, ci sono alcuni che non lo considerano un problema importante quello della conoscenza della lingua e della legge, o credono che possa essere risolto a breve scadenza.

Va sottolineato che la precisione dei protocolli di un'indagine è di primaria im-

portanza per l'esattezza dei risultati in materia di responsabilità penale; infatti, è di più notevole importanza anche della decisione dello Stato inquirente di accusare un indagato o della successiva ammissione della prova in un processo. Questo perché i fatti vengono comunicati per mezzo della lingua. Se troviamo soluzioni a questi problemi, la questione del trasferimento delle prove può essere risolta facilmente; e le prove ottenute dallo Stato di esecuzione possono anche offrire tutele nelle Corti degli Stati inquirenti con l'UE.

Le conseguenze dell'istituzione della Procura europea negli Stati membri dell'Unione. Profili di diritto penale sostanziale

Relazione rivista dall'autore

Rosaria Sicurella

Docente di Diritto Penale, Università di Catania

L'Autore, riflettendo sulle ineludibili esigenze di rispetto dei diritti fondamentali e dei principi di certezza del diritto, di legalità e di eguaglianza che la creazione della Procura europea dovrà garantire nello svolgimento delle sue funzioni, critica la vaghezza e l'ambiguità delle previsioni contenute nell'art. 86 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). Sottolinea inoltre la necessità che venga adottato un corpus di norme di diritto penale sostanziale che vada a costituire il diritto penale applicabile dalla Procura europea affinché sia garantita la piena efficacia della stessa. L'Autore, infine, si sofferma sulla proposta di direttiva sulla protezione degli interessi finanziari, evidenziando i punti di criticità e quelli maggiormente ambiziosi.

PREMESSA

Il vivace dibattito attualmente in corso a livello europeo circa i contenuti dell'atto normativo deputato a sancire – secondo quanto previsto dall'art. 86 TFUE – l'istituzione di una Procura europea, costituisce il segnale inequivocabile di un fondamentale “cambio di passo” realizzatosi con riguardo a tale tematica e la mutata considerazione delle molteplici e complesse questioni a questa connesse non più considerate frutto di sterili speculazioni scientifiche interessanti pochi esperti, ma questioni ormai entrate di diritto nell'agenda politica non solo europea ma anche nazionale.

Risulta pertanto quanto mai necessario in tale nuovo contesto – a fronte della ineludibile concretezza delle questioni attuative che una tale prospettiva dischiude – individuare ed analizzare con puntuale rigore tutte le conseguenze che l'istituzione di tale organo è destinato a produrre sugli ordinamenti nazionali; e ciò a tutti i livelli: politico-costituzionale, normativo, operativo. In effetti, l'istituzione di una Procura europea – cioè di un vero e proprio organo inquirente sovranazionale, titolare dell'azione pubblica a tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea da esercitarsi dinanzi alle giurisdizioni nazionali di volta in volta competenti, e che a tal fine è titolare di penetranti poteri di indagine i cui effetti sono deputati ad esplicarsi su tutto il territorio dell'Unione – non può che comportare significative implicazioni, prima ancora che con riguardo alla inevitabile limitazione e al condizionamento delle competenze delle autorità di indagine nazionale, quanto alle scelte di fondo fatte dai vari ordinamenti circa i criteri che reggono la

struttura organizzativa e la distribuzione di competenze tra le autorità nazionali coinvolte nella fase di indagine (scelte spesso ancorate a precise disposizioni costituzionali), e pertanto con riguardo al 'modello' di autorità giudiziaria inquirente prescelto da ciascuno di essi. Non solo. Tali questioni sono logicamente destinate ad intrecciarsi con la tematica essenziale e politicamente sensibile – laddove affrontata con la consapevolezza della tendenziale esclusività della competenza attribuita alla Procura europea – concernente l'individuazione del diritto materiale applicabile da tale organo, e i numerosi interrogativi che questa pone circa la necessità di fattispecie sovranazionali (e quindi il riconoscimento di una competenza dell'Unione ad adottare norme penali direttamente applicabili dai giudici nazionali ai singoli) o, in alternativa, le conseguenze di opzioni diverse (tutte ovviamente meno ambiziose) fondate su un sostanziale rinvio al diritto nazionale, sebbene 'europeizzato' in quanto concepito e/o ri-elaborato in attuazione di strumenti europei di armonizzazione. Tematiche, queste, estremamente complesse e poliedriche e che per tale ragione vanno attentamente esaminate al fine di coglierne tutte le possibili implicazioni. In particolare, una riflessione seria e scevra da pregiudizi circa l'istituzione di una Procura europea non può in alcun modo essere circoscritta alle conseguenze che questa sia in grado di produrre in termini di maggiore efficacia della risposta repressiva – nell'ambito di una 'ordinaria' valutazione costi/benefici di tale scelta, laddove i 'costi', non solo meramente economici ma anche *lato sensu* 'politici' (sia in termini di raggiungimento del consenso, sia in termini di 'adeguamento' degli ordinamenti interni, sul piano normativo come su quello operativo), risulterebbero messi in bilanciamento con le previsioni di maggiore efficacia della risposta repressiva ai fenomeni criminosi interessanti le finanze europee –, ma deve altresì prendere attentamente in considerazione l'impatto di tale opzione sull'ordinamento europeo nel suo complesso, e più precisamente le conseguenze in termini di rispetto di quei diritti fondamentali inevitabilmente 'esposti' a possibili violazioni in relazione alle attività di indagine (in particolare laddove relative ad ipotesi criminose coinvolgenti più Stati e pertanto comportanti l'impiego di strumenti di cooperazione).

La collocazione della riflessione sulla istituzione della Procura europea nell'ambito della più ampia tematica della tutela dei diritti fondamentali – che rappresenta la cifra connotante il presente volume – ha pertanto il pregio di consentire di analizzare le molte questioni che una tale istituzione solleva nella loro fisiologica pluridimensionalità: non solo in relazione alla dimensione repressiva dell'Unione ma altresì nell'altrettanto rilevante – sebbene oggi spesso negletta o comunque marginalizzata – dimensione garantistica di una tale istituzione destinata a consentire (laddove correttamente attuata) il superamento di elementi di forte tensione da tempo denunciati in riferimento all'attuale situazione della cooperazione giudiziaria in materia penale, in special modo con riguardo al principio di uguaglianza dei cittadini europei.

Un tale approccio 'in chiave garantistica' presenta peraltro l'ulteriore pregio di restituire a propria volta (e in modo speculare e biunivoco) la giusta importanza alla succitata complessità e varietà di questioni che l'istituzione di una Procura europea solleva; questioni che sono ben lungi dall'essere circoscritte alle conseguenze scaturenti sul piano *stricto sensu* processuale (relativamente alla disciplina

della fase delle indagini a livello nazionale e in special modo relativamente ai rapporti tra una tale Procura europea e gli organi di indagine nazionale) e che di contro investono inevitabilmente anche il diritto penale sostanziale, laddove una tale istituzione impone di confrontarsi con la questione dell'individuazione del diritto penale applicabile da parte di un tale organo.

PROCURA EUROPEA E TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI NELL'UNIONE EUROPEA

La tematica della tutela dei diritti fondamentali, al di là delle (spesso) aprioristiche obiezioni espresse dalle voci più critiche della costruzione europea, ha rappresentato, alla luce dei fatti, uno dei due fondamentali 'motori' del processo di integrazione europea¹; accanto alle dinamiche senza dubbio 'più evidenti' innescate dall'unione economica e gli obiettivi connessi all'attuazione del mercato unico europeo.

Dalla ricca e significativa elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia delineata in materia a partire dagli anni Settanta, alla sua prima istituzionalizzazione all'art. F2 del Trattato di Maastricht ed alla successiva consacrazione all'art. 7 TUE del Trattato di Amsterdam (istitutivo di una prima forma di controllo politico del Consiglio sugli Stati membri), fino all'adozione della "Carta dei diritti fondamentali" dell'Unione europea divenuta oggi, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (e l'esplicita affermazione, all'art. 6 TUE, del relativo carattere vincolante), l'asse portante della dimensione europea della tutela dei diritti, è infatti emersa in modo evidente la costante tensione dell'ordinamento sovranazionale a sviluppare e formalizzare un autonomo sistema di tutela dei diritti fondamentali che consentisse a tali principi di esplicare quella funzione al tempo stesso direttiva e critica dell'azione dei poteri pubblici che è a questi generalmente riconosciuta all'interno di uno Stato di diritto². Seppur inizialmente concepita come attività interpretativa (*rectius* interpretativo-creativa) funzionale alla completa affermazione del principio di preminenza del diritto dell'ente sovranazionale sul diritto nazionale – principio difficilmente accettabile nell'originaria situazione di evidente carenza dell'ordinamento comunitario relativamente alla tutela dei diritti fondamentali, che ne avrebbe di fatto comportato una regressione anche a livello interno³ –, l'attività giurisprudenziale della Corte di Giustizia (e la contestuale opera di deduzione in via pretoria di un catalogo di diritti fondamentali) ha in realtà costituito un fattore ineliminabile di completamento dell'ordinamento so-

1 Come da tempo rilevato da Mireille Delmas-Marty in molti dei suoi scritti, tra i quali si segnala (a titolo meramente esemplificativo), *Les grands systèmes de politique criminelle*, Paris, 1992, in particolare p. 354 ss.

2 In tal senso, cfr. F. Sudre – C.J. Monnet, "La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le Traité d'Amsterdam: vers un nouveau système de protection des droits de l'homme?", *La Semaine juridique*, 1998, p. 9 ss. Per una interessante analisi delle diverse dinamiche che hanno determinato la progressiva definizione e affermazione di una dimensione di tutela dei diritti fondamentali propria della costruzione europea, cfr. O. De Schutter, *Les droits fondamentaux dans le projet européen. Des limites à l'action des institutions à une politique des droits fondamentaux*, in *Une Constitution pour l'Europe. Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, a cura di O. De Schutter – P. Nihoul, Bruxelles, 2004, p. 81 ss.

3 In particolare, il graduale riconoscimento di principi tratti dal novero dei principi costituzionali consacrati negli ordinamenti nazionali ha tendenzialmente escluso il conflitto con i sistemi nazionali più esigenti (come quello italiano e tedesco); in tal senso, tra gli altri, cfr. B. de Witte, "Community Law and National Constitutional Values", *Legal Issues of European Integration*, 1991, p. 1 ss., in particolare p. 22.

vrannazionale in senso democratico⁴, e ha rappresentato un momento essenziale del processo di autonomizzazione dell'ordinamento giuridico comunitario rispetto agli ordinamenti degli Stati membri⁵. Da più parti definito quasi un processo di "costituzionalizzazione", la graduale emancipazione della costruzione europea ha infatti necessitato un incessante impegno della Corte di Giustizia nella ricostruzione di una sua precisa legittimazione, attraverso un'interpretazione, al tempo stesso sistematica, teleologica e soprattutto dinamica dei trattati, a seguito della quale questi hanno progressivamente acquisito le caratteristiche di una "legge superiore", insieme causa ed effetto di un tale processo in *fieri*, di cui per l'appunto il riconoscimento e l'adeguata tutela dei diritti fondamentali rappresentano una componente assolutamente indefettibile⁶.

Lungi dall'essere casuale, appare di contro logico che la prima istituzionalizzazione di una dimensione di tutela dei diritti fondamentali propria dell'Unione sia coincisa con il primo ingresso 'ufficiale', avvenuto a Maastricht, della materia penale nelle dinamiche della costruzione europea (sebbene in forme e con strumenti – quelli definiti nel titolo VI del trattato, il c.d. terzo pilastro – assolutamente diversi rispetto a quelli 'ordinari' dell'ordinamento comunitario), e che il progressivo sviluppo ed approfondimento della stessa sia avvenuto in parallelo con la progressiva estensione delle competenze dell'Unione e più specialmente la sempre maggiore pregnanza e pervasività delle competenze in materia penale realizzata attraverso le disposizioni del Trattato di Amsterdam e, sebbene in forma meno significativa ed innovativa, del Trattato di Nizza. Una parabola evolutiva, quella appena delineata, oggi culminata nel riconoscimento di una penetrante competenza di ravvicinamento e armonizzazione dei sistemi penali interni sancita agli artt. 82 e 83 TFUE e, per il settore degli interessi finanziari dell'Unione, l'art. 325 TFUE (cui devono aggiungersi le disposizioni relative al potenziamento di Euro-

4 Cfr. F. Capotorti, "Il diritto comunitario non scritto", *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1986, in particolare pp. 411-412. Sull'evoluzione della tutela dei diritti fondamentali all'interno dell'ordinamento comunitario, cfr. J. Vergès, *Droit fondamentaux de la personne et principes généraux du droit communautaire*, in *L'Europe et le droit*, Mélanges en hommage à Jean Boulois, Paris, 1991, p. 513 ss.; adde, A. Clapham, *Human Rights and the European Community: A Critical Overview*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1991, p. 29 ss.; G. Grasso, "La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali degli Stati membri", *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1991, p. 617 ss. e bibliografia ivi citata; C. O'Neil, "The European Court taking Rights Seriously?", *Common Market Law Review*, 1992, p. 669 ss.; G. Tesaura, "I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia", *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1992, p. 426 ss. Per una sintesi della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia, cfr. CGCE 18 dicembre 1997, Daniele Annibaldi c. Sindaco del Comune di Guidonia e Presidente Regione Lazio, causa C-309/96, Racc. p. 7493, in particolare punti 12-13.

5 Per una più ampia trattazione di tali questioni, sia consentito rinviare a R. Sicurella, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005, p. 402 ss..

6 Cfr. J.L. Da Cruz Vilaça – N. Piçarra, "Y a –t-il des limites matérielles à la révision des traités instituant les Communautés européennes?", *Cahiers de droit européen*, 1993, p. 10. A titolo meramente indicativo, nell'ambito dell'ampia bibliografia in proposito, cfr. A. Cassese, "La costituzione europea", *Quaderni costituzionali*, 1991, p. 487 ss.; D. Curtin, "The constitutional structure of the Union: a Europe of bits of pieces", *Common Market Law Review*, 1993, p. 17 ss.; O. Due, *A Constitutional Court for the European Communities*, in *Constitutional Adjudication in European Community and National Law*, a cura di D. Curtin – D. O'Keefe, Dublin 1993, p. 17 ss.; e nella stessa miscellanea, cfr. F.J. Jacobs, *Is the Court of Justice of the European Communities a Constitutional Court?*, p. 25 ss.; J.-P. Jacqué, *Cour générale de droit communautaire*, in *Collected Courses of the Academy of European Law*, vol. I, 1990, p. 237 ss., in particolare pp. 256-317; G. Mancini, "The making of a Constitution for Europe", *Common Market Law Review*, 1989, p. 595 ss.; J. Misho, "Un rôle nouveau pour la Cour de Justice?", *Revue du Marché Commun*, 1990, p. 681 ss.; H. Rasmussen, *The Court of Justice of the European Communities and the process of integration*, in *Fédéralisme et Cours Suprêmes*, Bruxelles, 1991, p. 199 ss.; J. Stein, "Lawyers, judges and the making of a transnational constitution", *The American Journal of International Law*, 1981, p. 1 ss.; J.H.H. Weiler, "The Transformation of Europe", *The Yale Law Journal*, 1991, p. 2403 ss.

just (art. 85 TFUE) e, per l'appunto, la previsione della istituzione di una Procura europea (art. 86 TFUE), cui fa da contraltare proprio la disposizione dell'art. 6 TUE, che oltre a sancire il carattere vincolante della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (ergendo i diritti in essa sanciti ad inequivocabile criterio di giudizio di compatibilità con l'ordinamento dell'Unione sia degli atti delle istituzioni europee che degli atti delle istituzioni nazionali posti in essere in attuazione di strumenti europei), dispone altresì l'adesione dell'Unione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

L'indiscussa centralità di una tale dinamica è d'altronde inequivocabilmente messa in luce dal Programma di Stoccolma (intitolato: "Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini")⁷ in cui gli obiettivi programmatici sono articolati e declinati, coerentemente con quanto annunciato nel titolo, nella prospettiva della definizione di uno spazio comune che ambisce ad essere un'area geografica che si connota per l'indiscussa 'primazia' del cittadino europeo, inteso non più esclusivamente quale *homo economicus* (titolare di diritti e libertà strettamente correlate con la dimensione economica: libertà di circolazione e stabilimento finalizzate all'esercizio di attività economiche), ma come persona; una prospettiva densa di implicazioni prima ancora che sul piano delle singole iniziative normative, su quello degli stessi caratteri essenziali dell'ordinamento europeo che non possono non essere improntati ai principi dello Stato di diritto con ciò che ne consegue sul piano dell'impianto garantistico e democratico.

Non vi è chi non veda la varietà e delicatezza delle questioni che la prospettiva della creazione di una Procura europea è destinata a sollevare proprio in relazione alle ineludibili esigenze di rispetto dei diritti fondamentali, per ciò che attiene non solo alle regole destinate a disciplinare i poteri di indagine dei membri della Procura europea (e il controllo sull'esercizio degli stessi da parte dell'autorità giudiziaria) ma anche alle regole destinate a perimetrare l'ambito di competenza del nuovo organo e più precisamente le regole destinate a individuare il diritto applicabile da tale organo; questione che chiama in causa non solo i principi di certezza del diritto e di legalità ma anche il già citato principio di eguaglianza, ad oggi significativamente intaccato, anche in quei settori normativi che hanno fatto l'oggetto di interventi di armonizzazione – *in primis* proprio il settore della tutela degli interessi finanziari – dalla persistenza di risposte repressive fortemente differenziate.

Tale principio risulta infatti inevitabilmente disatteso in ragione del perdurare di significative differenze circa l'*an* e il *quomodo* della risposta che a certi fenomeni criminosi lesivi di interessi comuni – e più precisamente sovranazionali, facenti capo all'Unione e che dovrebbero conseguentemente vedere assicurata un'omogeneità di tutela su tutto il territorio europeo – viene apprestata nei diversi Stati membri, con inevitabili quanto nefaste conseguenze sul piano della reale efficacia della stessa azione di contrasto condotta, in ragione della perdurante possibilità di situazioni di *forum shopping*; possibilità che lungi dall'essere remota risulta di contro costituire la norma nella fenomenologia criminosa propria delle

7 GU C 115, 4-5-2010.

principali figure di reato aventi ad oggetto gli interessi finanziari dell'Unione, quali forme 'tipiche' di quella criminalità economico-finanziaria per la quale la preventiva valutazione del "rischio di pena" rientra da sempre nella ordinaria valutazione costi/benefici su cui è fondata la decisione dell'agente di realizzare il reato.

Si tratta in effetti di una tematica non solo concettualmente fondamentale e imprescindibile ma altresì politicamente 'pesante', dipendendo dalla risposta che a tale questione verrà data l'ampiezza ed intensità dei poteri della Procura europea e, specularmente, l'impatto 'erosivo' di una tale istituzione sulle competenze delle autorità nazionali.

A fronte di tali premesse non può non sollevare perplessità la vaghezza – se non anche l'ambiguità (plausibilmente ricercata) – dell'art. 86 TFUE al riguardo, la cui formula normativa non risulta in alcun modo disporre un percorso 'in parallelo' all'istituzione del nuovo organo quanto alla definizione del diritto applicabile, con conseguenze per lo più non auspicabili non solo in termini di efficacia e coerenza dell'azione del nuovo organo, ma altresì in termini di garanzia.

IL DIRITTO PENALE APPLICABILE DALLA PROCURA EUROPEA: SILENZI E AMBIGUITÀ DELL'ART. 86 TFUE

Sebbene non possa in alcun modo essere negata la debolezza politica dell'art. 86 TFUE – che lungi dal disporre direttamente l'istituzione di una Procura europea si 'limita' a introdurre la necessaria base giuridica per una futura ed eventuale decisione all'unanimità del Consiglio (in assenza della quale si prevede possa comunque procedersi nelle forme di una cooperazione rafforzata laddove vi sia la volontà in tal senso di almeno nove Stati membri) –, deve tuttavia riconoscersi che non sono certamente assenti, né di scarso rilievo, precise scelte di fondo operate dal Trattato con riguardo non solo ai connotati istituzionali e funzionali di un tale organo, ma altresì per ciò che attiene ai relativi caratteri strutturali.

In particolare, lasciando volutamente ai margini di queste brevi considerazioni le molte questioni sollevate dalla sibillina espressione impiegata all'art. 86 TFUE relativamente alla istituzione di un tale organo "a partire da Eurojust" – espressione di cui è stata pressochè unanimemente criticata l'inconsistenza euristica, ma che tuttavia fornisce un dato inequivocabile quanto significativo per ciò che attiene alla natura giurisdizionale (e non meramente amministrativa) dell'organo in questione –, devono senza dubbio essere attentamente prese in considerazione tutte le implicazioni della formula prescelta per definire la competenza di una tale Procura europea, deputata a "individuare, perseguire e rinviare a giudizio [...] gli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione". Formula, questa, da cui discendono inequivocabilmente alcuni caratteri strutturali essenziali del futuro organo, non solo quanto alla natura dello stesso, qualitativamente differente rispetto ad Eurojust, dalla cui costola esso è destinato ad originare – trattandosi non di (mero) organo di cooperazione (seppur molto avanzata e con non pochi elementi di verticalizzazione, destinati peraltro ad approfondirsi stando alla lettera dell'art. 85 TFUE), ma di organo propriamente sovranazionale (e quindi inconfontabilmente di 'integrazione') –, ma altresì quanto al modello di autorità inquirente prescelta: un modello di procura 'forte', organo *dominus* dell'intera fase di indagine, risultando direttamente ed esclusivamente attribuiti ad esso (e non ripartiti

con altri soggetti, *in primis* con gli organi di polizia, come avviene invece in altri ordinamenti quali quello inglese) tutte le principali funzioni che appartengono alla fase pre-processuale.

Nessuna indicazione egualmente stringente e decisiva è dato di contro riscontrare con riguardo al diritto materiale applicabile dalla Procura europea.

Sul punto è doveroso precisare come il *vulnus* della disposizione in esame non sia in alcun modo da individuare nei termini ampi e piuttosto generici impiegati per indicare i reati di competenza della Procura europea; e ciò sia con riguardo a quello che può essere definito il nucleo duro delle competenze del nuovo organo (i *core crimes*) individuato all'art. 86 par.2 TFUE nei "reati che ledono gli interessi finanziari", sia laddove, al par. 4 dello stesso articolo, si prospetta la possibilità di una contestuale o successiva "estensione di attribuzioni" della Procura europea "alla lotta alla criminalità grave che presenta una dimensione transnazionale". Stante infatti la natura sostanzialmente costituzionale delle disposizioni dei Trattati che dei diversi organi e istituzioni sono deputate a dettare la struttura, le funzioni, gli ambiti di competenza (in vista di una definizione degli equilibri tra di essi), ma alle quali non spetta la puntuale definizione delle regole che questi devono applicare nell'esercizio delle loro rispettive competenze, le suindicate espressioni possono essere ritenute adeguate ad assolvere alla funzione di attribuzione e delimitazione di competenze che dal trattato deve attendersi. Un tale *vulnus* è di contro senza dubbio da individuare nella previsione dell'art. 86 par.3 TFUE che nell'indicare i contenuti 'necessari' del regolamento istitutivo di una tale procura – cioè dell'atto di c.d. legislazione secondaria deputato a disciplinare nel dettaglio struttura ed organizzazione del nuovo organo e altresì l'esercizio delle relative funzioni – fa espressamente menzione esclusivamente dello "statuto della Procura europea", delle "condizioni di esercizio delle sue funzioni", delle "regole procedurali applicabili alla sua attività", delle "regole di ammissibilità delle prove" e delle "regole applicabili al controllo giurisdizionale degli atti procedurali che adotta nell'esercizio delle sue funzioni". Nulla dice di contro circa le fattispecie per le quali l'organo inquirente europeo sarebbe competente (né tantomeno lascia intendere che tale regolamento sia destinato a contenere la definizione dei fatti criminali di competenza, e quindi delle vere e proprie fattispecie sovranazionali destinate ad essere direttamente applicate ai singoli dai giudici penali nazionali dinanzi ai quali l'organo inquirente europeo eserciterà l'azione penale; con ciò lasciando 'cadere nel vuoto' il riferimento, contenuto al par.2 dello stesso art. 86 TFUE, ai "reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione *quali definiti dal regolamento previsto al paragrafo 1*" (che è lo stesso regolamento di cui il par.3 detta i contenuti), e conseguentemente indebolendo – se non addirittura frustrando definitivamente – ogni aspettativa di un testo normativo recante una sorta di mini codice per la tutela degli interessi finanziari, con la definizione oltre che delle regole di procedura, anche delle regole di diritto penale sostanziale. Un'aspettativa, questa, che, come si avrà modo di precisare di seguito nel testo, lungi dall'essere velleitaria, risulta non solo legittima ma altresì, almeno in certa misura, pienamente fondata e logica in termini di coerenza ed efficacia della scelta operata con l'istituzione di un tale organo.

È peraltro un silenzio che non può non considerarsi eloquente laddove in par-

tiolare il testo dell'art. 86 par.3 TFUE sia messo in relazione con il testo proposto dalla Commissione europea alla Conferenza Intergovernativa di Nizza proprio ai fini della introduzione di un'apposita disposizione, l'art. 280 bis TCE (art. 280 a) TCE), recante per l'appunto l'istituzione di un Pubblico Ministero europeo (in termini in larga misura coincidenti dal punto di vista dei connotati strutturali di un tale organo con quanto oggi previsto all'art. 86 TFUE); testo che, oltre ad istituire il Pubblico Ministero, conteneva un riferimento esplicito ad un atto di diritto derivato deputato a fissare "gli elementi costitutivi delle fattispecie e delle pene" che avrebbero rappresentato l'ambito di competenza materiale del nuovo organo dell'accusa a livello europeo⁸. A fronte di tale 'pesante' precedente, il silenzio dell'art. 86 par.3 TFUE mostra quanto meno la reticenza dei redattori del trattato di esplicitare quelle che non possono non essere considerate *inevitabili implicazioni* della creazione di una Procura europea (sul piano del diritto penale sostanziale). Una conclusione, questa, che conduce inevitabilmente a nutrire forti perplessità con riguardo all'interpretazione prospettata anche da autorevole dottrina secondo la quale il riferimento contenuto all'art. 86 par.2 TFUE ai reati "quali definiti dal regolamento previsto al paragrafo 1" rappresenti la base giuridica necessaria per l'adozione – contestualmente alla istituzione di una Procura europea – di un *corpus* di fattispecie penali sovranazionali (e quindi di un certo numero di fattispecie incriminatrici comuni direttamente applicabili ai singoli da parte dei giudici nazionali), destinato a concretizzare l'ampia nozione di "reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione", definendo (in senso pieno) il diritto penale applicabile dalla Procura europea⁹.

È una lettura, questa, forse favorevolmente condizionata dall'esperienza del "*Corpus juris* recante disposizioni penali per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea"¹⁰, documento ormai a tutti noto, e che ha animato per più di un quindicennio il dibattito sulla necessità/opportunità di un vero e proprio diritto penale europeo 'settoriale' (in quanto limitato al settore della tutela degli interessi

8 Contributo complementare della Commissione alla conferenza intergovernativa sulle riforme istituzionali, La tutela penale degli interessi finanziari comunitari: un Procuratore europeo, Comunicazione del 29 settembre 2000, COM(2000) 608 (pubblicato anche in allegato 1 al Libro verde sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una Procura europea, 11. COM(2001)715 def.12.2001.).

9 Una tale lettura (sebbene in verità formulata con riguardo alle disposizioni dell'art. III-274 del Trattato costituzionale di cui tuttavia l'art. 86 TFUE riprende fedelmente i contenuti) è stata prospettata, tra gli altri, da A. Bernardi, "Riserva di legge" e fonti europee in materia penale, in *Annali dell'Università di Ferrara, Scienze giuridiche, Nuova Serie*, vol. XX, 2006, p. 5; S. Manacorda, *Los estrechos caminos de un derecho penal de la Unión europea. Problemas y perspectivas de una competencia penal «directa» en el Proyecto de Tratado constitucional*, in *Criminalia*, 2004, p. 208 ss.; L. Picotti, *Il Corpus juris 2000. Profili di diritto penale sostanziale e prospettive di attuazione alla luce del progetto di Costituzione europea*, in *Il Corpus juris 2000. Nuova formulazione e prospettive di attuazione*, Padova, 2004, pp. 80 e 85-86. Nel senso che l'art. 86 TFUE sancisca la competenza a stabilire con regolamento esclusivamente le norme di condotta (ed eventuali disposizioni di carattere generale), mentre con riguardo alle sanzioni, in assenza di un esplicito riferimento alle stesse nell'art. 86 TFUE, il regolamento non potrebbe comunque superare la soglia fissata in termini generali all'art. 83 TFUE, dovendosi pertanto limitare all'introduzione di "norme minime", intese tuttavia quali "standard" di riferimento anche molto puntuali sebbene sprovvisti di diretta applicabilità, cfr. C. Sotis, *Le novità in tema di diritto penale europeo*, in *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di M. D'Amico – P. Bilancia, Milano, 2009, p. 156

10 "*Corpus Juris*" portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne, a cura di Delmas-Marty, Parigi, 1997 (per la traduzione italiana, a cura di R. Sicurella, cfr. Verso uno spazio giudiziario europeo. *Corpus Juris* contenente disposizioni penali per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea, Milano, 1997). Per la seconda (e ultima) versione del suddetto documento (il c.d. *Corpus juris 2000*), cfr. *La mise en œuvre du Corpus Juris dans les Etats membres*, a cura di Delmas-Marty – Vervaele, Antwerpen-Groningen-Oxford, Intersentia, 2000, vol. I (per la traduzione italiana a cura di R. Sicurella, cfr. *Corpus juris 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, a cura di Grasso – Sicurella, Milano, 2003, 195 ss.)

finanziari europei), e in cui la previsione della creazione di un Pubblico Ministero europeo (che per l'appunto in tale documento fa la sua prima apparizione) si accompagna ad un seppur limitato 'sistema' di disposizioni di diritto penale europeo, non solo di carattere processuale ma altresì sostanziale, sia di parte speciale che di parte generale.

Tuttavia, un tale approccio sistemico risulta essere stato progressivamente abbandonato. Il "Libro Verde sulla tutela degli interessi finanziari e la creazione di una Procura europea"¹¹, sebbene di poco successivo alla pubblicazione del *Corpus juris* 2000, e sebbene ampiamente ispirato alle proposte di tale documento, presenta la creazione della Procura europea, da un lato, e l'introduzione di disposizioni comuni di diritto penale sostanziale e procedurale, dall'altro, come questioni sostanzialmente autonome o comunque non necessariamente inscindibili; cosicché l'introduzione di fattispecie comuni – nel senso più pregnante di fattispecie sovranazionali – risulta in tale testo esclusivamente una delle opzioni possibili, accanto ad altre fondate su una più o meno spinta armonizzazione delle disposizioni nazionali.

Alla luce di tali considerazioni, l'impressione che parrebbe imporsi dalla lettura dell'art. 86 TFUE è che la sola componente rimasta sia il dato 'istituzionale', cioè la creazione di un organo inquirente sovranazionale, dotato di ampi poteri di indagine da esercitare su tutto il territorio dell'Unione (in forme e modi che il regolamento istitutivo è deputato a definire, con riguardo innanzitutto all'articolazione dei rapporti con gli organi di indagine nazionali), con una 'strategica' eliminazione delle altre componenti di 'unificazione' che nel *Corpus juris* andavano a formare un insieme sistematico (complessivamente) coerente. In particolare, la puntuale definizione dell'ambito materiale di competenza – e più precisamente l'esatta perimetrazione dell'azione di un tale organo da un punto di vista dei comportamenti criminosi rilevanti –, parrebbe estromessa dai contenuti 'necessari' di un tale regolamento, quale questione che possa eventualmente essere risolta al di fuori della specifica legislazione regolante il nuovo organo. La lettura combinata dei par. 2 e 3 dell'art. 86 TFUE parrebbe pertanto legittimare un'interpretazione riduttiva del termine "definire" quale mera previsione in astratto dell'ambito di competenza della Procura europea, attraverso l'indicazione del *nomen iuris* comunemente attribuito a certe condotte (modello peraltro ricorrente in altri documenti europei)¹², o addirittura attraverso il mero rinvio ad altri testi normativi che, nel settore della tutela degli interessi finanziari, prevedono la (più o meno puntuale) descrizione di condotte ritenute lesive di tali interessi; con la conseguenza di (poter) risultare (per lo meno *prima facie*) demandata ad altre 'fonti' – cioè ad atti normativi diversi dal suddetto regolamento istitutivo, eventualmente retti, quanto alla relativa adozione e soprattutto alla relativa efficacia incisiva e di penetrazione negli ordinamenti interni, da regole e dinamiche diverse (rispetto

11 COM(2001)715 def., cit.

12 Si veda ad esempio la Decisione quadro 2002/584/GAI del 13 giugno 2002 "relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri (GU L 190, 18-7-2002) che all'art. 2, recante la lista dei reati per i quali viene esclusa la doppia incriminazione, utilizza proprio l'espressione "quali definiti", con riferimento per l'appunto ad una semplice indicazione nominativa.

alla diretta applicabilità del regolamento) –, la definizione del diritto applicabile da parte del nuovo organo. Prospettiva, questa, che reca con sé evidenti rischi di incoerenza e inadeguatezza di un tale assetto normativo rispetto alla indubbia 'novità' rappresentata dal nuovo organo che imporrebbe di contro che sia proprio il regolamento istitutivo la 'fonte naturale' del diritto applicabile da parte della Procura europea.

NECESSITÀ CONCETTUALE E GIURIDICA DI UN DIRITTO PENALE EUROPEO DEI "REATI CHE LEDONO GLI INTERESSI FINANZIARI DELL'UNIONE EUROPEA"

A fronte della fin qui denunciata ambiguità della formula normativa dell'art. 86 TFUE, la definitiva conclusione circa l'imprescindibilità o meno – rispetto alla istituzione di una Procura europea – della introduzione di regole comuni di diritto penale sostanziale non può tuttavia in alcun modo essere esclusivamente fondata su quanto affermato in tale disposizione. Più precisamente, della formula normativa dell'art. 86 TFUE deve mettersi in evidenza, oltre a ciò che questa esplicitamente sancisce, anche ciò che, pur rimanendo inespresso, di quanto affermato risulta tuttavia una logica implicazione, e cioè le dinamiche che inevitabilmente una tale istituzione è destinata ad innescare, e tra queste senza dubbio la definizione (anche eventualmente progressiva) di norme penali sovranazionali (e quindi di un primo nucleo di diritto penale europeo); e ciò peraltro supportato dalla (necessaria) lettura di una tale disposizione nel quadro complessivo delle disposizioni del trattato, e in particolare delle disposizioni di principio relative all'attuazione dell'obiettivo dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia di cui l'art. 86 TFUE rappresenta, in certa misura, una specifica articolazione.

In effetti, ad un'attenta analisi, non solo ragioni di efficienza della Procura europea (e quindi nell'ottica di una valutazione funzionale), ma altresì ragioni di legittimazione complessiva (nel senso ampio non di mera legittimazione formale ma di una legittimazione fondata su autorevolezza e credibilità dell'istituzione e del progetto complessivo che una tale istituzione sottende) militano a favore della necessità/imprescindibilità dell'adozione contestuale di un *corpus* di norme di diritto penale sostanziale che vada a costituire il *diritto penale applicabile* dalla Procura europea.

Laddove alla centralizzazione della fase delle indagini e dell'esercizio dell'azione penale (nel senso della decisione circa l'esercizio dell'azione) non seguisse sul piano degli ambiti della responsabilità individuale dei soggetti presunti autori di tali reati e delle relative conseguenze afflittive una tendenziale omogeneità (e quindi una omogeneità di fondo della risposta punitiva), risulterebbe in primo luogo frustrato il fine ultimo della tutela efficace degli interessi finanziari, in ragione della perdurante possibilità per i presunti autori di trarre vantaggio dalla persistente significativa diversità delle legislazioni penali, potendo strategicamente scegliere di organizzare la realizzazione del reato in modo da evitare di incorrere nella sanzione penale o in certe conseguenze più severe; e ciò nonostante i poteri di una eventuale Procura europea abbiano consentito di individuare tali soggetti. Non solo. Anche la funzione di deterrenza perseguita a monte dalla normativa europea (di armonizzazione) recante misure di natura penale a tutela

degli interessi finanziari europei (e cioè la c.d. funzione di prevenzione generale della qualificazione di certe condotte quali illeciti penali), risulterebbe conseguentemente frustrata. Ma più in generale risulterebbe frustrato, proprio con riguardo agli interessi finanziari – cioè gli interessi sovranazionali per eccellenza e propri dell'Unione – il raggiungimento di quel *sensu commune di giustizia* che costituisce una delle finalità essenziali delle iniziative dell'Unione nell'attuazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, laddove il perdurare di risposte essenzialmente eterogenee escluderebbe l'ulteriore funzione del precetto penale definita dai penalisti di "orientamento culturale" (o prevenzione generale positiva), precludendo a monte ogni funzione del precetto penale (nazionale, laddove non unificato o per lo meno non adeguatamente armonizzato) di assurgere a norma di comportamento (lecito), da cui ricavare quindi linee di comportamento. Più precisamente, la persistenza di scenari normativi sensibilmente diversi a fronte di fenomeni criminosi concernenti condotte lesive degli interessi finanziari dell'Unione – cioè beni per i quali gli Stati membri sono già oggi chiamati, attraverso il ricorso alle tecniche dell'assimilazione e dell'armonizzazione, ad apprestare un'adeguata tutela anche sul piano della repressione penale – potrebbe di contro creare una situazione di *disorientamento culturale*, laddove non si riuscisse a veicolare una sostanziale convergenza dei giudizi di disvalore sottesi alle scelte di penalizzazione concretamente effettuate poi dagli Stati, sia per quanto attiene alla selezione delle condotte da sottoporre a pena, sia per ciò che riguarda l'intensità e la gravità della risposta sanzionatoria. Una situazione, questa, destinata a minare altresì, più globalmente, la congruità/razionalità della risposta repressiva a forme di lesione di beni sovranazionali, in ragione del logico quanto necessario collegamento con il principio di eguaglianza tra cittadini europei che si trovino a rispondere dinanzi alla giustizia (nazionale) per una medesima condotta lesiva di un dato bene sovranazionale, principio inevitabilmente disatteso in un contesto normativo disomogeneo quale quello ancora oggi vigente.

Non vi è chi non veda, alla luce di quanto fin qui sommariamente esposto, il rischio significativo quanto realistico di delegittimazione di una opzione politica che punti alla introduzione di un organo inquirente sovranazionale senza un complesso normativo relativo al diritto applicabile; cui deve aggiungersi altresì l'evidente dissonanza concettuale del perdurare di una tale eterogeneità normativa a fronte dell'introduzione di un organo inquirente ormai titolare dell'azione 'pubblica' europea sull'intero territorio dell'Unione, quale difesa comune degli interessi comuni/sovranazionali che non può se non logicamente poggiare su una valutazione unica ed univoca dei comportamenti elevati a reato e del disvalore ricondotto a questi e tradotto nel trattamento sanzionatorio.

