

EUROPEAN PUBLIC PROSECUTOR OFFICE

Anche gli entusiasti diventano scettici? ()*

di Sandra Recchione

Abstract. La proposta di regolamento sulla istituzione dell'ufficio del Procuratore europeo non convince. Si presenta prematura rispetto alla mancata armonizzazione delle regole di procedura in materia di raccolta e formazione della prova, che avrebbe dovuto precedere e non seguire (e nemmeno accompagnare) la istituzione del nuovo organo. Risulta "precoc" anche rispetto alla individuazione dell'area di competenza materiale assegnata in via esclusiva alla Procura europea (delimitazione affidata, peraltro, allo strumento-direttiva, per sua natura produttivo di disomogeneità). Ma, soprattutto, entra in conflitto con alcuni "principi-struttura" del nostro assetto costituzionale, come la scelta di indipendenza della Magistratura requirente dal potere politico ed i principi di obbligatorietà dell'azione penale e del giudice naturale. Il che induce ad evocare la barriera dei "controlimiti", erta dalla Consulta a difesa da azioni dell'Unione capaci di minare le fondamenta del nostro assetto costituzionale. L'ipotesi non va drammatizzata, ma vissuta come una occasione per valorizzare il dialogo tra Alte Corti, con l'obiettivo di creare una cultura condivisa in materia di diritti fondamentali, presupposto ineludibile per ambire ad un serio (e non traumatico) processo di integrazione.

SOMMARIO: 1. L'indipendenza della magistratura europea: la compatibilità del regolamento con i principi contenuti nel titolo IV della Costituzione. – 1.1. La funzione del nuovo organo. La competenza giurisdizionale. – 1.2. Il Procuratore capo ed i quattro "assistenti": nomina e revoca. – 1.3. I procuratori delegati. – 1.4. La revoca della delega. – 1.5. In sintesi: sulla struttura del nuovo organo. – 2. L'avvio (discrezionale) dell'azione penale europea ed il conflitto con il principio di obbligatorietà dell'azione penale. – 2.1. La registrazione delle notizie e la verifica preventiva. – 2.2. La competenza in fase di indagine ed il diritto applicabile. – 2.3. Il controllo giurisdizionale sulla archiviazione. – 3. La "scelta" della giurisdizione ed il conflitto con il principio del giudice naturale. – 4. Le indagini e le prove. Individuazione delle regole applicabili e dei diritti dell'accusato. – 4.1. La necessità di regole condivise in materia di raccolta e valutazione della prova. – 4.2. Le misure investigative ed il controllo "giurisdizionale". – 4.3. L'ammissibilità delle prove. – 5. L'esercizio del diritto di difesa nel nuovo sistema: il "binario processuale

* In occasione dell'intervento al Convegno organizzato dall' "Osservatorio Europa" dell'Unione delle Camere Penali tenutosi il 6 ed il 7 dicembre 2013 a Bologna.

europeo". – 6. Considerazioni di sistema. – 7. Se nulla cambia: predizioni e proposte partendo dal "caso Melloni".

1. L'indipendenza della magistratura europea: la compatibilità del regolamento con i principi contenuti nel titolo IV della Costituzione.

1.1. La funzione del nuovo organo. La competenza giurisdizionale.

La Procura europea è stata progettata per rispondere in modo più efficace alla esigenza di contrastare i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione¹. Alla base della scelta di istituire un organo *ad hoc* per reagire alla diffusione delle frodi c'è la esplicita valutazione della insufficienza della azione di contrasto sino ad oggi svolta nei singoli paesi (sic).

La proposta di regolamento esercita la facoltà prevista dall'art. 86 TFUE e declina l'indicazione ivi contenuta: *centralizzazione* dell'organo d'accusa e *diffusione* dell'organo giudicante.

Il nuovo organo di indagine si presenta infatti (estremamente) centralizzato, mentre il controllo giurisdizionale sulla attività investigativa ed il giudizio restano "diffusi" sul territorio. L'individuazione del giudice è affidata, in fase di indagine, al criterio della *lex loci* ed, in fase di giudizio, a scelte (imprevedibili *ex ante*) del Procuratore.

Il raggiungimento dell'obiettivo proposto (maggiore efficacia nella repressione delle frodi) dipende dalla capacità di creare una struttura organizzativa che sia *indipendente*, ma al tempo stesso *collegata* alle procure nazionali; che sia centralizzata, ma non distante dal territorio ove si consuma l'illecito; insomma che sia capace di essere "operativa".

Il rischio da evitare è quello di dare vita ad un organo autoreferenziale, burocratico, persuasivo sulla carta, ma inefficace nei fatti.

La Procura progettata dal regolamento si presenta come una struttura snella, di nomina politica, verticistica, dotata di competenza esclusiva per i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione (da determinare con direttiva); capace tuttavia di attrarre una non irrilevante quantità di illeciti ancillari "ordinari", quando si rinvenga un collegamento tra questi e quelli devoluti alla competenza esclusiva.

L'attuazione del progetto si presenta assai complicata ed i dubbi sulla riuscita sono molti.

Per quanto riguarda il nostro sistema, l'innesto del nuovo organo si presenta (tra l'altro) di critica compatibilità con la "posizione costituzionale" della magistratura requirente indicata dal titolo IV della Carta e declinata dalla legge sull'ordinamento giudiziario.

¹ A. VENEGONI, [*Alcune buone ragioni per l'istituzione di un Ufficio del Procuratore europeo*](#), in questa Rivista, 17 dicembre 2012.

La Procura europea è infatti progettata come un organo dotato di potere giurisdizionale *direttamente* esercitabile all'interno dello Stato; sottratto al potere di governo e controllo del Consiglio superiore della magistratura; di (innegabile) derivazione politica. L'operazione proposta comporta la *sottrazione* alla autorità requirente statuale del potere di indagine in un'area indefinita se si tiene conto delle imprevedibili attrazioni che involgono i reati ancillari. Nel progetto resta, tuttavia, saldamente radicato in capo alla autorità giudicante statuale (prescelta dal Procuratore come si vedrà *infra* sub § 3) il potere di cognizione in ordine all'accertamento delle responsabilità, come anche il potere di controllo sulla attività investigativa.

Nell'architettura regolamentare la Procura centralizzata è costituita da una "testa" composta dal Procuratore e da quattro sostituti, e da un "corpo" diffuso negli Stati (ma strettamente collegato al Procuratore) rappresentato dai procuratori "delegati". L'azione della Procura centralizzata dovrebbe spiegarsi all'interno dei sistemi giurisdizionali statuali proprio attraverso l'azione di questi "delegati", designati in numero di almeno uno per paese (art. 6, § 6).

L'intrusione è significativa: il pubblico ministero delegato sostituisce "fisicamente" nelle aule di udienza il pubblico ministero nazionale in un'area di competenza che potrebbe allargarsi fino a comprendere reati ad altissimo impatto sociale, come quelli di criminalità organizzata, qualora si ravvisasse (ed il caso potrebbe non essere di scuola) il collegamento cui segue l'attrazione.

Ci si chiede allora se è possibile ritenere la compatibilità con i principi costituzionali di un organo che ha pieni poteri giurisdizionali nel sistema "interno", ma che viene nominato da un collegio "politico" in senso stretto (il Consiglio dell'Unione europea, su proposta della Commissione, con la successiva approvazione del Parlamento). E che, soprattutto, è sottoposto ad una revoca, su istanza, ancora una volta, degli organi politici dell'Unione, ovvero il Parlamento, il Consiglio e la Commissione; istanza che dovrà, tuttavia, essere valutata dalla Corte di giustizia investita di questo nuovo inedito (ed in qualche misura eccentrico) compito.

Anche i quattro sostituti che "assistono" il Procuratore sono generati da un percorso di nomina politica e possono (anch'essi) essere revocati dalla Corte di giustizia; ma questa volta "solo" su iniziativa del Procuratore europeo.

I delegati (almeno uno per Stato) presentano una derivazione politica "indiretta" in quanto sono nominati (e possono essere revocati) in base alle valutazioni *assolute ed esclusive* del Procuratore europeo. Essi si presentano come propaggini non autonome del Procuratore, dal quale dipendono interamente, sia sotto il profilo amministrativo, che per quanto riguarda le scelte relative alle indagini ed all'esercizio dell'azione penale. Significativa al riguardo è la previsione contenuta nell'art. 27 della bozza di regolamento che assegna esplicitamente (solo) al Procuratore la facoltà di decidere se è opportuno esercitare l'azione penale, sulla base della "proposta" avanzata da un delegato.

Il procuratore delegato svolge, ciononostante, un ruolo centrale.

Da un lato, molto banalmente, perché restando in carica dieci anni (un quinquennio rinnovabile) "sopravvive" al Procuratore che lo nomina e, dunque, si presenta come un elemento di continuità culturale ed esperienziale; dall'altro, perché

rappresenta l'anello di collegamento tra la Procura europea e lo Stato ove vengono svolte le indagini e dove dovrà (forse: v. *infra* § 3) essere esercitata l'azione penale.

La compatibilità con il nostro sistema costituzionale dell'innesto di un organo con funzioni giurisdizionali, eterogestito, amovibile su istanza politica, e sottratto al controllo ed alla direzione dell'organo nazionale di governo autonomo (CSM) è quantomeno dubbia.

La funzione giurisdizionale nel nostro paese ha uno statuto di elevatissima indipendenza che, fino ad ora, copre pienamente anche l'area funzionale della Magistratura requirente.