Tuttavia, ben oltre la fin qui rilevata *necessità concettuale* della definizione di un seppur limitato e settoriale diritto penale europeo della tutela degli interessi finanziari, deve altresì concludersi nel senso di una *necessità giuridica* della stessa, in quanto condizione essenziale, alla luce degli argomenti fin qui passati in rassegna, per una piena efficacia e funzionalità della Procura europea, e per tale via ai fini di una piena attuazione dell'obiettivo comune della realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia di cui l'istituzione di un tale organo rappresenta, come già accennato, una specifica estrinsecazione. Più precisamente,

l'istituzione di una Procura europea, oggi al centro del dibattito politico, segna la precisa scelta degli Stati di fare ricorso ad uno degli 'strumenti' più impegnativi previsti dal Trattato nella realizzazione dello Spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia, e pertanto di intraprendere un percorso 'evolutivo' di un tale spazio che segni il progressivo ma netto distacco dal modello (ad oggi predominante) della cooperazione muovendo nella direzione di una sempre più profonda integrazione. Sebbene la formula normativa adottata denunci al riguardo se non una ipocrisia per lo meno la perdurante reticenza e l'assenza di una solida e sufficientemente diffusa volontà politica circa i modi e i termini dell'attuazione di un tale organo, la definitiva risoluzione quanto alla relativa istituzione non potrà non comportare precise ed ulteriori scelte di fondo da parte del legislatore europeo in grado di assicurare la piena funzionalità di tale organo e per tale via la relativa autorevolezza e credibilità quale componente connotante lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia che costituisce come prima ricordato un "obiettivo" dell'Unione e come tale vincolante per il legislatore europeo con riguardo a tutte le iniziative (normative e non) a questo connesse.

Laddove correttamente interpretata quale norma di sistema nell'economia complessiva del trattato, e in particolare di quella parte del trattato consacrata alla dimensione penale dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia (il capo 4 del Titolo V), la disposizione dell'art. 86 TFUE rivela appieno la propria funzione (e, conseguentemente, se ne può ricostruire l'effettiva portata precettiva): con riferimento (innanzitutto) allo specifico settore della tutela degli interessi finanziari, essa definisce un percorso specifico – e essenzialmente diverso e più incisivo – rispetto agli strumenti normativi (le direttive di ravvicinamento delle legislazioni penali previste agli artt. 82 e 83 TFUE) e istituzionali (Eurojust, organo di cooperazione 'avanzata') predisposti nella generalità dei settori di competenza dell'Unione; un percorso inequivocabilmente connotato, stando al tenore dello stesso disposto normativo dell'art. 86 TFUE, in termini di integrazione e sovranazionalità, caratteri che lungi dall'essere circoscrivibili alla sola componente istituzionale non possono logicamente non connotare anche la componente 'normativa' del diritto applicabile da parte della Procura europea. Una notazione, questa, che oltre a confortare sul piano non esclusivamente logico-concettuale ma altresì giuridico la necessità di una certa unificazione del diritto applicabile dalla Procura europea, conduce altresì a riconoscere alla disposizione dell'art. 86 TFUE quella che potrebbe definirsi una *funzione di scopo* rispetto a tutte le iniziative che nel settore della tutela degli interessi finanziari verranno intraprese dal legislatore europeo e che non potrebbero logicamente se non muovere nella direzione di quella profonda integrazione che la disposizione dell'art. 86 TFUE inequivocabilmente prefigura.

I CONTENUTI DEL DIRITTO PENALE EUROPEO A TUTELA DEGLI INTERESSI FINANZIARI DELL'UNIONE

Sebbene sia trascorsa oltre una decade dalla pubblicazione del "Libro Verde sulla tutela penale degli interessi finanziari della Comunità e la creazione di un Pubblico Ministero europeo", gli esiti dell'ampia consultazione lanciata dalla Commissione con la pubblicazione del suddetto documento – e che ha coinvolto

non solo accademici e soggetti delle istituzioni (europee e nazionali) ma anche operatori del diritto –, esiti sintetizzati nel successivo rapporto di *follow up* pubblicato nel 2003¹³, rappresentano ancora oggi un punto di partenza senza dubbio significativo laddove ci si confronti con la questione fondamentale dei possibili contenuti di un primo nucleo di disposizioni penali sovranazionali (limitatamente al settore della tutela degli interessi finanziari europei). Ma ancor prima di illustrare le posizioni emerse in quell'occasione, un dato essenziale – e assolutamente significativo nell'ambito delle riflessioni qui condotte – deve essere sottolineato: l'unanime denuncia di inadeguatezza del quadro normativo (all'epoca) esistente che finirebbe con il 'depotenziare', laddove istituita, una eventuale autorità inquirente anche dotata di importanti poteri di indagine (riducendo significativamente il relativo plus valore rispetto alla situazione attuale della cooperazione giudiziaria in materia penale, e, per tale via, inficiando la sua stessa ragion d'essere). Pertanto, pur riconoscendo la difficoltà (politica innanzitutto, ma non solo) di concepire una totale 'unificazione' delle disposizioni di diritto penale sostanziale rilevanti nel settore della tutela degli interessi finanziari europei – e quindi una soluzione che, sulla scia delle proposte del *Corpus juris*, muova essenzialmente nella direzione di un mini codice di regole di diritto penale (processuale e sostanziale) deputate a dettare una disciplina tendenzialmente 'esaustiva' (e speciale rispetto alle regole nazionali) e destinata ad essere applicata in tutti i casi rientranti nella competenza della Procura europea –, il summenzionato rapporto di *follow up* consente di rilevare l'ampio consenso su una soluzione che potrebbe definirsi mediana e che vedrebbe l'adozione di un certo numero di norme penali comuni (e più precisamente di precetti sovranazionali) che, in ossequio al generale principio di sussidiarietà europea, risulterebbero rigorosamente circoscritte a quegli aspetti e questioni per le quali una tale unificazione si presenti come strumento "strettamente necessario" all'azione della Procura europea. La lettura del rapporto consente altresì di rilevare come, stando al trend emerso dalla consultazione, rientrino in ciò che è ritenuto "strettamente necessario", in particolare in ossequio al principio di legalità (da tempo assunto al rango di diritto fondamentale dell'ordinamento dell'Unione) non solo le fattispecie applicabili (innanzitutto frode, corruzione e riciclaggio, considerate l'inscindibile triade dell'azione dell'Unione in materia di tutela degli interessi finanziari), ma anche reati comunque collegati a tale settore, come le frodi in appalti o alcuni reati commessi da pubblici funzionari europei o nazionali che gestiscono fondi europei, quali l'abuso d'ufficio), ma anche, per lo stesso principio di legalità, e per il principio di proporzionalità, le previsioni sanzionatorie. Con riguardo a queste ultime viene peraltro da più parti denunciata l'insufficienza dell'armonizzazione condotta dagli strumenti adottati in materia e la necessità di un intervento più significativo e di ampio respiro che coinvolga non solo i livelli edittali (con riguardo ai quali sono d'altronde note le difficoltà che incontra qualunque iniziativa di ravvicinamento a fronte di parametri quantitativi e qualitativi strettamente dipendenti dal complessivo assetto *lato sensu* sanzionatorio prescelto da ciascun ordinamento, in cui en-

13 COM(2003)128 def.

trano in gioco fattori molto diversi, tra i quali, per esempio, il potere riconosciuto alle autorità che presiedono alla esecuzione della pena di incidere sulla pena effettivamente eseguita, e pertanto di fatto di ri-definire la pena espiata, come avviene in Italia con il giudice dell'esecuzione) ma anche la previsione di certe sanzioni complementari (come l'esclusione dagli uffici pubblici europei o dall'attribuzione di benefici economici gravanti sulle finanze europee) e più in generale l'insieme dei fattori che in tutti i sistemi concorrono a definire la risposta sanzionatoria (per esempio le circostanze aggravanti e attenuanti), tra i quali viene altresì annoverato l'istituto della prescrizione, additato come uno dei settori in cui l'estrema eterogeneità di soluzioni nazionali esistenti è all'origine di intollerabili differenze tra uno Stato e l'altro (assolutamente incompatibili con il principio di uguaglianza, anch'esso diritto fondamentale dell'Unione).

Una prospettiva piuttosto ambiziosa, quindi, quella che emerge dal rapporto, che prelude al riconoscimento (quale implicazione necessaria dell'istituzione di una Procura europea) di una seppur limitata competenza dell'Unione europea a formulare precetti penali in tale specifico settore, competenza che, ben oltre l'attuale opera di armonizzazione ed inquadramento delle disposizioni penali nazionali, comporti la puntuale formulazione delle fattispecie criminose, comprensive delle relative disposizioni sanzionatorie.

Non solo. Il rapporto affronta altresì la fondamentale questione, a tutt'oggi dibattuta, relativa alla imprescindibilità o meno, accanto alla previsione di fattispecie incriminatrici comuni, di disposizioni di parte generale anch'esse di natura sovranazionale; soluzione che consentirebbe il superamento dei profili di tensione con i principi generali, nonché di più complessivi profili di incoerenza, che scaturirebbero dalla più semplice soluzione di un mero rinvio sul punto ai diritti nazionali, ed in particolare al diritto nazionale del paese di svolgimento del processo in cui tali fattispecie dovrebbero di volta in volta essere applicate. In effetti, l'opzione metodologica che limitasse l'unificazione normativa alla formulazione di fattispecie incriminatrici finirebbe con il dimostrarsi, oltre che discutibile sul piano della legalità ed in evidente contrasto con il principio di eguaglianza dei cittadini europei, assolutamente inefficace in termini di tutela, e ciò in ragione della diretta incidenza dell'operatività degli istituti di parte generale sull'ampiezza applicativa delle fattispecie di parte speciale; con la conseguenza di una unificazione che si rivelerebbe una "frode delle etichette"¹⁴. La formulazione di disposizioni di parte generale, infatti, rappresenta la sola via in grado di tradurre sul piano normativo sovranazionale la valutazione quanto all'effettiva ampiezza applicativa di ciascuna fattispecie (risultante dal combinato disposto della fattispecie base e delle clausole di parte generale), e per tale via assicurare una maggiore rispondenza alle istanze sottese al principio di uguaglianza.

Non possono al riguardo tacersi i molti rilievi critici che ad una tale prospet-

¹⁴ Per una più puntuale indagine sul punto, ci sia consentito rinviare a R. Sicurella, *Some reflections on the need for a general theory of the competence of the European Union in criminal law*, in *Substantive Criminal Law of the European Union*, a cura di A. Klipp, Antwerpen-Apeldoorn-Portland, 2011, in particolare p. 242 ss.; Id., *Setting up a European Criminal Policy for the Protection of EU Financial Interests: Guidelines for a Coherent Definition of the Material Scope of the European Public Prosecutor's Office*, in *Towards a Prosecutor for the European Union*, vol. 1, a cura di K. Ligeti, Oxford and Portland, 2013, in particolare, p. 898 ss.

tiva vengono mossi e che poggiano (oltre che su una 'naturale' resistenza a processi di ravvicinamento normativo destinati a rimettere in questione regole interne espressione di consolidate tradizioni giuridiche, molto più di quanto non avvenga con riguardo alle disposizioni di parte speciale) sulla tensione che una tale prospettiva innescherebbe comunque in relazione con il principio di eguaglianza, prefigurando regole di parte generale 'differenziate' e 'speciali' con riguardo ai reati di competenza della Procura europea rispetto a quelle applicabili alla generalità dei reati. Al riguardo, deve tuttavia sottolinearsi come una tale 'diversità di trattamento', pur non esente da profili di criticità, risulti tuttavia meno problematica (e 'derogatoria') di quanto non possa apparire in prima battuta, e ciò (oltre che in ragione di possibili, quanto temuti, fenomeni di armonizzazione 'a cascata' che implicherebbero una (certa) progressiva 'contaminazione' di altri settori normativi da parte delle regole europee), in ragione del fatto che non possa certo ritenersi sconosciuta o eccezionale la possibilità di una diversità di approcci ermeneutici – e conseguentemente di una diversità di esiti processuali – secondo i settori normativi di riferimento relativamente ad istituti di parte generale (si pensi alle molte differenziazioni che registra l'accertamento del dolo o della colpa); con la conseguenza che una tale prospettiva si collocherebbe nel solco di prassi già consolidate e che, laddove adeguatamente inquadrate e garantisticamente arginate, non dovrebbero risultare a *priori* inaccettabili.

Quelle fin qui sommariamente illustrate costituiscono in verità indicazioni che, alla luce dei più recenti dibattiti in materia, devono ritenersi ancor oggi assolutamente valide e condivisibili, e possono pertanto rappresentare la tela di fondo a partire dalla quale ricostruire e concretizzare in termini di formulazione normativa il diritto penale applicabile dalla Procura europea, innanzitutto per ciò che attiene all'esatta individuazione dei fatti illeciti rientranti nella locuzione "reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione" impiegata all'art. 86 TFUE. Tale questione pone l'interprete dinnanzi all'alternativa tra una interpretazione rigorosamente letterale, e inevitabilmente restrittiva, della suddetta locuzione, che faccia leva sull'esatta portata semantica del verbo "ledere" – che richiama, tecnicamente, il concetto di effettiva lesione del bene, nel caso di specie le finanze europee – o piuttosto optare per un'interpretazione estensivo - funzionale rispetto alla quale il verbo "ledere" sarebbe in grado di abbracciare una serie molto più ampia di ipotesi in cui un danno effettivo potrebbe non sussistere, e che si porrebbero, nella fenomenologia criminosa ricorrente con riguardo alle frodi europee, quali condotte statisticamente costituenti anelli della catena criminosa che coinvolge ipotesi di frode. In tal caso l'espressione "reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione" risulterebbe sinonimo di "reati che *offendono* gli interessi finanziari dell'Unione", nel senso ampio di reati che *concernono* gli interessi finanziari, o che comunque *hanno un impatto* sugli interessi finanziari; lettura che suona senza dubbio forzata (e per certi versi persino non corretta) alle orecchie del penalista (abituato a confrontarsi con il carattere tassativo delle formule normative delle fattispecie penali, ciò che tuttavia le disposizioni del trattato non sono) ma che appare, sotto determinati profili, più convincente.

La scelta in favore dell'una o dell'altra non è evidentemente neutra quanto alla delimitazione dell'ambito di intervento della Procura europea e, conseguente-

mente, quanto all'impatto della relativa istituzione ed attuazione sugli ordinamenti interni e, per ciò che qui più interessa, quanto all'ampiezza di un eventuale intervento di unificazione del diritto penale applicabile da tale organo.

Nella prima ipotesi, infatti, la competenza della Procura europea risulterebbe subordinata al dato strutturale, all'elemento costitutivo, del *danno effettivo* prodotto dalle condotte in questione alle finanze europee. Un'opzione ermeneutica, questa, che andrebbe a definire gli ambiti di competenza della costituenda Procura europea in termini significativamente più restrittivi rispetto a quanto prefigurato dalle definizioni normative proposte nel *Corpus juris* 2000, in cui l'effettiva lesione degli interessi finanziari è elevata ad elemento costitutivo della fattispecie esclusivamente nella definizione dei fatti di corruzione e abuso d'ufficio (mentre nella prima versione pubblicata nel 1997 essa era presente esclusivamente nella definizione delle condotte di malversazione); mentre per le restanti figure criminali, laddove prevista, la lesione è esclusivamente potenziale (frode agli interessi finanziari e rivelazione di segreti d'ufficio). Di contro, l'esclusione del danno effettivo quale elemento costitutivo dei reati di competenza della Procura europea – che necessiterebbe a monte l'adesione ad una lettura non rigorosa del termine “ledere” – avrebbe quale logica conseguenza una maggiore ampiezza (e altresì un'inevitabile ‘fluidità’) degli ambiti di competenza di tale organo.

In verità, uno sguardo ad altre versioni linguistiche del Trattato consente di rilevare come i termini impiegati per descrivere l'ambito di competenza della Procura europea risultino per lo più meno stringenti (di quanto non avvenga con il termine “ledere” della versione italiana) e non implicanti il requisito del danno effettivo alle finanze europee; così legittimando un'interpretazione del testo che, pur rimanendo nell'alveo di una interpretazione rigorosamente letterale, prefigura ambiti di competenza più ampi rispetto a quelli individuati dalle proposte del *Corpus juris*. Eloquente al riguardo la differenza tra la formula impiegata all'art. 86 TFUE nella versione inglese del trattato – “crimes affecting the financial interests of the Union” – e il verbo “to harm” che si rinviene di contro nelle proposte del *Corpus juris*; una notazione che deve portare logicamente a concludere nel senso di una maggiore ampiezza della prima (e pertanto di una competenza della Procura europea che vada al di là di quanto previsto nel *Corpus juris*), ma che apre a sua volta l'ulteriore questione, una volta abbandonata la ‘certezza’ del requisito strutturale del danno effettivo alle finanze europee, di individuare i criteri di delimitazione di una tale competenza, e così individuare con certezza i “reati che offendono gli interessi finanziari dell'Unione”. Se una tale formula è senza dubbio idonea a coprire ipotesi di c.d. pericolo concreto, cioè ipotesi in cui, pur non essendosi la produzione del danno, sia tuttavia riscontrabile un'effettiva esposizione a pericolo delle finanze europee, senza dubbio meno indiscussa (e prevedibilmente osteggiata) appare la possibilità di sussumere sotto tale formula anche reati che, pur avendo quale precipuo e diretto oggetto di tutela beni diversi, potrebbero considerarsi, stante la fenomenologia criminosa che interessa le finanze europee, reati *lato sensu* ‘strumentali’ rispetto alla tutela degli interessi finanziari europei, in quanto logicamente coinvolti nella definizione di una coerente strategia di tutela di tali fondamentali interessi. Una tale ricostruzione condurrebbe ad includere nell'ambito della ‘naturale’ competenza della Procura europea non solo

i reati aventi ad oggetto la moneta unica¹⁵ – che non poche voci in dottrina hanno d'altronde da sempre ritenuto afferire naturalmente nella nozione (tradizionalmente intesa in senso ampio) di “interessi finanziari”¹⁶ – ma altresì i reati dei pubblici funzionari europei contro la Pubblica amministrazione comunitaria (corruzione, malversazione, ecc.). Una tale opzione ermeneutica, senza dubbio controversa, appare tuttavia sotto molti aspetti più coerente non solo da un punto di vista pratico-funzionale (assicurando una maggiore efficacia dell'azione della Procura europea, che non risulterebbe dipendente dal fatto che si riesca a dimostrare l'effettivo danno o l'effettiva esposizione a pericolo delle finanze europee) ma altresì da un punto di vista giuridico (in ragione della consolidata considerazione della prevenzione e del contrasto della corruzione – come anche, più in generale, delle forme di malversazione – negli strumenti normativi europei quale componente ineliminabile della strategia anti-frode, a prescindere dall'esistenza di un danno effettivo o potenziale alle finanze europee), e anche da un punto di vista *lato sensu* politico (potendo risultare incomprensibile all'opinione pubblica l'assenza di competenza della Procura europea con riguardo a condotte illecite di una categoria di soggetti peraltro spesso considerata privilegiata, e per di più destinata in tal modo a restare spesso impunita, a causa di condizioni di responsabilità imbrigliate nella eterogeneità degli ordinamenti penali).

Alla luce di tali argomenti, supportati da testi normativi che costituiscono l'*acquis* nel settore della tutela degli interessi finanziari, non appare infondato sostenere che l'ambito di competenza della futura Procura europea copra anche condotte che solo potenzialmente e indirettamente sono in grado di ledere o esporre a pericolo gli interessi finanziari.

La lettura delle prescrizioni dell'art. 86 TFUE nel complessivo contesto normativo previsto dal Trattato per l'attuazione dell'obiettivo della realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia conduce peraltro alla conclusione per cui una tale prospettiva 'unificatrice' non potrebbe in alcun modo portare ad una aprioristica esclusione di qualunque unificazione di istituti di parte generale, o più precisamente di profili specifici e puntuali degli stessi per i quali una unificazione si presenti necessaria rispetto all'obiettivo dell'efficacia ed equivalenza dell'azione della Procura europea e pertanto giustificata alla luce del principio di sussidiarietà europea; cosicché non può essere escluso, ma anzi auspicato, che il

15 Sul punto sia consentito rinviare a R. Sicurella, *Setting up a European Criminal Policy for the Protection of EU Financial Interests: Guidelines for a Coherent Definition of the Material Scope of the European Public Prosecutor's Office*, in *Toward a Prosecutor for the European Union*. Vol. 1: A Comparative Analysis, a cura di Ligeti, Oxford, 2012, 885-886. Si veda inoltre in questo volume il contributo di F. Bianco, *Tutela dell'euro e competenza della Procura europea nel futuro scenario dell'Unione*, p. check Nel senso della naturale afferenza della tutela dell'euro alla sfera di competenza della Procura europea si sono pronunciate molte delle voci intervenute nel dibattito lanciato dalla Commissione europea sul Libro verde sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di un pubblico ministero europeo (COM(2001) 715 def.); cfr. Rapporto sulle reazioni al Libro verde relativo alla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e la creazione di un pubblico ministero europeo, COM(2003) 128 def., punto 3.2.1.1. Nella medesima direzione muovono altresì le proposte contenute nelle Conclusioni dell'European Public Prosecutor Working Group (Madrid, 29 giugno-1luglio 2009), consultabili sul sito www.fiscal.es (si vedano in particolare i §§ 2.2.2. e 2.3.4) che sposano un'interpretazione ampia della nozione “reati che ledono gli interessi finanziari” contenuta all'art. 86 TFUE.

16 Cfr. A. Bernardi, *Presentazione*, in *La tutela penale dell'euro. Teoria e prassi*, a cura di A. Bernardi, Padova, 2005, p. XV; E. Mezzetti, *Quale giustizia per l'Europa? Il «Libro verde» sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di un pubblico ministero europeo*, in *Cass. Pen.*, 2002, 3963.

diritto applicabile dalla Procura europea consti anche di disposizioni comuni relativamente ad istituti di parte generale. Preme comunque precisare che iniziative in tale direzione non avrebbero (*rectius* non dovrebbero avere) l'obiettivo di fissare una definizione dogmatica comune di certe nozioni o istituti, con esiti oltremodo conflittuali, oltre che non direttamente rilevanti in termini di armonizzazione della repressione, ma indicare quanto più chiaramente possibile i requisiti di rilevanza, e in concreto le situazioni o condotte, che devono essere sussunte in tali nozioni e che pertanto devono ritenersi rientrare tra i fatti penalmente rilevanti (con riguardo alla tutela degli interessi finanziari) di competenza della Procura europea. Tali interventi di 'unificazione' di istituti di parte generale potrebbero in verità essere condotti in forme anche molto diversificate; cosicché, accanto all'introduzione di veri e propri precetti europei recanti norme di parte generale, un'armonizzazione della parte generale potrebbe risultare di fatto condotta anche attraverso puntuali scelte di formulazione della fattispecie incriminatrice, e precisamente la 'tipizzazione' di possibili condotte *lato sensu* concorsuali, elevando ad autonomo titolo di 'reato' (*rectius* prevedendo autonomi obblighi di penalizzazione relativamente a) specifiche condotte prodromiche (considerate comunque come rilevanti in termini di offensività), o prevedendo nella descrizione del fatto soglie di punibilità o cause di esclusione della responsabilità, ecc.

Il fisiologico coinvolgimento – laddove si decida di apprestare una tutela penale a livello sovranazionale – anche di istituti di parte generale trova peraltro riscontro nelle disposizioni delle direttive penali adottate a partire dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e nelle quali è dato rilevare, accanto ad obblighi di penalizzazione che coprono una gamma più o meno ampia di condotte criminose, la costante presenza di disposizioni che fissano un esplicito obbligo di penalizzazione relativamente alle ipotesi di tentativo e di partecipazione criminosa alle condotte descritte nel medesimo testo. Un dato, questo, senza dubbio emblematico della ritenuta naturale (e inevitabile) afferenza (e interferenza) di tali istituti rispetto alla definizione dell'area del penalmente rilevante, ma che, stando all'approccio finora seguito dalle direttive adottate, rivela altresì un evidente paradosso laddove tali direttive non forniscono alcun criterio 'comune' ai fini della valutazione di rilevanza delle suddette ipotesi di tentativo o partecipazione, di fatto rinviando sul punto alle singole discipline nazionali e per tale via di fatto rimettendo ai diritti nazionali parte delle valutazioni di penalizzazione effettuate a livello europeo.

Si tratta di una soluzione che risulta ovviamente non logicamente percorribile laddove ci si confronti con la prospettiva di definire un diritto penale comune applicabile da parte della Procura europea; una prospettiva che – è doveroso ribadire –, pur senza dubbio erosiva dell'attuale discrezionalità delle autorità nazionali al riguardo (discrezionalità peraltro già ampiamente ridimensionata dai processi di ravvicinamento normativo in corso da decenni), non si muove secondo una logica di 'separatezza' di tale diritto comune (di matrice europea) rispetto ai singoli ordinamenti interni, essendo comunque i giudici nazionali, dinnanzi ai quali (in assenza di un'autorità giurisdizionale penale europea di cui il trattato non fa alcuna menzione) la Procura europea esercita l'azione penale, deputati ad interpretare ed applicare un tale diritto. Situazione, questa, che logicamente prelude ad una

vera e propria 'integrazione' di tale diritto nelle maglie degli ordinamenti interni (analogamente, d'altronde, a quanto avviene in altri settori normativi sin dalle origini della costruzione europea).

I (TROPPO TIMIDI) PICCOLI PASSI NELLA DEFINIZIONE DEL DIRITTO PENALE EUROPEO APPLICABILE DALLA PROCURA EUROPEA. LE 'FONTI ALTERNATIVE' ALL'ART. 86 TFUE E LA PROPOSTA DI DIRETTIVA SULLA TUTELA PENALE DEGLI INTERESSI FINANZIARI DELL'UNIONE

Se appare indubbia l'imprescindibilità di un ulteriore salto qualitativo con l'introduzione di norme comuni di diritto penale sostanziale che consentano di sottrarre l'ambito di competenza della Procura europea al ginepraio dell'attuale eterogeneità delle disposizioni vigenti a livello nazionale, altrettanto indubbia, alla luce delle considerazioni prima formulate, risulta la debolezza precettiva al riguardo dell'art. 86 TFUE, che rischia di legittimare resistenze e 'fughe' degli Stati verso paradigmi dell'intervento del legislatore europeo meno vincolanti.

Le incongruenze prima accennate circa la formula normativa dell'art. 86 TFUE non consentono in effetti di individuare in tale disposizione la base giuridica indiscussa di iniziative di unificazione del diritto penale sostanziale (nel senso già più volte ribadito di iniziative tese ad introdurre precetti sovranazionali); il che non esclude, ovviamente – stante la rilevata necessità di un tale intervento e la relativa legittimità, pertanto, rispetto al principio di sussidiarietà europea – che laddove vi fosse una precisa volontà politica in tal senso, il regolamento istitutivo della Procura europea possa contenere un primo nucleo di fattispecie sovranazionali, costituendo anzi, per certi versi, il 'luogo naturale' del diritto penale applicabile dalla Procura (sebbene, stando al tenore letterale della norma, e sulla base di un rigoroso rispetto del principio delle competenze di attribuzione, la possibilità di introdurre, attraverso il regolamento ivi previsto, veri e propri precetti sovranazionali, parrebbe risultare ad oggi preclusa)¹⁷.

Laddove tuttavia una tale volontà politica sia da ritenersi insussistente (come appare al momento innegabile), e sia di conseguenza esclusa la possibilità di introdurre nell'ambito del regolamento istitutivo vere e proprie fattispecie penali sovranazio-

¹⁷ Deve peraltro essere sottolineato come l'introduzione di veri e propri precetti europei nell'ambito del regolamento istitutivo, sebbene auspicabile alla luce delle considerazioni svolte circa le esigenze di efficacia e legittimità dell'azione del nuovo organo, sollevi tuttavia non poche perplessità sul piano della legittimazione democratica, in ragione del carattere derogatorio (rispetto alla c.d. procedura legislativa ordinaria) della procedura normativa richiamata all'art. 86 TFUE che prevede l'adozione del regolamento istitutivo della Procura europea all'unanimità del Consiglio previa (mera) approvazione del Parlamento europeo. Sebbene l'ormai consolidata dialettica istituzionale tra Consiglio e Parlamento europeo abbia dato vita a prassi virtuose secondo le quali in nessun caso è sostanzialmente preclusa la piena partecipazione dell'istanza parlamentare europea alla definizione dei contenuti dell'atto normativo (prassi che pertanto hanno avuto quale esito l'essenziale 'scoloritura' dei tratti distintivi e derogatori della procedura qui in questione rispetto alla procedura legislativa ordinaria) (sul punto, cfr. L. De Matteis, Relazione presentata al Convegno su La protezione dei diritti fondamentali e procedurali dalle esperienze investigative dell'Olaf all'istituzione del Procuratore Europeo), non può non essere denunciato il vulnus che una tale soluzione presenta, adombrando (almeno in linea teorica) la situazione paradossale di un (possibile) deficit democratico – da anni denunciato e faticosamente in via di superamento con la generalizzazione a Lisbona della procedura di co-decisione – proprio con riguardo al primo atto costituente una vera e propria normazione penale europea. Nel senso di una complessiva legittimità democratica di tale procedura speciale, in quanto (e fintantoché) impiegata per l'adozione di atti che realizzano forme (seppur incisive) di armonizzazione (e non di unificazione), cfr. A. Nieto Martín, Principio di legalità e EPPO, in Le sfide dell'attuazione della Procura europea: necessità di norme penali comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni, a cura di G. Grasso – G. Illuminati – R. Sicurella – S. Allegrezza, Milano, 2013 (in corso di stampa).

nali, il diritto applicabile dalla Procura europea non può se non essere, in definitiva, il diritto nazionale (se e in quanto) armonizzato in attuazione degli strumenti normativi adottati in materia di tutela degli interessi finanziari. L'attuazione della Procura europea poggerebbe quindi su una costruzione fondata su due pilastri assolutamente diversi per 'forma' e 'natura': sovranazionale, il pilastro istituzionale, e nazionale (anche se armonizzato), il pilastro normativo; soluzione che si pone evidentemente in termini problematici quanto alla tenuta ed efficacia del sistema.

A fronte di una tale prospettiva, un ruolo di primo piano è destinata ad assumere la proposta di direttiva sulla tutela degli interessi finanziari (direttiva PIF), presentata dalla Commissione (nella sua ultima versione) l'11 luglio 2012¹⁸, sul cui testo il negoziato parrebbe ormai giunto alle battute finali, e sulla quale, da più di un decennio, riposano le aspettative di un miglioramento ed approfondimento dell'armonizzazione nel settore della tutela degli interessi finanziari; aspettative che non possono se non risultare ulteriormente alimentate dalla peculiare e fondamentale funzione che un tale testo, nel mutato contesto istituzionale (rispetto al momento della presentazione della prima proposta nel 2001¹⁹), è destinato ad assolvere: quella di definire il diritto penale applicabile dalla Procura europea.

In effetti, i risultati delle valutazioni di impatto condotte dalla Commissione negli ultimi anni proprio con riguardo agli strumenti di armonizzazione adottati nel settore PIF – che può sicuramente contare su un *acquis* normativo significativo, peraltro consolidato da decenni, rappresentato dal 'pacchetto' della Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea del 1995²⁰, insieme ai due protocolli addizionali, adottati il primo nel 1996²¹, il secondo nel 1997²², relativi alle condotte di corruzione e al riciclaggio e relativi altresì alla responsabilità delle persone giuridiche – disegnano uno scenario alquanto sconcertante: ad una situazione che potrebbe definirsi "appena sufficiente" – e quindi lungi dall'essere essa stessa ottimale per la mancata ratifica di alcuni Stati – relativamente *all'adeguamento formale* degli ordinamenti nazionali alle prescrizioni dei testi normativi summenzionati, si accosta una situazione ben più disarmante laddove si passi dal piano dell'implementazione formale a quello effettivo e quindi al piano del *reale avvicinamento dei sistemi normativi* in tale settore.

Un rapido sguardo alle tavole sinottiche pubblicate in allegato alla Comunicazione della Commissione del 26 maggio 2011 "relativa alla tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea attraverso il diritto penale e le investigazioni amministrative: una politica integrata per tutelare il denaro dei contribuenti" (preparata in vista della presentazione della proposta di direttiva sulla tutela penale degli interessi finanziari poi adottata nel luglio scorso)²³ consente di rilevare facilmente la persistente assenza denunciata dalla Commissione di "un comune campo di gioco", nel senso di un contesto normativo quanto meno 'armonico', e di contro

18 COM(2012) 363, 11-7-2012.

19 COM(2001) 272, 23-5-2001; modificata da COM(2002) 577, 16-10-2002.

20 GU C 316 del 27.11.1995, 49 ss.

21 GU C 313 del 23.10.1996, 2 ss.

22 GU C 221 del 19.7.1997, 12 ss.

23 COM(2011)293 def.

la 'convivenza' di scelte molto diversificate quanto all'ampiezza della tutela apprestata (sia essa derivante dalla diversità delle condotte sanzionate, o dalla diversità di modelli di costruzione delle fattispecie, di volta in volta concepite come reati di evento o di mera condotta, o ancora dai diversi requisiti di rilevanze di ipotesi di realizzazione 'incompiuta' del fatto o di forme di partecipazione al reato).

A fronte di un tale quadro, si comprendono le sfide con cui si confronta il delicato negoziato sulla proposta di direttiva PIF, e le aspettative di un significativo e reale progresso qualitativo nel ravvicinamento degli ordinamenti nazionali in tale settore: come potrebbe funzionare – e come potrebbe risultare realmente legittimata nella sua essenza – una Procura europea con riguardo alla quale il diritto materiale applicabile fosse definito attraverso uno strumento di armonizzazione che si connotasse in termini di sostanziale continuità con gli strumenti attualmente esistenti di cui da anni viene denunciata l'inadeguatezza? In effetti, laddove venga ad essa di fatto attribuita la precipua finalità di rappresentare il naturale completamento, sul piano del diritto penale sostanziale, della istituzione della Procura europea – come emerge in modo chiaro nell'ambito dell'attuale discussione sulla proposta di direttiva PIF che, sebbene inizialmente concepita, nel 2001, come testo 'autonomo', (autonomia peraltro ribadita sul piano tecnico-giuridico)²⁴, è stata progressivamente 'attratta' (per lo meno idealmente) nel novero degli strumenti normativi che negli ultimi mesi sono stati complessivamente negoziati dalla Commissione in vista dell'adozione di un pacchetto normativo essenzialmente mirato al miglioramento della dimensione istituzionale della lotta antifrode (e che vede quali testi normativi più significativi la proposta di regolamento istitutivo della Procura europea e la proposta di regolamento sul rafforzamento di Eurojust) –, la definizione dei relativi contenuti non può se non avvenire avendo l'obiettivo di soddisfare le esigenze di significativo ravvicinamento necessarie a garantire l'efficacia di tale istituzione. Da questo punto di vista, deve senza dubbio essere messa in evidenza quella che potrebbe definirsi una *funzione di scopo* che l'art. 86 TFUE è deputato ad esplicare rispetto alle prossime iniziative dell'Unione in materia tutela degli interessi finanziari – e ciò in verità anche nel caso in cui, per ipotesi, non si giungesse per il momento all'istituzione della Procura europea –, laddove una tale disposizione impone (in ragione del carattere indubbiamente vincolante dell'obiettivo dell'attuazione e rafforzamento dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia di cui la creazione di una Procura europea costituisce una componente connotante) una coerente ed efficace preparazione dello stesso nelle scelte di penalizzazione che il legislatore europeo è chiamato a fare nel breve periodo. Ben oltre il dato in sé della creazione di un tale nuova istituzione europea – e nonostante i limiti e l'intrinseca debolezza di una tale disposizione –, le (seppur scarse) indicazioni normative del Trattato non possono se non coerentemente rappresentare direttrici importanti per le future scelte di politica criminale dell'Unione, anche in una fase precedente la piena attuazione di tale previsione e la concreta istituzione di una Procura europea (in particolare, ma non esclusivamente, con riguardo

24 Così L. Kuhl, *The Initiative for a Directive on the Protection of the EU Financial Interests by Substantive Criminal Law*, in *Eucri*, 2012, issue 2, pp. 63 e 65.

agli interventi normativi in materia di tutela degli interessi finanziari).

Rispetto ad una tale prospettiva, la valutazione dei contenuti della proposta di direttiva presenta luci ed ombre.

Il testo attualmente in discussione della direttiva PIF 'vola piuttosto basso' in effetti quanto alla definizione delle fattispecie incriminatrici, con riguardo alle quali si assiste essenzialmente a quella che è stata definita una mera 'lisbonizzazione' delle definizioni già esistenti nell'*acquis* in materia, come si evince dalla lettura degli artt. 3 e 4 della proposta che riproducono, rispettivamente, la definizione di "frode" della Convenzione PIF e quella di corruzione (pur con qualche interessante variante)²⁵ e riciclaggio contenuta nei due protocolli addizionali del 1996 e 1997. Accanto a tali nozioni mutuata dall'*acquis* in materia, l'art. 4 della proposta di direttiva, rubricato come "reati connessi alla frode", annovera due 'nuove' figure di reato (probabilmente ispirate alle proposte del *Corpus juris* e alle indicazioni emerse dal dibattito sul *Libro verde*), relative, rispettivamente, a comportamenti fraudolenti nell'ambito di procedure di concessione di appalti, e a più generiche condotte di malversazione e appropriazione poste in essere da funzionari aventi responsabilità di gestione dei fondi europei.

Sebbene sia stato da più parti lamentato il poco coraggio della proposta che non prevede obblighi di penalizzazione con riguardo a condotte (quali per esempio le condotte di rivelazione e utilizzazione di segreti d'ufficio) la cui offensività rispetto al bene degli interessi finanziari è stata ampiamente dimostrata e che per tale ragione erano state inizialmente annoverate nelle prime versioni del testo, sulla scia peraltro di quanto proposto nel *Corpus juris*²⁶, e altresì prospettato nel

25 Merita in effetti di essere segnalata con riguardo alla definizione dei fatti di corruzione la scomparsa del requisito della contrarietà ai doveri d'ufficio dell'atto oggetto dell'accordo corruttivo, da cui dovrebbe logicamente dedursi la volontà di un'estensione dei fatti punibili anche alle ipotesi in cui l'accordo corruttivo abbia ad oggetto un atto legittimo (conforme ai doveri d'ufficio); un'opzione, questa, che tuttavia non consente di superare i molti rilievi critici formulati circa l'adeguatezza di una tale definizione, in particolare laddove essa continua a individuare il nucleo di disvalore del fatto nell'accordo corruttivo avente ad oggetto il compimento o l'omissione di un "atto" (uno specifico atto) e non invece l'"esercizio delle funzioni", sulla scia d'altronde dei più recenti interventi normativi in materia a livello sia internazionale che nazionale, che hanno in tal modo inteso superare i molti problemi posti dalla necessità di individuare lo specifico atto oggetto dell'accordo corruttivo.

26 Ad un confronto con le figure di reato costituenti la "parte speciale" del *Corpus juris* emerge altresì l'assenza di una disposizione relativa ai fatti di associazione a delinquere aventi tra i reati scopo del programma criminoso i reati lesivi degli interessi finanziari. Il riferimento all'ipotesi di un'organizzazione criminale nell'ambito della quale vengano realizzati i reati previsti dalla direttiva si rinviene esclusivamente all'art. 8, che (come si avrà modo di illustrare infra nel testo) interviene con riguardo alle soglie delle pene detentive e che sancisce al riguardo un soglia minima del massimo di pena edittale più elevata (10 anni) rispetto a quella fissata con riguardo alla generalità dei reati (5 anni); una soluzione che, seppure per qualcuno criticabile in quanto indice della summenzionata (eccessiva e 'dis-funzionale') limitazione delle competenze della Procura europea, recante l'esclusione (financo) dei fatti di criminalità organizzata lesivi degli interessi finanziari, la cui gravità ed incidenza sulla tutela degli stessi è stata da tempo posta a fondamento di numerosi interventi normativi dell'Unione, risulta tuttavia condivisibile laddove ci si collochi nell'ottica di una definizione dell'ambito di competenza della Procura europea che non travalichi in ogni caso il perimetro dei reati lesivi degli interessi per natura sovranazionali e la cui titolarità spetta dunque all'Unione, situazione che, allo stato attuale della costruzione europea, non si configura con riguardo al bene dell'ordine pubblico, tradizionalmente sotteso all'incriminazione delle condotte associative. In quest'ottica, la previsione dell'art. 8 par. 2 della proposta di direttiva PIF che sancisce l'obbligo per gli Stati di fissare un più elevato 'minimo del massimo' della pena edittale nel caso i reati di cui agli articoli 3, 4 e 5 della stessa direttiva siano realizzati nell'ambito di un'organizzazione criminale (ai sensi della decisione-quadro 2008/841/GAI) può essere letto quale forma di tutela rafforzata degli stessi interessi finanziari, laddove esso comunque prevede che tali reati siano stati effettivamente realizzati (non essendo sufficiente che essi rientrino nel programma criminoso) nell'ambito di un'organizzazione criminale che in quanto tale (per la particolare organizzazione di mezzi e persone che la connota) è generalmente in grado di realizzare lesioni più gravi degli interessi tutelati. In generale, circa la questione della inesistenza di un bene giuridico sovranazionale dell'ordine pubblico europeo, sia consentito rinviare a R. Sicurella, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005, pp. 336-342.

Libro verde sulla tutela penale degli interessi finanziari²⁷, l'analisi della struttura delle due 'nuove' fattispecie (*rectius* delle note tipiche deputate a connotare il nucleo di disvalore dei suddetti fatti di frode in appalti e di ritenzione illecita, gravati da un obbligo di penalizzazione) lascia in effetti emergere un profilo di grande rilievo. Si tratta infatti di ipotesi la cui realizzazione prescinde dal pregiudizio effettivo o potenziale degli interessi finanziari, richiesto di contro nelle già note definizioni contenute nei preesistenti strumenti PIF (nella definizione di frode agli interessi finanziari la soglia di punibilità risulta peraltro particolarmente selettiva, in quanto necessitante l'effettiva produzione del danno, mentre un pregiudizio anche solo potenziale è sufficiente nel caso dei fatti di corruzione); con la conseguenza di poter concludere nel senso che la proposta di direttiva in esame, pur a fronte degli attuali 'angusti' contenuti, giunge a concretizzare in termini concettualmente ampi la nozione di "reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione" impiegata all'art. 86 TFUE, sancendo il rifiuto di una interpretazione rigorosamente letterale (e restrittiva) della stessa. Una notazione, questa, che dischiude prospettive evolutive di notevole interesse, quanto alle *potenzialità espansive* della *naturale competenza* della Procura europea, in grado di coprire condotte non direttamente e immediatamente lesive degli interessi finanziari – anche se comunque astrattamente in grado di rappresentarne una esposizione a pericolo o comunque di comportarne delle conseguenze pregiudizievoli – con riguardo alle quali risulta in effetti difficilmente comprensibile, almeno in un'ottica di medio-lungo periodo, l'estromissione dall'ambito di competenza materiale della costituenda Procura europea (il riferimento è qui, innanzitutto, come già rilevato, oltre che alle varie figure di reati contro la pubblica amministrazione, di cui la proposta di direttiva prende in considerazione solo quelle integranti un'appropriazione o distrazione, alle condotte lesive della moneta unica).

La proposta di direttiva, inoltre, si colloca in linea di assoluta (e criticabile) continuità con gli strumenti attualmente in vigore laddove, riproducendo la formula ricorrente in tutte le direttive finora adottate in materia penale, si limita a sancire un obbligo di penalizzazione relativamente alle ipotesi di tentativo e partecipazione, senza nulla aggiungere circa i possibili criteri di rilevanza di tali condotte (e di fatto rinviando quanto alla concreta perimetrazione di tali ipotesi alla (diversa) disciplina vigente negli ordinamenti interni). Una soluzione, questa, che denota una evidente incongruità: se da un lato, infatti, la previsione di un obbligo di penalizzazione relativamente a tali ipotesi costituisce un chiaro indice di una valutazione effettuata a monte dal legislatore europeo circa la necessità di pena anche di condotte che non integrano direttamente il reato ma ne costituiscono un antecedente necessario – e pertanto, su tale punto, una valutazione di necessità di ravvicinamento degli ordinamenti circa la punibilità di tali condotte –, dall'altro, l'assenza di criteri autonomi di rilevanza penale di tali condotte finisce con il far dipendere l'esatta portata dell'opera di penalizzazione ritenuta rispondere ai criteri di meritevolezza e necessità di pena (nell'ottica dell'ordinamento sovranazionale) dalle scelte effettuate all'interno di ciascun ordinamento circa i criteri di

²⁷ Libro verde sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una Procura europea, cit.

rilevanza di condotte variamente prodromiche rispetto alla consumazione del reato; un'incongruità che appare logicamente da rifuggire ai fini della riuscita del progetto in atto, ma soprattutto difficilmente conciliabile con il vincolo derivante dall'obiettivo comune dell'attuazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia e la prospettiva 'unificatrice' che esso risulta implicare.

Devono tuttavia essere segnalate alcune disposizioni che indicano una maggiore ambizione e coraggio della proposta, e tra queste una menzione particolare merita la disposizione dell'art. 6 che, recependo alcune consolidate acquisizioni della giurisprudenza europea, detta un'articolata serie di prescrizioni relative alla costruzione della responsabilità da reato delle persone giuridiche (ampiamente riconducibile al modello italiano), prescrizioni che possono ritenersi costituire il primo modello europeo di responsabilità da reato degli enti. Una particolare menzione merita altresì l'art. 8 che stabilisce, per alcune delle ipotesi criminose considerate dalla proposta, accanto a (già sperimentate) soglie minime del massimo di pena, una *soglia minima del minimo di pena*, con ciò mirando a condizionare in termini più incisivi (e per tale ragione anche più problematici) la discrezionalità del legislatore in materia sanzionatoria (ed invero, altresì, l'assetto sanzionatorio complessivo di ciascun ordinamento, il che spiega le vivaci resistenze mostrate da parte degli Stati)²⁸; anche se la nota complessità e varietà delle componenti della risposta sanzionatoria – che, ben lungi dal limitarsi ai soli parametri edittali, abbraccia profili molto diversi che vanno dal regime delle circostanze, alle sanzioni accessorie, fino ai poteri riconosciuti nei diversi ordinamenti alle autorità che presiedono alla fase dell'esecuzione della pena – è inevitabilmente destinata a smorzare significativamente l'effetto armonizzatore di una tale previsione, che si rivela pertanto, in assenza di un intervento di ben più ampio respiro²⁹, inidonea ad assicurare la (perseguita) equivalenza della tutela³⁰. Non solo. A tale rilievo deve altresì aggiungersi l'ulteriore nota critica circa la tensione che la previsione di una unica soglia minima per tutte le ipotesi considerate presenta con le istanze sottese al principio di proporzionalità della pena, principio peraltro da tempo riconosciuto quale diritto fondamentale dell'ordinamento europeo ed ormai formalizzato all'art. 49 par. 3 della Carta di Nizza.

Ma la proposta maggiormente innovativa è senza dubbio quella contenuta all'art. 12 che sancisce l'obbligo per gli Stati di prevedere, con riguardo ai fatti criminali individuati dalla direttiva, “un termine di prescrizione di almeno cinque anni dal momento in cui è stato commesso il reato”; cui si aggiunge la previsione relativa alla (obbligatoria) efficacia interruttiva di ogni atto di indagine “almeno fino

28 Analoga (problematica) previsione è stata introdotta nella proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla protezione mediante il diritto penale dell'euro e di altre monete contro la falsificazione e che sostituisce la decisione quadro 2000/383/GAI del Consiglio, COM(2013) 42 final, Strasburgo, 5.2.2013.

29 Al riguardo, merita di essere segnalato l'interesse dell'approccio 'globale' che, relativamente alla delicata tematica dell'armonizzazione sanzionatoria, è stato adottato dal Libro Verde sul ravvicinamento, il reciproco riconoscimento e l'esecuzione delle sanzioni penali nell'Unione europea, COM(2004) 334 def. del 30.4.2004.

30 È interessante segnalare in proposito la disposizione dell'art. 12 par. 3 della proposta di direttiva che, sancendo l'obbligo per gli Stati, in caso di condanna con sentenza definitiva per uno dei fatti previsti nel testo, di assicurare un periodo di esecuzione della condanna “sufficiente” e comunque non inferiore a 10 mesi, rappresenta il primo tentativo di ravvicinamento relativo alla fase dell'esecuzione della pena, mirante evidentemente ad incidere sulle significative differenze esistenti circa il concreto impatto afflittivo della sanzione per il condannato.

a dieci anni dal momento in cui il reato è stato commesso". Una proposta, questa, che si pone quale prima iniziativa di armonizzazione dei termini di prescrizione per i reati previsti dalla direttiva, così mostrando di raccogliere le molte sollecitazioni da anni formulate con riguardo alla urgente necessità di un superamento della significativa eterogeneità esistente al riguardo nei diversi ordinamenti nazionali.

Al di là dei contenuti della proposta fin qui sinteticamente passati in rassegna, una speciale attenzione e riflessione merita tuttavia la questione preliminare e fondamentale circa la base giuridica prescelta dalla Commissione – l'art. 325 TFUE – e strenuamente contestata dagli Stati che puntano all'adozione del testo sulla base dell'art. 83 TFUE, in ragione di una (asserita) specialità (e quindi prevalenza) di tale ultima disposizione quale disposizione del Trattato deputata in via esclusiva a dettare forme e condizioni dell'intervento del legislatore europeo in materia penale. L'interesse degli Stati ad una tale modifica della base giuridica è evidente: con riguardo allo specifico settore della lotta alla frode alle finanze europee, l'art. 325 TFUE sancisce la competenza dell'Unione ad adottare le misure necessarie "nei settori della prevenzione e lotta contro la frode [...] al fine di pervenire a una protezione efficace ed equivalente in tutti gli Stati [...]", e prefigura una competenza dell'Unione potenzialmente molto più incisiva di quanto previsto dalla disposizione generale dell'art. 83 TFUE. Non solo, infatti, un tale intervento del legislatore europeo non risulta limitato, come di contro previsto all'art. 83 TFUE, alla fissazione di "norme minime" (relative alla definizione dei reati e delle sanzioni), ricomprendendo tutte le "misure necessarie" nella prevenzione e lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione "al fine di offrire una protezione efficace ed equivalente" (misure che potrebbero pertanto dar vita a disposizioni estremamente puntuali), ma esso risulta del tutto sottratto al possibile impiego della procedura del freno di emergenza, in alcun modo richiamata dalla disposizione³¹.

D'altronde, incardinare sull'art. 325 TFUE una competenza più incisiva dell'art. 83TFUE non significa in alcun modo forzare surrettiziamente gli argini dell'assetto di competenze definito dal Trattato (e accettato dagli Stati) che vedrebbe la competenza dell'Unione ad introdurre misure di natura penale rigidamente (ed esclusivamente) inquadrata nello specifico contesto politico-istituzionale fissato all'art. 83 TFUE (e che trova la sua più chiara manifestazione proprio nella previsione della procedura del freno d'emergenza), unica disposizione facente espres-

³¹ Sia consentito rinviare a R. Sicurella, *Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell'Unione europea in materia penale*, in Studi in onore di Mario Romano, Napoli, 2011, in particolare p.2602. Secondo una parte della dottrina (cfr. per tutti L. Picotti, *Il Corpus Juris 2000. Profili di diritto penale sostanziale e prospettive d'attuazione alla luce del progetto di Costituzione per l'Europa*, in *Il Corpus Juris 2000. Nuova formulazione e prospettive di attuazione*, a cura di L. Picotti, Padova, 2004, in particolare p. 84 ss., dove l'autore giunge ad una tale conclusione con riguardo all'analoga previsione contenuta nel Progetto di Trattato costituzionale) l'assenza di qualunque riferimento circa l'esclusività dello strumento normativo della direttiva, prefigurerebbe l'(astratta) possibilità di una legittima adozione anche di un regolamento recante misure di natura penale; e pertanto l'esercizio di una vera e propria competenza ad adottare fattispecie sovranazionali direttamente applicabili. Contra, nel senso che tale possibilità parrebbe logicamente necessitare una precisa attribuzione all'Unione di tale diretta competenza penale, comportando il passaggio da una competenza penale 'incompleta' (laddove la direttiva richiede comunque la legge interna di recepimento che continuerebbe ad assicurare che il precetto sia veicolato nell'ordinamento da un atto di legge interna) ad una piena competenza penale (con l'adozione di norme che in quanto contenute in un regolamento entrano direttamente nell'ordinamento senza alcun filtro della normativa interna e devono essere direttamente applicati dai giudici ai singoli), G. Grasso, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione europea*, in Studi in onore di Mario Romano, cit., p. 2347.

samente riferimento ad un tale potere dell'Unione. L'art. 325 TFUE, infatti, non si limita a prevedere una (generica) competenza normativa dell'Unione nel settore della tutela degli interessi finanziari (cui si ricollegherebbe, in deroga a quanto previsto dalla disposizione generale dell'art. 83 TFUE, una ulteriore e più incisiva competenza dell'Unione ad intervenire in materia penale), ma essa rappresenta di contro, nell'ambito delle disposizioni relative al bilancio, la base giuridica specifica dell'azione dell'Unione in materia di "prevenzione e lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari". Una notazione, questa, che deve portare a concludere nel senso di considerare il testo normativo dell'art. 325 TFUE quale base giuridica autonoma, e la competenza dell'Unione ivi sancita svincolata dai criteri di legittimazione previsti all'art. 83 (e in particolare all'art. 83 par. TFUE, cioè l'"indispensabilità" di un tale intervento a garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione), ed 'esclusivamente' subordinata, al pari di ogni iniziativa normativa dell'Unione, al pieno rispetto del principio di sussidiarietà, da un lato, e altresì, trattandosi di misure di armonizzazione penale, ad una valutazione circa la sussistenza delle condizioni di legittimità scaturenti dal principio di *extrema ratio* penale. Non è quindi l'art. 83 TFUE a dover essere considerato norma speciale, e in quanto tale destinata a prevalere sulla disposizione dell'art. 325 TFUE, ma, viceversa, proprio quest'ultima, che si pone pertanto quale base giuridica appropriata di ogni intervento di armonizzazione penale nel settore della tutela degli interessi finanziari europei (e nel caso di specie della proposta di direttiva PIF attualmente in discussione).

L'attuale discussione circa la modifica di base giuridica rischia non solo di indebolire l'attuale costruzione normativa relativa alla tutela degli interessi finanziari, disconoscendo la base giuridica dell'art. 325 TFUE (che non è altro se non il 'discendente' dell'art. 280 TCE indiscussa base giuridica fino ad oggi), ma anche di mettere una pesante ipoteca sulle evoluzioni dell'azione dell'Unione in tale settore, presentando questa come 'politica tra le politiche' e negando pertanto alle finanze pubbliche europee quel rango che è di contro a queste riconosciuto generalmente a livello nazionale (in quanto bene da cui dipende la capacità ad attuare le politiche di settore), e che giustifica risposte repressive che ancora oggi in molti ordinamenti sono assolutamente severe, collocando le finanze pubbliche (proprio per la loro funzione) tra i beni di rango più elevato.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La strategia dei piccoli passi è senza dubbio quella che ha fatto il successo della costruzione europea. Accelerazioni non adeguatamente ponderate in passato hanno talvolta provocato reazioni di chiusura da parte degli Stati e conseguenti rallentamenti (quando non anche brusche frenate) del processo di integrazione europea, che hanno peraltro negativamente pesato sulla stessa credibilità del progetto europeo. Una considerazione di carattere generale, questa, che non può se non essere ulteriormente avvalorata rispetto alla particolare sensibilità e delicatezza (tecnica oltre che politica) della materia penale.

Le vivaci obiezioni che hanno da sempre accompagnato il dibattito sull'attribuzione all'Unione di una competenza in tale materia, e che sono lungi dall'essere state sopite dall'adozione del Trattato di Lisbona, fanno sì che ogni intervento

dell'Unione in materia penale sia destinato a confrontarsi con forti resistenze ed ostruzionismi da parte degli Stati che non mancheranno occasione di cogliere ogni minima debolezza delle iniziative europee, in particolare quanto alla relativa rispondenza ai principi generali del diritto penale, ma altresì sul piano del rispetto del principio di uguaglianza e più in generale in termini di complessiva coerenza e 'condivisibilità' delle scelte di politica criminale dell'Unione che tali iniziative saranno chiamate a concretizzare.

Con specifico riguardo alla interessante questione oggi in discussione e relativa alla istituzione di una Procura europea, una soluzione 'riduttiva' sulla quale possa più facilmente essere raggiunto il consenso politico è tuttavia lungi dal presentarsi necessariamente come quella accolta con maggiore entusiasmo dai cittadini (oltre che dagli studiosi e dagli operatori del diritto), laddove essa mostrasse la 'sudditanza' di scelte essenziali per la costruzione europea alla pretesa della politica di mantenere ambiti quanto più estesi possibili di discrezionalità; anche al prezzo di un sostanziale fallimento dell'iniziativa.

Le Istituzioni europee – e in particolare, ovviamente, le istituzioni europee per eccellenza, la Commissione e il Parlamento europeo –, che hanno in verità mostrato piena consapevolezza della 'specialità' della competenza attribuita all'Unione in materia penale, non potranno non tenere nella massima considerazione come, anche in tale settore, scelte ambiziose e politicamente difficili, se in grado di assicurare coerenza ed efficacia, e laddove adeguatamente ponderate e attuate, siano senza dubbio preferibili rispetto ad iniziative che rischiano di minare la credibilità del progetto europeo.

In effetti tali rischi dovrebbero essere ben presenti anche a chi è deputato a decidere a livello nazionale. Le importanti novità apportate dal Trattato di Lisbona con riguardo alla competenza dell'Unione in materia penale non possono essere lette (per lo meno esclusivamente) nell'ottica di una ulteriore 'sottrazione' di sovranità 'subita' dagli Stati. In molti non hanno mancato di rilevare come, a fronte di una ormai ineluttabile ultra-territorialità di numerosi fenomeni (conseguenza del complessivo e magmatico processo di globalizzazione), l'impossibilità degli Stati di fronteggiare da soli (e con risposte 'a misura nazionale') tali fenomeni giunge ineludibilmente a 'sconfessare' la relativa sovranità laddove considerata nella sua accezione più piena e pregnante (che presuppone la totale 'controllabilità' dei fenomeni che riguardano il 'proprio' territorio e il 'proprio' popolo); sovranità che (in una forma diversa) gli Stati possono di contro recuperare proprio contribuendo autorevolmente e responsabilmente all'efficacia dell'azione dell'Unione a livello sovranazionale. La perdita di autorevolezza e credibilità dell'Europa – anche in ragione di una eventuale inadeguatezza della relativa azione in materia penale – che (anche a causa di spesso preconcetti ostruzionismi degli Stati) vedesse costantemente ostacolato ed indebolito il proprio ruolo di soggetto globale, non potrà pertanto se non travolgere gli stessi Stati, ai quali (in questa sventurata possibilità) non rimarrà se non la misera (e amara) soddisfazione di riaffermare la propria autorità su un mucchio di macerie.

Centralità della persona e Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia: il ruolo della Procura europea

Relazione rivista dall'autore

Nicoletta Parisi

Professore ordinario di Diritto internazionale, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Catania

L'Autore, partendo dalla constatazione che le esigenze repressive devono poggiare su un alto livello di garanzie della persona, ritiene che la Procura europea si inserisca appieno nella dimensione personalista che va assumendo lo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia. L'Autore svolge un'approfondita analisi del principio del mutuo riconoscimento nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale, mettendo in evidenza la sua duplice funzione: quella di modalità di cooperazione tra autorità nazionali, e quella di principio servente all'armonizzazione delle garanzie a favore delle persone coinvolte in procedimenti interstatuali. È questa seconda anima che, secondo l'Autore, dovrebbe assumere centralità, anche grazie a quanto previsto dal Programma di Stoccolma.

SPAZIO EUROPEO DI LIBERTÀ, SICUREZZA E GIUSTIZIA, COOPERAZIONE GIUDIZIARIA PENALE, PRINCIPIO DEL RICONOSCIMENTO RECIPROCO: LA DIMENSIONE FEDERALE DEL PRINCIPIO

Nell'ambito di un incontro di studi destinato ad approfondire le questioni giuridiche che si porranno con la costituzione di una procura per l'Unione europea soprattutto quanto alle implicazioni derivanti da funzionamento e attività di essa, il mio contributo (di cultore del diritto internazionale) si pone in una prospettiva diversa rispetto alle relazioni che mi hanno preceduta. Permettetemi di guardare alla "forma", alla cornice entro la quale dovrà situarsi quest'organo, dunque di riportare l'attenzione sul tema più generale relativo allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, come obiettivo e, insieme, ambito di competenze conferite all'Unione¹. Talvolta, infatti, il contenitore - ovvero il significato che si intende dare a un certo contesto di cooperazione - serve ad orientare gli sviluppi dei suoi contenuti: come a dire che la forma diventa sostanza².

1 Su tale obiettivo dell'Unione (e sulle molte competenze che concorrono al suo conseguimento) la dottrina è assai vasta. Ci si limita qui a segnalare qualche contributo a carattere monografico fra i più recenti, affidando ad essi i richiami alla dottrina precedente, con particolare attenzione alla prospettiva penalistica. Cfr.: E. Guild, F. Geyer (eds.), *Security versus Justice? Police and Judicial Cooperation in the European Union*, Ashgate, 2013; D. Rinoldi, *Lo spazio di libertà sicurezza e giustizia. I. Principi generali e aspetti penalistici*, Napoli, 2012; C. Ecken, Th. Constantinides, *Crime within the Area of Freedom, Security and Justice: A European Public Order*, Cambridge, 2011; A.H. Gibbs, *Constitutional life and Europe's area of freedom, security and justice*, Aldershot-Burlington, 2011; G. Grasso, R. Sicurella (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Milano, 2008; U. Draetta, N. Parisi, D. Rinoldi (a cura di), *Lo spazio di libertà sicurezza e giustizia dell'Unione europea. Principi fondamentali e tutela dei diritti*, Napoli, 2007.

2 Aristotele, *Metafisica*, Libro VII, 1041b.

Mi colloco, dunque, in una posizione di cerniera fra tutte le interessanti relazioni che hanno dato corpo a queste giornate di studio e i lavori dell'ultima sessione pomeridiana, che dovrebbero consentire di proporre qualche suggerimento alle autorità di governo italiane per affrontare la delicata Presidenza dell'Unione che le aspetta a partire dal 1° luglio 2014, sostenendo anche un disegno di Procura europea sufficientemente «independent, accountable and efficient»³, come sembra emergere dalla proposta di regolamento da poco presentata dalla Commissione al Consiglio⁴.

Entro nel merito delle riflessioni che vorrei proporre, osservando come, a proposito della competenza dell'Unione europea in materia penale (indifferentemente esercitata sul terreno del diritto sostanziale, processuale od ordinamentale), si affermi diffusamente che per lungo tempo - dalla vigenza del Trattato di Maastricht (1993) all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (2009) - si sia proceduti seguendo indirizzi di politica normativa che hanno privilegiato la dimensione securitaria, repressiva, a danno di quella garantista⁵. E ciò si sostiene in relazione all'attività tanto di cooperazione giudiziaria penale, a motivo del diffuso impiego in essa del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie penali⁶, quanto di adozione di norme di diritto penale sostanziale o destinate a istituire organismi coinvolti a vario titolo nell'amministrazione della giustizia penale, imputando la situazione a un *deficit* di democrazia suscettibile di pregiudicare gravemente il principio di stretta legalità penale⁷. Poiché l'occasione che ci porta a ragionare sul tema è rappresentata dalla costituzione di una Procura europea, le riflessioni che intendo proporre riguarderanno i soli ambiti ordinamentali e del diritto processuale penale.

In modo che spero non appaia troppo provocatorio e senza contraddire in radice l'assunto, vorrei tentare di rovesciare la prospettiva suaccennata per attirare l'attenzione su un dato che appartiene a un'epoca del processo di integrazione giuridica del Continente europeo assai lontana: a quel periodo a cavallo fra gli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso quando prese avvio lo sviluppo della cosiddetta "quinta libertà di circolazione" - quella relativa alle decisioni giudiziarie in materia civile e commerciale -, che si è sommata, valorizzandone l'efficacia, alle quattro libertà economiche di circolazione nello spazio allora denominato mercato comune. Rileva al proposito la Convenzione di Bruxelles del 27 settembre

3 Questi gli obiettivi sottesi alla proposta di costituzione della Procura europea espressi dalla Commissione nella Comunicazione Better protection of the Union's financial interests: Setting up the European Public Prosecutor's Office and reforming Eurojust, COM(2013) 532 final del 17 luglio 2013, p. 5, p.to 3.

4 La proposta di regolamento adottata sulla base dell'art. 86, par. 1, TFUE è stata presentata il 17 luglio 2013 (COM(2013) 534 final), corredata da una proposta di regolamento di modifica di Eurojust (COM(2013) 535 final) e da una comunicazione relativa alla modifica del ruolo di OLAF (COM (2013) 533 final), tutte adottate nella stessa data; l'ultima proposta è stata formalizzata nel regolamento (UE) 883/2013 dell'11 settembre 2013, GUUE L 248 del 18 settembre 2013, p. 1 ss.

5 Così, per esempio, i contributi di T. Rafaraci, F. Longo, H. Labayle, e. Randazzo, in T. Rafaraci (a cura di), L'area di libertà sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia, Milano, 2007, rispettivamente pp. 25, 77, 45-51 e 68, 164.

6 V. infra, par. 2.2.

7 V. in termini generali sul tema v. i contributi di A. Bernardi, Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive, in Riv. it. dir. pub. com., 2002, p. 673 ss.; e ai miei I diritti fondamentali nell'Unione europea fra mutuo riconoscimento in material legale e principio di legalità, in U. Draetta, N. Parisi, D. Rinaldi (a cura di), Lo spazio cit., p. 113 ss.; Ancora in tema di riconoscimento reciproco e principio di stretta legalità penale nell'Unione europea: alcune considerazioni a partire dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, in Studi in onore di Mario Romano, Napoli, 2011, p. 254 ss. Per una censura dalla prospettiva del deficit democratico anche in relazione all'adozione di norme di diritto penale processuale v. infra, nota 41.

1968, la quale in modo assai appropriato è stata definita un «*traité fédérateur*»⁸: ciò per aver fatto proprio, per la prima volta nell'ambito di questo processo di integrazione, il principio del reciproco riconoscimento del diritto pubblico altrui (ancorché nell'ambito di rapporti interindividuali di stampo privatistico), secondo una tecnica reputata così determinante ai fini del processo stesso da venir poi trasferita al mercato comune. Quest'ultimo, per effetto dell'accoglimento di quel principio, muta addirittura la propria denominazione in mercato interno, accogliendo il criterio del "Paese di origine" in sostituzione di quello del "Paese di destinazione"⁹.

Il principio del reciproco riconoscimento è un elemento federalizzante: esso intende attribuire concreto significato all'esistenza di un unico spazio giuridico di circolazione di beni, di valori, di persone. Si traduce, infatti, in una tecnica di coordinamento fra ordinamenti capace di introdurre una presunzione di equivalenza tra beni (materiali) e tra valori (giuridici) di diversi enti di governo, così da consentire la loro circolazione entro uno spazio giuridico non più condizionato dall'esistenza di frontiere nazionali al proprio interno, bensì comune a tutti i Paesi che lo fanno proprio nelle relazioni reciproche. È uno spazio, dunque, nel quale gli Stati non vengono più apprezzati in quanto enti «sovrani che possano cooperare nei singoli casi, ma [nell'ambito della materia penale in quanto] membri dell'Unione europea obbligati ad aiutarsi reciprocamente, sempre che siano stati commessi crimini di interesse comune»; membri fra i quali si dispone, per esempio, «un sistema di consegna tra autorità giudiziarie, frutto di un elevato livello di fiducia [reciproca]»¹⁰.

Che si tratti di guardare all'Unione europea come a uno spazio giudiziario unico è una prospettiva che emerge da tanti suoi atti normativi. Si pensi, esemplificativamente, alla decisione quadro 2009/948/GAI relativa alla prevenzione e alla soluzione dei conflitti relativi all'esercizio della giurisdizione penale da parte delle autorità giudiziarie nazionali¹¹, la quale considera adempiuto il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale se quest'ultima sia esercitata da parte di quello fra gli Stati membri dell'Unione nel quale l'esigenza di efficiente e corretta amministra-

8 Così B. Goldman, *Un traité fédérateur: la convention entre les Etats membres de la C.E.E. sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1971, p. 1 ss. Come noto, la Convenzione è stata affiancata dal regolamento (CE) 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000, del 22 dicembre 2000 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *GUCE L 12*, del 16 gennaio 2001, p. 1 ss., a propria volta "rifiuso" nel regolamento (UE) 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *GUUE L 351* del 20 dicembre 2012, p. 1 ss. Sul regime di completa liberalizzazione nella circolazione delle decisioni giudiziarie in materia civile e commerciale attuato dalla disciplina menzionata v. l'ultimo (in ordine temporale) significativo intervento della CGUE, sentenza 15 novembre 20120, causa C-456/11, *Gothaer Allgemeine Versicherung AG e al.*, tramite un'interpretazione letterale (p.to 23), teleologica (p.to 27) e dunque anche autonoma dagli ordinamenti nazionali (p.ti 25-26), sistematica (p.to 28-29), estensiva (dal momento che si tratta di interpretare la disciplina alla luce delle eccezioni, le quali si debbono essere interpretate restrittivamente: punti 30-32): sulle diverse tecniche interpretative da utilizzare nel caso v. anche le conclusioni dell'avvocato generale Y. Bot, nella stessa causa, adottate il 6 settembre 2012, p.ti 41-53.

9 È infatti successiva alla stipulazione della Convenzione di Bruxelles la sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee del 20 febbraio 1979, causa 120/78, *Rewe Central* (cd. *Cassis de Dijon*); nonché il Libro bianco della Commissione sul mercato interno, COM(1985) 310, giugno 1985. Sul principio in questione applicato alla costruzione del mercato interno, prima, e alla soluzione dei conflitti di legge e di giurisdizione in materia privatistica, v. G. Rossolillo, *Mutuo riconoscimento e tecniche conflittuali*, Padova, 2002; S. Niccolin, *Il mutuo riconoscimento tra mercato interno e sussidiarietà*, Padova, 2005; P. De Cesari, *Diritto internazionale privato e processuale comunitario*, Torino, 2011 (ove si segnala anche l'avvenuto ampliamento oltre i confini del mercato interno della competenza internazionale/privatistica dell'Unione).

10 V. conclusioni dell'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer del 12 settembre 2006, causa C-303/05, *Advocaten voor de Wereld VZW*, p.to 46.

11 Decisione quadro del Consiglio 2009/948/GAI del 30 novembre 2009, in *GUUE L 328* del 15 dicembre 2009, p. 42 ss.

zione della giustizia sia meglio garantita¹². Anche la proposta di regolamento istitutiva della Procura europea adotta il medesimo approccio, evidente per esempio là dove disciplina l'obbligatorietà dell'azione penale e il suo esercizio¹³, o dove stabilisce il regime di ammissibilità delle prove disponendo che, «Ove l'organo giurisdizionale di merito ritenga che l'ammissione delle prove presentate dalla Procura europea non pregiudica l'imparzialità del giudice né i diritti della difesa sanciti dagli articoli 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ammette tali prove al processo senza necessità di convalida o altra operazione giuridica analoga, anche se il diritto nazionale dello Stato membro in cui ha sede l'organo giurisdizionale prevede norme diverse per la raccolta e la presentazione delle prove»¹⁴.

Si riproduce così entro l'Unione il modello proprio di ordinamenti federali, di cui è manifestazione l'art. IV.1 della Costituzione statunitense¹⁵: nell'organizzare i rapporti che devono legare reciprocamente gli Stati federati entro la Federazione, la disposizione afferma che «Full Faith and Credit shall be given in each State to the public Acts, Records, and judicial Proceedings of every other State». Si tratta dunque di una dinamica in grado di determinare, tramite l'applicazione del diritto straniero, soluzioni giuridiche anche diverse da quelle che si sarebbero conseguite con l'applicazione della legge del foro¹⁶.

Anche nell'ordinamento dell'Unione europea il principio ha oggi portata costituzionale: qualificato dai Capi di Stato e di Governo dei Paesi membri «pietra angolare» della cooperazione giudiziaria fra le autorità giudiziarie di questi¹⁷, è ora

12 Quanto espresso si ricava dal congiunto disposto dell'art. 1 della decisione quadro («L'obiettivo della presente decisione è promuovere una più stretta cooperazione tra le autorità nazionali (...) ai fini di una più efficiente e corretta amministrazione della giustizia») e del suo dodicesimo considerando («Nello spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, che informa il diritto processuale in vari Stati membri, dovrebbe essere inteso e applicato in modo da ritenerlo soddisfatto quando ogni Stato membro garantisce l'azione penale in relazione a un determinato reato»). Raccoglie e valorizza lo spunto offerto dalla decisione quadro richiamata anche la Corte di Cassazione (it., VI Sez. pen.) con sentenza del 20 dicembre 2010, n. 45524, là dove sottolinea che fra gli scopi della disciplina europea vi è quello di «evitare procedimenti penali paralleli superflui, in quanto nello spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, che informa il diritto processuale in vari Stati membri, deve essere inteso ed applicato in modo da ritenerlo soddisfatto "quando ogni Stato membro garantisce l'azione penale in relazione ad un determinato reato"».

13 Art. 27 e considerando n. 31.

14 Art. 30; v. anche il considerando n. 32. Su di un piano più generale osserva l'idoneità del principio di reciproco riconoscimento delle decisioni penali a dar vita a un solo spazio giuridico G. De Amicis, All'incrocio tra diritti fondamentali, mandato d'arresto europeo e decisioni contumaciali: la Corte di Giustizia e il «caso Melloni», in www.europeanrights.eu, pp. 11-12.

15 Il parallelo è tracciato da D. Rinaldi, Lo «spazio di libertà, sicurezza e giustizia», in U. Draetta e N. Parisi (a cura di), Elementi di diritto dell'Unione europea, Milano, 20103, p. 18; nonché Id., Lo spazio cit., cap. III, par. 5.

16 V. la sentenza della Corte di giustizia UE dell'11 febbraio 2003, cause riunite C-187/01 e C-385/01, Hüseyin Gözütok e Klaus Brügge, p.to 33.

17 Il principio del reciproco riconoscimento è divenuto fin dal Consiglio europeo di Tampere (15-16 ottobre 1999: v. le conclusioni della Presidenza, reperibili online, 33 ss.) – dunque ancor prima della sua costituzionalizzazione a opera del Trattato di Lisbona (v. infra, nota successiva) – il fondamento della cooperazione giudiziaria sia civile che penale. Esso ha rivestito un ruolo centrale nei lavori svoltisi (in seno al Gruppo X) per il Trattato che adotta una costituzione per l'Europa sullo spazio di libertà, sicurezza e giustizia richiamo in partic. doc. Conv. 449/02 del 13 dicembre 2002; doc. Conv. 614/03 del 14 marzo 2002; doc. Conv. 426/02 del 2 dicembre 2002. Adde la comunicazione della Commissione, del 12 ottobre 2005, Una strategia sulla dimensione esterna dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, COM(2005) 491 def. I Programmi dell'Aja (2004) e di Stoccolma (2009) ne hanno confermato la centralità; la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 20 aprile 2010, Piano d'azione per l'attuazione del programma di Stoccolma, COM(2010) 171 def., ne tratta diffusamente al p.to 4, stabilendone le tappe di realizzazione (pp. 21-24 dell'Allegato). Generalizzano l'impiego, l'art. 70 TFUE affida al Consiglio il compito di adottare misure che definiscano le modalità di valutazione oggettiva e imparziale dell'attuazione da parte degli Stati delle politiche comuni in materia «al fine di favorire la piena applicazione del principio» stesso all'intera materia della cooperazione giudiziaria fra autorità omologhe di Stati diversi.

stabilito nel diritto primario dell'Organizzazione¹⁸. Esso si propone come uno dei percorsi messi a disposizione di Stati membri e istituzioni per stabilire una politica europea indirizzata a garantire «un elevato livello di sicurezza» nell'Unione¹⁹, prevedendosi nel Trattato che il suo impiego si affianchi al coordinamento e alla cooperazione tra le autorità competenti per l'applicazione della legge penale, nonché all'attività di ravvicinamento del diritto penale nazionale²⁰.

Il principio di reciproco riconoscimento è dunque uno dei tasselli di un contesto politico, culturale, giuridico - l' "idea di Europa" - che di per sé ha dato avvio a un processo epocale continuamente sorprendente per le discontinuità che presenta e per l'originalità delle forme giuridiche che va assumendo. È un processo che non vive di automatismi, ma è continuamente affidato alla progettualità e alla volontà politica degli Stati di procedere sulla via dell'integrazione individuando, volta a volta, gli strumenti giuridici più idonei. Ciò che non mette, certamente, al riparo il processo da regressioni o, anche solo, da discontinuità.

A tale principio si chiede di garantire congiuntamente una serie di situazioni diverse, che potrebbero apparire addirittura reciprocamente contraddittorie. Vi è infatti - sullo sfondo, ma non per questo trascurabile - la questione del rispetto dell'identità nazionale degli Stati membri. Ad essa sembra poter rispondere ottimamente la scelta (attuata dal Trattato di Unione - versione di Amsterdam) della decisione quadro e (oggi, con il Trattato di Lisbona) principalmente della direttiva: perseguendo l'armonizzazione delle normative nazionali e non la loro uniformità, tale tipo di strumento giuridico, pur suscettibile di introdurre una tendenziale divaricazione normativa entro gli ordinamenti degli Stati membri, consente di integrare giuridicamente questi ultimi nel rispetto dell'individualità di ciascuno di essi, massimamente riflessa nel rispettivo sistema penale. Vi è poi la questione del rispetto dei principi dell'Unione: ancora una volta decisione quadro e direttiva sono funzionali al perseguimento di questo obiettivo, per il fatto di essere destinati a individuare una disciplina uniforme di principio, che non può essere eccettuata dagli Stati membri nell'attività di adattamento stabilita mediante norme di dettaglio²¹. La persona si pone al centro della tensione che così si determina fra esigenze di rispetto dell'identità dei singoli Stati membri e necessità che sia in ogni caso garantito il primato e l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione²²: diritti e libertà fondamentali di essa rappresentano il terzo termine del

18 Artt. 67, par. 3, 81, par. 1, e 82, par. 1, co. 1, TFUE (il quale, ai sensi dell'art. 1, co. 3, TUE ha la stessa portata giuridica di quest'ultimo).

19 Così ai sensi dell'art. 67, par. 3, TFUE.

20 Concordando con altri (v. infra, nota 33), osservo che la norma non dà conto in modo lineare dell'assetto che invece emerge dal complessivo contesto normativo, ai sensi del quale i percorsi per conseguire uno spazio europeo di giustizia penale consistono nella cooperazione giudiziaria fra autorità nazionale (principalmente tramite il reciproco riconoscimento), nel ravvicinamento delle legislazioni nazionali e nella cd. cooperazione integrata che nella disposizione in questione non è espressa (ma contemplata in altre norme del TFUE).

21 Sul punto v. C. Sotis, La "mossa del cavallo". La gestione dell'incoerenza nel sistema penale europeo, in Riv. it. dir. proc. pen., 2012, p. 465 ss.; B. Guastaferrri, Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: the Ordinary Functions of the Identity Clause, www.JeanMonnetProgram.org, 01/12; U. Villani, Valori comuni e rilevanza delle identità nazionali e locali nel processo di integrazione europea, Napoli, 2011; R. Caponi, Addio ai "controlimiti"? (Per una tutela delle identità nazionali degli Stati membri dell'Unione europea nella cooperazione tra le Corti), in E. Falletti-V. Piccone (a cura di), Il nodo gordiano tra diritto nazionale e diritto europeo: il giudice alla ricerca della soluzione, Bari, 2012, p. 43 ss.