Occorre allora chiedersi se l'innesto di un procuratore "altro" rispetto a quello costituzionale non debba essere contrastato con lo strumento (che si pensava fosse solo un presidio teorico ai problemi dell'integrazione nell'Unione) dei "controlimiti", che la Corte costituzionale, dalla sentenza n. 183 del 1973² in avanti, ha pervicacemente

² Si tratta della sentenza "Frontini": nel corpo della sentenza giudici della Consulta avevano chiarito che "occorre, d'altro canto, ricordare che la competenza normativa degli organi della C.E.E. è prevista dall'art. 189 del Trattato di Roma limitatamente a materie concernenti i rapporti economici, ossia a materie in ordine alle quali la nostra Costituzione stabilisce bensì la riserva di legge o il rinvio alla legge, ma le precise e puntuali disposizioni del Trattato forniscono sicura garanzia, talché appare difficile configurare anche in astratto l'ipotesi che un regolamento comunitario possa incidere in materia di rapporti civili, etico-sociali, politici, con disposizioni contrastanti con la Costituzione italiana. È appena il caso di aggiungere che in base all'art. 11 della Costituzione sono state consentite limitazioni di sovranità unicamente per il conseguimento delle finalità ivi indicate; e deve quindi escludersi che siffatte limitazioni, concretamente puntualizzate nel Trattato di Roma - sottoscritto da Paesi i cui ordinamenti si ispirano ai principi dello Stato di diritto e garantiscono le libertà essenziali dei cittadini -, possano comunque comportare per gli organi della C.E.E. un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana. Ed è ovvio che qualora dovesse mai darsi all'art. 189 una sì aberrante interpretazione, in tale ipotesi sarebbe sempre assicurata la garanzia del sindacato giurisdizionale di questa Corte sulla perdurante compatibilità del Trattato con i predetti principi fondamentali. Deve invece escludersi che questa Corte possa sindacare singoli regolamenti, atteso che l'art. 134 della Costituzione riguarda soltanto il controllo di costituzionalità nei confronti delle leggi e degli atti aventi forza di legge dello Stato e delle Regioni, e tali, per quanto si è detto, non sono i regolamenti comunitari"; la necessità del rispetto dell'assetto costituzionale e della eventuale maggior tutela dei diritti fondamentali è stata costantemente ribadita dalla Consulta. Da ultima nella sentenza n. 227 del 2010 la Corte costituzionale ha chiarito che "questa Corte, fin dalle prime occasioni nelle quali è stata chiamata a definire il rapporto tra ordinamento nazionale e diritto comunitario, ne ha individuato il "sicuro fondamento" nell'art. 11 Cost. (in particolare, sentenze n. 232 del 1975 e n. 183 del 1973; ma già in precedenza, le sentenze n. 98 del 1965 e n. 14 del 1964). È in forza di tale parametro, collocato non senza significato e conseguenze tra i principi fondamentali della Carta, che si è demandato alle Comunità europee, oggi Unione europea, di esercitare in luogo degli Stati membri competenze normative in determinate materie, nei limiti del principio di attribuzione. È sempre in forza dell'art. 11 Cost. che questa Corte ha riconosciuto il potere-dovere del giudice comune, e prima ancora dell'amministrazione, di dare immediata applicazione alle norme comunitarie provviste di effetto diretto in luogo di norme nazionali che siano con esse in contrasto insanabile in via interpretativa; ovvero di sollevare questione di legittimità costituzionale per violazione di quel parametro costituzionale quando il contrasto fosse con norme comunitarie prive di effetto diretto (sentenze n. 284 del 2007 e n. 170 del 1984). È, infine, in forza delle limitazioni di sovranità consentite dall'art. 11 Cost. che questa Corte ha riconosciuto la portata e le diverse implicazioni della prevalenza del diritto comunitario anche rispetto a norme costituzionali (sentenza n. 126 del 1996), individuandone il solo limite nel contrasto con i principi

indicato come barriera invalicabile, che sopravvive alla cessione di sovranità conseguente all'adesione all'Unione e difende l'"identità costituzionale" dello Stato. I "contro limiti" sono stati reiteratamente individuati dalla Consulta nei "principi fondamentali dell'assetto costituzionale" e nella (eventuale) "maggior tutela dei diritti inalienabili della persona".

Nella prospettiva indicata, due sono i nodi critici che emergono dal confronto della proposta regolamentare con i pilastri fondanti l'assetto costituzionale del nostro Stato: il primo è la sostituzione dell'organo requirente nazionale con un pubblico ministero europeo che presenta caratteristiche strutturali diverse da (ed incompatibili con) quelle della magistratura interna; il secondo nodo, anch'esso di estremo rilievo, è l'abbattimento del grado di tutela di alcuni diritti fondamentali e, specificamente: a) del diritto di difesa, che risulta più elevato nel sistema giurisdizionale interno, piuttosto che nell'evanescente compendio di regole processuali proposto dalla bozza di regolamento, b) del diritto al giudice naturale, che non risulta adeguatamente protetto, c) del diritto di eguaglianza sotteso al principio di obbligatorietà dell'azione penale.

1.2. Il Procuratore capo ed i quattro "assistenti": nomina e revoca.

Sia il Procuratore capo che i quattro sostituti sono nominati dal Consiglio dell'Unione europea a maggioranza semplice, con l'approvazione del Parlamento. Sono scelti tra persone che offrano tutte le garanzie di indipendenza e "riuniscano le condizioni per l'esercizio delle alte funzioni giurisdizionali e che posseggano una grande esperienza in materia di azione penale".

Sembrerebbe che la selezione possa essere effettuata *prevalentemente* tra persone che hanno già la qualifica di magistrato del pubblico ministero, come si ricava dal richiamo alla competenza a svolgere "alte funzioni giurisdizionali" e dal requisito della "grande esperienza in materia di azione penale". La norma si presta tuttavia a consentire eccezioni (si pensi, del resto, alla riconosciuta possibilità di accesso alle alte Corti nazionali anche di giuristi provenienti dalla avvocatura o dalla Università). Per quanto riguarda i magistrati, il richiamo alle "alte funzioni" dovrebbe indurre a circoscrivere la scelta ai magistrati idonei allo svolgimento delle funzioni di legittimità o alle funzioni direttive.

Il requisito relativo alle "garanzie di indipendenza" non appare facilmente declinabile in concreto: è difficile infatti immaginare un magistrato del pubblico ministero (formalmente) "dipendente" da un organo politico, almeno nel nostro paese. Diversamente, nei paesi in cui il pubblico ministero ha una "derivazione" politica o dipende dall'Esecutivo, tale requisito potrebbe avere la funzione di arginare (se non impedire) la nomina di persone che hanno legami con gruppi politici od economici tali da non garantire contro "flessioni" dell'indipendenza.

fondamentali dell'assetto costituzionale dello Stato ovvero dei diritti inalienabili della persona (sentenza n. 170 del 1984)".

Durano in carica otto anni. Si tratta di un periodo di tempo corrispondente a quello dei nostri incarichi direttivi, anche se non è previsto il controllo a metà del percorso che, nell'ordinamento giudiziario nazionale, condiziona la conferma dell'incarico.

Per quanto riguarda il Procuratore capo, la procedura di selezione prevede una proposta della Commissione europea che sceglie una rosa di candidati tra coloro che abbiano risposto all'interpello, tenuto conto del parere di un organo tecnico, ovvero di un Comitato istituito dalla stessa Commissione composto da sette persone scelte tra ex membri della Corte di giustizia, membri delle alte Corti nazionali e delle procure nazionali e tra giuristi (non magistrati) di notoria competenza. Uno dei membri è scelto dal Parlamento che in tal modo "entra" nel procedimento di selezione anche in tale fase anticipata. Il presidente di *Eurojust* è, infine, presente di diritto nel Comitato, ma in qualità di "osservatore".

La rosa di candidati così selezionata è presentata al Consiglio ed al Parlamento (contestualmente sembrerebbe). Il Consiglio nomina infine il Procuratore, con l'approvazione del Parlamento.

Come si vede, si tratta di un percorso di nomina interamente devoluto ad organi politici.

La procedura per la designazione dei quattro sostituti ("assistenti" secondo la proposta: art. 6, § 2) ricalca quella prevista per la nomina del Procuratore. Tuttavia la rosa dei candidati non è selezionata sulla base delle indicazioni del Comitato tecnico, ma è individuata dalla Commissione "di concerto" con il Procuratore europeo tra coloro che hanno presentato la loro candidatura in seguito al bando pubblicato sulla Gazzetta dell'Unione.

Il Procuratore ha perciò un ruolo determinante nella designazione dei suoi collaboratori: nella procedura di nomina dei sostituti si coglie la valorizzazione di un rapporto che ha caratteristiche *fiduciarie*, ed il conseguente cedimento a logiche "governative", estranee al nostro ordinamento.

La discrezionalità nella nomina dei sostituti deve essere inoltre esercitata selezionando la rosa dei candidati in modo che sia consentito "riflettere la molteplicità demografica e geografica degli Stati membri", ma anche "la presenza al Parlamento europeo ed al Consiglio" (art.9, § 3): anche in questo caso si infila il percorso di nomina del "magistrato" con logiche tipiche della organizzazione degli organi di rappresentanza politica.

Il Procuratore capo, come si è anticipato, può essere revocato dalla Corte di giustizia su richiesta del Parlamento, del Consiglio o della Commissione. La revoca dei sostituti, affidata anch'essa alla valutazione della Corte di giustizia, è invece su iniziativa esclusiva del Procuratore³.

³ Il che mette in evidenza la intensità del vincolo gerarchico: nel nostro paese non è possibile per il procuratore proporre la "revoca" dell'incarico dei sostituti, se non indirettamente attraverso la segnalazione di gravi illeciti disciplinari.

Alla base della proposta di revoca c'è, sia per quanto riguarda i sostituti che lo stesso Procuratore capo, una sopravvenuta "carezza delle condizioni necessarie per l'esercizio delle funzioni o una colpa grave".

La revoca su istanza politica (*diretta* nel caso del Procuratore capo ed *indiretta* nel caso dei sostituti che possono essere revocati su iniziativa del capo, a sua volta strettamente collegato agli organi politici) è un aspetto della disciplina estremamente critico: il pubblico ministero *europeo*, che andrebbe a svolgere di fronte alla giurisdizione nazionale la funzione requirente in sostituzione del pubblico ministero *nazionale*, viene progettato come sostanzialmente "amovibile" su impulso politico. La procedura di revoca si presenta, inoltre, integralmente sottratta al controllo dell'organo di governo autonomo nazionale, che resta del tutto estraneo alla gestione amministrativa del nuovo magistrato europeo.

Né l'affidamento del giudizio sulla istanza di revoca alla Corte europea di giustizia si presenta sufficiente a tutelare l'indipendenza del nuovo organo.

La Corte di giustizia viene adita su impulso dell'autorità politica e le si assegna una competenza accessoria che, per quanto utile ad allentare il legame della Procura con gli organi politici da cui promana, non garantisce l'indipendenza del nuovo organo.

I componenti dell'Ufficio della nuova Procura restano esposti ad un potere di rimozione "esterno" alla magistratura, che si manifesta nell'impulso politico alla revoca.

La Corte di Lussemburgo non riveste, peraltro, una funzione in alcun modo assimilabile a quella del Consiglio superiore della magistratura: si tratta di un organo con alte competenze giurisdizionali cui viene affidato, in via episodica, una inedito compito di controllo su una istanza che resta - ed è questo il punto critico - di inequivocabile matrice politica.

Né può assimilarsi l'istanza di revoca alla "nostra" iniziativa disciplinare ministeriale che, quando viene attivata, non mira alla rimozione, ma (solo) alla promozione di un accertamento, che può condurre (attraverso una procedura garantita della quale non vi è traccia alcuna nella bozza di regolamento) alla eventuale applicazione di una serie variegata di sanzioni (la rimozione è la più grave delle misure ed è applicata in casi gravi ed estremi).

Alla creazione di un organo requirente centralizzato, abilitato a sostenere la pubblica accusa di fronte alle giurisdizioni nazionali, dunque a "comporre" di fatto la autorità giurisdizionale nazionale, non corrisponde la creazione di un organo di governo autonomo della nuova magistratura europea, che offra garanzie di indipendenza dal potere politico (almeno in parte) assimilabili a quelle garantite nel nostro ordinamento.

Tale sistema si presenta incompatibile con la scelta di netta separazione dei poteri che struttura l'assetto costituzionale del nostro ordinamento.

1.3. I procuratori delegati.

I procuratori delegati sono nominati dal Procuratore europeo e durano in carica cinque anni rinnovabili. Sono (almeno) uno per Stato. Sono nominabili *anche* persone che non svolgono la funzione di pubblico ministero: in tal caso lo Stato in cui agisce il delegato provvede alla assegnazione della relativa funzione. Cinque procuratori delegati partecipano alla stesura del regolamento della Procura europea sulla base di un sistema di rotazione paritaria, che deve riflettere la “molteplicità demografica e geografica degli Stati membri” (art. 7, § 1).

I requisiti per la nomina sono gli stessi previsti per ambire all’incarico di Procuratore europeo. Il Procuratore europeo sceglie il procuratore delegato (almeno uno per Stato) tra una rosa di (almeno) tre candidati presentata “dagli Stati”.

La designazione è affidata in via esclusiva al Procuratore capo che sceglie i delegati attraverso l’esercizio di un potere discrezionale molto ampio, che non risulta “contenuto” né dalla procedimentalizzazione del percorso di nomina, né dalla indicazione di alcun parametro da utilizzare nelle valutazioni comparative.

Non è, inoltre, indicato l’organo statutale che deve presentare la rosa. Se si valorizzasse (come si dovrebbe) la natura *giurisdizionale* della funzione del delegato, i candidati dovrebbero essere segnalati dal Consiglio superiore della magistratura, sulla base di un concorso nazionale. La “presentazione” ministeriale parrebbe infatti compatibile solo con lo svolgimento di funzioni amministrative, come chiarito dalla sentenza della Consulta, che ha affrontato la questione in occasione della nomina del rappresentante italiano presso *Eurojust* (Corte cost. n. 136 del 2011⁴).

I procuratori delegati presentano una struttura anfibia, dal “doppio cappello”⁵. Estremamente problematica.

Secondo quanto prevede l’art. 6 § 5 della proposta, i delegati agiscono sotto “l’autorità esclusiva” del Procuratore europeo e “si attengono alle sue istruzioni, linee guida e decisioni” ogni volta che si occupano di indagini di competenza dell’organo investigativo centrale. Quando agiscono con il “cappello europeo” essi sono completamente “indipendenti dalle Procure nazionali e non hanno obblighi nei loro confronti”.

⁴ Secondo la Consulta “per quanto riguarda l’*Eurojust* quale organo sovranazionale, va osservato che la decisione istitutiva, agli art. 6, 7 e 9, attribuisce ad esso, per quel che qui interessa: a) il potere di richiedere provvedimenti alle autorità competenti degli Stati membri interessati, senza che tali richieste abbiano effetto vincolante per dette autorità; b) funzioni di assistenza alle autorità nazionali (informative; di coordinamento delle indagini e delle azioni penali, su richiesta delle suddette autorità); c) funzioni di «sostegno», nei casi espressamente previsti, a indagini o azioni penali riguardanti le autorità competenti di un solo Stato membro; d) il potere di «accesso alle informazioni contenute nel casellario giudiziale nazionale o in qualsiasi altro registro del proprio Stato membro come previsto dall’ordinamento interno del suo Stato per un magistrato del pubblico ministero, un giudice o un funzionario di polizia con pari prerogative» (art. 9, paragrafo 4). Tali poteri e funzioni non sono riconducibili a quelli giudiziari propri dei magistrati del pubblico ministero” (Corte cost., sentenza n. 136 del 2011).

⁵ V. S. ALLEGREZZA, [Verso una Procura europea per tutelare gli interessi finanziari dell’Unione](#), in *questa Rivista*, 31 ottobre 2013.

Gli stessi continuano, tuttavia, ad esercitare le funzioni di pubblico ministero “ordinario” e quando lo fanno, sono tenuti al rispetto delle norme ordinamentali che regolano la magistratura nazionale, pur ricevendo dalla investitura europea una sorta di “protezione” che li preserva da iniziative disciplinari “interne” non concertate con il Procuratore europeo (art. 10 § 3).

Dipendono in modo particolarmente stretto dal Procuratore europeo, che può revocare l’incarico, senza consultazioni con alcun organo collegiale. Di contro, l’autorità nazionale (si presume l’organo di autogoverno) può “revocare” l’incarico assegnato al pubblico ministero delegato nell’ambito della giurisdizione nazionale ordinaria, “solo” previo consenso del Procuratore europeo. Questo ha dunque la facoltà di condizionare i poteri di governo autonomo del CSM, al quale è radicalmente estraneo.

Nel disegno regolamentare il Procuratore ha un incondizionato “*ius vitae ac necis*” sul delegato al quale, è invece attribuito il compito di diffondere, secondo le direttive del capo, il potere giurisdizionale requirente nell’area di competenza riservata alla Procura europea direttamente all’interno degli Stati membri.

L’innesto del delegato all’interno della giurisdizione nazionale presenta diversi profili critici. Emerge, anche in questo caso una seria frizione con i principi stabiliti dal titolo IV della Carta costituzionale.

Il regolamento prevede che, se al momento della nomina a procuratore europeo delegato, l’interessato non possiede lo *status* di pubblico ministero, lo Stato (il CSM dunque) “lo nomina” (*deve* nominarlo cioè) tale (art. 10 §2): tale previsione confligge con la disciplina di uno dei centri nevralgici del nostro ordinamento giudiziario, ovvero quello che regola il passaggio dalla funzione giudicante a quella requirente (art. 13 della legge 111 del 2007); e che ne segna la profonda divisione, rendendo infrequente (se non raro) il relativo tramutamento.

La architettura proposta urta inoltre (ed è più grave) anche con quella parte della Costituzione che assegna al Consiglio superiore della magistratura, e solo a questo, il potere-dovere di regolare lo stato, le assegnazioni e le progressioni in carriera dei magistrati agenti sul territorio nazionale, e che segna di fatto l’indipendenza della magistratura italiana dagli altri poteri (art. 104 e 105 della Carta).

L’intrusione nei poteri di nomina e di revoca del magistrato requirente delegato da parte di un organo estraneo al CSM e di derivazione politica come il Procuratore europeo “mina” il potere di gestione autonoma sullo *status* dei magistrati affidato dalla Costituzione al Consiglio superiore della magistratura ed, incide sul profilo dell’indipendenza della magistratura e della separazione dei poteri.

Per quanto riguarda l’aspetto funzionale il delegato viene disegnato come un *portavoce* del Procuratore: si tratta di un “tentacolo” del capo all’interno dello Stato, dalla discrezionalità estremamente limitata.