22 La triangolazione è ben apprezzata dalla Corte di giustizia dell'Unione nella sentenza 26 gennaio 2013, causa C-399/11, Melloni.

problema; termine che non può essere pretermesso, stante l'appartenenza di tali diritti e libertà al perimetro dei valori e dei principi sui quali si fondano gli ordinamenti tanto degli Stati membri che dell'Unione. Lo stesso Consiglio europeo rileva la reciproca funzionalità di mutuo riconoscimento nella cooperazione giudiziaria penale e diritti fondamentali della persona, allorché - osservando che la «tutela dei diritti degli indagati e imputati nei procedimenti penale è un valore fondamentale dell'Unione» - sostiene la necessità che «le misure di contrasto, da una parte, e i provvedimenti a tutela dei diritti delle persone, dello Stato di diritto e delle norme sulla protezione internazionale, dall'altra, vadano nella stessa direzione e si rafforzino reciprocamente»²³. Nello stesso senso depongono le considerazioni dell'Avvocato generale Cruz Villalón, il quale ritiene «(...) che una corretta interpretazione del tenore e delle finalità della decisione quadro [sul mandato d'arresto europeo] debba prendere in considerazione tutti gli obiettivi perseguiti dal testo. Se è vero che il mutuo riconoscimento è uno strumento che rafforza lo spazio di sicurezza, di libertà e di giustizia, è altrettanto vero che la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali costituisce un *prius* che legittima l'esistenza e lo sviluppo di tale spazio (...)»²⁴.

A PROPOSITO DELL'EQUILIBRIO FRA ESIGENZE SECURITARIE E IMPERATIVI GARANTISTICI NELL'UNIONE EUROPEA

Questa sinteticissima premessa sulle origini, il significato e la portata del principio del reciproco riconoscimento entro il contesto europeo, quando utilizzato ai fini del conseguimento di uno spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia può rappresentare una provocazione da varie prospettive. Essa suggerisce di anzitutto interrogarsi sulla questione di fondo: se cioè l'approccio securitario inaugurato con il Trattato di Maastricht abbia rappresentato uno sbilanciamento rispetto alle esigenze di rispetto dei diritti e delle libertà individuali, o non sia stato invece un modo per riequilibrare - almeno in prima battuta - un diverso tipo di disequilibrio già verificatosi entro il contesto del processo di integrazione europea. Essa, in seconda battuta, suggerisce di sottoporre a scrutinio l'assunto secondo il quale siffatto principio sia suscettibile di abbassare il livello garantistico: l'attenzione dovrà essere necessariamente incentrata sui contenuti delle norme adottate dall'Unione europea. Da tale ultima questione deriva, infine, la necessità di considerare se - avendo introdotto, tramite il reciproco riconoscimento, decisioni quadro indirizzate a porre le basi per la libera circolazione degli imputati, per la libera circolazione delle prove, dei provvedimenti di confisca, e così via - si sia vissuti nell'ordinamento dell'Unione europea in una situazione di debito verso le garanzie individuali: ciò si farà valutando la consistenza della prassi giurisprudenziale intervenuta in applicazione del principio del riconoscimento reciproco.

A ciascuna di queste questioni intendo tentare di proporre alcune risposte o, comunque, suggerire qualche riflessione critica.

²³ Programma di Stoccolma - Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini, in GUUE C 115 del 4 maggio 2010, p. 1 ss., rispettivamente punti 2.4 e 1.1.

²⁴ Conclusioni adottate in causa C-306/09, I.B., par. 43.

Cittadinanza europea, libera circolazione delle persone nello spazio giuridico europeo ed esigenze di riequilibrio sul fronte della sicurezza

Quanto alla prima delle questioni sollevate, occorre anzitutto considerare che l'adempimento del Trattato di Maastricht ha determinato l'inserimento nel processo di integrazione di un dato politico assai importante. Con l'attribuzione alle persone dello *status* di cittadino europeo²⁵ non circolano più soltanto i fattori della produzione e le merci oltre alle decisioni giudiziarie che li riguardano, bensì anche le persone in quanto tali: al conferimento della cittadinanza europea a chi sia cittadino di uno Stato membro corrisponde infatti l'attribuzione anzitutto del diritto alla libera circolazione nello spazio giuridico europeo²⁶.

A fronte di una libertà che è andata molto in là, ben oltre il piano civilistico, si fece, dunque, pressante un'esigenza di sicurezza: un così esteso impiego del principio di libera circolazione doveva essere sostenuto da misure sia normative che operative che ne consentissero l'esplicazione in modo fisiologico. Aggiungo: ci si è accorti fin troppo tardi di tale esigenza securitaria, come peraltro in tante diverse autorevoli sedi sostenuto. Si consideri, in via esemplificativa, quanto ha affermato il Conseil d'État francese, allorché prese atto che soltanto con gli anni Novanta del secolo scorso gli Stati membri dell'Unione si erano resi conto «de la difficulté éprouvée par le systèmes repressifs nationaux [individuellement considérés] à rechercher, poursuivre et renvoyer en jugement les auteurs de crimes ou de délits dont certains éléments constitutifs ont été commis dans plusieurs États membres»²⁷ e, conseguentemente, della necessità di far lavorare insieme le autorità nazionali incaricate dell'applicazione della legge penale. È lo stesso Conseil d'État a ricordare quanto sostenne l'Assemblea nazionale francese, ancora nei primi anni di questo secolo, ovvero come fossero venuti i «temps de mettre un terme à ce déséquilibre de la construction européenne», meglio lavorando sul terreno della cooperazione giudiziaria penale²⁸. In tempi a noi più vicini il Parlamento europeo, trattando delle questioni relative alla protezione degli interessi finanziari dell'Unione, sottolinea il *ritardo dell'Unione* nell'agire sul fronte della sicurezza a motivo dell'assenza di ambiti di azione condivisi dalle autorità nazionali responsabili dell'applicazione della legge penale²⁹.

Aggiungo, ancora, che di questa esigenza di riequilibrio non solo ci si è accorti tardi, ma nemmeno si è posto immediatamente rimedio con misure adeguate. Si consideri al proposito l'approccio assai timido inizialmente utilizzato entro l'Unione con il Trattato di Maastricht, il quale predispose una concertazione sul piano intergovernativo - certamente non più esclusivamente diplomatica, a motivo dell'essere situata

25 Art. 9 TUE; art. 20, par. 1, TFUE; art. 45, par. 1, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

26 Artt. 20, par. 2, lett. a, e 21, par. 1, TFUE. Sulla stretta connessione fra libera circolazione della persona e cittadinanza nell'Unione europea v., nella vastissima dottrina, B. Nascimbene, F. Rossi Dal Pozzo, *Diritti di cittadinanza e libera circolazione nell'Unione europea*, Padova, 2012, p. 79 ss.; C. Morviducci, *I diritti dei cittadini europei*, Torino, 2010, p. 3 ss.; A. Tizzano, *Alle origini della cittadinanza europea*, in *Dir. Un. eur.*, 2010, p. 1031 ss.; S. O'Leary, *The Evolving Concept of Community Citizenship*, The Hague, 1986.

27 Réflexions sur l'institution d'un parquet européen, Étude adopté le 24 février 2011 par l'Assemblée générale plénière du Conseil d'État, Paris, 2011, p. 20 (corsivo aggiunto).

28 R. André, J. Floch, *Rapport d'information* (n. 445) sur la création d'un procureur européen, déposé par la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne, <http://www.assemblee-nationale.fr/12/europe/rap-info/i0445.asp> (corsivo aggiunto).

29 È quanto si ricava dalla lettura complessiva della risoluzione del 6 maggio 2010 sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità e la lotta contro la frode - Relazione annuale 2008, partic. p.ti 3 e 30-34.

entro un quadro istituzionale abbastanza robusto³⁰ - che dal punto di vista qualitativo non sembra rappresentare un momento di discontinuità rispetto, per esempio, a quanto già si faceva nel quadro del Consiglio d'Europa da più di quarant'anni. È solo con il Trattato di Amsterdam che muta la prospettiva, essendosi determinati gli Stati a stabilire a carico dell'Unione una responsabilità normativa (seppure non esclusiva) sul terreno del contrasto a condotte penalmente rilevanti e del coordinamento fra le autorità incaricate dell'applicazione della legge penale entro gli Stati membri, secondo modalità tripartite che ancor oggi sono distintamente perseguite: la cooperazione giudiziaria fra le autorità nazionali informata, anche se non esclusivamente³¹, al principio di reciproco riconoscimento, il ravvicinamento o l'armonizzazione³² delle legislazioni nazionali, la cosiddetta cooperazione giudiziaria integrata³³.

Dunque, l'avvio di un approccio securitario entro l'Unione ha rappresentato - unitamente all'esigenza di fronteggiare una criminalità strutturalmente modificata³⁴, anche - lo sforzo di mettere in equilibrio un assetto di cooperazione che, con il progredire del processo di integrazione europea, aveva perso in armonia.

Principio di riconoscimento reciproco e rispetto di diritti e libertà fondamentali nell'amministrazione della giustizia penale: la normativa europea

Venendo alla seconda questione: al fine di costruire entro l'Unione uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, nelle sedi istituzionali (europee e nazionali) è sempre stato privilegiato l'orientamento di trasferire il principio del reciproco riconoscimento dall'ambito del mercato interno (e dei rapporti giuridici collegati al suo funzionamento, indirizzati alla soluzione dei conflitti di legge e di giurisdizione) al settore del contrasto alle condotte suscettibili di mettere a repentaglio la sicurezza interna agli Stati e dell'Organizzazione tramite il coordinamento e la cooperazione nell'esercizio dell'azione penale. Questa stessa scelta ha comunque nel tempo contrassegnato anche altri ambiti dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia: così è per la cooperazione di polizia, che vede applicato ai rapporti fra le autorità nazionali il reciproco riconoscimento per esempio tramite l'accoglimento del principio di disponibilità delle informazioni³⁵; e per la materia della protezione internazionale della persona, il cui regime giuridico entro l'Unione

30 Sugli aspetti istituzionali delle prime forme di cooperazione giudiziaria penale a partire dal Trattato di Unione (versione Maastricht) v. N. Parisi, Il "terzo pilastro" dell'Unione europea, in N. Parisi, D. Rinoldi, Giustizia e affari interni nell'Unione europea (il terzo pilastro del Trattato di Maastricht), Torino, 1996, p. 25 ss.; sulle modifiche degli stessi ad opera del Trattato di Amsterdam v. (in termini assai sintetici) v. Appendice. Il "terzo pilastro" del Trattato di Unione fra Maastricht e Amsterdam, ivi (ed. 1998), p. 292 ss.

31 Resistono infatti nei rapporti fra autorità giudiziarie penali degli Stati membri rapporti di assistenza e cooperazione giudiziaria tradizionali (sebbene modernizzati), per i quali v. A. Damato, P. De Pasquale, N. Parisi, Argomenti di diritto penale europeo, Torino, 20132, Cap. I.A.

32 I Trattati di Unione utilizzano i due termini in maniera tale da non poter rinvenire un criterio discrezionale fra di essi. Sul punto v. le considerazioni di D. Rinoldi, Lo spazio (2012), cit., cap. IV, par. 6.4.

33 Così L. Salazar, La lotta alla criminalità nell'Unione: passi in avanti verso uno spazio giudiziario comune prima e dopo la Costituzione per l'Europa ed il programma dell'Aja, in Cass. pen., 2004, p. 3510 ss.; Id., Presente e futuro dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia: dal Piano d'azione dell'Aja alla "visione" della Commissione europea, in G. Grasso, R. Sicurella (a cura di), Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale, Milano, 2008, p. 625 ss.

34 N. Parisi, Su taluni limiti, cit., pp. 446-447.

35 Per riferimenti normativi v. N. Parisi, Art. 87 TFUE (commento), in A. Tizzano, Trattati dell'Unione europea, Milano, 20142, par. III.

presuppone il reciproco riconoscimento delle decisioni di accertamento di tale *status* assunte dallo Stato che, per tutti i Paesi membri dell'Unione, adotta il «visto o la decisione» che consente il transito o l'ingresso in uno o più Stati dell'Unione³⁶.

L'orientamento è peraltro anche sostenuto da importante dottrina³⁷.

Altri studiosi si sono espressi manifestando, viceversa, una «posizione decisamente contraria [‘alternativa’] alle tendenze (...) prevalenti nell'ambito della europeizzazione del diritto penale e del diritto processuale penale»³⁸. Del reciproco riconoscimento sono stati messi in luce i punti considerati critici: fra questi anzitutto la sua idoneità a sostanziare «un procedimento penale ibrido, che consente la combinazione delle possibilità di intervento dei diversi ordinamenti» nazionali coinvolti nel procedimento stesso e, infine, a determinare il «sorgere di una giustizia penale radicalmente punitiva»³⁹ nonché la sua intrinseca attitudine a violare il principio di stretta legalità penale⁴⁰. Conseguentemente, è stato suggerito l'abbandono del principio del reciproco riconoscimento a favore di altre soluzioni, quale quella realizzabile tramite la combinazione di due diverse tecniche: il principio del trattamento più favorevole (alla persona coinvolta nel procedimento penale) e il «modello svizzero» (relativo alla determinazione del foro competente a esercitare l'azione penale).

Altra dottrina ancora si è concentrata su criticità relative all'esercizio di attività normativa da parte dell'Unione europea suscettibile di riverberare effetti in materia penale. In particolare, si sottolinea la discutibilità di scelte di politica legislativa indirizzate a trasporre il principio di mutuo riconoscimento – considerato come la via più adatta al buon funzionamento del mercato interno europeo – a settori, come quello penale, le cui norme incidono profondamente nello statuto delle persone, in assenza di un processo di armonizzazione dei sistemi penali e processuali degli Stati membri e di un procedimento genuinamente democratico di formazione delle norme europee⁴¹.

L'opposizione o la diffidenza circa l'accoglimento di siffatto principio ai fini della

36 Artt. 3.1 e 2, lett. m (nonché considerando nn. 4-5) del regolamento (UE) 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide, in GUUE L 180 del 29 giugno 2013, p. 31 ss.

37 In particolare ricordo U. Sieber, *Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1991, pp. 962-963, che già allora propose il ricorso a tale principio a proposito delle questioni inerenti alla circolazione delle prove penali; più in generale v. (oltre ai contributi richiamati supra, note 1, 7 e 14) M. Möstl, *Preconditions and Limits of Mutual Recognition*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 405 ss.; i volumi curati da G. de Kerchove, A. Weyembergh, *Quelle réforme pour l'espace pénal européen*, Bruxelles, 2003; Idd., *L'espace pénal européen: enjeux et perspectives*, Bruxelles, 2002; Idd., *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Bruxelles, 2001; e D. Rinaldi, *Lo "spazio" (2012)*, cit., pp. 18 s. e 64 ss.

38 Così B. Schünemann, *Presentazione*, in Idd., *Un progetto alternativo di giustizia penale europea*, Milano, 2007, p. 3.

39 *Ibidem*, p. 7.

40 *Ibidem*, pp. 6-7 e 9.

41 Ci si riferisce ancora una volta, in particolare, a U. Draetta, *Diritto dell'Unione europea e principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano: un contrasto non più solo teorico*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2007, p. 13 ss.; Idd., *Il mandato d'arresto europeo al vaglio della Corte di giustizia*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2007, p. 995 ss. Sulle criticità (peraltro diffusamente reputate superabili) che solleva l'attribuzione all'Unione di competenza normativa incidente in materia penale v. anche F. Sgubbi, *Principio di legalità e singole incriminazioni*, in L. Picotti (a cura di), *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, Milano, 1999, p. 152 ss.; M. D'Amico, *Lo spazio di libertà, sicurezza, giustizia e i suoi riflessi sulla formazione di un diritto penale europeo*, in A. Lucarelli, A. Patroni Griffi (a cura di), *Studi sulla Costituzione europea. Percorsi e ipotesi*, Napoli, 2003, p. 191 ss.; A. Bernardi, *Europeizzazione del diritto penale e progetto di Costituzione europea*, in *Diritto penale e processo*, 2004, p. 5 ss.

costruzione di uno spazio europeo di giustizia penale non nasce da preoccupazioni peregrine o capziose. Si tratta di valutazioni che, tutte, hanno il merito di aver portato l'attenzione degli studiosi sulla problematicità di far operare il principio del reciproco riconoscimento fra Stati membri (meglio: fra autorità appartenenti a sistemi giuridici nazionali differenti) in situazioni ove si manifestano diversità anche di non lieve portata nella disciplina di diritto positivo relativa alle garanzie offerte da ciascuno di essi.

Le stesse istituzioni dell'Unione europea - che pur non possono che valorizzare la scelta politica fatta dagli Stati membri all'atto della costituzionalizzazione nel Trattato di Unione del principio del reciproco riconoscimento - non si nascondono gli aspetti problematici determinatisi fin dal suo primo utilizzo nel campo della cooperazione giudiziaria penale e di polizia. In particolare, la Commissione ha da tempo espresso qualche preoccupazione in ordine al fatto che il principio del reciproco riconoscimento - naturalmente indirizzato ad ampliare i poteri di pubblici ministeri, magistrati in generale e autorità inquirenti - potrebbe determinare soluzioni giuridiche antinomiche nel perseguimento di due diverse esigenze implicate, quella relativa all'efficiente amministrazione della giustizia penale e quella consistente nella valorizzazione delle garanzie processuali della persona in uno spazio giudiziario unico. Proprio per indirizzare virtuosamente il processo di cooperazione giudiziaria fra le autorità giudiziarie penale degli Stati membri si è dato avvio a un processo di armonizzazione degli ordinamenti nazionali che, dopo una lunga iniziale *impasse*⁴², sembra ben avviato a partire dalla cosiddetta *Road Map* adottata dal Consiglio nel 2009⁴³.

Si pensi anche al settore della detenzione e, più in particolare, alla materia della custodia cautelare: pur se considerata «*misura di natura eccezionale* nei sistemi giudiziari di *tutti* gli Stati membri»⁴⁴, essa è oggetto di non lievi differenze normative in ciascuno di essi se non altro per quanto riguarda la sua durata e le condizioni del riesame dei motivi che determinano la sua applicazione rispetto ad altre misure (pur cautelari ma) non detentive⁴⁵.

Si pensi, ancora, alla circolazione di dati a fini di prevenzione e individuazione

42 Libro verde della Commissione, del 19 febbraio 2003, Garanzie procedurali a favore di indagati e imputati in procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea, COM(2003) 75 def., p.to 1.4, che rinvia alla comunicazione della Commissione, del 14 luglio 1998, Verso uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, COM(1998) 459 def.

43 La Road Map, adottata il 30 novembre 2009 (GUUE C 295 del 4 dicembre 2009), è stata seguita dall'adozione di due direttive (2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione; 2012/13/UE relativa al diritto all'informazione) e di una proposta di direttiva relativa al diritto di accesso a un difensore nel procedimento penale e al diritto di comunicare al momento dell'arresto COM(2011) 326 def. dell'8 giugno 2011. La Road Map prevede inoltre l'adozione di una disciplina in tema di comunicazione con familiari, datori di lavoro e autorità consolari (Misura D), di garanzie speciali per indagati e imputati vulnerabili (Misura E), nonché di un Libro verde sulla detenzione preventiva (Misura F), a proposito della quale v. nel testo immediatamente dopo questo esponente di nota. Sul tema v. M. Pedrazzi, I. Viarengo, A. Lang (eds.), *Garanties individuelles dans l'espace judiciaire européen en matière pénale*, Bruxelles, 2011; oltre al mio *Tecniche di costruzione di uno spazio penale europeo*. In tema di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie e di armonizzazione delle garanzie procedurali, in *St. int. eur.*, 2012, p. 33 ss. In modo molto critico sull'applicazione del mutuo riconoscimento al campo delle garanzie processuali si esprime M. Kaiafa-Gbandi, *Harmonisation of Criminal Procedure on the Basis of Common Principles. The Eu's Challenge for rule-of-law Transnational Crime Control*, in C. Fijnaut, J. Ouwkerk, *The Future of Police and Judicial Cooperation in the European Union*, Leiden-Boston, 2010, p. 370 ss.

44 Comunicazione della Commissione, del 14 giugno 2011, Rafforzare la fiducia reciproca nello spazio giudiziario europeo - Libro verde sull'applicazione della normativa dell'UE sulla giustizia penale nel settore della detenzione, COM(2011) 327 def., p. 9 (corsivi aggiunti).

45 Proprio a proposito del differente regime giuridico delle misure cautelari detentive in due Stati membri dell'Unione (Italia e Germania) e della possibilità di far operare nonostante ciò il mutuo riconoscimento (specificamente ai fini dell'esecuzione di un mandato di arresto europeo) si è pronunciata la Cassazione penale, Sezz. un., sentenza del 30 gennaio 2007, n. 4614, Ramoci.

dei reati. Sempre la Commissione dell'Unione ha rilevato come, tramite il diffuso impiego di tecnologie informatiche indirizzate alla raccolta di una grande messe di informazioni personali, al loro travaso da una banca-dati all'altra e al loro incrocio, ci si debba porre un problema in ordine al rispetto del diritto alla riservatezza; e, ancora, come il passaggio di informazioni dalle autorità di *intelligence* a quelle di polizia e, infine, magari anche a quelle giudiziarie penali rischi di contraddire i principi dell'equo processo; e così via⁴⁶. Proprio perché si tratta di problemi presenti alle istituzioni dell'Unione, queste ultime - sulla base del mandato espresso nell'art. 16 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, ai sensi della revisione di Lisbona - hanno avviato una complessiva riforma dell'intero regime giuridico di trattamento dei dati personali sia in relazione alle situazioni ricadenti nell'ambito civile e amministrativo, come di quelle coinvolte nelle attività di cooperazione giudiziaria penale e di polizia⁴⁷; riforma che è ancora troppo arretrata per poter consentire una sia pur minima valutazione dei suoi controversi contenuti. Essa tuttavia rivela - come detto - un'attenzione (conseguente a una diffusa preoccupazione relativa) alla tutela dei diritti delle persone che a vario titolo sono coinvolte nei procedimenti di cooperazione fra le autorità di polizia appartenenti agli Stati membri, nonché fra esse e gli organi e organismi dell'Unione Europea⁴⁸: attenzione anche favorita da censure emerse dalla giurisprudenza delle Corti europee⁴⁹, nonché dall'attività del Gruppo di lavoro "Articolo 29"⁵⁰.

Se si guarda agli strumenti dell'Unione di attuazione del principio di riconoscimento reciproco, non si può non apprezzare la progettualità che ne è alla base, funzionale alla valorizzazione anche dei diritti della persona.

Considerando anzitutto e ancora una volta la decisione quadro sul mandato

46 Al proposito v. la Comunicazione (adottata il 25 gennaio 2012) della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni su Salvaguardare la privacy in un mondo interconnesso. Un quadro europeo della protezione dei dati per il XXI secolo, COM(2012) 09 def., p. 13..

47 Rileva al riguardo, oltre alla Comunicazione cit. in nota precedente, anche la Comunicazioni (adottata nella stessa data) della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni sulla Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, e la libera circolazione di tali dati, COM(2012) 10 def.

48 V. COM(2012) 09 def., cit., p. 13.

49 Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 4 dicembre 2008, application n. 30562/04, S. and Marper v. UK (in materia di interferenze alla privacy determinate dall'impiego del DNA a fini investigativi e dallo scambio di dati genetici nel quadro della cooperazione di polizia avviata dal Trattato di Prüm e dalle decisioni dell'Unione europea); Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza del 20 novembre 2010, cause riunite C-92-09 e C-93/09, Volker/Markus Schecke GbR e Eifert (che affronta la questione del bilanciamento fra diritto alla protezione dei dati personali e interessi di portata generale, nel caso rappresentati dall'esigenza di garantire trasparenza nell'assegnazione di finanziamenti comunitari).

50 V., fra gli altri, The Future of Privacy. Joint Contribution to the Consultation of the European Commission on the legal Framework for the Fundamental Rights to Protection of Personal Data, 1 December 2009, 02356/09/EN, WP 168; Parere 10/2011 sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'uso dei dati del codice di prenotazione ai fini di prevenzione, accertamento, indagine e azione penale nei confronti dei reati di terrorismo e dei reati gravi, 5 aprile 2011, 00664/11/IT, WP 181; Opinion of the European Data Protection Supervisor on the Joint Communication of the Commission and of the High representative of the European Union for Foreign Affairs and Security Policy on a "Cyber Security Strategy of the European Union: an Open, Safe and Secure Cyberspace", and on the Commission proposal for a Directive concerning measures to ensure a high common level of network and information security across the Union, 14 June 2013, punti 31-34. Specificamente in relazione alla problematica del terrorismo v. Cian C. Murphy, EU Counter-Terrorism Law. Pre-Emption and the Rule of Law, Oxford-Portland, 2012, p. 147 ss.; M. Nino, Terrorismo internazionale, privacy e protezione dei dati personali, Napoli, 2012, specific. pp. 21 ss. e 178 ss.; S. De Vido, Il contrasto del finanziamento al terrorismo internazionale. Profili di diritto internazionale e dell'Unione europea, Padova, 2012, p. 268 s. Più in generale sull'intera problematica v. F. Boehm, Information Sharing and Data Protection in the Area of Freedom, Security and Justice, Berlin-Heidelberg, 2012; e M. Kaiafa-Gbandi, Harmonisation of Criminal Procedure on the Basis of Common Principles, cit., pp. 366-369.

d'arresto europeo, la disciplina ivi contenuta dispone, da una parte, la soppressione nella procedura di cooperazione della fase politico-amministrativa (sostituita dalla preesistente presupposta fiducia reciproca fra ordinamenti): si consegue così una miglior tutela dell'imputato o del condannato, poiché vengono ridotti i tempi del procedimento⁵¹, contribuendo all'osservanza di quelle esigenze dell'equo processo, al rispetto delle quali l'ordinamento di ciascuno degli Stati membri dell'Unione è tenuto⁵². Peraltro, a ciò non si accompagna un abbassamento della garanzia giurisdizionale, la quale - stando alla prassi convenzionale alla quale partecipa l'ordinamento italiano⁵³ - si modella negli atti dell'Unione sugli ormai consolidati strumenti della cooperazione giudiziaria fra autorità penali nazionali. Non mi sembra perciò fuori luogo che l'apparato delle garanzie sia nella decisione quadro sul mandato d'arresto europeo «piuttosto scarno»⁵⁴, dimostrando una certa «parsimonia garantista»⁵⁵. Certo, nell'occasione dell'adozione di un atto siffatto - dal titolo così impegnativo e primo banco di prova del mutuo riconoscimento in campo penale - motivi di opportunità politica avrebbero consigliato una maggior prolissità in argomento; ma la sintesi risponde alla logica dello strumento normativo utilizzato, destinato com'è a riversare sullo Stato la responsabilità di individuare il livello di tutela da applicare all'atto dell'esecuzione del provvedimento, dal momento che la decisione quadro non è in grado di spiegare effetti diretti entro gli ordinamenti nazionali⁵⁶. Pur nella propria parsimonia, tuttavia, la decisione quadro è sufficientemente perentoria, dichiarando che «L'obbligo di rispettare i diritti fondamentali (...) non può essere modificato per effetto della (...) decisione» stessa⁵⁷: ciò porta a concludere che ai motivi obbligatori di rifiuto di esecuzione del mandato espressi nell'art. 3 di essa occorre considerarne aggiunto un altro: quello anche solo del rischio che da tale esecuzione consegua una violazione dei diritti fondamentali della persona consegnata, e ciò ad opera dello Stato di emissione del mandato⁵⁸.

Peraltro, la celerità del procedimento – indotta dalla soppressione della fase po-

51 Così si esprime anche la Commissione valutando la prassi riprodottasi negli Stati membri a partire dal 1° gennaio 2004, data di scadenza dell'esecuzione della decisione quadro relativa al mandato d'arresto europeo: COM(2005)63, def., pp. 4-6. La riduzione dei tempi del procedimento è pure conseguita con la decisione quadro 2008/978/GAI relativa al mandato europeo di raccolta delle prove diretto all'acquisizione di oggetti, documenti e dati da utilizzare nei procedimenti penali, in GUUE L 350 del 30 dicembre 2008, p. 72 ss.

52 Art. 47, par. 1, Carta dei diritti fondamentali UE; art. 6 CEDU; art. 14 Patto internazionale sui diritti civili e politici.

53 In argomento mi permetto di rinviare a N. Parisi, Italy (Report), in Ch. Blakesley, A. Eser, O. Lagodny (eds.), *The Individual as Subject of International Cooperation in Criminal Matters*, Baden-Baden, 2001, p. 293 ss.; sulla progressiva giurisdizionalizzazione delle procedure di cooperazione giudiziaria fra autorità penali nazionali v. ancora il mio Note sul concorrente ruolo di autorità esecutive e giudiziarie nell'esecuzione di obblighi internazionali in materia penale, in G. Ziccardi Capaldo (a cura di), *Attuazione dei trattati internazionali e costituzione italiana. Una riforma prioritaria nell'era della comunità globale*, Napoli, 2003, p. 309 ss.

54 I. Viarengo, *Mandato d'arresto europeo e diritti fondamentali*, in M. Pedrazzi (a cura di), *Mandato d'arresto europeo e garanzie della persona*, Milano, 2004, p. 149.

55 M. Pedrazzi, *Considerazioni introduttive*, in Id. (a cura di), *Mandato*, cit., p. 5.

56 Sulla rispettiva funzione di decisione quadro e norma nazionale di adeguamento ad essa mi permetto di rinviare al mio Principio di legalità e tutela dei diritti della persona nello "spazio di libertà, sicurezza e giustizia", in L. Daniele (a cura di), *La dimensione internazionale ed europea del diritto nell'esperienza della Corte costituzionale*, Napoli, 2007, p. 353 ss.; peraltro identica prospettiva è accolta dall'avv. gen. Sharpston, nelle conclusioni adottate in causa C-60/12.

57 Art. 1, par. 3, dec. quadro cit., accompagnato dai considerando 10, 12, 13 e 14 della stessa.

58 Ma v. infra, testo in corrispondenza dell'esponente di nota 99, a proposito del diverso standard di rispetto di diritti e libertà fondamentali implicati nell'attività di cooperazione giudiziaria penale rispetto a quella attinente l'accertamento della responsabilità penale.

litico-amministrativa e dalla previsione di tempi stretti nell'esecuzione della richiesta - si traduce in un rafforzamento della tutela espressa nei confronti della vittima del reato, la quale - nel rispetto del principio della centralità della persona accolto in via diffusa nel nostro ordinamento⁵⁹ - deve trovare una pronta garanzia per diritti e libertà violate entro un termine ragionevole. A questo proposito si segnala come il principio del mutuo riconoscimento potrebbe essere utilizzato in modo più pervasivo per dare efficacia extraterritoriale (ma interna allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia) ai provvedimenti assunti dalle autorità giudiziarie di uno Stato ai fini della riparazione a favore di chi sia stato vittima di un arresto o di una detenzione illegali: in relazione a tali provvedimenti già oggi esiste l'obbligo di assistenza fra Stati membri dell'Unione Europea nell'occasione della loro assunzione e della loro esecuzione⁶⁰; una tutela più compiuta sarebbe conseguita se di tale riparazione si facesse carico - tramite l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento - lo Stato richiedente del provvedimento restrittivo della libertà personale⁶¹.

Considerazioni analoghe si impongono in relazione allo strumento dell'Unione che si propone di applicare il mutuo riconoscimento al regime di circolazione delle misure cautelari non detentive⁶². La disciplina normativa in questione si basa sull'assunto che gli ordinamenti degli Stati membri dell'Unione considerano la custodia cautelare in attesa di processo provvedimento eccezionale, applicato ai non residenti ma sostituito per i cittadini e per i residenti abituali da misure alternative. Ne deriva che trasferire l'applicazione di queste ultime nello Stato di residenza abituale dell'indagato - così come prevede la proposta europea - persegue tre diversi risultati: ridurre il rischio di disparità di trattamento; applicare la misura di controllo nell'ambiente ove l'indagato abitualmente vive, andando incontro a un'esigenza di umanizzazione della pena⁶³; dare pienezza sul piano sostanziale al principio della presunzione di innocenza.

Anche la disciplina europea che articola il principio del *ne bis in idem* europeo tramite il tentativo di soluzione dei conflitti positivi di giurisdizione in materia penale⁶⁴ persegue uno scopo garantistico - già codificato nell'art. 50 della Carta di Nizza sui diritti fondamentali⁶⁵ -, sottraendo la persona ad accanimenti repressivi derivanti dalla molteplicità di procedimenti nazionali incardinati dello stesso spazio giudiziario.

Uno scopo egualmente garantista è destinato a perseguire anche la decisione

59 Mi riferisco all'art. 2 della Costituzione italiana, nonché ai principi direttivi contenuti nella legge delega del codice di procedura penale vigente.

60 Art. 49 Conv. appl. Accordo di Schengen.

61 La situazione è auspicata dalla raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa n. R(86)13.

62 Decisione quadro 2009/829/GAI del 23 ottobre 2009 sull'applicazione tra gli Stati membri dell'Unione europea del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni sulle misure alternative alla detenzione cautelare, in GUUE L 294 dell'11 novembre 2009, p. 20 ss.

63 In questo modo la Commissione motiva l'esigenza di procedere in materia con atto dell'Unione: v. il Libro verde sul reciproco riconoscimento delle misure cautelari non detentive, 17 agosto 2004, COM(2004)562 def., punti 1.1 e 1.3.

64 Decisione quadro 2009/948/GAI del 30 novembre 2009 sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti relativi all'esercizio della giurisdizione nei procedimenti penali, in GUUE L 328 del 15 dicembre 2009, p. 42 ss.

65 Il principio era già stato recepito nella Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen (art. 54), nella Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee (art. 7), nel suo primo Protocollo (art. 7), nonché nella Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea (art. 10).

quadro relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personali ai fini della loro esecuzione entro un altro Stato membro dell'Unione⁶⁶: si consideri ad esempio il fatto che la trasmissione della sentenza è condizionata, tra l'altro, dalla circostanza che l'autorità dello Stato di emissione abbia «la certezza che l'esecuzione della pena da parte dello Stato di esecuzione abbia lo scopo di favorire il reinserimento sociale della persona condannata»⁶⁷; e si consideri, ancora, che è specificamente stabilita una fase di consultazione tra le autorità dello Stato di emissione e di esecuzione, durante la quale il secondo può adottare un parere motivato indicando i motivi sulla base dei quali ritiene che l'esecuzione della pena nel proprio territorio non favorirebbe il reinserimento sociale e l'effettiva reintegrazione della persona in questione nella società⁶⁸.

Analogo scopo garantistico informa la nuova disciplina di protezione internazionale della persona, stabilita con il già ricordato regolamento (UE) 604/2013⁶⁹: si consideri che in esso si contempla l'esigenza di un colloquio personale ai fini della determinazione dello Stato competente a esaminare la domanda⁷⁰; si esclude il ricorso indiscriminato al trattenimento e si stabiliscono modalità di esso⁷¹; diffusamente si dispone in tema di trattamento dei dati personali⁷²; si fissano principi circa garanzie giuridiche e ricorso effettivo⁷³; si pone una specifica disciplina a protezione della vita familiare⁷⁴ e del superiore interesse del minore⁷⁵.

Certo è che la progressiva estensione del principio di reciproco riconoscimento esige una continua sorveglianza, in particolare proprio sulle conseguenze che esso è destinato a determinare in relazione allo statuto della persona coinvolta nel procedimento penale. A mano a mano che la cooperazione fra le autorità nazionali, prosegue, si approfondisce e diventa più rapida e fluida, abbandonando progressivamente i tradizionali canali della mutua assistenza o comunque semplificandoli, si manifestano esigenze garantistiche inedite, mai prima emerse, in relazione alle quali, dunque, si rende necessario immediatamente "inventare" soluzioni normative. In questo senso deve essere interpretata l'attività normativa *in itinere* che, da diverse prospettive, contribuisce al rafforzamento della reciproca fiducia come «chiave del buon funzionamento del reciproco riconoscimento»⁷⁶. Una prima modalità consiste nell'adozione di misure di diritto penale sostanziale, indirizzate a stabilire qualificazioni uniformi delle fattispecie incriminatrici⁷⁷. Una seconda modalità è rinvenibile nelle

66 Decisione quadro 2008/909/GAI del Consiglio del 27 novembre 2008 relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea, in GUUE L 327 del 5 dicembre 2008, p. 27 ss.

67 Art. 4, par. 2.

68 Art. 4, parr. 3 e 4.

69 Regolamento (UE) n. 604/2013 del 6 giugno 2013, cit.

70 Art. 5.

71 Art. 28.

72 Artt. 31-32, 34, 38-39.

73 Artt. 26-27.

74 Artt. 9-11 e 16.

75 Artt. 6 e 8.

76 Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sul reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie in materia penale e il rafforzamento della reciproca fiducia tra Stati membri, SEC(2005) 641, 19 maggio 2005, par. 18; nonché decisione del Consiglio del 12 febbraio 2007, 2007/126/GAI, in GUUE L 58 del 24 febbraio 2007, p. 13 ss.

direttive di ravvicinamento del diritto processuale degli Stati membri, avviate a partire dalla *Road Map* del Consiglio del 30 novembre 2010⁷⁸, nonché nelle misure d'accompagnamento all'amministrazione della giustizia, quali il rafforzamento dei meccanismi di valutazione, la valorizzazione della formazione giudiziaria degli operatori di giustizia, la loro "messa in rete", il sostegno allo sviluppo di una giustizia di qualità. Infine, va menzionata la capacità dell'Unione europea di "autocorreggersi" nell'occasione in cui il diritto derivato abbia mancato di valorizzare i diritti della persona coinvolta nei procedimenti penali: è paradigmatico il caso della decisione quadro 2009/299/GAI, intervenuta a modificare un certo numero di decisioni quadro applicative del principio del mutuo riconoscimento⁷⁹ con lo scopo di armonizzare i motivi di non riconoscimento (facoltativo) delle decisioni pronunciate al termine di un processo in cui l'imputato non sia comparso personalmente.

La giurisprudenza applicativa del principio di reciproco riconoscimento

Le preoccupazioni espresse dalla dottrina ragguagliata in precedenza non hanno, peraltro, solo un fondamento teorico-concettuale; derivano infatti dalle criticità manifestate all'atto dell'adattamento e dell'applicazione entro gli ordinamenti nazionali della prassi normativa europea. Ciò è ben testimoniato dalla complessità sottesa alla copiosa giurisprudenza europea e nazionale che si è sedimentata nell'occasione delle richieste di esecuzione di provvedimenti giudiziari fondati sul principio in questione. Essa, nonostante non pervenga sempre a soluzioni convergenti⁸⁰, ha tuttavia contribuito in grande misura a sostenere il processo di utile adattamento degli ordinamenti nazionali alle esigenze del mutuo riconoscimento nel pieno rispetto dei diritti della persona. È proprio da questa giurisprudenza che occorre muovere per ragionare sulla sostenuta idoneità del principio del riconoscimento reciproco ad abbassare il livello di protezione delle garanzie individuali, le quali nella regione europea originano da valori e principi accolti anche nelle comuni tradizioni costituzionali degli Stati - dei quali la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo sono espressive⁸¹ - e sono dunque destinati a essere tutelati già in virtù di queste ultime entro gli ordinamenti nazionali. Si ha ben presente che l'apprezzamento concreto del principio e della norma (anche di quelli che garantiscono un diritto fondamentale) variano da ordinamento a ordinamento, stante che la loro portata deve essere valutata caso per caso alla luce del-

77 La competenza dell'Unione in questione si fonda sull'art. 83 TFUE.

78 Supra, nota 43.

79 Decisione quadro del 26 febbraio 2009, che modifica le decisioni quadro 2002/584/GAI, 2005/214/GAI, 2006/783/GAI, 2008/909/GAI e 2008/947/GAI, rafforzando i diritti processuali delle persone e promuovendo l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo (GUUE L 81 del 27 marzo 2009, p. 24 ss.).