I poteri decisionali del delegato sono pressoché nulli. Di fatto, il potere reale esercitabile dal delegato deriverà dall’intensità del legame fiduciario con il Procuratore. Questi si presenta come una sorta di monarca assoluto che “regna” sulla gestione investigativa e processuale delle materie a lui affidate; che può in ogni momento avocare a sé la gestione diretta delle indagini (art. 16 § 2); che decide *se* avviare

l'indagine (art. 15, § 4), *come* condurla (art. 18, § 4), a *chi* affidarla (ed in particolare, se revocare la delega al delegato: art. 18 § 5); ed infine, se esercitare l'azione penale (art. 27). In tal caso, sceglie anche di fronte a quale giurisdizione nazionale svolgere il processo (art. 27 § 4).

Malgrado nell'architettura abbozzata dal regolamento il delegato sia disegnato come una propaggine non autonoma del Procuratore capo, questi resta un anello fondamentale della nuova struttura. Una volta "centralizzata" l'indagine infatti, la gestione operativa della stessa spetta proprio ad uno dei delegati designati dal Procuratore capo, che ha l'essenziale compito di attuare il collegamento operativo con le "autorità di contrasto" nazionali⁶.

Senza tale collegamento la Procura europea sarebbe debole e disarmata, in quanto verrebbe a mancare il fondamentale raccordo con la locale polizia giudiziaria, ovvero con gli organi che svolgono in concreto l'attività di indagine.

Se il numero dei delegati non fosse adeguato a garantire la "copertura" di tutto il territorio nazionale, la centralizzazione dell'ufficio requirente piuttosto che rafforzare l'azione di contrasto, sarebbe destinata fatalmente ad indebolirla: solo un contatto reale con i nuclei di polizia specializzati presenti sul territorio, può garantire il successo delle indagini che si intendono affidare (in via esclusiva peraltro) alla nuova Procura.

Il nuovo organo investigativo non ha infatti l'ambizione di essere uno strumento di raccordo o coordinamento, ma si presenta piuttosto come una struttura dai poteri investigativi pieni ed effettivi, investita della facoltà di esercitare *direttamente* la funzione requirente nelle diverse sedi giudiziarie nazionali nell'area di competenza riservata. Di qui, la necessità di organizzare di evitare ogni vuoto di potere conseguente al passaggio di competenze ed alla deresponsabilizzazione delle procure nazionali ordinarie.

Per quanto sia accattivante e simbolica la qualifica del territorio degli Stati membri come "un unico spazio giuridico" (art. 25) la efficacia del nuovo organo dipenderà ragionevolmente (anche) dalla capillare diffusione dei delegati all'interno dei territori nazionali. La previsione di un numero congruo di delegati si presenta funzionale al raggiungimento dell'obiettivo di evitare che all'accentramento consegua invece che un rafforzamento, una rarefazione e un indebolimento del potere investigativo.

Un sistema razionale, che miri all'efficienza, dovrebbe anche prevedere la scrittura di una geografia giudiziaria endonazionale che assegni circoscrizioni definite ai delegati, che in tal modo diventerebbero dei punti di riferimento individuati in relazione a specifiche aree territoriali.

⁶ Tali autorità si attengono alle istruzioni del procuratore europeo delegato ed eseguono le misure investigative assegnate. Se l'indagine riguarda territori assegnati ad un procuratore delegato *diverso* da quello che segue l'indagine, chi ha avviato l'indagine deve agire in stretta collaborazione con il procuratore delegato del luogo in cui va eseguita la misura investigativa. Si accenna anche al possibile ricorso a squadre investigative comuni

Nel disegno proposto, al delegato oltre al ruolo di coordinamento delle indagini, è affidato l'altrettanto rilevante ruolo di sostenitore dell'accusa di fronte all'autorità nazionale.

Nello svolgimento di questa funzione il delegato incarna una sorta di "cavallo di troia" che introduce nella giurisdizione penale nazionale prove formate nel rispetto di parametri di legittimità esterni, mutuati dalla legislazione processuale presente negli Stati dove vengono raccolte, e che non necessariamente rispondono agli *standard* di garanzia richiesti dalla giurisdizione prescelta come sede processuale (il che non ne pregiudica, come si vedrà, l'ammissibilità: art. 30, v. *infra*).

1.4. La revoca della delega.

Le perplessità sulla compatibilità dell'innesto con il nostro assetto costituzionale aumentano se si focalizza la ampia facoltà di revoca della delega alla attività di indagine esercitabile dal Procuratore capo.

L'art. 18 della proposta di regolamento al § 5 stabilisce che il Procuratore europeo può assegnare il caso (revocando la delega) ad altro procuratore delegato quando ciò sia necessario ai fini *dell'efficienza* dell'indagine sulla base della analisi di fattori "critici" che riguardano: a) la gravità del reato, b) lo *status* del presunto autore, c) la dimensione transfrontaliera dell'indagine, d) la indisponibilità delle autorità investigative nazionali, e) la richiesta delle autorità competenti (quali?) dello Stato membro (in cui si svolge l'indagine, deve ritenersi, in assenza di precise indicazioni).

La revoca della delega non segue, come si vede, alcun criterio razionale e può fondarsi su parametri difficilmente percepibili come obiettivi. Non tranquillizza il riferimento allo *status* dell'indagato, né quello al mancato favore delle autorità nazionali che potrebbero chiedere altro delegato, "gradito".

La mobilità delle assegnazioni rende instabile la competenza del magistrato-delegato che diventa una pedina nella assoluta disponibilità del Procuratore capo.

In conclusione: il regolamento disegna il delegato come un soggetto giurisdizionale "debole" sottoposto non solo alla revoca dell'incarico, ma anche alla (ragionevolmente più semplice) revoca della delega a favore di altro delegato "gradito" o ritenuto idoneo dal Procuratore o dalle autorità nazionali in base agli sfuggenti criteri enucleati dall'art. 18.

Nel nostro sistema, invece, la revoca è prevista solo quando qualcosa non funziona nella "cinghia di trasmissione" delle direttive tra Procuratore e sostituto (art. 2 comma 2 del D.lgs. n. 106 del 2006), e prescindere da qualsiasi impulso esterno. Non è così nella proposta di regolamento, dove i criteri indicati per la revoca delle assegnazioni presentano contenuti non rassicuranti circa l'esercizio di un potere giudiziario diffuso ed indipendente, e valorizzano impulsi "esterni" alla autorità giurisdizionale, del tutto estranei all'assetto costituzionale della magistratura italiana.

Il nodo è ancora una volta quello dell'indipendenza della magistratura europea.

In sintesi: la revoca della delega proposta dal regolamento non risponde a criteri prevedibili e razionali, cede a logiche di gradimento esterno del titolare del

potere d'accusa del tutto estranee al nostro ordinamento e, infine, depauperava il delegato trasformandolo in uno strumento debole nella disponibilità di un Procuratore-monarca, che può revocarlo a piacimento.

1.5. In sintesi: sulla struttura del nuovo organo.

Dalla analisi della proposta di regolamento emergono diversi elementi di frizione che rendono difficoltoso l'innesto del nuovo organo all'interno del nostro sistema giurisdizionale.

Preliminare è la valutazione sulla competenza diffusa ed attrattiva della Procura europea. Diversi potrebbero essere infatti i reati attratti per connessione rispetto alla categoria di competenza esclusiva (ovvero quella reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione: art. 12).

Affidare tale consistente gruppo di indagini (ed i corrispondenti poteri processuali) al Procuratore europeo *distrare* dal sistema interno una fetta significativa di giurisdizione e riscrive (modificandole sensibilmente) le regole che governano le modalità di raccolta della prova e di accertamento della responsabilità creando un "binario processuale europeo" (su cui v. *infra*) non particolarmente garantito.

Ancora: la scelta effettuata dal regolamento presuppone la validazione di un modello di pubblico ministero estraneo al nostro sistema costituzionale.

La Procura europea si presenta come un organo di derivazione governativa, estremamente gerarchizzato, i cui membri sono amovibili su impulso politico⁷. Il nuovo organo è tuttavia dotato di potere giurisdizionale *sostitutivo* rispetto a quello delle procure nazionali, malgrado sia privo delle caratteristiche individuate dal titolo IV della Carta come essenziali per lo svolgimento della funzione giurisdizionale requirente, ovvero l'indipendenza dagli altri poteri e l'inalterabilità.

La designazione di chiara natura politica del Procuratore si "diffonde" ai sostituti e, più ancora, ai delegati che dal Procuratore-monarca dipendono strettamente, essendone legati da un rapporto univoco, non mediato, che induce a prevedere nomine di carattere fiduciario effettuate con logiche paragonative, anch'esse estranee al nostro assetto costituzionale.

Dopo la nomina, peraltro, il delegato riceve, invece, una sorta di "protezione" dal suo inquadramento nell'organigramma della nuova struttura investigativa, dato che può essere revocato dall'incarico di pubblico ministero *nazionale* per iniziativa delle autorità statali competenti "soltanto previo consenso del Procuratore europeo". Il Consiglio superiore della Magistratura vede dunque arginato e condizionato il suo potere di controllo sul magistrato *nazionale* che svolge la funzione di delegato. Punto

⁷ Il Procuratore ed i suoi sostituti si presentano amovibili su istanza politica "diretta" (nel caso del Procuratore che può essere revocato su istanza del Parlamento, del Consiglio o della Commissione) o "derivata" (nel caso dei sostituti, che possono essere revocati su istanza del solo Procuratore), mentre i delegati sarebbero sottoposti al potere di revoca del Procuratore che potrebbe, *ex abrupto*, in modo non procedimentalizzato e garantito, rimuoverli dall'incarico.

questo particolarmente critico, se si tiene presente che il delegato continua a svolgere funzioni giurisdizionali “ordinarie” accanto a quelle speciali connesse al suo inquadramento nell’Ufficio europeo.

Il nostro sistema si connota per la scelta di garantire il massimo livello di indipendenza funzionale delle procure e, malgrado le recenti spinte verso l’accentuazione della gerarchia interna, anche per il fatto di assicurare una sufficiente autonomia decisionale e di giudizio ai sostituti. Questi, non sono “scelti” dal capo e non sono a questo legati da alcun rapporto fiduciario: la dialettica interna alle procure è (ancora oggi) una risorsa che garantisce l’imparzialità delle valutazioni alla base delle scelte relative all’esercizio dell’azione penale.

E’ chiaro che i problemi rilevati sorgono dalla scelta di attribuire concrete e diffuse funzioni *giurisdizionali* al nuovo organo che, si ripete, non *affianca*, ma *sostituisce* la procura nazionale: i magistrati di nomina politica infiltrerebbero il tessuto della giurisdizione nazionale, ma resterebbero di fatto sottratti al controllo dell’organo di governo autonomo per soggiacere alle direttive di una catena di controllo di indubbia matrice politica.

La mancanza di chiarezza sulla posizione “costituzionale” della magistratura requirente europea si coglie anche da alcune contraddizioni presenti all’interno della bozza di regolamento. Da un lato si proclama infatti che il nuovo organo è indipendente (art. 5, § 1) e si precisa che la Procura europea “non sollecita, né accetta, istruzioni da nessuna persona, Stato membro, istituzione, organo o organismo dell’Unione”. Dall’altro però, si prevede un obbligo di rendiconto al potere politico, e si stabilisce che il Procuratore europeo “risponde al Parlamento europeo, al Consiglio ed alla Commissione europea circa le sue attività generali” (art. 5, § 3). Nè sembra che tali “attività generali” possano ritenersi limitate a quelle amministrative, dato che, nel declinare il contenuto della relazione annuale, viene effettuato un espresso riferimento al fatto che deve essere tenuto presente l’obbligo “di segreto e riservatezza”, evidentemente connesso alla attività investigativa (art. 70 della proposta).

Tale “onere di *rendiconto*” implica un onere di *allineamento* alle “richieste” del potere politico, cui la Procura europea deve “rispondere”.

Si tratta di un raccordo tra poteri estraneo all’assetto costituzionale della magistratura italiana, e fonte di accesi dibattiti anche nei paesi che hanno scelto di non recidere il collegamento tra il potere esecutivo e quello giudiziario. Si pensi, solo per fare un esempio al vivo dibattito presente in Francia proprio sul tema dell’indipendenza delle procure dall’Esecutivo (dibattito vivificato dalle sentenze della Corte di Strasburgo che hanno negato al pubblico ministero la qualifica di autorità giurisdizionale principalmente sulla base del suo stretto collegamento con il potere esecutivo⁸).

L’intervento sulla magistratura requirente rappresenta un passo significativo verso la revisione in senso federale dell’ordinamento dell’Unione e richiederebbe una

⁸ Sentenza *Moulin v. Francia*, Corte EDU, 5 sezione, 23 novembre 2010, ma in senso analogo anche la sentenza *Medvedyev e altri v. Francia*, Corte EDU, Grande camera, 29 marzo 2010.

preventiva (ampia) condivisione sul critico tema della posizione della magistratura requirente rispetto agli altri poteri, che dovrebbe riflettersi sulla disciplina del nuovo organo, specialmente in punto di regolazione di nomine e revoche. L'art. 86 del TFUE, invece, tace sull'essenziale profilo dei rapporti dell'organo d'accusa con gli altri poteri, dimostrando un approccio superficiale al tema (assai delicato) della creazione di una magistratura requirente europea, che si vorrebbe (però) visceralmente integrata con i sistemi giurisdizionali degli Stati membri.

2. L'avvio (discrezionale) dell'azione penale europea ed il conflitto con il principio di obbligatorietà dell'azione penale.

2.1. La registrazione delle notizie e la verifica preventiva.

Secondo l'art. 16 della proposta di regolamento i promotori della attività di indagine possono essere il Procuratore europeo o un procuratore delegato.

In capo alle autorità nazionali è previsto un obbligo di informazione immediata nei confronti della Procura europea (ragionevolmente il destinatario della informazione può essere anche il delegato) circa ogni condotta che possa costituire reato di competenza del nuovo organo. I procuratori delegati devono, a loro volta, informare il Procuratore europeo di ogni notizia che sia giunta a loro conoscenza.

Il regolamento prevede che ogni notizia sia "registrata". L'avvio dell'indagine è subordinato tuttavia ad una "verifica preventiva" effettuata dal Procuratore europeo "o" dai delegati circa la necessità dell'approfondimento investigativo.

In seguito a tale verifica il titolare del potere di indagine può anche scegliere di *non* avviare il procedimento. In tal caso è previsto un obbligo di informazione alle autorità nazionali ed a quelle dell'Unione che abbiano riferito la notizia. Se invece la fonte è una persona, la decisione di mancato avvio sarà portata a conoscenza di questa "solo" se sia stata fatta espressa richiesta e se sia ritenuto "opportuno".

Si tratta di una sorta di "archiviazione preventiva", conseguente ad una verifica (in qualche misura) procedimentalizzata, dato che è imposta la annotazione dei motivi che sostengono la decisione di non avviare l'indagine nel sistema automatico di gestione dei fascicoli (art. 15 § 4). Non è prevista, nonostante tale annotazione, alcuna possibilità degli interessati (che possono essere anche gli offesi dal presunto fatto di reato) di attivare un riesame sulla decisione di inazione.

La decisione circa la necessità dell'avvio dell'indagine non sembra rimessa alla volontà esclusiva del Procuratore: l'utilizzo della locuzione "o" induce infatti a ritenere che tale potere sia esercitabile, anche senza consultazioni, dal solo delegato.

Qualora tale norma sottendesse la possibilità di non agire anche nei casi in cui il *fumus* del reato fosse esistente, ci si troverebbe di fronte ad una (subdola) opzione a favore dell'azione penale discrezionale, in urto con il principio di obbligatorietà sancito dalla nostra Costituzione.

Sul principio di obbligatorietà incidono tuttavia anche altre previsioni.

Particolarmente significativo è il riferimento alla (futura) legge di attuazione della direttiva PIF: nei casi in cui i reati indicati dalla direttiva siano individuati come “minori” dalla emananda legge nazionale il Procuratore europeo potrebbe “archiviare” (art. 28, § 2).

Si tratta dell'introduzione della legittimazione dell'inazione in relazione alla gravità del fatto, inedita nel nostro ordinamento, seppur non sconosciuta all'ordinamento convenzionale⁹. La previsione introduce significativi margini di discrezionalità che, ancora una volta, urtano contro il principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione.

Ancora: il rinvio alla legge nazionale di attuazione delle direttiva PIF lascia presagire il verificarsi di vistose disparità di trattamento in relazione alle scelte che saranno effettuate dai vari paesi dell'Unione che, sul punto, potrebbero essere sensibilmente differenti.

Non coerente con i nostri principi costituzionali si presenta anche l'inazione in seguito a “transazione” (prevista dall'art. 29 della proposta regolamentare).

La transazione (o compromesso) si configura come un accordo tra Procuratore ed indagato capace di “sterilizzare” l'azione penale se si “stipula” un patto in ordine al risarcimento del danno ed al pagamento di una somma forfettaria. La scelta di inazione sorretta dalla transazione risulta sottratta espressamente ad ogni controllo giurisdizionale.

L'accordo in questione non pare assimilabile al nostro “patteggiamento”, dato che non conduce ad una pronuncia dichiarativa di responsabilità, per quanto con condizioni favorevoli all'imputato, ma ad una archiviazione, ovvero ad una vera e propria “scelta di inazione”.

L'istituto è sconosciuto al nostro ordinamento, dato che la transazione incide su casi che, per espressa previsione regolamentare *non* dovrebbero essere *archiviati*, ma piuttosto *coltivati* “nell'interesse della buona amministrazione della giustizia”.

L'istituto urta, oltre che contro il principio di obbligatorietà anche contro il principio di uguaglianza, in quanto si presenta diretto ad un pubblico di indagati abbiente, che può permettersi di risarcire il danno e pagare l'obbligazione pecuniaria conseguente all'accordo.

Considerato che l' “aggiustamento” incide sulla azione penale, che verrebbe inibita, risulta improprio il riferimento alla “sanzione” pecuniaria forfettaria che, unitamente al risarcimento del danno, è posta in rapporto sinallagmatico con la decisione di archiviazione: alla scelta di inazione evidentemente non può seguire una conseguenza qualificabile come “sanzione”; ma, tant'è.

⁹ Il 1 giugno 2010 è entrato in vigore il Protocollo 14 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali il cui art. 12 ha modificato il par 3 dell'art. 35 della convenzione . in seguito a tale modifica il testo modificato prevede che “la Corte dichiara irricevibili tutti i ricorsi individuali (...) allorché ritiene (...) che il ricorrente non abbia subito alcun pregiudizio importante salvo che il rispetto dei diritti dell'uomo garantito dalla Convenzione e dai suoi protocolli esiga un esame del ricorso nel merito ed a condizione di non rigettare per questo motivo alcun caso che non sia stato debitamente esaminato da un Tribunale interno”

La previsione della verifica preventiva delle notizia di reato, la espressa previsione della esclusione dall'area dell'esercizio obbligatorio dell'azione penale quando si procede per un reato minore (da individuare) e la transazione che conduce alla archiviazione *de plano*, confliggono con la scelta costituzionale di regolare l'azione penale secondo il principio di obbligatorietà, che protegge l'uguaglianza dei cittadini di fronte ad esercizi arbitrari del potere di repressione penale.