80 A proposito del «processo di profonda trasfigurazione del ruolo del giudice» conseguente alla «rivoluzione nel sistema delle fonti» applicabili entro i confini nazionali e, conseguentemente, della sua «fatica ad orientarsi (...) dovendo superare biforcazioni o incroci normativi, fronteggiare sempre una scelta o un «dilemma» (...) ripercorrendo le geometrie sconnesse dell' «interpretazione conforme», dialogando costantemente con le Corti sovranazionali, ricostruendo in modo rapsodico precetti e sanzioni, soppesando obblighi e diritti, operando persino un difficile *découpage* della normativa interna, disappiccando o rivolgendosi al giudice delle leggi: tutto ciò interrogando fonti poste a distanza siderale dalla scrivania (...), in una ricerca combinatoria che (...) può risultare spazialmente illimitata (...) » v. V. Manes, Il giudice nel labirinto, Roma (Dike), 2012, pp. 3-4.

81 Sono, quelle impiegate nel testo, le stesse parole utilizzate dalla Corte costituzionale nella sentenza dell'11 aprile 2002, n. 135.

l'intero contesto normativo nel quale essi sono destinati ad operare⁸². Tanto è vero che è lo stesso Trattato sull'Unione europea a esplicitare che, pur condividendo gli stessi valori, l'identità (anche giuridica) di ognuno dei suoi Stati membri (oltre che dell'Organizzazione) deve essere distintamente salvaguardata.

Anzitutto, su di un piano generalissimo – e prendendo a esempio principalmente la prassi italiana – non si può mancare di rimarcare come si sia in costanza di giurisprudenza che ha sostenuto l'esigenza che presunte antinomie debbano cercare un primo tentativo di composizione sul piano ermeneutico, incombando sui giudici nazionali l'obbligo di interpretare il diritto interno in modo conforme al diritto dell'Unione, oltre che al diritto internazionale, al quale si ascrive la Convenzione di salvaguardia dei diritti della persona⁸³. Si è così potuti pervenire a riconoscere che un principio costituzionalmente protetto potrebbe cedere (pur senza modificare la Carta costituzionale) di fronte a una sua interpretazione adeguatrice alle carte europee⁸⁴.

Ove non si potesse perseguire questo itinerario virtuoso, due sono i parametri che utilmente orientano la soluzione di accertate antinomie: da una parte, la vigenza di carte internazionali che dichiarano di non ostare a tutele maggiori predisposte dai diritti nazionali; dall'altra, l'essersi gli Stati dotati di carte costituzionali che non solo orientano l'ordinamento interno verso significative aperture ai valori internazionali⁸⁵, ma sono anche dichiarate dalle rispettive corti supreme nazionali come capaci di un'interpretazione estensiva ed evolutiva idonea ad accordare alla persona una protezione dei suoi diritti la più estesa possibile: ciò in virtù del «la *compenetrazione delle tutele offerte* da (...) norme [interne e internazionali]». Da siffatta compenetrazione deriva, insomma, che l'«accertamento dell'eventuale deficit di garanzia deve (...) essere svolto in comparazione con un livello superiore già esistente e giuridicamente disponibile in base alla continua e dinamica integrazione del parametro, costituito dal vincolo al rispetto degli obblighi internazionali, di cui al primo comma dell'art. 117 Cost.»⁸⁶. Al proposito si pensi all'intervento additivo compiuto dalla Corte costituzionale con la sentenza

82 Al proposito richiamo la recente sentenza della Corte di giustizia dell'Unione, la quale, nel valutare la portata del principio secondo il quale nessuna persona può essere sottoposta a pratiche di tortura, nonché a trattamenti e pene inumani e degradanti, stabilisce che tale principio ha una propria qualificazione nell'Unione (autonoma da quelle utilizzate negli Stati e nell'ordinamento della Convenzione europea di salvaguardia), che dipende dalla sua sussunzione in propri atti normativi (i quali certamente non possono porsi in contraddizione con i principi generali dell'ordinamento dell'Unione, dei quali fanno parte i principi di cui la Convenzione di salvaguardia è espressiva: v. sentenza della Corte di giustizia del 9 novembre 2010, B. e D., cause riunite C-57/09 e C-101/09, p.to 99).

83 Il leading case in argomento in relazione alla materia penale è rappresentato dalla sentenza della Corte di giustizia CE 16 giugno 2005, Pupino, cit.; adde sentenze Corte cost., sentenza 11 marzo 2011, n. 80; e Corte Cass. 12 novembre 2008, n. 45807, Drassich.

84 Sentenza della Corte costituzionale del 15 aprile 2010, n. 138, p.to 10 (nel caso di specie si trattava di valutare se la garanzia della vita privata possa estendersi fino a tutelare anche matrimoni fra persone appartenenti allo stesso sesso).

85 Espressa nella Costituzione repubblicana principalmente dagli artt. 7, 10, 11 e 117.1.

86 Sentenza della Corte costituzionale del 30 novembre 2009, n. 317, p.to 7 (corsivo aggiunto). Argomenta al proposito la Corte «che l'integrazione del parametro costituzionale rappresentato dal primo comma dell'art. 117 Cost. non deve intendersi come una sovraordinazione gerarchica delle norme CEDU (...) rispetto alle leggi ordinarie e, tanto meno, rispetto alla Costituzione. Con riferimento ad un diritto fondamentale, il rispetto degli obblighi internazionali non può mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto a quelle già predisposte dall'ordinamento interno, ma può e deve, viceversa, costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa», concludendo che «la valutazione finale circa la consistenza effettiva della tutela in singole fattispecie è frutto di una combinazione virtuosa tra l'obbligo che incombe sul legislatore nazionale di adeguarsi ai principi posti dalla CEDU (...), l'obbligo che parimenti incombe sul giudice comune di dare alle norme interne una interpretazione conforme ai precetti convenzionali e l'obbligo che infine incombe sulla Corte costituzionale – nell'ipotesi di impossibilità di una interpretazione adeguatrice – di non consentire che continui ad avere efficacia nell'ordinamento giuridico italiano una norma di cui sia stato accertato il deficit di tutela riguardo ad un diritto fondamentale» (sempre p.to 7; corsivi aggiunti).

n. 113/2011: situandosi su di un piano generale, essa ha integrato l'art. 630 del codice di procedura penale con un ulteriore caso di revisione di sentenza o decreto penale di condanna, «al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario (...) per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo» con la quale confligga un giudicato penale italiano⁸⁷. Peraltro anche la Corte costituzionale tedesca si è incamminata lungo un analogo percorso, pronunciandosi a favore dell'esistenza nell'ordinamento nazionale di un principio di lealtà verso il diritto internazionale, quale espressione di una concezione della sovranità la quale non solo non si oppone all'inserimento dell'ordinamento nazionale in contesti internazionali e sovranazionali, oltre che allo sviluppo di essi, bensì li presuppone e li pretende⁸⁸.

Siamo dunque in costanza – per usare le parole della Corte di cassazione italiana - di un «sistema integrato delle fonti costituzionali, comunitarie ed internazionali»⁸⁹: o – per usare l'espressione utilizzata dalla Corte costituzionale italiana – di fonti interne e internazionali a tutela di diritti fondamentali della persona in condizione di pari-ordinazione⁹⁰. Altri nel passato, anticipando certo questa giurisprudenza così faconda, si sono espressi parlando di «pluralisme ordonné» di fonti normative interne e internazionali⁹¹.

Da quanto sin qui argomentato deriva che non si tratta di decidere in astratto quale sistema giuridico – ovvero quale Corte (internazionale, europea o nazionale) dovrà avere l'ultima parola nel fornire la garanzia, sia dunque gerarchicamente superiore agli altri⁹², quanto piuttosto di individuare caso per caso come compenetrare tutte queste norme di diversa derivazione; e infine, nell'impossibilità di

87 V. il dispositivo della sentenza del 7 aprile 2011, n. 113.

88 Così la sentenza del Bundesverfassungsgericht del 4 maggio 2011 (in 2BvR 2365/09), il cui passo richiamato testualmente dichiara: «Die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes ist (...) Ausdruck eines Souveränitätsverständnisses, das einer Einbindung in inter- und supranationale Zusammenhänge sowie deren Weiterentwicklung nicht nur nicht entgegensteht, sondern diese voraussetzt und erwartet» (vedine un comunicato stampa riassuntivo delle motivazioni in lingua inglese in <http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/press/bvg11-031.en.html>). Sulla pronuncia – che ha ad oggetto le misure cautelari e il rapporto fra Legge fondamentale tedesca e Convenzione europea di salvaguardia – v. B. Peters, Germany's Dialogue with Strasbourg: Extrapolating the Bundesverfassungsgericht's Relationship with the European Court of Human Rights in the Preventive Detention Decision, in *Germ. Law Journ.*, 2012, p. 757 ss.; e A. Ruggeri, Rapporti tra CEDU e diritto interno: Bundesverfassungsgerichts e Corte costituzionale allo specchio, in www.diritticomparati.it.

89 Sentenza della Corte Cass., sezz. unni., del 25 ottobre 2010, Nwabanne Pauline Ahiaoma, p.to 5. Sul punto ci si limita a rinviare ad alcuni fra i numerosi contributi in argomento di A. Tizzano, quali Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. controlimiti costituzionali, in *Dir. Un. eur.*, 2007, p. 734 ss.; Alle origini della cittadinanza europea, in *Dir. Un. eur.*, 2010, p. 1040 s.; Introduzione alla sessione: La tutela dei diritti nell'Unione europea, in N. Parisi, V. Petralia (a cura di), L'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona, cit., p. 161 ss.; G. de Amicis, E. Vincenti, Rapporti tra la giurisprudenza della Corte di cassazione e la giurisprudenza della Corte EDU, *Relazione tematica n. 65*, 7 luglio 2011 (Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte Suprema di Cassazione), par. 3.2.

90 Con la sentenza del 12 dicembre 2011, n. 329, la Corte considera protetto il diritto del minore all'indennità di accompagnamento di cui alla legge 11 ottobre 1990, n. 289, «oltre che dalla Costituzione, anche dai vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali» (p.to 1, 4° cpv. della parte "In diritto"; i corsivi sono aggiunti); con la sentenza resa in stessa data n. 338, la Corte stabilisce che, nel quadro dei principi che pretendono il rispetto del «giusto equilibrio tra l'interesse generale e la salvaguardia dei diritti fondamentali degli individui», la norma nazionale vigente (l'art. 16.1 dlgs. 30 dicembre 1992, n. 504) «viola sia l'art. 42, terzo comma, della Costituzione, sia l'art. 117, primo comma, Cost. in relazione all'art. 1 del primo Protocollo addizionale alla CEDU» (p.to 7.1 della parte "In diritto"; i corsivi sono aggiunti).

91 Così M. Delmas-Marty, *Le pluralisme ordonné. Les forces imaginantes du droit*, Paris, 2006.

92 Per un analogo approccio rinvio ai soli A. Ruggeri, Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali, tra internazionalizzazione (ed "europeizzazione") della Costituzione e costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto eurounitario, <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/rivista/2010/00/RUGGERI01.pdf>; e V. Piccone, Il regime di responsabilità civile del magistrato, in I quaderni europei, www.lex.unic.it/cde/quadernieuropei, n. 35/2011.

pervenire a questo risultato, si tratterà di individuare quale fra tutte quelle che astrattamente vengono in rilievo costituisca la miglior tutela della persona, essendo questo lo scopo ultimo da perseguire in un sistema fondato sulla primazia del diritto. Questa operazione di ricerca del livello più alto di tutela compete alle Corti domestiche, giudici del caso concreto, chiamate a calare la norma nella realtà vivente⁹³.

Tuttavia, l'esigenza di applicare alla persona il miglior livello di tutela preteso dall'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea soffre di due condizionamenti. Da una parte, ove si possa ricorrere a strumenti ermeneutici, il risultato conseguito non può determinare un'applicazione della norma europea *contra legem*⁹⁴.

Da un'altra parte, la tutela della persona deve andare in bilanciamento con il valore implicato dalla cooperazione giudiziaria internazionale richiesta dalle necessità di repressione del crimine. A tale proposito risulta utile richiamare certa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, anche assai risalente, dalla quale si ricava come, per esempio, ai sensi della Convenzione di salvaguardia «no right to be extradited is *as such* protected»⁹⁵: «the Convention (...) cannot be read as justifying a general principle to the effect that, notwithstanding its extradition obligations, a Contracting State may not surrender an individual unless satisfied that the conditions awaiting him in the Country of destination are in *full accord with each of the safeguards*» di essa⁹⁶. Ciò significa che, a meno che non vengano in rilievo violazioni (anche virtuali) di norme poste a protezione di diritti assoluti⁹⁷, la tutela della persona "oggetto" del procedimento di cooperazione giudiziaria può attestarsi a un livello anche inferiore, purché esso «riflett[er] (...) il consenso raggiunto dagli Stati membri nel loro insieme a proposito della portata da attribuire, secondo il diritto dell'Unione, ai diritti» fondamentali implicati⁹⁸, consenso che è accertato essere «compatibile con le esigenze derivanti (...) [dalla] Carta»⁹⁹. Peraltro, anche la dottrina - pur apprezzando il rilievo degli istituti della cooperazione giudiziaria penale internazionale in una dimensione processualpenalistica, dunque rispettosa delle prerogative fondamentali della persona implicata - sostiene che «la decisione sull'ammissibilità (...) [della cooperazione] non può essere *tout court* accomunata a quella che presuppone l'accertamento della responsabilità penale»¹⁰⁰.

Da un'altra parte, ancora, la condivisione (espressa con la stessa adozione dell'atto di cooperazione giudiziaria) di un determinato livello di tutela è presupposto perché possano essere fatti salvi i principi (questi sì assoluti, perché componenti

93 Indagano questo processo, fra i tantissimi, A. Ruggeri, Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative, in Dir. Un. eur., 2010, p. 125 ss.; H. Senden, Interpretation of fundamental rights in a multilevel legal system. An Analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union, Cambridge, 2011; A. Cardone, La tutela multilivello dei diritti fondamentali, Milano, 2012.

94 Così la sentenza della Corte di giustizia CE 16 giugno 2005, Pupino, cit.

95 Sentenza 7 luglio 1989, Soering v. UK, p.to 85 (corsivo aggiunto).

96 Sent. ult. cit., p.to 86 (corsivo aggiunto).

97 Quali sono quelli protetti dagli artt. 2, 3, 4, par.1, e 7 della Convenzione di salvaguardia: sulla questione, anche in relazione alla sentenza da ultimo citata, v. N. Parisi, Estradizione e diritti dell'uomo fra diritto internazionale generale e convenzionale, Milano, 1983.

98 Il passo è tratto dalla sentenza della CG nel caso Melloni, cit. (supra, nota 22), p.to 62.

99 Sent. ult. cit., p.to 53.

100 Così E. Marzaduri, Libertà personale e garanzie giurisdizionali nel procedimento di estradizione passiva, Milano, 1993, pp. 184-190 (p. 188 per la citazione).

dell'ordine pubblico costituzionale europeo) dell'ordinamento dell'Unione, quali sono il primato e l'uniforme applicazione delle sue norme. Cosicché si comprende perché il livello di tutela caso per caso accordato alla persona coinvolta in un procedimento in relazione al quale funzioni il principio di riconoscimento reciproco possa essere inferiore (purché convenzionalmente conforme) a quello che ciascun ordinamento nazionale sarebbe tenuto ad applicare se si versasse in una situazione non di cooperazione giudiziaria bensì di esercizio del potere punitivo¹⁰¹.

In tal modo si consente di continuamente trasferire nel diritto interno i principi in materia di diritti fondamentali rilevati dalle Corti di Lussemburgo e di Strasburgo, accordando la garanzia dell'intangibilità a principi e valori condivisi, grazie al circolo virtuoso che è venuto a determinarsi fra queste e le corti interne¹⁰²: si tratta di un fenomeno che non ha soltanto una direzione verticale predeterminata (dall' "alto" al "basso"), ma anche la stessa direzione verticale nel senso opposto (poiché i valori comuni agli Stati membri sono destinati ad innervare di sé i principi dell'ordinamento dell'Unione), oltre che una direzione orizzontale (fra le Corti europee, reciprocamente, e fra le corti nazionali, reciprocamente). Si tratta di una dinamica che segnala una prospettiva suscettibile di approfondire la tutela dei diritti dell'uomo.

Scendendo sul piano specifico della giurisprudenza che ha ad oggetto le misure europee che accolgono il principio di riconoscimento reciproco – dunque con più stretta pertinenza rispetto alle questioni processuali che qui ci occupano –, la composizione di interpretazioni (e conseguenti applicazioni) divergenti delle norme contenute, per esempio, nella decisione quadro sul mandato d'arresto europeo e nelle disposizioni nazionali di adempimento di essa¹⁰³ ha registrato, oltre all'intervento nomofilattico della Corte di cassazione¹⁰⁴, cospicua giurisprudenza anche della Corte costituzionale e delle corti di merito le quali ultime, ricorrendo all'istituto del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, hanno consentito una messa a punto nell'applicazione della decisione quadro stessa e dunque un più fisiologico (al rispetto dei diritti della persona) funzionamento del principio di reciproco riconoscimento.

Procedendo sinteticamente per punti e considerando i casi che si reputano maggiormente pertinenti¹⁰⁵, si segnalano: lo stretto scrutinio giudiziario circa l'ade-

101 Giunge a medesime conclusioni, seppure per altre vie, G. De Amicis, All'incrocio tra diritti fondamentali, cit.

102 Sulla circolazione di valori di portata costituzionale v. il significativo intervento di Zagrebelski G., Costituzione. Quei principi sempre più globali, in Corsera, 21 aprile 2006, pp. 1 e 44-45; sul ruolo privilegiato che ricopre a questo fine il dialogo intessuto fra le Corti costituzionali nazionali e le Corti internazionali europea v., nella grande messe di contributi, L. Eisen, L'interaction des jurisprudences constitutionnelles nationales et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, in D. Rousseau, F. Sudre (cur.), Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme, Paris, 1990, p. 137 ss.; G. Cohen-Jonathan, La Convention européenne des droits de l'homme et les systèmes nationaux des Etats contractants, in MéL. Valticos, Bruxelles, 1998, p. 385 ss.; A. Tizzano, La Corte di giustizia delle Comunità europee e i diritti nazionali (resoconto dell'intervento), in Dir. Un. eur., 2005, p. 839 ss.

103 Nell'ordinamento italiano non si dispone di prassi giurisprudenziale sull'esecuzione di decisioni giudiziarie fondate sul principio del riconoscimento reciproco diversa rispetto a quella relativa al mandato di arresto europeo: hanno trovato ivi adempimento, infatti, soltanto la decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, cit.: l'adempimento italiano è intervenuto con l. 22 aprile 2005, n. 69), e la decisione quadro 2008/909/GAI del Consiglio, del 27 novembre 2008, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea (GUUE L 327, 5 dicembre 2008, p. 27 ss.: l'adempimento italiano è intervenuto con inusitata celerità ad opera del d.lgs. 7 settembre 2010, n. 161, in anticipo dunque rispetto alla scadenza dell'obbligo di suo adempimento stabilito al 5 dicembre 2011, secondo il suo art. 9, par. 1).

104 Cassazione penale, Sezz. un. n. 4614/2007, cit.

renza della disciplina sulla doppia incriminazione¹⁰⁶ (art. 2 Dec. quadro) ai principi di uguaglianza e non discriminazione, in definitiva al principio o di stretta legalità penale¹⁰⁷; i compiti di controllo, specificamente in relazione al rispetto dei diritti fondamentali¹⁰⁸, esercitabili dall'autorità giudiziaria di esecuzione del mandato; il rispetto del *ne bis in idem*¹⁰⁹; il divieto di discriminazione fra cittadino nazionale e cittadino europeo, ovvero fra cittadino residente e dimorante a fini di una maggior opportunità di reinserimento sociale all'atto di scontare una pena restrittiva della libertà personale¹¹⁰; il rispetto del principio di specialità¹¹¹.

LO SPAZIO DI LIBERTÀ, SICUREZZA E GIUSTIZIA COME “LUOGO” DELLA PERSONA E NON COME MERO CONTENITORE DELLA COOPERAZIONE GIUDIZIARIA FRA STATI MEMBRI: LA FUNZIONALITÀ DELLA PROCURA EUROPEA A SIFFATTA DIMENSIONE

Conclusivamente sulla questione: la prima fase di avvio della cooperazione giudiziaria penale entro l'Unione europea è conseguita alla presa d'atto della necessità di intraprendere una concertazione sul piano repressivo a fini di riequilibrio del regime di libera circolazione di beni, persone e capitali. Sono state certamente spinte securitarie ad aver determinato la prima assunzione di decisioni quadro fondate sul principio di reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie penali; tuttavia in esse non è mancata l'attenzione alla dimensione garantista, che è andata nel tempo affinandosi grazie all'apporto di norme europee nonché di giurisprudenza interna e internazionale europea. L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona - con i noti accorgimenti istituzionali¹¹² - è certamente responsabile di un'impronta maggiormente garantista, contribuendo a situare la persona al centro dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Occorre però considerare che questo punto d'arrivo contempla un forte ele-

105 A commento dello spessore delle questioni che il principio del reciproco riconoscimento solleva in ordine alla consegna della persona v. G. De Amicis, G. Iuzzolino, Guida al mandato d'arresto europeo, Milano, 2008; E. Zanetti, Il mandato d'arresto europeo e la giurisprudenza italiana, Milano, 2009; per riferimenti anche alla giurisprudenza straniera v. M. Fichera, The European Arrest Warrant and the Sovereign State: A Marriage of Convenience?, in European Law Journal, 2009, specificamente p. 89 ss. Sulla funzione della giurisprudenza europea e nazionale (italiana) ai fini della composizione delle antinomie fra la decisione quadro sul mandato d'arresto europeo e la legge italiana di suo recepimento v. L. Daniele, Il dialogo tra Corte di giustizia e Corti supreme degli Stati membri: il caso del mandato di arresto europeo, in Studi sull'integrazione europea, 2011, p. 433 ss.; G. De Amicis, Primi orientamenti della Corte di Giustizia sul mandato d'arresto europeo: verso una nomofilachia "euromunitaria"?, in Dir. pen. proc., 2011, p. 1021 ss.

106 Art. 2 dec. quadro cit.

107 Sentenza della Corte di giustizia 3 maggio 2007, causa C-303/05, *Advocaten voor de Wereld*, p.to 44 ss.

108 In relazione alle sentenze rese su procedimento celebrato in absentia si richiamano: la già più volte citata sentenza della Corte di giustizia nel caso Melloni, p.to 35 ss., oltre alla sentenza della stessa Corte 21 ottobre 2010, causa C-306/09, I.B., p.to 48 ss.; in relazione al diritto alla tutela giurisdizionale effettiva, alla presunzione di innocenza e al rispetto dei diritti della difesa v. sentenza della Corte di giustizia 29 gennaio 2013, causa C-396/11, *Radu*, p.to 28 ss.; in relazione alla durata della custodia preventiva v. sentenza della Corte cass., Sez. un., n. 4614/2007, cit., p.to 7 ss.

109 Sentenze della Corte di giustizia 16 novembre 2010, causa C-261/09, *Mantello*, p.to 32 ss.; 17 luglio 2008, causa C-66/88, *Kozłowski*, p.to 30 ss.; 6 ottobre 2009, causa C-123/08, *Wolzenburg*, p.to 48 ss.; 5 settembre 2010, causa C-42/11, *Lopes Da Silva Jorge*, p.to 27 ss.

110 Sentenze della Corte di giustizia 6 ottobre 2009, *Wolzenburg*, cit.; 17 luglio 2008, *Kozłowski*, cit., p.to 45; 6 ottobre 2009, *Wolzenburg*, cit., p.to 62; 21 ottobre 2010, I.B., cit., to 52; 5 settembre 2010, *Lopes Da Silva Jorge*, cit., p.to 32; della Corte cost. (it.) 24 giugno 2010, n. 227, p.to 1 ss.

111 Sentenze CG 1° dicembre 2008, causa C-388/08 PPU, *Leymann e Pustovarov*, p.to 41 ss.; e 30 maggio 2013, causa C-168/13 PPU, F., p.to 33 ss.

112 Per essi v., nella vasta dottrina, D. Rinaldi, *Lo spazio* (2012), cit., cap. I.

mento di discontinuità rispetto a quanto è accaduto in relazione al mercato interno. Il principio di riconoscimento reciproco in campo penale nasce infatti con una doppia anima: la prospettiva nella quale si sono situati gli Stati membri fin dall'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam e che è ancora evidente nella stesura dell'art. 82 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (avvenuta nel 2007, sulla base di un'impostazione dettata dal "Trattato costituzionale" del 2004) accoglie il reciproco riconoscimento principalmente come modalità di cooperazione tra le autorità nazionali che appartengono ad ambiti di governo diversi. Insomma, l'approccio accolto è quello secondo il quale lo spazio europeo di giustizia penale è un contenitore della cooperazione giudiziaria fra Stati: ci si situa cioè in una prospettiva di affermazione da parte di ciascuno Stato membri della propria giurisdizione penale pur in presenza di condotte di reato a dimensione transnazionale e di rilevanza per l'Unione e, conseguentemente, in una prospettiva di ripartizione di tale giurisdizione fra sovranità nazionali e non di competenza in materia penale fra autorità che appartengono allo stesso spazio giuridico. Da qui si fa discendere – ecco la seconda anima - una servente attività di armonizzazione sul piano normativo delle garanzie a favore delle persone (imputati, indagati, condannati, vittime) coinvolte nel procedimento interstatale: l'art. 82, par. 2, co. 2, TFUE (nonché la stessa rubrica con cui si apre il capo 4 del Titolo V dedicato allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia) è limpido: all'attività di armonizzazione normativa delle garanzie nel processo penale si può procedere nella misura in cui ciò sia «necessario per facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie nelle materie penali aventi dimensione transnazionale»¹¹³.

Viceversa, nella dimensione originaria accolta entro l'ordinamento delle Comunità europee il mutuo riconoscimento è principio servente principalmente delle persone che vivono nello spazio economico europeo: in questo contenitore sono le persone, non le autorità di governo, ad assumere centralità. È questa la dimensione del reciproco riconoscimento (e della *confiance mutuelle* implicata in quest'ultimo) che dovrebbe essere accolta anche nello spazio penale europeo: si tratta di una dimensione che supera il rapporto di cooperazione fra enti, riguardando invece la dimensione dei rapporti fra persona e Unione. Si vuole cioè dire che la normativa europea di contrasto al crimine attuata mediante l'utilizzo del principio di riconoscimento reciproco risulta accettabile alla luce dei principi dello Stato di diritto se è indirizzata in via prioritaria a rafforzare la dimensione garantistica, ovvero se i cittadini europei (e, più latamente, ogni persona implicata nel procedimento penale) possono riporre fiducia nell'ordinamento dell'Unione¹¹⁴.

Questo rovesciamento di prospettiva rispetto all'impianto normativo accolto formalmente dal Trattato di Lisbona emerge, anzitutto, da ancora assai scarsa giurisprudenza, la quale sottolinea come debbano essere le persone, non gli Stati e le loro autorità, a dover nutrire fiducia nell'amministrazione della giustizia¹¹⁵. Esso, più significativamente, si annuncia nelle carte a partire dal 2009, con l'avvio del

113 Così anche art. 67, par. 3, TFUE.

114 Così peraltro afferma anche il Programma di Stoccolma, cit. (supra, nota 23), p.ti 2.4. e 1.1

115 V. supra, nel testo all'altezza dell'esponente di note 22 (nonché di nota 24, per le conclusioni dell'Avvocato generale in diverso procedimento).

Programma di Stoccolma¹¹⁶: in questo documento l'enfasi non è posta sulla cooperazione fra autorità nazionali, bensì sulla priorità di costruire uno spazio «che risponda a una preoccupazione cruciale dei popoli degli Stati membri dell'Unione»¹¹⁷, un'Unione «fondata sui diritti fondamentali»¹¹⁸, che «rispetti la diversità e tuteli i più vulnerabili»¹¹⁹, in cui sia consentito «un accesso più agevole alla giustizia»¹²⁰. Nell'intero punto 3 del Programma – intitolato al principio di mutuo riconoscimento – l'enfasi è dunque posta sui diritti della persona, alla quale si intende anche «garantire la protezione da minacce transnazionali»¹²¹ e da catastrofi naturali e di origine umana¹²², e non sui rapporti tra autorità nazionali da tale principio organizzati. Si potrebbe al proposito obiettare che il Programma di Stoccolma appartiene all'ambito della *soft law*, destinata a cedere davanti a nome “dure” come sono quelle convenzionali. Credo invece che si possa sostenere – in aderenza a quanto dispone l'art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati – che i vincoli convenzionali devono essere interpretati alla luce della prassi conseguente alla loro applicazione: e nel caso che ci riguarda tale prassi (maturata a partire dal 2009) manifesta un ben più significativo peso del principio personalistico entro lo spazio penale europeo rispetto a quello da tale principio ricoperto quando (nel 2004) le norme dei Trattati di Unione sono stati scritte. Dunque, la prospettiva che deve essere sicuramente sostenuta (anche in sede di Presidenza italiana dell'Unione Europea) è quella secondo la quale le esigenze repressive (che devono essere tenute in conto: non a caso entro l'Unione l'obiettivo è anche quello di perseguire uno “spazio europeo di sicurezza”) devono poggiare su alto livello di garanzie della persona.

Da questo chiaro inquadramento dell'obiettivo di fare dell'Unione uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nascono, a mio parere, le difficoltà di mettere a regime il funzionamento dello spazio stesso come laboratorio della cooperazione interstatale: esse si manifestano nel timore manifestato dalle autorità nazionali di dare applicazione compiuta al principio di mutuo riconoscimento¹²³, mascherato dalla esigenza di accordare una migliore tutela alle prerogative individuali, e dunque cedendo alla tentazione di attivare il limite dell'ordine pubblico¹²⁴. A ben ve-

116 Ma v. anche le Comunicazioni della Commissione (adottate in stessa data: il 10 giugno 2009, dunque prima del Programma di Stoccolma) su Uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia al servizio dei cittadini, COM(2009) 262 def.; e Giustizia, libertà e sicurezza in Europa dal 2005: valutazione del Programma e del Piano d'azione dell'Aia, COM(2009) 263 def.

117 Il Programma si apre con questa espressione: p.to 1.

118 P.to 2.1 programma cit.

119 Rubrica p.to 2.3 Programma cit.

120 P.to 3.4.1 Programma cit.

121 P.to 4.1. programma cit.

122 P.to 4.6 Programma cit.

123 Si prevede, infatti, che esso sia utilizzato per l'esecuzione delle decisioni definitive pronunciate da un giudice di altro Stato membro, delle decisioni rese in un momento anteriore alla sentenza, nonché delle decisioni intervenute nell'ambito del cosiddetto controllo post-penale. Infatti, entrando più nei dettagli, il principio del mutuo riconoscimento è accolto in decisioni quadro relative a decisioni penali straniere riguardanti la persona: circa la sua consegna (2002/584/GAI), l'applicazione di misure cautelari detentive (2009/829/GAI), di quelle assunte nell'ambito del controllo cosiddetto post-penale (2008/947/GAI), relative al trasferimento della persona a fini processuali o esecutivi (2002/584/GAI), alla “prise en compte” di decisioni penali definitive pronunciate dal giudice di uno Stato membro (2008/675/GAI) e allo scambio di informazioni tratte dal casellario giudiziario (2009/315/GAI); nonché riguardanti misure patrimoniali cautelari e definitive: circa le sanzioni pecuniarie definitive (2005/214/GAI, modificata dalla dec. quadro 2009/299/GAI), il congelamento di beni o di elementi di prova (2003/577/GAI), la confisca (2006/783/GAI) anche dei prodotti collegati al crimine (2005/212/GAI), le sanzioni pecuniarie (2005/214/GAI), l'ottenimento di prove (2008/978/GAI). Per un commento sintetico a ciascuna di queste decisioni quadro (corredato da giurisprudenza pertinente, ove esistente) si rinvia a A. Damato, P. De Pasquale, N. Parisi, Argomenti di diritto penale europeo, Torino, 2013, Il ed.

dere questa pretesa è il più delle volte sostenuta dalla volontà di salvaguardare le prerogative sovrane dello Stato. Ciò che, al contrario, manca nella disciplina di diritto positivo è un chiaro intervento (proprio come ha fatto la Corte di giustizia da ultimo con la sentenza resa nel caso *Melloni*) a rendere meno opzionale l'esecuzione della decisione giudiziaria di altro Stato membro. A riprova di quanto si va sostenendo si consideri in modo emblematico quanto accaduto con il caso *Krombach*: la vicenda – risolta in modo insoddisfacente sul piano giudiziario e dei rapporti di cooperazione fra autorità degli Stati membri entro l'Unione Europea – dimostra che il principio del reciproco riconoscimento (venuto in rilievo a proposito della circolazione di una sentenza nazionale in materia civile relativa al risarcimento di un danno, innestata su un problema di rilievo penale) lascia ancora troppa discrezionalità agli Stati membri: la disciplina che nella materia in indicata articola il funzionamento del principio ha permesso infatti a questi ultimi, che pur insistono in un unico spazio giudiziario, di sottrarsi ai propri obblighi relativi all'amministrazione della giustizia. Da una parte, la Francia continua a consentire a un cittadino europeo – che ha commissionato il rapimento di altro cittadino europeo – di non essere consegnato alla giustizia di altro Paese (la Germania) contemporaneamente perseguendolo in modo lasco; da un'altra parte, quest'ultimo Stato ha potuto opporsi alla circolazione della sentenza civile – pur contemplata come principio cardine dalla disciplina messa in campo dalla già ricordata Convenzione di Bruxelles sulla giurisdizione, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni giudiziarie in materia civile e commerciale –, invocando il limite dell'ordine pubblico, a motivo della differenza fra i due diversi sistemi processuali nazionali in materia di contumacia¹²⁵. Insomma, la soluzione giurisprudenziale sino ad ora conseguita ha vanificato i due presupposti sui quali funziona il reciproco riconoscimento entro lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia: il suo utilizzo anche quando il ricorso al diritto pubblico straniero conduca a soluzioni diverse da quelle del foro¹²⁶, e anche quando le garanzie accolte nei due ordinamenti nazionali siano diverse, poiché «in un contesto di cooperazione giudiziaria europea, sarebbe arbitrario ergere ogni previsione costituzionale interna a parametro della le-

124 Si è parlato, al riguardo e per l'ordinamento italiano, del rischio di una «proliferazione di questioni di legittimità costituzionale in via incidentale, invocandosi da parte del Giudice la violazione di "controlimiti" (...), non solo direttamente nei confronti delle disposizioni della Costituzione italiana, ma anche in forza del richiamo alle Costituzioni nazionali operato dall'art. 53 della Carta» (così E. Gianfrancesco, *Incroci pericolosi: Cedu, Carta dei diritti fondamentali e Costituzione italiana tra Corte costituzionale, Corte di giustizia e Corte di Strasburgo*, in www.rivistaiaic.it, p. 11). Peraltro la sentenza della Corte di giustizia nel caso *Melloni*, cit., manifesta un'analogia tendenza nell'ordinamento spagnolo.

125 Questo è l'esito discendente dal rinvio pregiudiziale indirizzato alla Corte di giustizia CE e risolto con sentenza 28 marzo 2000, causa C-7/98, *Krombach*, punti 44-45, secondo i quali «44. (...) il ricorso alla clausola dell'ordine pubblico deve essere considerato possibile nei casi eccezionali in cui le garanzie previste dall'ordinamento dello Stato d'origine e dalla Convenzione stessa non sono bastate a proteggere il convenuto da una violazione manifesta del suo diritto a difendersi dinanzi al giudice d'origine, come sancito dalla CEDU. Pertanto, l'art. II del Protocollo non può essere interpretato nel senso che esso osta a che il giudice dello Stato richiesto possa tener conto, alla luce dell'ordine pubblico di cui all'art. 27, p.to 1, della Convenzione, del fatto che, nell'ambito di un'azione di risarcimento danni fondata su un reato, il giudice dello Stato d'origine si è rifiutato di sentire la difesa dell'imputato, perseguito per un reato doloso, per la sola ragione della sua assenza dal dibattimento. 45. Si deve pertanto risolvere la seconda questione nel senso che, alla luce della clausola dell'ordine pubblico di cui all'art. 27, p.to 1, della Convenzione, il giudice dello Stato richiesto può tener conto, nei confronti di un convenuto domiciliato sul territorio di quest'ultimo e perseguito per un reato doloso, del fatto che il giudice dello Stato d'origine gli ha negato il diritto di farsi difendere senza comparire personalmente».

126 V. la già richiamata sentenza della Corte di giustizia nel caso *Bourquain*, cit., punti 36-37.

galità della richiesta» di eseguire il titolo giudiziario¹²⁷.

Conclusivamente, e tralasciando di fermare l'attenzione su altri obiettivi sottostanti l'iniziativa di istituire la Procura europea¹²⁸, si vuole soltanto contribuire a evidenziare come essa si inserisca pienamente nella dimensione genuinamente personalista che va assunto lo spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia. La Procura, infatti, non può essere ascritta, anzitutto e principalmente, alla categoria degli strumenti della cooperazione giudiziaria fra gli Stati, se non altro perché la sua competenza è destinata a sottrarre una sfera di esercizio di poteri sovrani alle giurisdizioni penali nazionali, esautorandole – sebbene limitatamente a una sfera di condotte penalmente rilevanti, per ora quelle che ledono gli interessi finanziari dell'Unione¹²⁹ – di poteri di investigazione, di decisione circa l'avvio dell'azione penale e dunque di esercizio della stessa, che potrà essere delocalizzata rispetto a uno o più luoghi di sua amministrazione in funzione di un criterio di collegamento con altra sede reputata più competente.

La Procura sarà, viceversa, uno strumento indirizzato a garantire maggior efficacia all'azione penale radicandola, appunto, davanti al giudice maggiormente idoneo ad amministrare il procedimento, a vantaggio (non solo dell'efficacia dell'azione dell'Organizzazione che potrà godere di maggiori risorse finanziarie sottratte a condotte fraudolente¹³⁰) delle persone che dividono lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia: accentrando entro la Procura la decisione circa l'autorità competente ad esercitare l'azione sarà allontanato il rischio di *forum shopping* (ovvero della ricerca del luogo dove sia meno forte il rischio di penalizzazione e di effettiva applicazione della conseguente sanzione); e sarà eradicato il rischio di trattamento discriminatorio delle condotte, a seconda del diverso territorio nazionale del loro esercizio. Insomma, l'attività della Procura europea metterà riparo all'attuale eterogeneità fra discipline nazionali in tema di incriminazione e relative sanzioni¹³¹, essendo la disciplina oggi prefigurata nella proposta suscettibile di ri-

127 Corte cass. (it.), Sezz. un., n. 4614/2007, cit.; conformemente sentenza della Corte di giustizia nel caso Melloni, cit.

128 La proposta di regolamento cit. riassume tali obiettivi al p.to 3.3, così elencandoli: «contribuire a rafforzare la tutela degli interessi finanziari dell'Unione e lo sviluppo dello spazio di giustizia e accrescere la fiducia delle imprese e dei cittadini dell'Unione nelle sue istituzioni, nel rispetto di tutti i diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; istituire un sistema europeo coerente di indagini e azione penale per i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione; aumentare l'efficienza e l'efficacia delle indagini e dell'azione penale per i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione; aumentare il numero di azioni penali e, di conseguenza, il numero delle condanne e del recupero dei finanziamenti europei ottenuti con frode; garantire una stretta cooperazione e uno scambio efficace di informazioni tra le autorità europee e le autorità nazionali competenti; aumentare l'effetto dissuasivo sulla commissione dei reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione».