Inutile negare che il principio in questione, nobilissimo, ha patito una severa crisi di effettività connessa alla ingestibilità della moltitudine di fatti ai quali si assegna (maldestramente) rilevanza penale. Il principio è ridotto a nobile simulacro di un ideale di eguaglianza sopraffatto dai "numeri" di una giurisdizione penale elefantica, tutt'altro che residuale (per quanto si registri che la crisi di effettività affligge comunque l'area dei reati "minori")

Alla presa d'atto della carenza di effettività del principio non consegue tuttavia l'elisione dello stesso dall'area dei "principi-struttura" del nostro ordinamento costituzionale dotati di possibile resistenza rispetto ad interventi distonici (e destrutturanti) del legislatore europeo.

Vale la pena di segnalare che le ipotesi di inazione discrezionale o concordata previste dal regolamento configgono anche con previsioni-principio "parallele" del diritto dell'Unione in materia di tutela dell'offeso del reato.

La normativa regolamentare non valorizza affatto i diritti procedurali della (eventuale) persona offesa: a questa non è concesso infatti alcun potere di reazione nel caso in cui il Procuratore si risolva a favore di scelta di inazione in contrasto con le indicazioni della direttiva 2012\29\UE che stabilisce i "diritti minimi" della vittima nel processo penale.

Il contrasto appare particolare netto laddove si regola la verifica preventiva della notizia: mentre la direttiva 2012\29\UE prevede che all'offeso debba essere concessa la facoltà di attivare un riesame della decisione di inazione, la proposta di regolamento non prende in alcun modo in considerazione tale diritto. Anzi: lo stesso risulta svilito e sottoposto a valutazioni arbitrarie, laddove si prevede che la decisione di non avviare l'indagine non debba essere neppure "comunicata" alla persona che ha fornito l'informazione (ovvero all'offeso, ragionevolmente) quando questi non ne abbia fatto richiesta o ciò non sia ritenuto "opportuno" (?).

Nella proposta il diritto dell'offeso alla reazione nei confronti delle scelte di inazione non trova alcuna garanzia anche nel caso in cui si ricorra all'istituto della "transazione".

2.2. La competenza in fase di indagine ed il diritto applicabile.

La individuazione dell'Ufficio competente sembra in prima battuta rimessa ad una sorta di *gentlemen agreement* tra procura nazionale e Procura europea. Alle valutazioni circa la competenza partecipa anche *Eurojust* (art. 13). Se le autorità coinvolte non riescono a sciogliere il "conflitto", il nodo dovrà essere sciolto

dall'autorità nazionale a ciò deputata (art. 13, § 3). Dunque, nel nostro caso la Corte di Cassazione (art. 30 c.p.p.).

L'organo giudicante cui è affidato il compito di dirimere la controversia è quello collegato alla procura nazionale in conflitto: dunque, almeno per tale evenienza, il giudice risulta "precostituito", a differenza dei casi in cui lo stesso è "scelto" sulla base di criteri alternativi (e non progressivi) dal Procuratore (art. 27 della proposta).

La scelta non è indifferente per l'accusato, dato che il "binario processuale europeo", che si staglia sullo sfondo del regolamento, si presenta meno definito di quello nazionale e potrebbe essere decisamente "meno garantito". Ad esempio, la centralizzazione della competenza favorirebbe gli abbienti che potrebbero accedere all'istituto della transazione e "sterilizzare" l'azione penale in assenza di qualsiasi controllo giurisdizionale.

Nel dettaglio: si prevede che qualora l'indagine sia avviata dalla Procura europea e poi "passi" alla Procura nazionale questa può confermare, entro 48 ore dall'incardinamento dell'indagine in sede nazionale, le eventuali misure urgenti disposte dalla Procura europea. Analogamente quando una indagine è avviata in sede nazionale, e poi viene centralizzata, la Procura europea può confermare le misure urgenti disposte dalla autorità nazionale entro 48 ore dall'avvio della "sua" indagine (in questo caso, ovvero nell'ipotesi di passaggio della indagine alla Procura europea su iniziativa della procura nazionale, ci si chiede che spazio ci sia per la delibazione circa la necessità dell'avvio del procedimento, prevista dall'art. 15, § 4).

Una volta centralizzata, l'indagine europea "assorbe" attraverso il criterio della *lex loci* il diritto dello Stato in cui l'indagine si svolge (art. 11, § 3).

La formulazione per quanto generale dovrebbe essere utile anche per individuare il giudice competente per i controlli e le valutazioni sulla inazione e sulla cautela (la geografia giudiziaria endonazionale sulle competenze territoriali degli organi giudicanti deve ritenersi implicitamente richiamata dal criterio della *lex loci*).

Tuttavia il legislatore europeo ha sentito il bisogno di chiarire (art. 26, § 4) che l'autorità giudiziale competente ad autorizzare le misure investigative è quella dello Stato in cui queste "devono essere eseguite" (traduzione non troppo fedele dell'inglese "*carried out*"). Il criterio della *lex loci*, mostra così i primi profili problematici, se si considera che una misura investigativa può essere "disposta" in uno Stato e trovare concreta "attuazione" in un altro¹⁰.

Connessa con l'individuazione delle competenze e dei regimi procedurali applicabili è, infine, la regola individuata dall'art. 32, che stabilisce che "una volta che l'autorità nazionale ha preso atto dell'imputazione" i diritti processuali dell'imputato "si basano sui regimi nazionali applicabili". Sembra trattarsi, ancora una volta, di una specificazione (forse superflua) del criterio della *lex loci*, indicato come principio regolatore dall'art. 11, § 3. Dal momento in cui è sospettato di avere commesso un

¹⁰ Sui profili problematici del criterio A. VENEGONI, [Considerazioni sulla normativa applicabile alle misure investigative intraprese dal pubblico ministero europeo nella prospettiva di regolamento COM \(2013\) 534](#), in *questa Rivista*, 20 novembre 2013.

reato, l'indagato avrebbe invece a disposizione (solo ?) i diritti indicati genericamente dal § 2 dell'art. 35. Non si comprende la ragione di tale precisazione: in verità anche *prima* dell'intervento di un giudice che "prende atto della imputazione" (anche nella sua formulazione fluida precedente all'esercizio dell'azione penale, deve ritenersi) il diritto nazionale risulta "attivo" non solo come regolatore delle indagini, ma anche come conformatore dei diritti dell'indagato (il cui diritto di difesa dipende proprio dalle regole che disciplinano le indagini).

I diritti "nazionali" si applicano all'indagato "fatti salvi i diritti del capo IV": norma che andrebbe interpretata come una clausola di garanzia minima, inderogabile, cui possono essere aggiunte le (eventuali ulteriori) garanzie nazionali (art. 32, § 5).

Malgrado la apparente chiarezza del criterio della *lex loci*, la centralizzazione delle competenze investigative può creare problemi nella identificazione del luogo ove l'indagine si "svolge", se allo "svolgimento" si assegna il significato di "progettazione, direzione o gestione". E' prevedibile che lo "svolgimento" possa essere interpretato invece come "esecuzione". L'opzione sarebbe semplificante, dato che il luogo in cui le misure devono essere materialmente eseguite è di semplice ed immediata individuazione.

Anche tale semplificazione non risolve tuttavia i problemi connessi alla identificazione della autorità competente per le valutazioni in ordine alle archiviazioni o alle richieste di applicazione di misure cautelari. In tali settori, infatti, il riferimento al luogo di esecuzione si presenta inadeguato (si pensi ad una misura cautelare che deve occasionalmente essere eseguita in un paese estraneo allo svolgimento della maggior parte della attività investigativa).

2.3. Il controllo giurisdizionale sulla archiviazione.

Non è chiaro se il Procuratore possa archiviare *de plano* (come avviene in alcuni paesi dell'Unione) o se, sulla proposta di inazione, debba essere esercitato comunque il controllo giurisdizionale. La necessità del controllo sembra potersi ricavare *a contrario* da quanto previsto dal § 4 dell'art. 29 della proposta di regolamento che, nel caso del compromesso giudiziale (o "transazione"), espressamente *non* prevede il controllo giurisdizionale

Qualora si ritenesse possibile archiviare *de plano*, dovrebbe comunque essere prevista una interlocuzione con eventuali offesi, cui dovrebbe essere consentita l'attivazione di un controllo sulla scelta di inazione, in coerenza con le previsioni della direttiva 2012\29\UE.

Se si ritenesse invece necessario il controllo giurisdizionale, riemergerebbe il problema della individuazione della autorità giudicante competente ad effettuare la valutazione sull'inazione. Trattandosi di una competenza preprocessuale, il giudice chiamato a valutare il corretto esercizio del potere di inazione dovrebbe essere individuato con criteri non disponibili. Dovrebbe essere cioè identificato prescindendo dalle "scelte" del Procuratore, che sembrano valorizzate limitatamente ai casi di esercizio dell'azione penale (art. 27, § 4 della proposta). Soccorre il criterio generale

individuato dall'art. 11 "nel luogo in cui si svolge l'indagine o l'azione penale"; criterio non esente, come si è detto, da profili problematici in fase applicativa (v. *supra*, § 2.2.)

3. La "scelta" della giurisdizione ed il conflitto con il principio del giudice naturale.

In modo inedito, il legislatore europeo, che pur dovrebbe avere introiettato una cultura minima dei diritti fondamentali, prevede che la sede del processo sia "scelta" d'intesa tra il Procuratore europeo ed il procuratore delegato. La scelta risulta orientata da una serie di criteri che non sono presentati in rigida *successione* (il che garantirebbe la prevedibilità e la precostituzione del giudice), ma sono proposti come *alternativi* e "disponibili" (art. 27, § 4).

I criteri sono: il luogo del commesso reato, il luogo in cui risiede l'imputato, il luogo in cui è ubicata la prova ed il luogo in cui le vittime hanno la residenza abituale. Nell'estrarre dal cilindro la sede del processo il Procuratore deve tenere conto altresì di imponderabili esigenze di "corretta amministrazione della giustizia" (?).

Il luogo del giudizio può dunque essere individuato sulla base di valutazioni discrezionali conformi ai criteri indicati che non *vincolano*, ma semplicemente *orientano* la scelta.

Si tratta di un disegno normativo in aperto conflitto con il principio del giudice naturale (tutelato dall'art. 25 della nostra Carta costituzionale).

Il diritto ad un giudice precostituito e non scelto "caso per caso" in relazione ad imprevedibili valutazioni dell'organo d'accusa, può ascriversi senza troppi dubbi tra quelli "inalienabili della persona" che, ad oggi, nella comparazione tra proposta regolamentare ed ordinamento costituzionale, riceve da quest'ultimo una innegabile *maggior* tutela.

La previsione di affidare la scelta della giurisdizione all'organo d'accusa si presenta in contraddizione, oltre che con una cultura europea condivisa (e sedimentata) nell'area dei diritti fondamentali processuali, anche con quanto indicato dallo stesso regolamento quando, disciplina la ammissibilità delle prove. Queste possono essere ammesse sulla base di un vaglio di compatibilità con alcuni "macro diritti", ovvero il diritto alla imparzialità del giudice ed il diritto di difesa sancito dagli art. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (art. 30). Senonchè proprio l'art. 47 fa espresso riferimento al diritto ad un "giudice indipendente ed imparziale precostituito per legge".

Dunque la giurisdizione può essere "scelta" dal Procuratore in modo imprevedibile, ma le prove da questi raccolte sono ammesse "solo se" non violano il "macro-diritto" al giudice imparziale, che comprende il sé il diritto al giudice precostituito per legge; diritto negato dall'introduzione della "giurisdizione *a la carte*" proposta dalla bozza di regolamento.

L'affidamento al Procuratore della facoltà di scelta della giurisdizione denuncia (a meno che non si tratti di una svista) l'intenzione di "dominare" attraverso il Procuratore europeo la gestione investigativa e processuale dei procedimenti penali relativi ai reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione.

Tuttavia tale etero-direzione, affidata peraltro ad una parte processuale (l'organo d'accusa), non fa parte delle tradizioni costituzionali degli Stati membri, e del nostro in particolare, che ha introdotto il diritto al giudice naturale nella Parte I della Carta, dedicata ai diritti e ai doveri del cittadino, a sottolinearne rilevanza ed inalienabilità.

La rilevanza del diritto in questione nella architettura del processo europeo proposto dalla bozza, viene in particolare rilievo se ci si sofferma sulla scelta di "diffusione" dei giudizi (malgrado la centralizzazione delle indagini) effettuata dall'art. 86 del TFUE.

Il dato con il quale confrontarsi è infatti quello della diversità delle regole "processuali" all'interno dei vari Stati. Non tutti i paesi aderenti all'Unione hanno infatti optato per una scelta di rito accusatorio nella configurazione ortodossa che vige in Italia (e che trova copertura costituzionale nell'art. 111 della Carta). Non tutti gli Stati hanno, cioè, scelto un rito che prevede una frattura netta tra la fase delle indagini e quella del giudizio, in ossequio ai principi di oralità e del contraddittorio nella formazione della prova come quella costituzionalizzata in Italia.

E' evidente che le sorti dell'accertamento della responsabilità risulterebbero sensibilmente influenzate dalla eventuale possibilità di utilizzare come fonte di prova il materiale investigativo predibattimentale offerta dalle giurisdizioni che quella frattura non prevedono.

La conformazione delle regole del *processo* europeo in relazione al luogo scelto per la sua celebrazione *non* è dunque indifferente per le garanzie connesse al diritto di difesa.

Né il vuoto di tutela connesso alla imprevedibilità della sede processuale può ritenersi colmato dal giudizio di ammissibilità delle prove riversato sul giudice comune.

Ammettere le prove sulla base del giudizio di compatibilità indicato dall'art. 30 della proposta non appare sufficiente per garantire un trattamento processuale omogeneo entro lo spazio giuridico europeo.

Inevitabilmente i giudizi sulla ammissibilità verrebbero influenzati dalla cultura costituzionale del decidente. Da noi, ad esempio, difficilmente supererebbero il vaglio di ammissibilità elementi di prova dichiarativa raccolti in fase investigativa perché il "diritto di difesa" è inteso dal giudice comune italiano come diritto alla formazione della prova in contraddittorio. Diversamente accadrebbe nei paesi che consentono maggiori infiltrazioni nella fase del giudizio di elementi raccolti durante l'indagine.

La insufficienza della conformazione europea del giudizio di ammissibilità a garantire l'omogeneità del trattamento processuale trova implicita conferma anche nella proposta di regolamento, quando si prevede che "l'ammissione al processo delle prove provenienti dalla Procura europea non pregiudica la competenza degli organi giurisdizionali nazionali a valutarle liberamente" (art. 30, § 2): previsione che, rimarcando la piena libertà di valutazione, lascia presagire che, in concreto, alle prove sarà assegnata la valenza dimostrativa tipica dello Stato in cui si è deciso di svolgere il giudizio.

In conclusione: se si insistesse nella scelta di rendere imprevedibile la sede processuale e sommario il giudizio di ammissione delle prove, si creerebbe un binario alternativo per i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione (ed ancillari attratti), che si concretizzerebbe in una vistosa rarefazione del diritto di difesa, connessa alla dispersione delle garanzie tutelate dalla *omogeneità* dei "micro-diritti" procedurali che sviluppano e declinano i "macro-diritti" indicati dagli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, rendendoli immediatamente percepibili dagli attori processuali, fruibili ed, in ultima analisi, effettivi.

4. Le indagini e le prove. Individuazione delle regole applicabili e dei diritti dell'accusato.

4.1. La necessità di regole condivise in materia di raccolta e valutazione della prova.

Sicuramente le sezioni dedicate alle misure investigative ed alla ammissibilità delle prove risultano quelle di maggiore interesse nella prospettiva dell'accrescimento di una cultura comune dei diritti processuali, e nell'ottica della creazione del tessuto connettivo procedurale indispensabile per garantire omogeneità di tutela del diritto di difesa, malgrado l'accentramento della funzione investigativa.

E' innegabile che si tratta di indicazioni che hanno l'ambizione di costruire una base normativa condivisa in materia di regole-minime per la raccolta delle fonti di prova e che offrono un primo abbozzo di declinazione procedurale del "macro-diritto" di difesa dell'accusato europeo indicato dall'art. 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione.

Si tratta di una scelta di compromesso conseguente alla rinuncia di introdurre un corpo sistematico di regole procedurali, ritenuto troppo invasivo.

L'art. 26 disegna un compendio di misure minime cui si aggiungono gli strumenti nazionali, che restano a disposizione della nuova Procura (art. 26, § 2).

La maggior parte dei diritti di offesi e accusati è invece affidato allo strumento della "direttiva" che implica, anche ad attuazione definita, un margine (che può anche essere significativo) di disomogeneità¹¹.

Lo strumento-direttiva si presenta infatti inadeguato ad interpretare la logica "dell'integrazione" che informa la proposta regolamentare (e che sembra avere definitivamente sostituito quella "della cooperazione", fino ad oggi prescelta). Il che trova implicita conferma nella presenza di regole procedurali all'interno del regolamento, chiaro sintomo della percezione, anche da parte del legislatore europeo, della necessaria creazione di un tessuto connettivo di regole e garanzie in fase investigativa¹².

¹¹ Le direttive in questione sono richiamate dall'art. 32, §2 della proposta.

¹² Critico sul punto L. PICOTTI, [Le basi giuridiche per l'introduzione di norme penali comuni relative ai reati oggetto della competenza della Procura europea](#), in *questa Rivista*, 13 novembre 2013. L'autore sostiene che

Tuttavia il reticolo procedurale si presenta a maglie larghe e non garantisce trattamenti realmente omogenei dell'accusato europeo, almeno fino a quando non venga tessuto in modo più fitto, e sia creato un compendio sufficientemente pervasivo di regole procedurali condivise.

In sintesi: alla vistosa accelerazione verso la creazione della Procura centrale non è corrisposta una parallela accelerazione nella omogeneizzazione dei sistemi processuali. Azione che avrebbe dovuto precedere, e non seguire, la scelta di centralizzare l'organo di accusa.

L'"unico spazio giuridico" sul quale la Procura può esercitare la sua competenza (art. 25) si presenta (ad oggi) profondamente disomogeneo quanto alla configurazione degli apparati (e delle garanzie) processuali. Come dimostra costantemente la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo, che negli anni ha evidenziato vistose differenze tra i vari paesi nella declinazione interna dell'art. 6 della Convenzione.