129 Le nozioni di interessi finanziari dell'Unione e di funzionari pubblici, nonché le qualificazioni delle condotte di reato da questi ultimi commesse a danno dei primi (per le quali v. la nota che segue) sono definite dalla proposta di direttiva presentata dalla Commissione europea per sostituire la disciplina stabilita dalla Convenzione del 1995 sulla protezione degli interessi finanziari delle Comunità europee contenuta nella Relazione della Commissione che accompagna la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale, COM(2012) 363 final dell'11 luglio 2010, pp. 16-18 per il testo degli artt. 2-5.

130 Secondo il rinvio operata all'art. 2, lett. b, della proposta di regolamento alla disciplina stabilita con direttiva pertinente (di cui alla nota precedente), ovvero: frode in senso proprio (art. 3), reati connessi (art. 4: «comunicazione o l'omessa comunicazione di informazioni a entità o autorità incaricate di aggiudicare un appalto pubblico o concedere una sovvenzione che incida sugli interessi finanziari dell'Unione, imputabile a candidati o offerenti, oppure a incaricati, o persone altrimenti coinvolte, a predisporre le risposte ai bandi di gara o le domande di sovvenzione dei partecipanti, quando tale azione od omissione sia intenzionale e abbia lo scopo di aggirare o distorcere l'applicazione dei criteri di ammissibilità, esclusione, selezione o concessione»; riciclaggio; corruzione attiva e passiva; ritenzione illecita; istigazione, favoreggiamento, concorso e tentativo (art. 5).

mediare alla scarsa (e pur virtuosa) armonizzazione attuata con la Convenzione c.d. PIF del 1995¹³² sul fronte sia soggettivo (circa le categorie di persone perseguibili) che oggettivo (circa le condotte penalmente rilevanti e, conseguentemente, la qualità e il tipo di sanzioni che conseguano al loro compimento). E dall'esistenza stessa della Procura conseguirà un contributo¹³³ al rafforzamento del diritto a un ricorso effettivo.

131 Gli aspetti relativi alla scarsa capacità armonizzatrice della Convenzione PIF sono ben sintetizzati in Relazione cit. supra, nota 127, p. 3.

132 Convenzione del 26 luglio 1995 sulla protezione degli interessi finanziari delle Comunità europee (PIF), per la quale da ultimo v. diffusamente D. Rinoldi, *Lo spazio* (2012), cit., cap. V, par. 5.1.

133 Il contributo determinante a questo obiettivo è stato peraltro offerto dalla diversa organizzazione del ricorso di legittimità, stabilito in via principale nell'art. 263 TFUE che consente lo scrutinio della Corte di giustizia su tutti gli atti (anche non vincolanti) delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'UE, tanto che non dovrebbe più ripresentarsi l'ipotesi di irricevibilità di un ricorso del singolo contro un atto di un organismo europeo (nel caso OLAF): v. ordinanza Corte di giustizia del 19 aprile 2005, causa C-521/04 P/R, Tillack.

V sessione



Le conseguenze
dell'istituzione del
Procuratore europeo
in Italia:
indicazioni per la
presidenza italiana
dell'UE

Le conseguenze per l'ordinamento italiano derivanti dall'istituzione del Procuratore europeo e la Presidenza italiana dell'UE

Relazione rivista dall'autore

Valentina Bazzocchi

Avvocato, Dottore di Ricerca in Diritto dell'Unione europea e in Droit Public, Università di Bologna, Université de Strasbourg

L'Autore, prima di soffermarsi sulle conseguenze per l'ordinamento italiano derivanti dall'istituzione del Procuratore europeo (ovvero sul necessario rispetto di ognuno dei principi fondamentali del sistema costituzionale italiano), richiama l'attenzione su alcuni aspetti istituzionali europei che caratterizzeranno il periodo di Presidenza italiana dell'UE. Con il presentare poi quanto realizzato in campo penale in questi quattro anni in attuazione del Programma di Stoccolma, l'Autore pone l'accento sull'opportunità che l'Italia avrà nel corso della sua presidenza di indicare le priorità da seguire nel prossimo programma quinquennale (2015-2019).

Tenendo conto di quanto è stato sinora detto nel corso delle due giornate di lavoro, mi soffermerò brevemente su alcuni punti che ritengo meritorio di essere posti in evidenza.

Per prima cosa, vorrei sottolineare che sulla futura Presidenza italiana dell'UE che, come è noto, riguarderà il secondo semestre del 2014, incideranno una serie di eventi. Mi riferisco innanzitutto al fatto che nel 2014 si terranno le elezioni del nuovo Parlamento europeo e i risultati delle elezioni nazionali (penso in particolare a quelli dell'Italia, della Francia e della Germania), incideranno senz'altro sugli equilibri politici e quindi sui temi da porre in discussione.

Anche il mandato della Commissione europea scadrà il 31 ottobre 2014, proprio sotto la Presidenza italiana. Per la composizione della Commissione occorrerà tenere conto del fatto che, a partire dal luglio di quest'anno (cioè fra poco meno di un mese), l'Unione sarà composta da 28 Stati membri. La Croazia, nonostante il rapporto dell'attuale Commissione europea volto ad esortarla a fare di più per contrastare corruzione e traffico di esseri umani, diventerà quindi il 28° Stato membro dell'UE. Per quanto concerne la composizione della Commissione, occorre tenere a mente che l'art. 17 TUE stabilisce che se la Commissione sarà nominata entro il 31 ottobre 2014, sarà composta da un cittadino per ogni Stato membro, quindi 28, altrimenti se la sua nomina avverrà dopo il 1° novembre, sarà composta da un numero di membri corrispondente ai due terzi del numero degli Stati membri, salvo che il Consiglio europeo, deliberando all'unanimità, non decida di modificare tale numero. Quale sarà dunque la composizione della Commissione? La risposta è stata data recentemente in un comunicato stampa, per

nulla pubblicizzato nemmeno sul sito dell'UE, in cui si annunciava che, in data 22 maggio 2013, il Consiglio europeo aveva adottato una decisione, applicabile a partire dal 1° novembre 2014. Secondo tale decisione, la Commissione continuerà ad essere composta da un commissario per ogni Stato membro, dunque, al momento della nuova nomina, 28 commissari. La situazione potrebbe cambiare, si legge, quando l'Unione sarà composta da 30 Stati membri. Non è un caso che la decisione del Consiglio europeo sia giunta quasi al termine della presidenza irlandese dell'UE, dal momento che proprio le preoccupazioni del popolo irlandese relative a questo tema avevano portato ad un accordo politico in seno al Consiglio europeo in occasione delle riunioni del dicembre 2008 e del giugno 2009 sul mantenimento dell'attuale composizione della Commissione europea.

Infine, il Programma di Stoccolma, elaborato per il quinquennio 2010-2014 e relativo allo sviluppo di uno Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, scadrà poco prima dell'inizio della Presidenza italiana. A questo proposito vorrei ricordare brevemente le priorità politiche in esso indicate, per fare un primo bilancio di quanto realizzato in questi quattro anni.

Secondo il Consiglio europeo la priorità del quinquennio 2010-2014 doveva essere quella di promuovere la cittadinanza e i diritti dei cittadini. La sfida da affrontare era quella di assicurare il rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali e dell'integrità delle persone, garantendo allo stesso tempo la sicurezza in Europa. Accanto alle misure di contrasto dovevano quindi essere adottati provvedimenti a tutela dei diritti delle persone e dello Stato di diritto e norme sulla protezione internazionale, in una logica di rafforzamento reciproco. In altre parole, l'obiettivo era quello di realizzare un effettivo bilanciamento tra le tre componenti dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

La posizione ancillare che avevano assunto fino al Trattato di Lisbona i diritti fondamentali nell'ambito della cooperazione giudiziaria penale all'interno dell'Unione europea si poneva infatti in contrasto con la "costituzionalizzazione" della Carta dei diritti.

Il "Programma di Stoccolma", quindi, nell'individuare le priorità politiche per il quinquennio 2010-2014, sembra aver riconosciuto la necessità di adottare misure di armonizzazione delle garanzie processuali, in quanto strumenti indispensabili per la realizzazione di uno spazio giudiziario europeo, volto non solo a creare le basi per una più profonda fiducia reciproca tra le autorità competenti, ma anche a ridurre le differenze di trattamento del reo e ad infondere nei cittadini europei un comune sentimento di giustizia, contribuendo allo sviluppo di un'identità comune.

La seconda priorità era quella di un'Europa del diritto e della giustizia che ha come scopo quello di istituire meccanismi tesi ad agevolare l'accesso alla giustizia. Rientrano in questa priorità anche la formazione e la cooperazione tra i professionisti del settore.

Fin qui gli aspetti legati alla libertà e giustizia, ma non manca il richiamo all'Europa della sicurezza, affinché venga protetta la vita e l'incolumità dei cittadini dell'Unione e vengano affrontati la criminalità organizzata, il terrorismo e altre minacce.

Naturalmente tra le priorità politiche figurano anche quelle legate all'immigrazione e all'asilo, che, per ovvie ragioni, non prenderò in considerazione.

Date queste premesse, proverò a richiamare con estrema sintesi quanto realizzato fino ad oggi in attuazione del Programma di Stoccolma per quanto concerne il diritto penale, tenendo conto, da un lato, del Piano d'azione per l'attuazione del Programma di Stoccolma, adottato dalla Commissione europea nell'aprile del 2011, e dall'altro, della valutazione di metà periodo compiuta sotto la Presidenza cipriota dell'UE (novembre 2012). Devo però sottolineare che ad oggi manca ancora il rapporto formale di metà periodo della Commissione europea, circostanza che è stata fortemente criticata dal Parlamento europeo e dal Consiglio.

Il richiamo che farò alle proposte e agli atti, senza però soffermarmi per ragioni di tempo sulla loro analisi, ha come scopo non solo quello di contribuire a una maggiore trasparenza, ma anche quello di capire da dove occorrerà partire con il nuovo programma quinquennale.

Devo innanzitutto evidenziare un sostanziale sviluppo del diritto penale a partire dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, grazie anche alla nuova procedura applicabile a questo settore. In particolare Parlamento europeo e Consiglio hanno lavorato congiuntamente per rafforzare la lotta contro il traffico di esseri umani (Direttiva 2011/36/UE concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI, 5 aprile 2011), lo sfruttamento sessuale di minori (Proposta di direttiva relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pedopornografia, che abroga la decisione quadro 2004/68/GAI, COM (2010)0094, 29 marzo 2010), protezione delle donne e delle vittime di reati (Direttiva 2012/29/UE che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI, 25 ottobre 2012) e il riconoscimento di garanzie processuali all'indagato/imputato (Direttiva 2010/64/UE sul diritto di interpretazione e traduzione nei procedimenti penali, 20 ottobre 2010; Direttiva 2012/13/UE sul diritto di informazione nei procedimenti penali, 22 maggio 2012; proposta di direttiva relativa al diritto di accesso a un difensore nel procedimento penale e al diritto di comunicare al momento dell'arresto, COM(2011) 326, 8 giugno 2011; nel calendario della Commissione europea figurano anche iniziative nel 2013 sulla presunzione d'innocenza e il gratuito patrocinio).

L'amministrazione della giustizia non deve essere rallentata da differenze ingiustificate. Nuove aree dovrebbero essere sviluppate, mi riferisco alla confisca (ved. la proposta di direttiva relativa al congelamento e alla confisca dei proventi di reato nell'Unione europea, COM(2012) 085, 12 marzo 2012). Su questo tema la Commissione, ha già presentato una relazione avente ad oggetto l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento alle decisioni di confisca.

Per sviluppare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia in grado di funzionare correttamente servono poi strumenti essenziali come un sistema nuovo e completo per la ricerca delle prove nelle cause aventi una dimensione transnazionale e un migliore scambio d'informazioni tra le autorità degli Stati membri sui reati commessi.

Mi soffermerò infine sulla relazione del Parlamento europeo (discussa il 10 giugno 2013 in plenaria) sulla criminalità organizzata, la corruzione e il riciclaggio di denaro, perché ritengo individui spunti interessanti per il futuro dibattito sullo svi-

luppo dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia e quindi per la Presidenza italiana dell'UE per il futuro programma quinquennale *post* Stoccolma. Nella relazione si legge che il Parlamento europeo: si rammarica per l'impossibilità, nell'ambito dell'attuale legislazione, di un'interconnessione tra le banche dati di OLAF ed Europol; sottolinea l'importanza di intensificare la cooperazione e migliorare la trasparenza grazie ad una comunicazione efficace e una condivisione di informazioni tra le agenzie giudiziarie e di contrasto tra gli Stati membri, Europol, Eurojust, OLAF ed ENISA, e con le autorità corrispondenti dei Paesi terzi, in particolare quelli limitrofi all'UE, al fine di migliorare i sistemi di raccolta delle prove e assicurare il trattamento e lo scambio efficaci di dati e informazioni utili all'accertamento di reati, inclusi quelli contro gli interessi finanziari dell'UE, nel pieno rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, nonché dei diritti fondamentali dell'Unione. Il Parlamento europeo invita poi la Commissione a definire una tabella di marcia per una cooperazione giudiziaria e di polizia ancora più stretta e ad istituire un organo d'indagine penale e un'agenzia di intelligence interna competenti a svolgere indagini sulle violazioni ed i reati commessi nell'UE; invita poi tutti gli Stati membri ad impegnarsi nella piena valorizzazione delle agenzie Europol ed Eurojust, il cui funzionamento e i cui risultati, a prescindere dalle riforme in corso e dalle necessarie migliorie da introdurre, sono strettamente dipendenti dal livello di partecipazione, di fiducia e di collaborazione da parte delle autorità investigative e giudiziarie nazionali; invita gli Stati membri e la Commissione a proseguire gli sforzi comuni per finalizzare i negoziati sul progetto di direttiva relativa all'ordine europeo di indagine penale, che semplifica la raccolta delle prove nei casi transfrontalieri e rappresenta quindi un passo importante sulla strada verso uno Spazio unico di libertà, sicurezza e giustizia; invita ad una maggiore collaborazione in materia di falsificazione di documenti e di frode, e ad una riflessione comune al fine di migliorare l'affidabilità e l'autenticazione dei documenti originali; rileva la necessità di rafforzare la cooperazione sulla frode ai danni dell'UE tra i servizi dell'Unione a tutti i livelli dello Stato, ivi inclusi quelli regionale e comunale in virtù del fondamentale ruolo svolto nella gestione dei fondi dell'Unione europea; sottolinea che intensificare la lotta contro la frode fiscale e l'evasione fiscale è essenziale per promuovere la crescita sostenibile nell'UE ed insiste per la creazione di una Procura europea (EPPO), in attuazione dell'articolo 86 del TFUE, al fine di lottare contro i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione e i reati gravi di natura transfrontaliera. A tale riguardo, raccomanda che la futura Procura europea abbia una struttura agile e snella, con funzioni di coordinamento e di impulso delle autorità nazionali al fine di garantire maggiore coerenza alle indagini mediante norme procedurali uniformi; ritiene essenziale che la Commissione presenti una proposta prima del settembre 2013, che definisca chiaramente la struttura della Procura europea, il suo obbligo di rendere conto al Parlamento europeo e, in particolare, la sua interazione con Europol, Eurojust, OLAF e l'Agenzia per i diritti fondamentali, inserendola in un chiaro contesto di diritti procedurali e specificando i reati per i quali sarà competente; è dell'avviso che Eurojust potrebbe continuare ad occuparsi dei reati indicati dall'articolo 83, paragrafo 1, del TFUE, ed anche, ove occorresse, dei reati aventi natura complementare rispetto all'attuazione delle politiche dell'Unione, come previsto dal paragrafo 2 del medesimo articolo, continuando a ga-

rantire la rendicontabilità in materia di diritti democratici e fondamentali in occasione della sua imminente revisione; esorta gli Stati membri a stanziare risorse supplementari per Europol, Eurojust, Frontex e il futuro Ufficio del Procuratore europeo (EPPO), poiché il loro successo ha un effetto moltiplicatore sulla riduzione delle perdite erariali degli Stati membri, a completare la tabella di marcia sui diritti delle persone sospettate e accusate di reati e ad elaborare una direttiva sulla detenzione preventiva.

Come è stato affermato anche in questi giorni di lavori da Luigi Berlinguer, è necessario che gli Stati membri recepiscano tempestivamente nei rispettivi ordinamenti tutti gli strumenti normativi europei ed internazionali esistenti.

Ho ritenuto opportuno richiamare quanto previsto dal Programma di Stoccolma e quanto è stato attuato sino ad oggi perché l'Italia, nel corso della sua Presidenza dell'UE, avrà l'occasione di indicare le priorità da perseguire non solo per il semestre di presidenza, ma anche per il programma quinquennale 2014-2019. È prematuro individuare dei temi, ma senz'altro occorrerà fare i conti anche con le conseguenze derivanti dall'istituzione di una Procura europea.

Proprio in riferimento a quest'ultima, sappiamo che la presentazione della proposta della Commissione europea è stata rinviata da giugno a luglio. Probabilmente sotto la Presidenza lituana o addirittura sotto la Presidenza greca dell'UE si svolgeranno le discussioni in seno al Consiglio. Il raggiungimento dell'unanimità risulterà piuttosto difficile. Si apriranno pertanto le discussioni per investire il Consiglio europeo, il quale, su istanza di almeno nove Stati membri e solo in caso di consenso, entro 4 mesi rinvierebbe il progetto al Consiglio per la sua adozione. In caso di disaccordo, i nove Stati membri interessati potrebbero chiedere di instaurare una cooperazione rafforzata, informando Parlamento europeo, Consiglio e Commissione e l'autorizzazione si riterrebbe concessa.

Per poter procedere ad una cooperazione rafforzata è probabile che gli Stati membri interessati chiedano di disporre di un quadro il più possibile preciso. Tutto questo, però, rischia di far slittare ulteriormente i tempi. È possibile dunque che sotto la Presidenza italiana i giochi non si siano ancora chiusi. Tutto dipende da quanto avverrà sotto le Presidenze lituana e greca, e questo ancora non è possibile saperlo. È possibile, tuttavia, credere che l'Italia prosegua con la posizione sinora adottata e quindi sostenga l'istituzione di un Pubblico ministero europeo.

Quest'ultima considerazione, apre il campo ad un'ultima riflessione, incentrata sulla questione del rispetto o meno dei principi della nostra Costituzione in caso di istituzione di una Procura europea. È noto, infatti, che "il sistema di giustizia penale rappresenta il più penetrante intervento nella sfera della libertà personale, per questo esso è sottoposto a limiti e garanzie" (ved. Grasso). La creazione di un sistema processuale europeo deve quindi avvenire nel rispetto di alcuni principi fondamentali del nostro sistema costituzionale. Mi riferisco in particolare a:

- 1 giudice precostituito per legge e principio di legalità (art. 25 I e II c. Cost. it.)
- 2 giusto processo, parità delle armi tra i soggetti processuali, diritto al contraddittorio, diritto al contraddittorio nella formazione della prova, principio di indipendenza e imparzialità (art. 111 Cost. it.)
- 3 presunzione di innocenza (art. 27 Cost. it)
- 4 obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost. it)

Questi aspetti saranno oggetto di un'approfondita analisi da parte dei relatori che mi seguiranno. Per questo procederò alla loro introduzione e ad alcune brevi considerazioni.

Partendo dal principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, occorre ricordare che la Corte costituzionale, in alcune pronunce, lo ha ricompreso tra i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale. Se la futura proposta della Commissione europea dovesse rispecchiare quanto indicato dal *Corpus Juris* del 2000 e dal Libro Verde, e cioè dovesse prevedere l'obbligatorietà dell'azione penale, anche se temperata/moderata (ovvero la possibilità che il Procuratore europeo deferisca alle autorità nazionali i reati di lieve entità o decida di archiviare il caso se la persona indagata ha riconosciuto la sua colpevolezza e riparato il danno), non sarebbe configurabile un contrasto con la nostra Costituzione. In caso contrario potrebbe risultare violato non solo il principio di obbligatorietà dell'azione penale, ma anche i principi costituzionali ad esso correlati, quali il principio di legalità e il principio di uguaglianza. Lo stesso Parlamento europeo nella risoluzione del 27 marzo 2003 ha affermato che la previsione dell'obbligatorietà dell'azione penale è irrinunciabile. Occorre tuttavia precisare che, come bene ha sottolineato un'attenta dottrina (Allegrezza), le ipotesi di deroga all'obbligatorietà dell'azione penale possono ritenersi compatibili con la nostra Costituzione se i singoli parametri sono definiti con sufficiente chiarezza, in via preventiva ed astratta.

A loro volta, il principio di indipendenza e quello di imparzialità (quest'ultima, prima della novella dell'art. 111 Cost. it., non era esplicitamente prevista, anche se era deducibile da altre disposizioni costituzionali) sono considerati dalla Corte di Strasburgo come elementi costitutivi per ogni processo equo. La Corte europea ha precisato che l'indipendenza del giudice rispetto agli altri poteri non viene meno sulla base del semplice fatto che la designazione di un magistrato sia avvenuta attraverso la nomina da parte del potere esecutivo.

Tenendo conto di queste considerazioni, resta ancora da chiarire quale sarà il contenuto della proposta della Commissione in merito alla nomina del Procuratore europeo, dal momento che il *Corpus Juris* ed il Libro Verde prevedevano procedure diverse.

La parità delle armi tra i soggetti processuali comporta la presenza di garanzie difensive. In ambito europeo, come ho richiamato all'inizio del mio intervento, la *Roadmap* stabilita dal Consiglio sulle garanzie processuali sta proseguendo (sono già state adottate le direttive sul diritto di interpretazione e traduzione e sul diritto di informazione nei procedimenti penali, mentre è in corso di adozione quella relativa al diritto di accesso a un difensore nel procedimento penale e al diritto di comunicare al momento dell'arresto). Le previsioni in esse contenute soddisfano le esigenze di garanzia previste dalla nostra Costituzione, anche se manca ancora una norma che sancisca il principio di presunzione di innocenza. Tale principio deve comunque essere rispettato in quanto sancito dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali.

Non c'è dubbio che la procedura davanti al Pubblico ministero europeo debba essere accompagnata da idonee garanzie per la parte accusata; ritengo inoltre che sia necessaria un'adequata formazione in capo all'avvocato che riceverà mandato a difenderla.

Sul rispetto del principio del giudice naturale, ex art. 25 Cost. it., il *Corpus Juris* e il Libro Verde avevano sollevato perplessità in riferimento ai criteri in base ai quali il Procuratore europeo avrebbe dovuto individuare il giudice nazionale competente.

Infine, per quanto concerne il principio di legalità in senso formale ed il necessario collegamento democratico tra i popoli dell'UE e gli organi che esercitano il potere giudiziario, mi limito a richiamare quanto sancito dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali: "Nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale". L'interazione tra ordinamenti di *civil* e di *common law* costituisce la naturale giustificazione di questa formulazione lessicale, che rinvia ad una concezione "allargata" di legalità (ved. De Amicis). D'altro canto, come ha sottolineato acutamente un'attenta dottrina, "nella produzione normativa europea vi è una certa prudenza e consapevolezza dei limiti costituzionali imposti agli Stati membri dai rispettivi sistemi giuridici. (...) Ciò che impensierisce è piuttosto la lenta, mancata o incompleta attuazione degli atti normativi adottati dalle Istituzioni" (ved. Parisi). Vero è, però, che con il Trattato di Lisbona questi comportamenti potranno essere sottoposti alla procedura di infrazione davanti alla Corte di giustizia. A differenza, poi, dell'art. 7 CEDU, la Carta consacra il diritto all'applicazione retroattiva della legge penale più favorevole.

In sintesi, l'attribuzione alla Carta di valore giuridico vincolante unito al ruolo di colegislatore riconosciuto al Parlamento europeo anche nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale, porta a propendere per il rispetto del nostro principio costituzionale della riserva di legge in materia penale. Sono però consapevole che proprio la disposizione riguardante l'istituzione di un Procuratore europeo è sottoposta ad un procedimento meno democratico, trattandosi di una procedura speciale e non di quella ordinaria.

A conclusione di questo mio intervento, vorrei richiamare quanto affermato dalla Prof.ssa Delmas-Marthy: "la grande lezione della Corte europea è quella di aver mostrato che tutte le procedure nazionali hanno le loro debolezze; nessun sistema processuale (accusatorio, inquisitorio, misto) scappa alle sue censure; ma al tempo stesso, di aver rivelato che, sulla base della CEDU, una armonizzazione delle procedure è perfettamente possibile. L'insieme di principi che si ricavano dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo sembrano delineare un modello di riferimento per tutti". Queste considerazioni valgono anche per l'Unione europea, che non solo si è dotata di una Carta dei diritti fondamentali dal valore giuridicamente vincolante che delineano già un quadro di principi base del sistema penale europeo, ma che sta concludendo i negoziati per l'adesione alla CEDU.

L'istituzione della Procura europea. L'impegno degli avvocati per una formazione che assicuri una difesa effettiva e competente

Relazione rivista dall'autore

Vincenzo Comi

Avvocato, Esperto di Procedura Penale

L'Autore, pur esprimendo perplessità e dubbi riguardo all'istituzione di una Procura europea (EPPO) come modo per combattere più efficacemente le frodi comunitarie, di fronte alla scelta della Commissione europea di procedere su questa strada, sottolinea l'importanza di coinvolgere le associazioni forensi nel difficile lavoro di elaborazione delle regole di funzionamento della Procura europea. L'Autore indica poi le garanzie minime irrinunciabili da assicurare agli indagati.

INTRODUZIONE

La protezione dei diritti fondamentali e procedurali nelle esperienze investigative dell'OLAF e nella prospettiva della istituzione della Procura europea è un tema che coinvolge particolarmente la figura e il ruolo dell'avvocato.

La Fondazione Lelio e Lisli Basso – ISSOCO, magistralmente presieduta da Elena Paciotti, mantiene anche in questa occasione alta la guardia sui diritti fondamentali nell'area europea di giustizia ed ha il merito di aver organizzato una importante iniziativa che ha visto la partecipazione di autorevoli esponenti del mondo accademico e giudiziario e che per la qualità dei contributi lascerà in segno. La Scuola Superiore dell'Avvocatura, su impulso del vice presidente avv. Alarico Mariani Marini, ha sottoscritto già da diversi anni un protocollo di collaborazione con la Fondazione Basso per la organizzazione di iniziative culturali e formative in special modo sui diritti fondamentali e sulla formazione dell'avvocato europeo e in questa occasione ha condiviso e aderito all'iniziativa anche attraverso la diffusione del programma agli avvocati.

Al centro dei percorsi formativi degli avvocati, la Scuola Superiore ha inserito anche lo studio e l'approfondimento dei Diritti Umani e Fondamentali, la cui rilevanza appare oggi rafforzata dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Tali diritti rappresentano la traduzione sul piano giuridico dei valori di dignità della persona e individuano una novità di prospettiva per i giovani che si affacciano alla professione e che rappresentano il futuro della nostra categoria.

Dai diritti fondamentali scaturiscono nuovi doveri dell'avvocato verso la società che investono il ruolo e creano una nuova identità del professionista, garante dei diritti e non mero prestatore di servizi. I nuovi doveri vanno ad incidere sul rapporto tra avvocato e società, oggi perduto, e costituiscono le fondamenta di un'etica professionale moderna e laica, intorno alla quale devono trovare l'origine nuove regole de-

ontologiche ancorate a doveri e responsabilità nei confronti dello Stato e di ogni altro potere, come si legge nel Preambolo del Codice deontologico degli avvocati europei.

In seno alla Scuola Superiore tra i vari gruppi di studio da diverso tempo è attivo uno sui diritti umani e fondamentali composto da avvocati, magistrati e professori universitari che ha curato, tra l'altro, la pubblicazione di diversi volumi, tra i quali il codice dei Diritti, una raccolta di tutte le più importanti norme sovranazionali che è stato distribuito gratuitamente a tutti i praticanti iscritti alle scuole forensi (circa 15.000). È stata completata da pochi giorni la distribuzione ai praticanti iscritti alle scuole forensi degli Ordini dell'ultimo volume dal titolo "Le Carte storiche dei diritti, una raccolta di carte, Dichiarazioni e Costituzioni con note esplicative".

Il messaggio trasmesso ai giovani dalla Scuola Superiore è stato chiaro: non si parla di diritti umani in termini filosofici o umanitari, si parla di norme e di giurisprudenza. Si parla di nuove fonti del diritto da applicare quotidianamente nell'esercizio della professione. Parlare di diritti umani vuol dire, in sostanza, avere sulla scrivania un testo con le norme sovranazionali da consultare costantemente insieme alla giurisprudenza delle Corti Europee. Sono già oltre 200 i praticanti iscritti alle scuole forensi che hanno partecipato alle visite alle istituzioni europee organizzate dalla Scuola Superiore negli ultimi due anni. Una iniziativa che ha consentito ai giovani di partecipare alle udienze della Corte europea dei Diritti dell'Uomo di Strasburgo e della Corte UE di Lussemburgo. Il prossimo viaggio è fissato per l'autunno del 2013 alla Corte Penale Internazionale.

LA TUTELA DEGLI INTERESSI ECONOMICI DELL'UNIONE ED IL PERCORSO VERSO LA ISTITUZIONE DELLA PROCURA EUROPEA

La protezione degli interessi finanziari dell'Unione rappresenta l'obiettivo essenziale della istituzione dell'Ufficio del Procuratore europeo (di seguito detto anche EPPO)¹.

Sarà imminente la diffusione della proposta di regolamento della Commissione europea a seguito della quale inizierà rapidamente il procedimento legislativo destinato alla approvazione da parte del Consiglio e del Parlamento europeo.

La Commissione europea, in attuazione del Programma di Stoccolma e sulla base dell'articolo 86 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE)²,

1 G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, VII ed., Padova, 2012, per un approfondimento sul sistema giuridico dell'Unione Europea e del rapporto delle norme comunitarie con l'ordinamento nazionale dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona nel 2009. A.A.V.V., *L'istituzione del procuratore europeo e la tutela penale degli interessi finanziari dell'UE*, relazione sul convegno svoltosi a Milano il 25 gennaio 2013, in *Diritto Penale Contemporaneo* (www.penale-contemporaneo.it), 4 febbraio 2013.

2 F. VIGANO', *Fonti europee e ordinamento italiano*, in Viganò e Mazza, *Europa e Giustizia penale*, *Gli speciali di diritto penale e processo*, 2011, 4; SCARLATTI, *Codice essenziale di diritto costituzionale dell'Unione Europea*, *Il trattato sul funzionamento dell'Unione Europea*, pag. 63 e seg., Roma, 2011. Di seguito l'articolo 86 TFUE: 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. In mancanza di unanimità, un gruppo di almeno nove Stati membri può chiedere che il Consiglio europeo sia investito del progetto di regolamento. In tal caso la procedura in sede di Consiglio è sospesa. Previa discussione e in caso di consenso, il Consiglio europeo, entro quattro mesi da tale sospensione, rinvia il progetto al Consiglio per adozione. Entro il medesimo termine, in caso di disaccordo, e se almeno nove Stati membri desiderano instaurare una cooperazione rafforzata sulla base del progetto di regolamento in questione, essi ne informano il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione. In tal caso l'autorizzazione a procedere alla cooperazione rafforzata di cui all'articolo 20, paragrafo 2 del trattato sull'Unione europea e all'articolo 329, paragrafo 1 del presente trattato si considera concessa e si applicano le disposizioni sulla cooperazione rafforzata.

che rappresenta la base giuridica, sta lavorando da diverso tempo al relativo regolamento che conterrà elementi di fondamentale interesse in relazione alla struttura, alla organizzazione, ai poteri e alla competenza. Come si legge nell'articolo 86 TFUE, il Consiglio, per combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione può istituire una Procura europea a partire da Eurojust, deliberata all'unanimità dal Consiglio stesso, previa approvazione del Parlamento europeo. La norma prevede altresì che in caso di disaccordo degli Stati sulla istituzione di tale ufficio, si procederà con una cooperazione rafforzata e con l'applicazione delle relative disposizioni.

La Procura europea, secondo il dettato normativo e competente per individuare, perseguire e rinviare a giudizio, eventualmente in collegamento con Europol, gli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione ed esercita l'azione penale per tali reati dinanzi agli organi giurisdizionali competenti degli Stati membri. Con specifici regolamenti vengono definiti lo statuto della Procura europea, le condizioni di esercizio delle sue funzioni, le regole procedurali applicabili alle sue attività e all'ammissibilità delle prove e le regole applicabili al controllo giurisdizionale degli atti procedurali che adotta nell'esercizio delle sue funzioni³.

Le frodi a danno dell'Unione europea rappresentano una piaga che causa gravi pregiudizi al funzionamento e allo sviluppo dell'eurozona. Nel corso del tempo il fenomeno si è significativamente aggravato, nonostante gli strumenti di contrasto introdotti nel corso degli anni, ed ha riguardato principalmente ambiti quali quello delle politiche agricole o delle politiche strutturali, finendo per indebolire tutte le istituzioni europee e il percorso politico di unificazione comunitaria⁴.

Gli strumenti di cooperazione tra gli Stati membri fino ad oggi attuati non sono stati sufficienti a estirpare questo grave malcostume. Hanno inciso in maniera ri-

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.

3. I regolamenti di cui al paragrafo 1 stabiliscono lo statuto della Procura europea, le condizioni di esercizio delle sue funzioni, le regole procedurali applicabili alle sue attività e all'ammissibilità delle prove e le regole applicabili al controllo giurisdizionale degli atti procedurali che adotta nell'esercizio delle sue funzioni.

4. Il Consiglio europeo può adottare, contemporaneamente o successivamente, una decisione che modifica il paragrafo 1 allo scopo di estendere le attribuzioni della Procura europea alla lotta contro la criminalità grave che presenta una dimensione transnazionale, e che modifica di conseguenza il paragrafo 2 per quanto riguarda gli autori di reati gravi con ripercussioni in più Stati membri e i loro complici. Il Consiglio europeo delibera all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo e previa consultazione della Commissione.

3 A.A.V.V. Sintesi dell'incontro del 9 aprile 2013 dell'Osservatorio Europa dell'Unione delle Camere Penali Italiane presso gli uffici del Dipartimento di Giustizia della Commissione Europea sul regolamento istitutivo dell'Ufficio del Procuratore Europeo, pag. 2; Come emerso nel corso delle audizioni svolte presso gli uffici del Dipartimento di Giustizia della Commissione Europea, è definitiva l'intenzione di procedere con la presentazione entro il mese di settembre 2013, di una proposta di regolamento per dare inizio alle negoziazioni necessarie per l'approvazione definitiva e l'inizio del funzionamento del nuovo organo. L'obiettivo delle consultazioni con le istituzioni e le associazioni, pur senza alcuna conoscenza della bozza del regolamento, è stato quello di raccogliere suggerimenti o spunti utili alla elaborazione del testo definitivo, che tenga conto delle prospettive, talvolta divergenti, di tutti i soggetti interessati

4 G. GRASSO, L'armonizzazione ed il coordinamento delle disposizioni sanzionatorie nazionali per la tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, in RIDPP, 1990, 844. PALERMO-FABRIS, La recente legislazione italiana in tema di frodi comunitarie, in RTDPE, 1993, 810. Come risulta testualmente nelle relazioni annuali della Commissione UE sulla tutela degli interessi finanziari dell'Unione, le presunte frodi ammontano a cifre molto elevate (nel 2010 a titolo di esempio il dato era di circa 600 milioni di euro), ma è presumibile che l'importo reale sia maggiore non essendo stati identificati e denunciati tutti i casi. Comm. 2011, 595 e relativi documenti di lavoro dei servizi della Commissione SEC, 2011, 1107

levante i problemi relativi alla diversità dei procedimenti giudiziari nei singoli Stati e i sistemi di acquisizione e circolazione delle prove, che hanno sovente reso difficile il funzionamento degli strumenti di lotta anti frode, nonché la difficoltà di circolazione delle comunicazioni, di fatto ostacolo allo sviluppo dei procedimenti giudiziari statali nei confronti degli autori dei reati⁵.

La nascita di OLAF, il primo ufficio anti frode UE, modifica in maniera significativa lo scenario. La nuova istituzione è dotata di un reale ruolo propulsivo a livello investigativo, necessario dopo l'entrata in vigore del Trattato di Schengen, accordo che ha reso più agevole la circolazione delle merci e delle persone all'interno dello spazio UE. L'ufficio è autonomo nella raccolta di informazioni e nello svolgimento di indagini di natura amministrativa, che vengono poi trasmesse agli organi degli Stati membri⁶. In questa ultima fase di attività è concentrata la maggiore difficoltà di funzionamento del sistema investigativo vigente a causa della natura degli atti di indagine e dei destinatari delle informative nei singoli Stati. In sostanza le informazioni circolano con notevole difficoltà tra gli Stati, impedendo così la diffusione transnazionale delle comunicazioni e delle relative prove raccolte, con ciò paralizzando di fatto l'efficacia degli accertamenti svolti da OLAF.

La cooperazione giudiziaria in materia penale per la lotta alle frodi comunitarie, fino ad oggi è stata caratterizzata dall'uso di strumenti quali la rogatoria⁷, l'estradizione⁸, il mandato di arresto europeo e gli strumenti di mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie, che hanno tentato di contribuire alla lotta ai fenomeni di criminalità transnazionale.

La prima convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee e relativi protocolli (Convenzione PIF) risale al 1995 ed è stata ratificata da quasi tutti gli Stati membri. Essa ha introdotto i primi elementi di diritto penale a tutela degli interessi finanziari della UE⁹. I primi segnali di una certa competenza dell'UE per la materia penale si cominciano a riscontrare in alcune decisioni della Corte di Giustizia UE, mentre la cooperazione giudiziaria penale viene affermata inequivocabilmente nel Trattato di Maastricht con la previsione dello specifico settore di azione UE chiamato "terzo pilastro".

Va richiamata sul tema la proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del

5 Frequenti sono stati i casi di sentenze contrastanti emesse da Stati membri diversi nel caso di unica frode comunitaria che ha generato procedimenti penali nei confronti di più soggetti coinvolti. "Il 21 settembre 2012 la Corte di Appello di Sofia ha riformato la sentenza di primo grado che aveva condannato un imprenditore bulgaro a 12 anni di reclusione per frode nell'ottenimento di fondi comunitari SAPARD e riciclaggio, assolvendolo. L'ipotesi di accusa era che egli avrebbe ottenuto i finanziamenti comunitari per acquistare delle macchine agricole in maniera indebita, non rispondendo i beni ai requisiti per avere i contributi. I beni provenivano dalla Germania, sicché anche i titolari della società tedesca furono coinvolti nell'indagine in quanto compartecipi alla asserita frode. Il fatto è, però, che i rappresentanti della società tedesca, indagati e rinviati a giudizio, e giudicati in Germania, furono condannati con sentenza definitiva". VENEGONI, Alcune buone ragioni per l'istituzione di un Ufficio del Procuratore europeo, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 17 dicembre 2012, www.penalecontemporaneo.it

6 L'OLAF è un ufficio autonomo dotato di organi gestionali e caratterizzato da forte indipendenza nello svolgimento delle indagini.

7 G. GARUTI, Diritto di difesa dell'indagato sottoposto ad interrogatorio per rogatoria internazionale disposta dal giudice francese, in *Diritto penale e processo*, 2011, 12, 1535.

8 A. GAITO, La vigenza del principio di specialità (a proposito di mandato d'arresto europeo e d'estradizione), in *Giur. It.*, 2004, 7; G. GARUTI, Estradizione e rischio di trattamenti inumani, in *Diritto Penale e processo*, 2012, 7, 905; C. SANTORIELLO, Nota in tema di estradizione per l'estero, commento a Cass. Pen. sez. VI, 8 febbraio 2006 n. 10110, in *Giur. It.*, 2006, 10.

9 Convenzione del 26 luglio 1995, in G.U., C, n. 316 del 27 novembre 1995, pag. 49.

Consiglio relativa alla lotta contro le frodi UE mediante il diritto penale, data 11 luglio 2011. Il nuovo strumento legislativo ha l'obiettivo di sostituire la prima convenzione PIF che non ha sortito gli effetti dissuasivi sperati nei singoli Stati membri. Sono purtroppo mancati, come denunciato dall'UE, i mezzi cogenti per imporre l'applicazione delle norme ivi contenute¹⁰.

La novità importante è che la proposta di direttiva appena richiamata contiene un sub sistema penale UE; ed infatti essa elenca una serie di reati, con indicazione della condotta, così come altre norme generali di diritto penale sostanziale, quali i limiti minimi e massimi di pena, norme sulla prescrizione, sulla responsabilità degli enti, sul tentativo e sul concorso di persone nel reato, per le quali se ne prescrive l'introduzione in tutto lo spazio giuridico europeo.

Tale ultimo strumento legislativo assume particolare importanza anche perché sarà verosimilmente la base di partenza del regolamento dell'ufficio del Procuratore europeo.

Dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona è stata abolita la struttura a pilastri del sistema giuridico europeo e ciò ha portato alla estensione del modello comunitario alla materia della cooperazione giudiziaria penale, in precedenza concentrata sulla prevalenza del metodo intergovernativo. Inoltre premessa imprescindibile di ogni discorso è il valore attribuito alla Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE, che oggi assume natura giuridica pari a quella dei trattati e diventa un parametro vincolante di legittimità e di interpretazione.

Su questo ultimo punto rileva l'esigenza di completare il percorso iniziato con il Trattato di Lisbona nel 2009 che deve portare alla adesione dell'Unione europea alla CEDU, per assicurare l'effettiva garanzia di esercizio concreto dei diritti fondamentali dei cittadini UE, tra i quali il diritto ad un processo equo¹¹.

VERSO L'ISTITUZIONE DELL'UFFICIO DEL PROCURATORE EUROPEO

La strada per l'istituzione dell'ufficio del Procuratore europeo, i cui primi passi risalgono alla proposta della Commissione UE in occasione della Conferenza intergovernativa di Nizza del dicembre 2000, appare oramai tracciata¹².

Il progetto è quello di creare un ufficio centrale con sede in Bruxelles, organo indipendente sia nei confronti delle autorità nazionali che delle istituzioni UE, composto dal Procuratore europeo (è probabile un incarico elettivo) e da un certo numero di aggiunti; faranno parte dell'ufficio a pieno titolo anche un numero consistente di procuratori "delegati" a livello nazionale, individuati all'interno della magistratura requirente statale (della quale continueranno a fare parte) che saranno titolari delle indagini relative ai reati di competenza del Procuratore euro-

10 COM, 2011, 293, definitivo del 20 settembre 2011. Tale ultima direttiva segna un momento importante in tema di politica penale UE e supera abbondantemente i principi contenuti nella Comunicazione del mese di settembre 2011 che delineando i principi generali della normativa, aveva evidenziato "la necessità che il diritto penale dell'Unione non andasse oltre quanto è necessario e proporzionato agli obiettivi" nel rispetto delle singole scelte degli Stati membri

11 S. CASSESE, I Tribunali di Babele, Roma, 2009, passim; F. GIUNCHEDI, La tutela dei diritti fondamentali previsti dalla CEDU: la corte europea dei diritti dell'uomo come giudice di quarta istanza?, in *Archivio Penale*, 2013, 1, 113; MARIANI MARINI – VINCENTI, Le Carte storiche dei diritti, Raccolta di Carte, Dichiarazioni e Costituzioni con note esplicative, Pisa 2013, pag. 17 e seg.

12 A. IANNINI, Procuratore europeo, difficile rapporto con i principi di indipendenza ed obbligatorietà dell'azione penale, Relazione del Ministero della Giustizia del 16 settembre 2002, in www.europa.eu

peo¹³. L'introduzione del c.d. sistema del "doppio cappello", con un Pubblico Ministero inserito contemporaneamente nell'ufficio della Procura della Repubblica sotto il controllo del Procuratore della Repubblica e nella Procura europea sotto il controllo del Procuratore europeo, pone delicati problemi di coordinamento nel rispetto della indipendenza del magistrato e di scelte investigative anche nella prospettiva della obbligatorietà dell'azione penale non prevista in modo assoluto in tutti gli Stati membri. Gli uffici dei pubblici ministeri europei delegati nelle giurisdizioni nazionali saranno nominati dagli Stati membri e potranno utilizzare tutti gli strumenti investigativi a disposizione di EPPO con il cui ufficio si relazioneranno anche per ricevere istruzioni. Per le investigazioni condotte dalla Procura europea, il territorio degli Stati membri della UE costituisce uno spazio giudiziario unico, con la conseguenza che non sarà necessaria la rogatoria.

È prevista l'introduzione di uno specifico registro per le notizie di reato europeo e la circolarità di informazioni relative alle investigazioni, con il potere di EPPO di coordinare e unificare le indagini e in casi estremi di avocarle. Le indagini svolte dai procuratori delegati avranno valenza di fonti di prove europee, spendibili in tutti gli Stati membri, mentre per quanto riguarda il procedimento di formazione della "prova europea" il percorso non sarà breve. In caso di investigazioni che incidono sui diritti fondamentali dell'indagato, il regolamento prevede una autorizzazione preventiva rilasciata al procuratore europeo da un organo giurisdizionale del Paese in cui si devono svolgere gli atti di indagine. L'obiettivo dichiarato della Commissione UE è comunque quello di elaborare rapidamente un codice di procedura penale europeo con regole minime accettate dagli Stati che consenta di facilitare le investigazioni del procuratore europeo e di creare la prova europea utilizzabile in tutti i tribunali degli Stati membri (risolverebbe il dubbio sulla regola da applicare nel caso di diversità tra lo Stato in cui la prova sia stata raccolta rispetto a quello in cui viene celebrato il processo).

La Procura europea sarà competente per i reati di frode comunitaria, corruzione e peculato, riciclaggio, contrabbando di diritti doganali, reati concernenti l'aggiudicazione di appalti e reati di evasione IVA, secondo quanto individuato nell'ultima direttiva PIF oggi in sede di approvazione. In futuro già si parla di un ampliamento della competenza fino a raggiungere numerosi altri reati di criminalità transnazionale, come previsto dall'articolo 86 TFUE¹⁴.

È arduo oggi trovare una chiave di sintesi tra le diversità esistenti negli ordinamenti statali, ma è altrettanto vero che sarebbe inutile e negativo lasciarsi scorgere dai problemi e non impegnarsi per assicurare che la figura del Procuratore europeo nasca nel rispetto delle garanzie della difesa e dei diritti dei cittadini, che dovranno avere una maggiore o almeno pari dignità rispetto alla finalità di raffor-

13 Il progetto di regolamento elaborato dalla Commissione UE, si è sviluppato partendo da uno studio di fattibilità condotto da un gruppo di studiosi dell'Università di Lussemburgo coordinati dalla prof. Kateren Ligeti. Il lavoro svolto, finanziato dalla Commissione UE, è partito dal confronto degli ordinamenti processuali penali dei diversi Stati dell'Unione per arrivare ad elaborare modelli comuni o regole standard minime comuni che rappresentano le model rules.

14 Nello studio sul regolamento elaborato dall'Università di Lussemburgo, l'articolo 3 prevede i seguenti criteri per definire la competenza della Procura europea: a) se sussista un danno sostanziale agli interessi UE; B) se il reato presenti una dimensione transfrontaliera; C) se l'indagine coinvolga gli ufficiali della UE; D) se vi sia l'esigenza di garantire una protezione equivalente agli interessi UE negli Stati membri.

zare gli strumenti di indagine antifrode.

Il Consiglio degli Ordini Forensi europei, in un articolato documento del 7 febbraio 2013, ha espresso notevoli perplessità e dubbi sulla opportunità di modificare l'attuale sistema di lotta alle frodi comunitarie esistente, ritenendo preferibile un rafforzamento delle competenze investigative di OLAF¹⁵.

È preliminare al funzionamento di EPPO la garanzia di una disciplina chiara e automatica sulla competenza territoriale del giudice nazionale del giudizio, anche nel caso di reati transnazionali. L'obiettivo è quello di evitare facili scorciatoie nella scelta del giudice dello Stato più utile (ad esempio in relazione al procedimento di formazione della prova, se non quanto a garanzie processuali in genere o a sanzioni più severe).

Altro passaggio fondamentale del sistema è quello relativo alla disciplina dei rapporti tra il procuratore europeo e i procuratori delegati, nella evidente consapevolezza del peso politico della figura del capo della procura europea, con le relative conseguenze nel funzionamento del sistema, anche alla luce del sistema del "doppio cappello", già in precedenza evidenziato.

GARANZIE MINIME IRRINUNCIABILI

A prescindere tuttavia dagli strumenti di indagine che saranno attribuiti al nuovo organo, forti, robuste ed effettive dovranno essere le garanzie difensive.

Le regole di funzionamento del sistema dovranno essere chiare e assicurare uno standard minimo di regole comuni per tutti gli Stati membri¹⁶. L'esperienza del sistema di cooperazione giudiziaria fino ad oggi esistente ha generato spesso problemi interpretativi per mancanza di meccanismi chiari e spesso affidati a "non codificati e sfuggenti rapporti tra disomogenei organismi deputati all'indagine"¹⁷.

Il Consiglio degli Ordini Forensi europei ha sollevato la questione relativa alla natura e alla struttura dell'organo, qualificabile come un'autorità sovranazionale centralizzata o decentrata nei singoli Stati membri. Nel primo caso il problema sarà la compatibilità con il principio della sovranità nazionale degli Stati, ed in particolare "se EPPO sarà costituita in modo centralizzato, la funzione di Stato di livello europeo sarà affidata ad una struttura diversa da un Paese membro, che solleverà questioni concernenti la legittimazione democratica e la responsabilità e il controllo, nonché la questione del quadro costituzionale"¹⁸.

Le procedure devono evitare il rischio di interferenza delle autorità sovranazionali con quelle nazionali nell'attività giudiziaria. Particolare problema sarà quello relativo alla circolazione libera delle fonti di prova acquisite nei vari Stati membri, che richiederà la predisposizione di una disciplina comune in tema di acquisizione e valutazione delle prove nel rispetto delle garanzie difensive.

La Corte di Giustizia UE potrebbe essere destinataria di funzioni giurisdizionali collegate alla attività del Procuratore europeo; ciò potrà avvenire solo a condi-

15 Consiglio degli Ordini Forensi europei (CCBE), Commenti in ordine alla costituzione di un ufficio del Procuratore europeo, 7 febbraio 2013, in www.ccbe.eu.

16 M. PISANI, Il processo penale europeo: problemi e prospettive, in Riv. dir. Proc., 2004, 661 e seg.

17 Unione delle Camere Penali Italiane, Osservatorio Europa, La Strada per l'istituzione dell'ufficio del Procuratore Europeo, 5 aprile 2013, pag. 1.

18 Consiglio degli Ordini Forensi europei (CCBE), Commenti in ordine alla costituzione di un ufficio del Procuratore europeo, 7 febbraio 2013, in www.ccbe.eu, pag. 1

zione di avere assicurazione sulla coerenza della relativa giurisprudenza con quella della Corte di Strasburgo e su una interpretazione del diritto uniforme per tutti gli Stati membri, prima di tutto in tema di diritto dell'accusato alla difesa.

Non basta, tuttavia la semplice difesa, che deve essere effettiva, principio consacrato, infatti, dalla nostra Corte Costituzionale: è tale, invero, quando sia assicurato il diritto alla presenza costante e all'esercizio del diritto di difesa sin dalla fase delle indagini preliminari, non essendo sufficiente il mero conferimento dell'incarico¹⁹.

Queste rappresentano alcune premesse e aspettative minime immaginando la nascita della nuova figura di procuratore europeo. I diritti ad un equo processo come disciplinati dall'articolo 6 CEDU e la garanzia di una difesa effettiva devono essere necessariamente poi le basi su cui costruire la figura del procuratore europea.

DIRITTI DEL DIFENSORE EUROPEO

Parallelamente è necessario approfondire e rivendicare la previsione dei "diritti del difensore europeo", che l'Osservatorio Europa dell'Unione delle camere penali italiane ha individuato in due categorie. La prima categoria contiene l'individuazione dei diritti dell'accusato nelle regole minime che caratterizzano l'attività del Procuratore europeo, in linea con il contenuto dell'articolo 6 CEDU, mentre la seconda riguarda la previsione di una disciplina che garantisca l'assistenza di un avvocato indipendente, adeguatamente preparato che assicuri una difesa effettiva.

Il modello processuale accusatorio si caratterizza per il ruolo attivo della difesa sin dalla fase delle indagini preliminari, nella prospettiva del principio dispositivo delle prove. Il difensore sin dalla fase genetica del procedimento ha la facoltà di svolgere le investigazioni difensive per raccogliere elementi a favore del proprio assistito in attuazione del diritto di difendersi provando²⁰. La disciplina del Procuratore europeo deve assicurare conformità a tali principi prevedendo la partecipazione del difensore a tutti gli atti che incidono sui diritti fondamentali della persona, alla stregua di quanto già previsto nel nostro sistema. Le garanzie difensive per essere effettive richiedono la previsione di rigorose sanzioni in caso di inosservanza. La chiarezza e la perentorietà delle sanzioni è condizione essenziale per l'effettivo esercizio dei diritti dell'accusato²¹.

Il controllo giurisdizionale sugli atti di indagine del procuratore europeo è imprescindibile e la competenza potrà essere attribuita ad un'unica corte europea o a tribunali di merito dei singoli Stati membri. Ogni scenario evoca problemi enormi di regolamentazione, ma in ogni caso andrà regolamentata una rigorosa procedura di convalida e di riesame nel merito dei provvedimenti, che incidano sui diritti fondamentali degli indagati²².

Nel rispetto del principio di ragionevole durata del procedimento (ogni persona ha il diritto che la sua causa sia esaminata in un tempo ragionevole) è essenziale

19 C. Cost. 17 marzo 2010 numero 106. Si legge nella decisione: "La difesa tecnica si arricchisce di un ruolo pubblicistico che le consente di presentarsi anche come garanzia del corretto esercizio della giurisdizione", C. Cost. n. 59 del 1959.

20 O. MAZZA, I protagonisti del processo, in Procedura Penale, a cura di O. DOMINIONI, P. CORSO, A. GAITO, G. SPANGHER, G. DEAN, G. GARUTI, O. MAZZA, Torino, 2010, pag. 43 e seg.; BARGI, Le prove e le decisioni, in Procedura penale, a cura di A. GAITO, Milano 2013 pag. 237 e seg..

21 F. GIUNCHEDI, I principi, le regole, le fonti, in Procedura penale, a cura di GAITO, Milano 2013, pag. 12 e seg.

22 G. RANALDI, Cognizione del giudice penale ed accertamenti incidentali, in La giustizia penale differenziata, a cura di M. MONTAGNA, Torino 2011, pag. 205 e seg.

la previsione di termini perentori per la durata delle indagini preliminari, onde evitare pregiudizi anche di natura amministrativa (blocco erogazioni o divieto di partecipazione a gare UE) nei confronti degli accusati derivanti dalla mera pena di un procedimento per reati di frode alla UE in fase di indagine.

Altra garanzia importante sarà quella relativa al diritto dell'accusato all'accesso agli atti di indagine del Procuratore europeo, diritto che al più potrà essere precluso per un tempo limitato e previo provvedimento motivato del magistrato nei casi in cui la diffusione degli atti possa pregiudicare le investigazioni²³. Naturalmente gli atti di indagine dovranno essere messi a disposizione dell'accusato qualora questi si trovi in stato di detenzione o arresto, nel rispetto del diritto di essere informato nel più breve tempo possibile in maniera dettagliata del contenuto dell'accusa in modo da poter disporre del tempo necessario a preparare la difesa²⁴.

Altri temi essenziali sono quello della traduzione completa degli atti, della difesa d'ufficio e dei soggetti non abbienti. Nessun passo indietro può essere consentito su questi punti che rappresentano uno standard minimo di sicurezza posto a garanzia della effettività della difesa nei confronti dei cittadini e contribuiscono a costruire quella unità politica dell'Europa auspicata oggi più che mai.

Il difensore d'ufficio, che tra l'altro non è previsto in tutti gli Stati membri, è espressione diretta del precetto contenuto nell'articolo 24 della nostra Costituzione che fa della difesa un diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento e si inquadra nella previsione della difesa tecnica come componente indefettibile per il sistema²⁵. La preclusione nel nostro ordinamento dell'autodifesa esclusiva assicura un sistema di garanzie più forte rispetto a quello prefigurato dall'articolo 6 CEDU, così come ribadito dalla Corte europea nella sentenza Rakelli/RTF del 1983²⁶. L'alternativa tra la difesa tecnica e l'autodifesa si traduce, secondo la Corte europea, "in un potere di scelta rimesso, non ai singoli ordinamenti, ma ai singoli individui, onde non può ritenersi comunque conforme alla Convenzione il solo riconoscimento, da parte della legge nazionale, del diritto all'autodifesa". Su questa scia quindi appare essenziale la previsione della nomina del difensore d'ufficio sin dalla genesi del procedimento davanti al Procuratore europeo. Nella maggior parte dei casi l'accusato ignora l'esistenza di indagini europee a suo carico e il segreto su tale attività può essere giustificato solo in casi di rischio di pregiudizio investigativo²⁷. In linea generale sarebbe quindi auspicabile

23 G. SPANGHER, In tema di informazioni ed avvisi al difensore della persona arrestata o fermata, in CP, 1990, 282

24 S. FURFARO, Pubblicità in cassazione e regole europee: incongruenze e ripensamenti inopportuni, in Arch. Pen., 2011, 982 e seg.

25 O. MAZZA, I protagonisti del processo, in Procedura Penale, a cura di Q. DOMINIONI, P. CORSO, A. GAITO, G. SPANGHER, G. DEAN, G. GARUTI, O. MAZZA, Torino, 2010, pag. 135 e seg.; G. DALIA, Il nuovo ruolo del difensore d'ufficio e la disciplina del gratuito patrocinio, a cura di L. FERRAIOLI, in Il nuovo ruolo del difensore nel processo penale, Milano, 2002, 71 e seg.; F. GIUNCHEDI, Difesa d'ufficio e giusto processo, in G.I., 2001, 2138; P. TONINI, La difesa d'ufficio e il gratuito patrocinio in Francia, in RDPP, 1983, 1449.

26 C. Eur., 25 aprile 1983, Rakelli c. Rtf.

27 M. D'AGNOLO, Gli accertamenti per la tutela dei non abbienti e l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, tutela costituzionale e sovranazionale, in La Giustizia penale differenziata, a cura di M. MONTAGNA, pag. 436 e seg., Torino, 2011. "In ambito sovranazionale, l'articolo 6 paragrafo 3 CEDU, riconosce all'accusato privo di mezzi per remunerare il difensore, il diritto di essere assistito gratuitamente da un difensore d'ufficio quando lo esigono gli interessi della giustizia. Secondo la Corte di Strasburgo, l'esistenza di tali interessi si deve valutare in rapporto a diversi parametri, come la gravità dell'addebito, la complessità del caso e delle questioni che pone, fermo restando che essi ricorrono sempre ogni qualvolta l'accusato sia passibile di una condanna a pena detentiva (C. eur., 10 giugno 1996, Benham c. Regno Unito, in Dir. Uomo e lib. Fondamentali, 2006, n. 2, pag. 460)".

la previsione di una informazione della persona sottoposta alle indagini sul diritto di difesa, secondo il modello del nostro articolo 369 bis del codice di rito, da inviare in occasione della iscrizione dell'accusato nel registro delle notizie di reato, contenente già la nomina di un difensore di ufficio e l'indicazione delle condizioni per l'ammissione al patrocinio gratuito.

Collegata alla effettività di queste tutele è l'assicurazione di un adeguato stanziamento economico per l'ufficio del Procuratore europeo e che sia assicurato il principio di parità delle risorse per le investigazioni e per la difesa degli accusati, con previsione specifica di un capitolo di spesa per il patrocinio dei non abbienti.

Premessa indispensabile per l'esercizio del diritto di difesa è anche la conoscenza degli atti di indagine nella lingua dell'accusato: la traduzione del contenuto di tutti gli atti delle investigazioni deve essere previsto esplicitamente e inequivocabilmente. Nessun dubbio sulla circostanza che la traduzione non possa essere limitata agli atti giudiziari, ma vada estesa anche agli atti di indagine e ai documenti acquisiti.

Non si può prescindere dal coinvolgere le istituzioni e le associazioni specialistiche forensi degli Stati membri nella predisposizione delle regole di funzionamento del procuratore europeo. È fondamentale formare una nuova categoria di penalisti preparati alla difesa davanti alle istituzioni europee.

La conoscenza del diritto europeo è la nuova frontiera dell'avvocatura per la difesa in ambito nazionale nel nuovo sistema multilivello e in ambito transnazionale davanti agli organi giudiziari comunitari. La lotta per i diritti umani ha segnato la storia dell'umanità ed "è documentata dalle battaglie combattute in ogni tempo per porre a base della convivenza sociale e delle sue leggi i valori della giustizia e del rispetto della persona". Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona nel 2009 i diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta di Nizza hanno conquistato valore giuridico davanti a tutti i giudici degli Stati UE oltre che davanti alle Corti di Strasburgo e di Lussemburgo. Con la Carta dei diritti fondamentali UE il mondo del diritto in Europa è mutato radicalmente; l'efficacia giuridica dei Trattati attribuita alla Carta dall'articolo 6 del Trattato di Lisbona e il conseguente riconoscimento di principi generali del diritto europeo ai principi contenuti nella CEDU, hanno introdotto un nuovo sistema del diritto caratterizzato dalla sovraordinazione del diritto europeo, nell'ottica di una interazione tra norme e giurisprudenza nazionali e internazionali²⁸. L'espansione dei diritti fondamentali riconosciuti nella Carta di Nizza ha inciso significativamente nei rapporti tra l'ordinamento giuridico interno e il cittadino oltre che nei rapporti tra i privati²⁹.

È questa la sfida sulla formazione che aspetta il futuro penalista europeo e in questo senso il semestre di Presidenza italiana alla UE (2014) potrà essere l'occasione per porre questo tema al centro del dibattito allo scopo di ottenere pro-

28 V. MANES, Metodo e limiti dell'interpretazione conforme delle fonti sovranazionali in materia penale, in Arch. Pen. 2012, 32; A. GAITO, L'adattamento del diritto interno alle fonti europee, in Procedura Penale, a cura di Q. DOMINIONI, P. CORSO, A. GAITO, G. SPANGHER, G. DEAN, G. GARUTI, O. MAZZA, Torino, 2010, pag. 25 e seg.

29 V. MANES, La lunga marcia della Convenzione europea ed i nuovi vincoli per l'ordinamento e per il giudice penale interno, in La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano, a cura di Manes, Zagrebelsky, Milano, 2011, 30 e seg.; G. BRONZINI, Trattato di Lisbona, in Codice dei diritti umani e fondamentali, a cura di U. VINCENTI in collaborazione con la Scuola Superiore dell'Avvocatura, pag. 412, Pisa 2011.

grammi e adeguati stanziamenti di risorse per organizzare iniziative anche coinvolgendo le istituzioni e le associazioni forensi nazionali³⁰.

Il percorso verso la nuova figura dell'avvocato europeo passa anche attraverso l'impegno delle istituzioni e delle associazioni forensi, che avranno il compito di contribuire a creare nuovi modelli professionali di stampo transnazionale. La formazione degli avvocati dovrà essere concentrata sullo studio del diritto europeo, delle procedure davanti alle Corti internazionali, delle lingue e dei principi degli ordinamenti degli Stati membri.

IL RUOLO DELLE ISTITUZIONI E DELLE ASSOCIAZIONI FORENSI

Nel trattato di Lisbona si attribuisce essenziale importanza alla formazione dei professionisti in materia di giustizia (articoli 81 e 82 TFUE), ma manca il riferimento esplicito alla categoria degli avvocati. La Commissione europea è intervenuta inserendo la formazione degli avvocati come priorità degli obiettivi del settore giustizia in occasione dell'approvazione del Programma di Stoccolma. Successivamente in altre comunicazioni, la Commissione ha esaltato il ruolo degli avvocati e ha sollecitato le istituzioni UE e gli Stati membri a sviluppare percorsi di formazione proprio sulla conoscenza del diritto europeo. La Commissione, attraverso la Direzione Generale Giustizia, organizza anche direttamente programmi di formazione per gli operatori giudiziari, anche se spetterà alle istituzioni e alle associazioni forensi dei singoli stati cooperare con essa per attuare i progetti formativi in diritto europeo.

Oltre alla formazione e all'aggiornamento si dovranno implementare le strutture di servizio per assicurare i diritti dei cittadini, ad esempio, come detto dall'Osservatorio Europa dell'UCPI "attraverso la istituzione di una sorta di centrale operativa sempre aperta che disponga delle necessarie informazioni, in tutte le lingue dei Paesi membri, sui difensori d'ufficio".

È matura l'esigenza per la costituzione di una associazione degli avvocati penalisti europei che ponga al centro degli obiettivi lo sviluppo di una cultura giuridica comune tra gli avvocati e la previsione di percorsi formativi e di aggiornamento tra i membri.

La formazione degli avvocati deve essere accompagnata da quella degli interpreti, dei consulenti e degli investigatori privati, con idonei investimenti economici, alla stregua di quanto è avvenuto negli anni scorsi per i componenti dell'ordine giudiziario nei vari progetti di cooperazione realizzati periodicamente e in modo stabile.

È necessario prendere consapevolezza a livello comunitario del ruolo pubblicistico dell'avvocato che assicura i diritti fondamentali degli accusati, diversamente da quell'errato concetto di avvocato come mercante dei diritti. La nostra professione è, infatti, citata nella Costituzione poiché incarna la responsabilità nella attuazione di un diritto inviolabile: il diritto di difesa. Oggi il ruolo sociale dell'avvocato in Italia è ancora più evidente dopo l'entrata in vigore della nuova

³⁰ ALPA – MARIANI MARINI, I diritti umani e fondamentali nella formazione dell'avvocato europeo, atti del convegno promossa dal CNF e dalla Scuola Superiore dell'Avvocatura con l'Alto Patronato del Presidente della Repubblica, Pisa 2010, pag. 92 e seg.

legge professionale (n. 247/2012), che disciplina l'ordinamento forense nel rispetto dei principi costituzionali e della normativa comunitaria, in considerazione della primaria rilevanza giuridica e sociale connaturata alla funzione difensiva.

CONCLUSIONI

L'ufficio del Procuratore europeo rappresenta una sfida impegnativa e gravida di responsabilità in un momento di profonda crisi dell'Unione europea.

L'organo si inserisce concettualmente nella prospettiva di una forte scelta di integrazione e questa rappresenta una premessa condivisibile.

Il progetto è in linea con la visione di un modello federale degli Stati Uniti d'Europa, unico sistema in grado di consentire a tutti i cittadini UE di vivere insieme mantenendo le singole diversità e di allontanare le tendenze antieuropeiste che minacciano il senso profondo della comune convivenza.

Fatta questa premessa, tuttavia il semplice dibattito sulle regole e sul funzionamento del Procuratore europeo ha fatto già emergere problemi e dubbi sulla opportunità di procedere su tale via in questo momento, mentre verosimilmente sarebbe stato molto più proficuo e anche finanziariamente vantaggioso, implementare gli strumenti di cooperazione giudiziaria per ottenere migliori risultati nella lotta alle frodi comunitarie.

Oggi, invero, si può considerare esistente uno spazio investigativo europeo, inteso come un'area aperta alle investigazioni senza barriere da parte degli uffici preposti. In linea con tale realtà si sarebbe potuto procedere con il rafforzamento, sempre in prospettiva federalista, della funzione investigativa transnazionale degli organi UE preposti. Sarebbero derivati migliori risultati investigativi rispetto alle frodi UE senza dover affrontare i problemi di armonizzazione dei procedimenti di formazione delle prove nei processi penali dei singoli Stati o altre questioni di difficile soluzione per il funzionamento di EPPO.

La scelta della Commissione UE è stata quella di attivare il processo di costituzione dell'ufficio del Procuratore europeo con una competenza iniziale legata ai reati di frode UE, ma che andrà ampliandosi fino ad erodere competenze nazionali per reati riguardanti condotte transfrontaliere. A breve sarà diffusa la proposta di regolamento della Commissione UE e inizierà l'iter legislativo di approvazione. All'Italia spetterà la Presidenza UE nel secondo semestre del 2014 e sarà quello un momento molto importante e delicato per il coordinamento dei negoziati tra gli Stati membri per l'approvazione del progetto.

Il ceto forense ha il dovere di partecipare attivamente al processo decisionale nell'iter evolutivo della cooperazione e della integrazione giudiziaria nel settore penale e ha il diritto di essere messa nelle condizioni di poter contribuire attivamente alla fase di elaborazione del sistema. Fino ad oggi è risultata evidente l'assenza dell'avvocatura³¹.

Le istituzioni e le associazioni forensi hanno, oggi in particolare, il dovere di assicurare il proprio impegno affinché in questa fase di elaborazione delle regole

31 D. BATTISTA, Faccia a faccia a tutto campo, in *Processo penale e giustizia europea*, omaggio a Giovanni Conso, Atti del Convegno dell'associazione tra gli studiosi del processo penale, Torino, 2009, 183

di funzionamento di EPPO, l'interesse alla efficacia delle indagini sia almeno pari alla tutela dei diritti fondamentali e alle garanzie difensive degli indagati. Il riferimento è sempre la CEDU, che insieme ai principi contenuti nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, sarà il presidio di legalità delle regole di funzionamento della nuova autorità giudiziaria europea³².

32 A. VENEGONI, L'Europa come spazio investigativo comune: verso il Procuratore europeo, in *Questione giustizia, osservatorio internazionale*, 28 giugno 2013, www.magistraturademocratica.it Secondo l'autore, le indagini per la tutela degli interessi finanziari UE nonché quelle per l'applicazione delle regole di concorrenza, dimostrano che il territorio UE può essere considerato un'area investigativa senza barriere territoriali. Ribadisce la differenza tra le indagini amministrative e le indagini penali che dovrà svolgere l'ufficio dell'istituendo Pubblico Ministero Europeo, ritenendo significativo mettere in luce che "il concetto del territorio dell'Unione come spazio investigativo comune esiste già a determinati specifici fini, per cui la sua eventuale applicazione alle indagini del procuratore europeo, indipendentemente dalla forma in cui potrà manifestarsi, non sarebbe di per sé un fatto completamente nuovo e privo di qualunque precedente".

Riflessioni sulla compatibilità con la Costituzione italiana delle norme che regoleranno l'azione del Procuratore europeo

Relazione rivista dall'autore

Vito Monetti

Procuratore Generale della Corte d'Appello di Genova

L'Autore, salutando positivamente l'istituzione di un Pubblico ministero europeo, richiama i punti essenziali dell'art. 86 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea allo scopo di fornire alcune indicazioni in merito alla compatibilità in concreto delle norme che ne regoleranno l'azione con la Costituzione italiana, e più in particolare con il principio di eguaglianza e il diritto di difesa. L'Autore, soffermandosi sull'importanza di avere regole sull'ammissibilità della prova e sui conflitti di giurisdizione, si interroga sul ruolo che potrebbe avere la Corte di giustizia dell'Unione europea.

La istituzione di un Pubblico Ministero europeo (EPPO) deve essere salutata molto positivamente.

Con la creazione di un nuovo organo di giustizia, l'integrazione europea in materia di diritti compie un progresso molto importante, specialmente se si considera che questa iniziativa si affianca ad altre che stanno successivamente intervenendo nei confronti degli Stati membri, tutte miranti ad assicurare un miglioramento nel trattamento dei diritti delle persone implicate nei procedimenti penali. Ci si riferisce al Programma di Stoccolma ed alla lista dei diritti che è stata, man mano, arricchita ed integrata¹.

Allo stesso tempo, sarà più agevole ed efficace la reazione penale verso delitti che ledono gli interessi finanziari dell'Unione. Si tratta di delitti che – nelle forme più gravi – spesso implicano la presenza di organizzazioni criminali; implicano quasi sempre corruzioni o comunque il tradimento dei propri doveri istituzionali da parte di rappresentanti pubblici, nei singoli Stati membri e presso la stessa UE. L'esperienza professionale mostra come le risposte – da parte di singole autorità giudiziarie nazionali – non sono pienamente consapevoli della gravità di questi delitti. La creazione del PME varrà certamente a limitare i rischi di collaborazioni stancamente burocratiche.

Con la adozione del Regolamento che darà concreta attuazione a quanto previsto dall'articolo 86 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE),

¹ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 20 aprile 2010 - Uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia al servizio dei cittadini.

la creazione di un Pubblico Ministero europeo implicherà per gli Stati membri dell'UE una effettiva ed ulteriore cessione di sovranità in materia di giustizia penale, verso un organismo sovranazionale.

Si tratta di una situazione che – nel sistema italiano – è riconducibile all'ambito dell'articolo 117 della Costituzione ed alla previsione secondo cui la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione stessa, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario.

Ma - va aggiunto - si tratta di una situazione non nuova, visto che una analoga cessione di sovranità è avvenuta per via pattizia con la adesione dell'Italia alla Convenzione di Roma che ha istituito la Corte penale internazionale (CPI). Alla stregua di tutti gli Stati membri dell'Unione Europea, l'Italia è uno dei 122 Paesi che, firmando e ratificando la Convenzione del 1998, hanno fatto una analoga ed addirittura più ampia cessione di sovranità in materia di giustizia penale; una cessione di sovranità che ha, infatti per oggetto non solo le competenze ed i poteri dei procuratori della Repubblica, ma anche e soprattutto quelli dei giudici: nelle situazioni indicate dal suo Statuto, la Corte penale internazionale può, infatti, sottrarre un determinato caso alla giurisdizione di uno stato membro, stabilendo che l'inchiesta sia svolta dal suo Procuratore e la decisione sulla responsabilità sia assunta dalla stessa CPI.

Nonostante la dimensione politico-geografica enorme di questo organo giurisdizionale, all'Italia come a tutti gli Stati UE è sembrato naturale il fatto di cederle loro potestà sovrane. È sembrato conforme alle loro Costituzioni.

Il PME costituisce un tipico organo di "pubblica accusa penale". Come sappiamo, il Pubblico Ministero è una figura che nei singoli Paesi europei ha posizione istituzionale, ma anche ruolo e competenze che sono assai differenti fra loro; tuttavia, nel dibattito internazionale, la sua struttura, i suoi compiti, il suo statuto sono stati, ormai da tempo, tracciati; e ne sono state tratte indicazioni di diritto positivo assai precise, appunto nello Statuto della Corte penale internazionale. Le prime indicazioni erano state fornite con le "Linee guida della Nazioni Unite sul ruolo dei Pubblici Ministeri"², risalenti al 1990; esse avevano – in particolare - stabilito che: *"Gli Stati membri devono assicurare che i pubblici ministeri siano in grado di svolgere le loro funzioni professionali senza intimidazioni, impedimenti, molestie, interferenze indebite o ingiustificate esposizione a responsabilità civile, penale o altro"*.

L'approccio più articolato a questi temi è stato, poi, compiuto dal Consiglio d'Europa, nella Raccomandazione n. 19 del 2000³, che ha definito il Pubblico Mi-

2 Adottate dall'8° Congresso delle Nazioni Unite sulla prevenzione del crimine ed il trattamento delle persone imputate, l'Avana, 27 agosto - 7 settembre 1990.

3 Raccomandazione 19(2000) del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sul Ruolo del pubblico ministero nel sistema della giustizia penale. E' poi seguita la c.d. Dichiarazione di Bordeaux, ovvero il: Parere n°12 (2009) del Consiglio consultivo dei giudici europei (Ccje) e Parere n°4 (2009) del Consiglio consultivo dei procuratori europei, su Giudici e Procuratori in una società democratica. E, più di recente, la c.d. "Magna Carta dei giudici" (Principi Fondamentali), Consiglio consultivo dei giudici europei - Strasburgo, 17 novembre 2010, laddove si scrive: "I giudici debbono assicurare la parità delle armi tra il pubblico ministero e la difesa. Uno statuto di indipendenza dei pubblici ministeri costituisce un'esigenza fondamentale dello Stato di diritto".

nistero come un organo imparziale, segnandone così le distanze dal potere esecutivo ed inserendolo invece nell'ambito del "giudiziario". Parla, infatti di una *"autorità incaricata di vigilare, a nome della società e nell'interesse generale, sull'applicazione della legge quando quest'ultima è sanzionata a livello penale, in considerazione da un lato dei diritti degli individui e d'altro lato della necessaria efficacia dell'ordinamento penale"*.

Va ricordato, infine, che lo Statuto della Corte penale internazionale attribuisce all'Ufficio del Procuratore una condizione di indipendenza e di imparzialità. Le disposizioni normative di questo Statuto rappresentano il punto formalmente più importante nel dibattito politico-istituzionale segnato dai documenti delle Nazioni Unite e del Consiglio d'Europa. E ne scaturisce un modello di Pubblico Ministero che agisce ed esercita i suoi poteri in una logica del tutto analoga a quella dei giudici, quindi in modo imparziale e nel rispetto dei diritti delle parti private; un Ufficio del Pubblico Ministero cui è riconosciuta una condizione di indipendenza; un ufficio del pubblico ministero organizzato in modo trasparente e secondo criteri di coerenza, secondo criteri che implicino un dovere di render conto e, quindi, di responsabilità.

La titolarità dell'Ufficio del Procuratore europeo in capo alla persona che lo dirige e la conseguente possibilità di emettere ordini o istruzioni nei confronti dei suoi sostituti non pare rappresenti un problema. Fin dal 2006, infatti, nel sistema italiano è entrata in vigore una riforma degli uffici di Procura⁴, che ha rafforzato la posizione dei magistrati che tali uffici dirigono; tale rafforzamento della gerarchia è funzionale al *"corretto, puntuale ed uniforme esercizio dell'azione penale"* ed al *"rispetto delle norme sul giusto processo da parte del suo ufficio"*. I procuratori della Repubblica hanno l'obbligo di adottare – a tal fine – provvedimenti organizzativi, relativi alla assegnazione dei procedimenti ed ai modi di trattazione degli stessi. E sono stati introdotti meccanismi formali che impegnano i magistrati che dirigono gli uffici di procura a rendere pubblicamente conto delle loro attività.

Per il nuovo Ufficio del Procuratore europeo, così come per il sistema italiano, pare debbano valere gli stessi principi: la trasparenza nelle loro attività; un profondo sentimento di indipendenza e di imparzialità; l'impegno al rispetto dei diritti delle parti private, tutto questo può e deve rappresentare il fondamento della legittimazione di questi organi di giustizia.

L'articolo 86 del TFUE è la norma di natura sostanzialmente costituzionale che ha introdotto, fra gli altri organi dell'Unione, l'Ufficio del Pubblico Ministero europeo (EPPO).

A proposito di questa disposizione, si può osservare che essa:

- non contiene indicazioni, nemmeno generali, sulle garanzie e sulle - correlative ed indispensabili - responsabilità del Pubblico Ministero europeo, limitandosi a rimetterne la determinazione ad un Regolamento;
- ne descrive le competenze parlando di potere di inchiesta, di esercizio del-

⁴ Decreto legislativo 20 febbraio 2006, n.106. Disposizioni in materia di riorganizzazione dell'ufficio del pubblico ministero, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera d), della legge 25 luglio 2005, n. 150. Legge numero 269, del 24 ottobre 2006. Sospensione dell'efficacia nonché modifiche di disposizioni in tema di ordinamento giudiziario.

l'azione penale e di conseguente presentazione dell'imputato davanti alle corti nazionali, di fronte a ciascuna delle quali l'EPPO svolgerà il ruolo della pubblica accusa. Ma non contiene nessuna indicazione sui criteri che l'EPPO dovrà rispettare nella scelta del giudice delle libertà e, poi, della corte nazionale che lo stesso EPPO potrà/dovrà adire;

- non contiene alcun riferimento agli eventuali rapporti dell'EPPO con la Corte di giustizia dell'UE;
- rimette ad un Regolamento la determinazione:
 - i. delle norme di procedura penale che l'EPPO dovrà rispettare,
 - ii. delle norme sulla ammissibilità delle prove,
 - iii. delle norme riguardanti il controllo giurisdizionale su certi atti o misure adottati dall'EPPO.

Questi richiami ai punti essenziali dell'art. 86 TFUE appaiono rilevanti, su un piano generale ed ai fini di una analisi che tenti di dare qualche prima indicazione sulla compatibilità di questa figura di Procuratore europeo con la Costituzione italiana.

Sotto il primo profilo, sembra opportuno fare due richiami.

Da una parte, si devono ricordare le indicazioni scaturite da un dibattito che si è svolto, recentemente ad un livello istituzionale assai elevato. La Rete dei procuratori generali delle corti supreme dell'UE, a proposito dell'*European Public Prosecutor Office*, ha infatti approvato una mozione in cui – fra l'altro - si scrive che "*EPPO should be independent and accountable*"⁵. Tali indicazioni si pongono in linea di assoluta coerenza con quelle elaborate dal Consiglio d'Europa, nei due documenti già ricordati, la Raccomandazione 19\2000 e la Dichiarazione di Bordeaux. Ma, soprattutto, fanno ideale riferimento alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che – sia pure ai limitati fini dell'articolo 5 della Convenzione – ha affermato che il *Procureur de la République* francese non può essere considerato un magistrato perché non gode di indipendenza nei confronti del Ministro della giustizia⁶.

Alla luce delle considerazioni fin qui svolte, in particolare quando è stata richiamata la partecipazione dell'Italia alla Corte penale internazionale, la questione che sembra proporsi non è quella della astratta compatibilità del nuovo organo con la Costituzione italiana, ma quella – concreta – delle norme che ne regoleranno l'azione:

- è quella del livello di garanzie che l'eventuale trasferimento dei procedimenti verso un altro Paese implicherà;
- è legata al disposto dell'art. 3 ma anche dell'articolo 24 della Costituzione; è le-

5 6[^] Meeting della Rete dei procuratori generali delle Corti supreme dell'Unione europea; al punto 8, (Cracovia, maggio 2013).

6 Sentenza Medvedev e altri c. Francia, 2008 e, poi, Moulin c. Francia, 2010; fino alla recentissima: Vassis e altri c. Francia (62736/09), 27.6.2013

- gata alla questione su quale sia l'organo giurisdizionale europeo cui spetta, definitivamente, la potestà di "radicare" in uno o in un altro Paese un procedimento;
- è legata all'esistenza di meccanismi legali che consentano alle parti private di "influire" sul contenuto di tale decisione, esercitando anche a questi fini il diritto di difesa. In tal senso è legata, quindi, al problema del "forum shopping" ed alla soluzione giuridica che sarà data al problema della individuazione del giudice competente, tenendo conto che tale problema si porrà due volte: con riferimento al giudice della libertà e, successivamente, al giudice del merito. Come detto, tale questione dovrà essere risolta con strumenti che siano quelli propri del processo penale, cioè in forme dialettiche e mediante la decisione di un organo terzo, rispetto ad accusa e difesa. Con una decisione adottata da un giudice, da una corte;
 - è legata, infine, alle norme che regoleranno l'ammissibilità della prova.

In tal senso si è espresso il già citato documento che ha concluso il meeting di Cracovia della Rete dei Procuratori generali dell'UE⁷ quando ha auspicato: *"rules should be provided on admissibility of evidence and" on "resolution of possible conflicts of jurisdiction"*.

Nel paragrafo precedente si è cercato di cogliere i nessi fra principio di eguaglianza e diritto di difesa, quali definiti agli articoli 3 e 24 della Costituzione italiana, ed alcune fra le questioni che la creazione di un organo di accusa pubblica europeo pone, con riferimento alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Volendo, ora, concentrare maggiormente l'attenzione sugli aspetti di rilevanza sopranazionale che ineriscono alle questioni sopra indicate, e in particolare a quelle individuate dalla Rete dei procuratori generali UE, sembra opportuno individuare un punto di partenza, politicamente e giuridicamente tale.

Parliamo del Programma di Stoccolma⁸, che mira all'introduzione di: *"norme minime comuni (che) dovrebbero incrementare l'affidamento nei sistemi di giustizia penale di tutti gli Stati membri, che a sua volta dovrebbe generare una più efficace cooperazione giudiziaria in un clima di fiducia reciproca"*.

Si tratta di una chiara (ed assolutamente positiva) dichiarazione di intenti che si basa su una evidente constatazione che il legislatore europeo formula, il fatto cioè che il livello di protezione dei diritti nelle procedure penali dei singoli Stati membri non sia omogeneo e, comunque, sia bisognoso di miglioramenti che tutelino questi diritti.

Sappiamo che nel Programma di Stoccolma erano stati originariamente individuati cinque diritti processuali:

- Interpretazione e traduzione
- Informazione sui diritti e sull'accusa
- Accesso al difensore e diritto di comunicare in sede di arresto

⁷ Supra, nota 3.

⁸ Supra, nota 1

- Diritti degli imputati vulnerabili
- Patrocinio a spese dello Stato
- Successivamente, sono stati individuati altre situazioni e relativi diritti meritevoli di questa tutela processuale, comune e più ampia
- Detenzione cautelare
- Presunzione di innocenza

Lungi dall'essere esaustiva, la Road-Map tracciata nel Programma è abbastanza dettagliata. Le prime Direttive che sono state adottate per darvi esecuzione, offrono spunti di riflessione molto interessanti, proprio con riferimento alle norme che dovranno essere adottate per regolare l'attività del Pubblico ministero europeo. In particolare, si devono citare due "clausole" che sono presenti in entrambe le due Direttive entrate in vigore, vale a dire: la Direttiva 2010/64/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 ottobre 2010 sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali, e la Direttiva 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 maggio 2012 sul diritto all'informazione nei procedimenti penali

Si tratta del diritto al *legal remedy*, al cui proposito troviamo questa regolamentazione, nel testo della prima e della seconda delle due Direttive:

"Art 2.5. Gli Stati membri assicurano che, secondo le procedure della legislazione nazionale, gli indagati o gli imputati abbiano il diritto di impugnare una decisione che dichiara superflua l'interpretazione e, nel caso in cui l'interpretazione sia stata fornita, abbiano la possibilità di contestare la qualità dell'interpretazione in quanto insufficiente a tutelare l'equità del procedimento."

"Art. 8.2. Gli Stati membri assicurano che le persone indagate o imputate o i loro avvocati abbiano il diritto di impugnare, secondo le procedure del diritto nazionale, l'eventuale rifiuto delle autorità competenti di fornire le informazioni di cui alla presente direttiva o l'eventuale mancata comunicazione delle stesse."

E della clausola di non regressione, che è presente in formula identica, in entrambe le Direttive e nei seguenti termini:

"Nessuna disposizione della presente direttiva può essere interpretata in modo tale da limitare o derogare ai diritti e alle garanzie procedurali offerti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, dalla Carta di diritti fondamentali dell'Unione europea, da altre pertinenti disposizioni di diritto internazionale o dalle legislazioni degli Stati membri che assicurano un livello di protezione più elevato."

Queste due prescrizioni normative sono rivolte agli Stati ed implicano:

- il dovere di adeguare standard interni non sufficientemente protettivi dei diritti, non solo introducendo apposite previsioni normative, ma allo stesso tempo assicurando effettività a tali diritti, offrendo alle parti interessate lo strumento giuridico per farli valere;
- la scelta ideale di rispettare i Paesi più garantisti.

Tornando al Pubblico Ministero europeo, la cui attività istituzionale è identificabile proprio in relazione al suo ruolo di organo di indagine e di accusa dotato di competenze che spaziano su tutto il territorio dell'Unione, dobbiamo chiederci se e quale riferimento esso possa o debba fare al Programma di Stoccolma. E quindi:

- le Direttive che introdurranno quei diritti nel sistema normativo dell'Unione europea saranno applicabili, tali e quali alle attività di indagine svolte dall'EPPO? Oppure si dovrà ritenere che i 5 + 2 diritti processuali penali saranno esercitabili solo se e nella misura in cui queste norme europee siano state implementate nel singolo Paese nell'ambito del cui sistema l'EPPO compie un certo atto di indagine? e, ancora:
- i criteri di scelta del Paese in cui compiere un certo atto dell'inchiesta o indagine preliminare quali dovranno essere? L'EPPO potrà scegliere il Paese dove il sistema processuale penale gli offra la più efficace e penetrante potestà investigativa oppure dovrà scegliere il Paese che (una volta adottate tutte le sette Direttive del Programma di Stoccolma) offra il massimo livello di tutela per le persone implicate nelle procedure?

Le due questioni ora prospettate possono e devono essere considerate da un punto di vista "nazionale -interno". Dobbiamo chiederci come le Corti costituzionali dei singoli Paesi potrebbero reagire rispetto a norme europee che implicino l'una o l'altra scelta di politica criminale da parte del legislatore europeo.

Una prima osservazione che si può formulare a tal proposito è che sarebbe del tutto inaccettabile la tesi con cui si sostenesse che si tratta di scelte legislative che riguardano un organo dell'Unione, una sorta di *interna corporis*. L'EPPO, infatti, agisce sì nel vastissimo territorio europeo, ma processualmente opera come organo di investigazione e di accusa inserito nel singolo sistema giurisdizionale nazionale.

Per pura completezza argomentativa, si deve aggiungere che una situazione anomica potrebbe indurre a scelte discutibili, a violazioni di principi fondamentali, *in primis* quello di eguaglianza. Basti pensare agli atti limitativi della libertà o della riservatezza ed alla, opposta, prospettiva che in certi sistemi essi possano essere adottati dal pubblico ministero, mentre in altri debbano invece essere autorizzati da un giudice.

Le considerazioni svolte da ultimo riguardano la scelta del sistema o dei sistemi processuali penali cui l'EPPO fa riferimento per compiere i suoi atti di indagine. Ma, come detto prima, il problema si pone in termini assolutamente identici con riferimento alla individuazione del giudice del dibattimento. Ed a questo proposito non si può che richiamare il documento approvato nel maggio scorso a Cracovia dai Procuratori generali delle Corti supreme UE, quando veniva evocata la necessità della adozione di norme e regole in materia di ammissibilità della prova.

La scelta del giudice del dibattimento implica la soluzione del problema delle regole sulla ammissibilità della prova.

Come sappiamo, quest'ultima questione era stata affrontata nel *Corpus iuris*. In quell'importantissimo documento, che ha preparato il dibattito politico-istituzionale attuale, era stato infatti previsto che la prova durante la fase dell'inchiesta fosse raccolta in forme dialettiche e partecipate; nel testo si parlava di "verbale di prova europeo". Ma si deve sottolineare come un istituto assolutamente identico sia presente anche nello Statuto della Corte penale internazionale; quando si presenti una *unique opportunity* di raccogliere una prova, l'art. 56 stabilisce, infatti, che questa prova sia raccolta in una apposita udienza davanti alla Camera preliminare, con la partecipazione del difensore.

Nel concludere questo paragrafo, deve essere necessariamente posto un interrogativo: esiste e qual è lo spazio, il ruolo della Corte di giustizia dell'Unione europea in questa materia e con riferimento ai problemi che si è cercato fin qui di analizzare; ma anche a quelli cui si accennerà nel paragrafo successivo?

Come già ricordato, la Rete dei Procuratori generali presso le Corti supreme dell'Unione europea, nel documento approvato a Cracovia, ha auspicato regole riguardanti la *"resolution of possible conflicts of jurisdiction"*.

Si è più volte osservato, in questo scritto, che ai fini della sua competenza territoriale l'EPPO deve necessariamente fare riferimento ad un territorio transnazionale (più o meno ampio, in relazione al numero dei Paesi che vi aderiranno). Potrà chiedere collaborazione a singoli Procuratori nazionali, ciascuno dei quali – come detto – agirà alla stregua del suo sistema normativo interno.

Ma, a questo punto, si deve formulare una osservazione per aggiungere che, se l'EPPO avrà questa ampia possibilità di scelta, tuttavia le sue scelte non potranno ovviamente condizionare il giudice cui egli si rivolgerà.

Si tratti di un giudice delle libertà (per ottenere una misura interinale, limitativa, appunto della libertà oppure della riservatezza o di un diritto patrimoniale) o del giudice che dovrà pronunciarsi sulla responsabilità, l'uno e l'altro saranno e non potranno non essere i giudici della loro competenza o della loro giurisdizione. È quindi evidente la possibilità che si configurino dei conflitti; è altrettanto evidente che tali conflitti, siano essi positivi o negativi, riguardino essi la distribuzione delle competenze fra giudici di uno stesso Paese oppure la giurisdizione fra giudici di Paesi diversi, devono essere risolti da un'istanza giudiziaria "superiore". Quando il conflitto riguardi la competenza, si può ritenere che la sua soluzione avvenga (continui ad avvenire, anche quando l'organo di impulso sarà il PME) secondo le norme interne di quel determinato Paese. Ma, nel caso di un conflitto di giurisdizione, è giocoforza pensare ad un giudice sopranazionale.

Da un primissimo e sommario esame della questione, pare che questo giudice possa e debba essere identificato nella Corte di giustizia dell'Unione europea, nell'ambito della sua generale competenza a pronunciarsi sulla legittimità degli atti compiuti da un organo dell'Unione, particolarmente quando questi atti tocchino o ledano diritti individuali.

Questa osservazione introduce all'ultimo paragrafo di questo breve scritto, quello dedicato al rapporto fra il Pubblico Ministero europeo e le due corti europee, la Corte di giustizia UE e la Corte europea dei dritti dell'uomo.

È stata dinanzi evocata la questione della generale competenza della Corte di giustizia a pronunciarsi sulla legittimità degli atti compiuti da un organo dell'Unione europea; e la prospettiva che la Corte stessa possa intervenire per valutare la legittimità degli atti compiuti dal PME.

Come primo contributo all'esame di un problema che meriterà ben altri approfondimenti, può essere utile richiamare certi principi che sono stati affermati in una recente decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE)⁹.

La questione interpretativa che le era stata sottoposta chiedeva – sostanzialmente – alla Corte di risolvere un conflitto negativo di competenze fra autorità nazionali, in materia di trattamento di diritti personali. Si trattava di identificare lo Stato competente ad adottare atti di tipo amministrativo, ma questa decisione aveva riflessi e conseguenze anche di tipo giurisdizionale.

In particolare, dovendo interpretare il Regolamento (CE) n. 343/2003 del Consiglio, del 18 febbraio 2003, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo. Ebbene, la Corte di Lussemburgo ha risolto il conflitto, indicando il criterio per l'attribuzione della competenza nei termini seguenti: *“Lo Stato membro competente per l'esame della domanda d'asilo di un minore non accompagnato che abbia presentato domande in più Stati membri è quello in cui si trova tale minore dopo avervi presentato una domanda”*.

Se la decisione della CGUE ha risolto un conflitto negativo, quella pronunciata dalla Corte di Strasburgo è invece legata alla prospettiva opposta. Si trattava, infatti, di norme nazionali che consentono un *forum-shopping* al Pubblico Ministero; in particolare, il ricorrente lamentava una violazione di diritti protetti dalla Convenzione, violazione provocata dal fatto che in base a tali norme la scelta del giudice è affidata *“inappellabilmente”* al Pubblico Ministero.

La sentenza riguarda Malta¹⁰ e, in particolare, le disposizioni di una legge che – come detto – lascia alla pura discrezionalità del Pubblico Ministero la scelta dell'organo giurisdizionale di fronte al quale l'imputato dovrà essere processato; per certi reati; da questa scelta discendono rilevanti conseguenze in merito alla durata della pena applicabile (il limite massimo di pena va da dieci anni di reclusione all'ergastolo a seconda che a giudicare l'imputato sia la *“Criminal Court”* o la *“Court of Magistrates”*). Nel caso di specie, il ricorrente era indagato per un reato di spaccio di stupefacenti, commesso in concorso con un'altra persona; il Pubblico Ministero, usando appunto quel suo potere discrezionale non sindacabile dai giudici aditi, aveva rinviato entrambi gli imputati a giudizio: uno (cioè la persona che ha poi adito i giudici di Strasburgo) di fronte alla *Criminal Court*, il suo complice davanti alla *Court of magistrates*.

La conseguenza era stata che lo stesso fatto, la condotta concorsuale aveva provocato l'applicazione di sanzioni di gravità diversissima. La persona che aveva subito il trattamento peggiore ha adito la Corte dei diritti umani con un ricorso nel quale denunciava la violazione sia dell'articolo 6 che dell'articolo 7 CEDU.

Ebbene, la Corte dei diritti umani ha affermato che in questa situazione sussisteva una violazione del principio di prevedibilità che è appunto sancito dall'art. 7, una violazione così netta da indurre la Corte a ritenere superflua una analisi delle lamentate violazioni dell'art. 6. Vale la pena riportare (in una versione italiana, naturalmente, ufficiosa) il punto saliente della motivazione:

“La Corte, preliminarmente, s'interroga in ordine alla violazione dell'art. 7. Detta norma stabilisce il principio secondo cui solo la legge può prevedere un fatto

9 Sentenza nella causa C-648/11, MA, BT, DA c. Secretary of State for the Home Department

10 Sentenza Camilleri c. Malta – 22 gennaio 2013 - 42931/10

come reato e comminare la relativa sanzione. I reati e le pene devono, quindi, essere tassativamente definiti. Questa condizione è soddisfatta quando l'individuo, dalla lettura di una disposizione legislativa – e, se necessario, con l'ausilio dell'interpretazione giurisprudenziale – è in grado di comprendere quali condotte siano vietate dalla legge e quale sia la pena irrogabile per ciascuna delle azioni od omissioni ivi previste (cfr. *Scoppola contro Italia* (n. 2) [GC], n. 10249/03, § § 93-94, 17 settembre 2009).. Occorre, quindi, verificare se la legge maltese rispetti tali requisiti di comprensibilità e di prevedibilità, avendo riguardo ai criteri con cui la giurisdizione viene in concreto determinata, giacché tale scelta si riflette sulla pena irrogabile. Nel caso di specie, il ricorrente è venuto a conoscenza dei limiti editali di riferimento per il reato in oggetto, solo dopo che la Procura generale aveva scelto l'organo cui chiedere di pronunciarsi sulla regiudicanda.”

Siamo, quindi, di fronte ad una patente violazione del principio di prevedibilità. Ma è interessante, ed importante ai fini dei temi analizzati in questo scritto, richiamare il successivo passaggio della sentenza, quello che precede la affermazione della violazione del diritto protetto dalla Convenzione. (Per necessità argomentative, il testo viene qui riprodotto per punti separati):

“Non è dato nemmeno sapere alla luce di quali criteri la pubblica accusa abbia effettuato tale determinazione:

- nessun criterio è mai stato specificato in alcun testo legislativo né è mai stato oggetto di qualsivoglia chiarimento giudiziario.

- Tale decisione appare, quindi, soggettiva e lascia spazio all'arbitrarietà, soprattutto a causa della mancanza di garanzie procedurali.”

Sembra inutile chiosare in qualunque modo affermazioni che sono chiarissime. Si deve solo aggiungere che per il Pubblico Ministero europeo l'esigenza che siano stabiliti previamente i criteri per l'individuazione del giudice (quello della libertà e, poi, quello del merito) si pone in termini ancora più pregnanti.

La possibilità che gli elementi di accusa siano raccolti in Stati differenti, ognuno dei quali con un sistema e norme di procedura differenti¹¹; la possibilità – in mancanza di regole europee sul regime delle prove – di presentare questi elementi di accusa al giudice di merito il cui regime processuale nazionale sia particolarmente sprovvisto di garanzie.

È fortemente auspicabile che il legislatore europeo tenga conto dei principi affermati nelle due sentenze che sono state citate, quella della Corte di giustizia dell'Unione europea e quella della Corte europea dei diritti dell'uomo. Una soluzione diversa sottoporrebbe l'attività di questo organo di giustizia così importante ad duplice rischio. Trovarsi in situazioni di paralisi funzionale, nell'ipotesi di conflitti (positivi o negativi) di giurisdizione; vedersi sanzionato per violazione di uno dei diritti protetti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per violazione dei principi del giusto processo o del principio di prevedibilità.

¹¹ A puro titolo di esempio, si può citare il regime di tutela delle dichiarazioni rese durante le indagini, alla polizia oppure ad un pubblico ministero (indipendente oppure no); la presenza obbligatoria di un difensore quando le dichiarazioni vengono raccolte; la questione dell'utilizzabilità, diretta o mediata, del contenuto di queste dichiarazioni come prova.

L'impatto culturale e giuridico del Pubblico Ministero europeo (EPPO): l'ottica del sistema italiano

Relazione rivista dall'autore

Francesca Ruggieri

Docente di Procedura Penale, Università della Insubria (Como)

L'Autore avanza alcune ipotesi in attesa di conoscere il contenuto della proposta di regolamento istitutivo la Procura europea (EPPO) della Commissione europea. Più in particolare, ritiene che, in assenza di una base giuridica ad hoc non sia possibile attribuire ad un giudice europeo la funzione di giudice della libertà. Interrogandosi su quale potrà essere il contributo che la Presidenza italiana dell'UE potrà dare alle discussioni su questo tema, l'Autore individua alcuni aspetti particolarmente importanti su cui occorrerà soffermarsi: la previsione di un controllo (interno o esterno) sull'operato dell'EPPO, l'individuazione di un criterio per stabilire la giurisdizione nazionale competente e il ruolo del difensore.

“EPPO”: UNA ISTITUZIONE ANCORA DA CREARE DALLA STORIA RISALENTE

Al fine di ricostruire il possibile impatto sull'ordinamento italiano del futuro “EPPO”, è ovviamente indispensabile cercare di circoscrivere correttamente l'istituzione Procura europea.

Nonostante il relativo regolamento, secondo quanto è dato sapere, probabilmente non sarà reso pubblico prima dell'inizio del mese di luglio, la riflessione della dottrina e degli operatori non può fermarsi, tanto più che del rappresentante dell'accusa dell'Unione si discute ormai da quasi vent'anni.

Le principali fonti sono note: *Corpus Iuris* nella prima e nella seconda versione rispettivamente del 1995 e del 2000¹, *Libro Verde* del 2001², rielaborazioni adottate sotto la Presidenza spagnola del 2007³, comunicazioni del Parlamento e del Consiglio⁴, recentissimo progetto dell'Università del Lussemburgo⁵.

1 Cfr. i quattro volumi di Delmas-Marty M., Vervaele J., (Eds.) 2000 *La mise en œuvre du dans les Etats membres Corpus Juris* (The implementation of the Corpus Juris in the member States), Intersentia, Antwerpen – Groingen Oxford

2 Cfr. i documenti e il report delle risposte rispettivamente agli indirizzi http://ec.europa.eu/anti_fraud/documents/fwk-green-paper-document/green_paper_it.pdf http://ec.europa.eu/anti_fraud/documents/fwk-green-paper-suivi/follow_up_en.pdf

3 Cfr. J. A. Espina Ramos e I. V. Carbajosa (a cura di) *The Future European Public Prosecutor's Office*, scaricabile liberamente on line.

4 Cfr. ex multis, emblematicamente, già nel 2000 COM(2000) 608 definitivo, Bruxelles, 29.09.2000, Comunicazione della Commissione Contributo complementare della Commissione alla Conferenza intergovernativa sulle riforme istituzionali La tutela penale degli interessi finanziari comunitari: un procuratore europeo, e, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, Council of the European Union, Brussels, 15 April 2010 (16.04) (OR. es) 8614/10 JAI 306 COPEN 99 EUROJUST 43 Note from Presidency to Delegations, Subject: The European Public Prosecutor's Office in the European judicial area.

5 Cfr. Draft model Rules, The Europa Model Rules for the Procedure of the European Public Prosecutor's Office, disponibile anche in francese sul sito dell'Università del Lussemburgo, <http://www.eppo-project.eu/> e il volume *Toward a prosecutor for the european union volume 1*, A Comparative Analysis, ed. K. Ligeti, Hart Publishing, 2012 ove sono raccolte le relazioni dei diversi Paesi coinvolti.

Altrettanto noti i dati ancora oggi relativamente pacifici e quelli oggetto di accese discussioni sin dalle origini. A questo proposito il pur sotto molti profili ambiguo testo dell'art. 86 TFUE può opportunamente costituire la sintesi dei primi e la cornice per la soluzione delle seconde. Il Pubblico Ministero europeo sarà organo dell'Unione, si potrà muovere nello spazio giudiziario costituito dalla somma dei territori di tutti i Paesi membri che avranno partecipato alla sua istituzione; almeno all'inizio avrà competenza per l'esercizio dell'azione penale di fronte alle singole giurisdizioni nazionali, per i solo reati posti a tutela degli interessi finanziari dell'Unione.

Spetterà al regolamento istitutivo indicare quindi le regole del suo operato da un lato e la sua struttura organizzativa dall'altro: ovvero precisare in quale modo devono essere assicurate le garanzie giurisdizionali per i cd. atti a duplice funzione e, in senso più lato, le forme di controllo del giudice sull'attività investigativa del EPPO, tra cui l'azione o l'inazione; nonché specificare il rapporto tra la nuova istituzione e le singole autorità nazionale, "a partire da"⁶ Eurojust.

Nell'ottica dell'attuale riflessione, in attesa di conoscere il provvedimento elaborato dalla Commissione europea, non rilevano nello specifico gli atti che saranno soggetti a riserva giurisdizionale o la particolare mitigazione del principio di obbligatorietà dell'azione penale che, ad esempio, potrebbe ritenersi preclusa in presenza di risarcimento del danno. Di certo, mancando una base giuridica per la creazione di un nuovo giudice europeo, il "giudice della libertà", con competenze estese o meno sino all'inizio della fase processuale⁷, sarà il giudice nazionale, secondo il modello già delineato dal *Corpus Iuris* e quindi ripreso, in parte, dal provvedimento in tema di mandato d'arresto europeo, non a caso di poco successivo alla stesura della seconda versione del grande studio di diritto comparato.

Altrettanto elevata è la probabilità che, a prescindere dalle singole norme ancora in fase di elaborazione, l'Unione si orienti per un organismo centrale, a struttura collegiale, ove i rappresentanti dei singoli Stati membri si muovano operativamente attraverso i delegati nazionali che porteranno, come si è detto con colorita ma efficace espressione, un "doppio cappello": pertanto con i poteri tipici che sono riconosciuti loro dal proprio ordinamento. Poteri che i pubblici ministeri delegati utilizzeranno per indagare sia i reati che interessano specificatamente l'Unione sia quelli del proprio ordinamento⁸.

6 Sulle problematiche delle diverse versioni anche del Trattato di Lisbona e, più in generale, della lingua, nell'ottica di linguisti e di studiosi di diritto comparato cfr. ampiamente i contributi contenuti in Aa.Vv. *Criminal Proceedings, Languages and the European Union, Linguistic and Legal Issues*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2013, ed ivi, proprio con riferimento all'art. 86 TFUE, gli approfondimenti di Mauro, Marcolini e, volendo, Ruggieri, rispettivamente sulle versioni della norma del Trattato in francese, spagnolo e tedesco (in comparazione all'italiano ed all'inglese).

7 Ovvero al momento delle determinazioni in ordine all'esercizio dell'azione penale ovvero dell'archiviazione. La mancanza di base legale per un (nuovo) giudice penale dell'Unione induce a ritenere che non sia praticabile l'ipotesi, prospettata dalla Delmas-Marthy alla fine dei lavori della seconda versione del Corpus, circa l'istituzione almeno di un giudice (comune) investito della cd. « giurisdizione istruttoria » ovvero del controllo sulla fondatezza della azione e della inazione del rappresentante dell'accusa. Tale opzione, che conserva tuttavia una sua rilevanza, se del caso incardinata in una sessione della Corte di Giustizia, consentirebbe un controllo giurisdizionale proprio sul momento più delicato della particolare « azione senza giurisdizione » della futura procura europea, vale a dire il momento della individuazione della giurisdizione nazionale davanti a cui iniziare il processo.

8 Per le diverse ipotesi cfr. da ultimo e in dettaglio (anche con efficaci schemi riassuntivi) S.White, *A Decentralised European Public Prosecutor's Office Contradiction in Terms or highly workable Solution?* in *EuCrim* 2012 n.2 p. 67 ss.; ivi anche ulteriori approfondimenti, ad esempio nell'ambito del diritto penale sostanziale a proposito dei reati che andranno a tutelare gli interessi finanziari dell'Unione (il numero della rivista, dedicato interamente al PME è disponibile all'indirizzo http://www.mpicc.de/eu crim/archiv/eu crim_12-02.pdf).

L'INFLUSSO DEL NUOVO ORGANISMO SUGLI ORDINAMENTI DEI PAESI MEMBRI

Nonostante o forse proprio perché il nuovo organo sarà necessariamente frutto del compromesso tra tradizioni giuridiche anche profondamente differenti⁹, l'impatto nel nostro sistema dovrà anzitutto fare i conti con problematiche in senso lato culturali. Qualunque sia la soluzione che verrà scelta, infatti, è ovvio che il nostro Paese come tutti gli altri Paesi membri, disporrà di un certo margine di adattamento, allorché dovrà recepire le disposizioni dell'Unione.

Solo in parte in modo analogo a quanto accade nell'ambito dell'attività di Eurojust, il rappresentante italiano, che non potrà che essere un magistrato¹⁰, dovrà quindi misurarsi con colleghi che non necessariamente avranno lo stesso suo ruolo nel Paese di provenienza ovvero con funzionari che potrebbero non avere alcuna esperienza giuridica come "magistrati", muovendosi tra ordinamenti molto diversi dal nostro. Anche se per semplificare al massimo il collegio dei rappresentanti dei Paesi membri delegherà le diverse attività istruttorie ai singoli componenti locali, che applicheranno le rispettive regole processuali nazionali, sarà inevitabile il confronto con procedure altrettanto distanti.

Già oggi, come è noto, nel rispetto dei limiti posti dalle funzioni e dal ruolo di Eurojust ovvero dalle cornici entro cui si sono iscritte sino ad orale decisioni quadro in attuazione del principio del mutuo riconoscimento, la cooperazione giudiziaria internazionale fa quotidianamente i conti con mondi diversificati e ordinari scenari multiculturali. Quello che oggi, tuttavia, delinea un articolato e spesso occasionale intreccio di rapporti tra uffici di diversi ordinamenti sovrani, nell'ambito di principi che riecheggiano ancora quelli propri della tradizionale e classica collaborazione tra Stati secondo lo schema di una "cooperazione orizzontale" un domani sarà necessariamente articolato nelle forme molto più duttili della "cooperazione verticale"¹¹. Con tutte le problematiche che tale approccio comporta: dai profili di subordinazione tra il centro e i membri locali alla pur limitata ma comune disciplina in tema di esercizio dell'azione penale e, soprattutto, di scelta del foro nazionale competente¹².

Lo scenario aperto dall'EPP0 può essere efficacemente rappresentato da quello che un domani sarà qualificato come lo "spazio giudiziario europeo", che non

9 Anche il ricorso all'inglese come lingua franca, ormai distante dal lessico tecnico della Gran Bretagna è funzionale a creare uno strumento di lavoro estremamente flessibile, ove i vari esponenti degli Stati membri possono agevolmente individuare l'istituto in parte o in tutto equivalente a quello prospettato nella provvedimento dell'Unione.

10 Non varrà in tal caso quanto deciso da C. cost., sent. 6.4.2011, n. 136 che ha ritenuto la legittimità della normativa che sottopone il membro nazionale di Eurojust alla nomina e dalle direttive ministeriali perché trattasi di organo che non esercita funzioni giudiziarie. (Per un commento alla pronuncia della Consulta, v. C. Prota, La Corte costituzionale esclude la natura giudiziaria di Eurojust, in Cass. pen., 2011, p. 4278 e G. De Amicis, La Corte costituzionale nega la natura giudiziaria di Eurojust: una pronuncia discutibile, in Forum di quaderni costituzionali, 2011).

11 Per questi ormai tradizionali concetti cfr. per tutti The implementation of the Corpus Iuris in the Member States, M. Delmas-Marthy, J.A.E. Vervaele (eds), Vol. IV, Ed. Intersentia, Antwerpen – Groingen Oxford, 2001,

12 Per una sintesi di tali problematiche, alla luce delle disposizioni del 1997 del Corpus Iuris (e pertanto limitata a quindici Stati membri, prima dell'allargamento del terzo millennio) cfr. ampiamente La mise en oeuvre de Corpus Iuris dans le Etat Membres M. Delmas-Marthy, J.A.E. Vervaele (eds), Ed. Intersentia, Antwerpen – Groingen Oxford, 2000, vol I, pp. 317 ss. per la introduzione di M. Delmas-Marthy e J. Spencer e quindi le diverse sintesi dei rapporti nazionali con le schede di compatibilità (ivi, 341 ss, 364-5, ove i singoli ordinamenti, in confronto alle disposizioni del Corpus, sono valutati totalmente compatibili, compatibles après modification dans législation nationale, compatible après modification Constitutionnelle, compatible après modification dans le Corpus juris, ovvero ancora compatible après autres modification.

sarà la semplice somma dei territori sovrani degli Stati membri. Ma costituirà il risultato di una forma di cooperazione che, avvalendosi degli organi nazionali, si muoverà per interessi sovranazionali, in una sinergia sempre più stretta tra tutti i colleghi "accusatori" del EPPO. Sebbene i numeri, pur particolarmente rilevanti rispetto al budget complessivo dell'Unione¹³, non comporteranno, almeno all'inizio, una quantità di procedimenti eccessivamente elevata, non deve essere sottovalutata l'incidenza che, nella pratica, simili *modus operandi* potranno avere nell'ambito di ogni singolo Stato membro, soprattutto al fine della formazione di una coscienza comune europea.

Specie se, come è probabile, le iniziali proposte saranno tendenzialmente "minimaliste" al fine di coagulare il maggior numero di consensi, la doppia veste del rappresentante nazionale costituirà uno strumento particolarmente incisivo per diffondere una cultura condivisa delle indagini. È del resto noto come la costruzione dell'Unione passi anzitutto attraverso una sempre più approfondita conoscenza reciproca che è poi alla base del principio del mutuo riconoscimento.

INDICAZIONI (E AUSPICI) DELL'INTERVENTO ITALIANO

Giuridicamente non ci può non chiedere quale possa essere l'apporto italiano ad una discussione che, oltretutto, toccherà il proprio culmine verosimilmente proprio durante il semestre del nostro Paese nel 2014.

Come è noto, nel panorama dei pur vari sistemi europei il nostro ha una storia del tutto peculiare. Ricalcato sul modello francese al tempo dell'Unità, attratto dai sistemi tedeschi e austriaci all'epoca della riforma Finocchiaro- Aprile, recuperato in parte il calco francese con il codice del 1930 ed infine suggestionato dal processo di *common law* in occasione della recente riforma repubblicana¹⁴, il nostro processo penale può essere a ragione considerato un crogiuolo di esperienze e, in particolar modo, una sorta di ponte tra la cultura di *civil law* e la tradizione anglosassone.

Il nostro rappresentante dell'accusa a sua volta, pure ancora strutturato secondo la tradizione francese con riferimento all'organizzazione interna dell'ufficio ma non più dipendente dal potere esecutivo per quanto riguarda l'organizzazione esterna, si confronta quotidianamente con un principio, quello dell'obbligatorietà dell'azione penale, che ha sempre meno riscontri nella prassi. Portare in Europa il dibattito e l'esperienza sull'argomento, che qui non è nemmeno possibile riassumere¹⁵, vuol dire sensibilizzare il futuro legislatore europeo al rispetto del principio di uguaglianza nell'esercizio della domanda penale: ovvero all'esigenza che, pure di fronte a giurisdizioni differenti, sia sempre assicurata la decisione di un giudice ogni qual volta dall'istruttoria dell'EPPO emerga un quadro probatorio di sufficienti elementi a carico.

¹³ I dati sono facilmente ricavabili dai rapporti annuali di Olaf e di Eurojust.

¹⁴ Cfr. volendo F.Ruggieri, L'italiano giuridico che cambia: il caso della procedura penale, in Cass.pen. n.3/2012, § n. 402, pp. 1131 ss. per la sintesi della diverse fasi degli studi di diritto comparato nel processo penale anche in relazione alle diverse codificazioni che si sono succedute dal codice del 1865 sino ad oggi.

¹⁵ Cfr., da ultimo, la rubrica Opinioni a confronto proprio sul tema dell'obbligatorietà dell'azione penale (con interventi di Botti/Marzaduri e Miletto) in Criminalia n. 5/2010 nonché, volendo, F. Ruggieri, voce Pubblico ministero (diritto processuale penale), in Enciclopedia del diritto, Annali II, tomo I, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 998 ss. e Azione penale, in Enciclopedia del diritto, Annali III, Giuffrè, Milano 2010, pp. 129 ss.

Tale assunto, a prescindere dalla enunciazione o meno del principio dell'obbligatorietà dell'azione (di fatto irrealizzabile in qualsiasi sistema occidentale per definizione di risorse scarse), può essere perseguito e raggiunto solo con un opportuno sistema di controlli. Si tratti di controlli interni all'ufficio dell'accusa ovvero di verifiche affidate, preferibilmente, ad un organo giurisdizionale, l'essenziale è non attribuire all'EPPO un autonomo ed autosufficiente potere di azione (e di inazione).

Anche il principio del giudice naturale, cui il nostro ordinamento ha una particolare tradizione, è tema cui la prospettiva italiana può dare un forte contributo in Europa¹⁶. I pregiudizi di un'azione (europea) senza una giurisdizione dello stesso livello risiedono proprio nella difficile individuazione della giurisdizione (nazionale) che dovrebbe essere investita della decisione. Anche se l'istituzione dell'EPPO presuppone, ovviamente, una elevata armonizzazione dei reati a tutela degli interessi finanziari dell'Unione, ed anche se, inevitabilmente, dovrà prevedersi una qualche forma di circolazione "comune" degli elementi probatori raccolti dall'EPPO tra un ordinamento e l'altro, è altrettanto ovvio che i giudizi nazionali rimarranno fortemente caratterizzati dalle rispettive peculiarità. E che, nella prassi, l'opzione di un Paese piuttosto che di un altro (anche solo per l'efficienza) tenderà ad incidere sulla scelta della giurisdizione che si vorrebbe assolutamente asettica. Il criterio del *locus commissi delicti*, apparentemente quello più affidabile, dovrà tener conto della difficoltà di individuare il luogo del commesso reato, in presenza di frodi articolate e complesse che, solitamente, non solo interessano più Stati, ma, soprattutto, coinvolgono più soggetti (fisici e giuridici). L'esperienza italiana potrebbe rivestire una qualche rilevanza.

Infine, la prospettiva del nostro particolare ordinamento, proprio per la sua duplice veste di processo "accusatorio" ma di tradizione continentale, potrebbe contribuire alla disciplina del ruolo del difensore: sia con riguardo alla normativa della obbligatoria difesa tecnica (che non tutti i Paesi membri conoscono e che potrebbe essere anche trattata in modo meno rigida, ad esempio a secondo della gravità del reato), sia, in particolare, con riferimento alla regolamentazione delle indagini della difesa, nella maggior parte dei sistemi di *civil law* affatto sconosciuta.

¹⁶ In prospettiva europea cfr. ampiamente M. PANZAVOLTA, Il giudice naturale nell'ordinamento europeo: presente e futuro, in M. G. COPPETTA, Profili del processo penale nella Costituzione europea, Torino, 2005, p. 110.