4.2. *Le misure investigative ed il controllo "giurisdizionale".*

Quanto alle misure investigative, il regolamento distingue tra misure soggette alla autorizzazione della "autorità giudiziaria" e misure che ne prescindono. A margine, non può non rilevarsi come il riferimento alla autorità giudiziaria come qualcosa di "altro" dalla Procura segna in modo sensibile la differenza di impostazione culturale che sta alla base della "procura-politica" disegnata dal legislatore europeo rispetto al modello di "procura-giurisdizionale ed indipendente" voluta dal nostro Costituente.

Alcune scelte sono estranee al nostro sistema: sono soggette ad autorizzazione giudiziale la perquisizione, la produzione di documenti bancari, alcune forme di sequestro probatorio (apposizione di sigilli a locali e mezzi di trasporto, "congelamento" del provento e degli strumenti del reato).

Distonica rispetto al nostro sistema è anche la disciplina delle intercettazioni che, sembrano essere consentite solo quando vi sia *già* un indagato destinatario o mittente delle comunicazioni intercettande (art. 26, § 1, lett. e)¹³.

l'area sostanziale dovrebbe essere trattata, al pari di quella processuale con lo strumento regolamentare, sviluppando le potenzialità dell'art. 86, § 2 del TFUE.

¹³ Come evidenziato da A. BALSAMO (*Le regole di procedura della Procura europea tra disciplina delle indagini e formazione della prova*) una simile limitazione, suscettibile di pregiudicare l'esito di moltissime indagini di grande rilevanza, non può in alcun modo desumersi dall'orientamento espresso nella ... sentenza Iordachi ed altri c. Moldavia, che ha semplicemente ravvisato una violazione dell'art. 8 della CEDU nell'ipotesi in cui la normativa interna non definisca con chiarezza le categorie di persone suscettibili di formare oggetto di intercettazioni. Per rispettare tale requisito senza indebolire il contrasto alle forme di criminalità rientranti nell'autonoma competenza penale dell'Unione europea, sarebbe sufficiente includere tra i destinatari della captazione i soggetti che, sulla base di fondati motivi, sono considerati depositari di conoscenze rilevanti sui fatti di reato costituenti oggetto dell'indagine"

La localizzazione dell'indagato, tramite controllo delle telecomunicazioni, è anch'esso sottoposto ad autorizzazione giudiziale (art. 26, § 1, lett. f). Diversamente, le misure "per rintracciare e controllare gli spostamenti di una persona" (anche attraverso l'utilizzo dei sistemi di localizzazione satellitare, deve ritenersi) ne prescindono (art. 26, § 1, lett. p).

Si fa espresso riferimento alla videoregistrazione, non disciplinata dal nostro codice. Quando le videoriprese riguardino luoghi "non aperti al pubblico", ma non "privati" (caso in cui, diversamente che nel nostro sistema, la videosorveglianza *non* è consentita)¹⁴, la captazione è possibile sulla base di un'autorizzazione giudiziale (art. 26, § 1, lett. i). I luoghi in cui la videoripresa deve essere autorizzata sono ragionevolmente gli uffici, gli studi professionali ed ambienti simili. Per attivare tali forme di video sorveglianza non sembra necessario che vi sia, a differenza che nella intercettazione di comunicazioni, un indagato individuato.

Non è richiesta invece la autorizzazione, in modo coerente con quanto prevede il nostro sistema, nel caso in cui si debba procedere alla sorveglianza (anche video si presume) di luoghi pubblici (art. 26, § 1, lett. r).

A prima lettura, non appare chiaro il confine tra i vincoli reali che richiedono l'autorizzazione giudiziale ed i provvedimenti di sequestro probatorio, che invece (stante quanto stabilito dall'art. 26, § 1 lett. m) ne prescindono. Del pari, non è chiaro il

¹⁴ Le videoriprese non trovano, da noi, una regolamentazione codicistica. Di fronte al vuoto normativo, la Corte di cassazione (Cass. Sez. U, Sentenza n. 26795, del 2006, ricorrente Prisco) ha effettuato una operazione di supplenza "scrivendo" le regole di utilizzabilità delle videoriprese, facendo ricorso ai parametri normativi scelti dal legislatore per le intercettazioni e tenendo conto della tutela costituzionale del diritto alla riservatezza, come quella della inviolabilità del domicilio e della segretezza delle comunicazioni (artt. 2, 14 e 15 Cost).

In estrema sintesi:

- le videoriprese in luogo pubblico ed aperto al pubblico *non* necessitano di alcuna autorizzazione giudiziaria; il loro regime di utilizzabilità dibattimentale è quello della prova atipica disciplinata dall'art. 189 c.p.p. (se le riprese sono extraprocedimentali, i risultati sono tuttavia equiparati a "documenti");
- le videoriprese in luogo "pubblico", ma comunque idoneo a garantire una temporanea tutela della riservatezza (es: bagni pubblici, privé) necessitano di un provvedimento di autorizzazione della autorità giudiziaria (giudice o pubblico ministero); il regime di utilizzabilità dibattimentale è quello della prova atipica;
- le videoriprese all'interno del domicilio sono equiparate alle intercettazioni qualora si riferiscano a captazione di *comportamenti comunicativi*, dunque necessitano di un provvedimento autorizzativo del giudice del tutto analogo a quello previsto dagli artt. 266 e ss c.p.p.;
- nel codice non trovano disciplina le captazioni di comportamenti non comunicativi; tali captazioni - che riguardano i comportamenti videoripresi di persone che *non* entrano in relazione con altre - non possono essere assimilabili alla intercettazione, che si riferisce alla registrazione di comunicazioni (via filo o ambientali) che presuppongono una relazione interpersonale; il parametro di tutela cui fare riferimento in caso di captazione-video di comportamenti non comunicativi è quello, costituzionale, della tutela del diritto alla riservatezza e del domicilio e non quello che presidia la segretezza delle comunicazioni. Di recente la Cassazione ha stabilito l'utilizzabilità delle videoriprese di comportamenti non comunicativi tenutisi all'interno di uno studio professionale, in assenza di provvedimento autorizzativo del giudice, in quanto ha ritenuto - in concreto - non leso il diritto alla riservatezza (Cass., sez.3, 7 luglio 2010 n. 37197 C.E.D. Cass. n.. 248563).

discrimine tra la “perquisizione di locali”, che richiede l’autorizzazione, e l’“accesso a locali finalizzata al prelevamento di campioni di beni”, che ne prescinde.

Le misure disciplinate costituiscono gli strumenti *minimi* a disposizione della Procura europea, che può tuttavia avvalersi di strumenti *ulteriori*, se previsti e disciplinati dall’ordinamento dello Stato membro in cui devono essere eseguiti (art. 26, § 2).

Sono previste anche delle norme “di sistema” come la clausola che garantisce il “minor danno” (art. 26, § 3), che indica come legittimo l’utilizzo, tra più strumenti disponibili per ottenere un risultato, di quello meno invasivo (qualora non vi siano “fondati motivi” che sostengano una scelta diversa) e la “clausola di maggior garanzia”, che prevede il necessario adeguamento al livello massimo di garanzia disponibile, laddove l’ordinamento statale preveda la autorizzazione giudiziale ed il regolamento ne prescinda (art. 26, § 5). La clausola in questione sembra dunque impedire la disapplicazione per contrasto qualora il regolamento sia meno “garantista” della legislazione nazionale (si propone una procedura-penale *puzzle*, di critica identificazione e fruibilità).

Per la concessione della autorizzazione giudiziaria si indica il termine di 48 ore (art. 26, § 6).

Tra le misure investigative sono comprese anche le nostre misure cautelari reali. Si prevede infatti che con l’autorizzazione del giudice si possa procedere al congelamento dei beni destinati alla confisca, quando sia prevedibile che essi possano essere dispersi (art. 21, § 1 lett. d).

Altre significative indicazioni provengono dal capo IV della proposta che è dedicata alle “garanzie procedurali”.

Il regolamento effettua un espresso richiamo alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, e fa specifico riferimento (ancora una volta) al diritto ad un giudice imparziale e ai diritti di difesa (art. 32, § 1). Viene poi richiamato l’articolato sistema di diritti facente capo alla direttiva 2010\64\UE sull’interpretazione e la traduzione, al diritto di accesso alla documentazione relativa alla indagine (stabilito nel dettaglio dalla direttiva 2012\13\UE), al diritto di accesso ad un difensore ed al diritto di informare terzi in caso di detenzione (stabilito dalla direttiva 2013\48\UE), nonché al diritto al silenzio ed alla presunzione di innocenza, al diritto al patrocinio a spese dello Stato, al diritto di presentare prove e di chiedere la nomina di esperti e l’audizione di testimoni ¹⁵.

La tecnica normativa è (quantomeno) innovativa: il regolamento assorbe e fa propri diritti individuati da direttive, per loro natura necessitanti dell’adattamento nazionale. L’operazione produce una sorta di “interversione della fonte” e sembra rendere quei diritti di immediata precettività, con conseguente necessità di disapplicazione del diritto nazionale in contrasto.

¹⁵ Sullo sviluppo delle regole processuali di derivazione europea, M. CAGOSI, [Prosegue inarrestabile il percorso verso il rafforzamento dei diritti processuali dei cittadini dell’Unione europea](#), in questa Rivista, 20 dicembre 2013.

Quanto al diritto al silenzio ed alla presunzione di innocenza si stabilisce che l'imputato è considerato innocente fino a che la sua colpevolezza non risulti "provata" sulla base del diritto nazionale (nel nostro sistema per raggiungere tale prova, in via definitiva, è necessario il passaggio in giudicato della sentenza).

Il diritto al patrocinio difensivo statale dipenderà ragionevolmente da soglie di reddito individuate su base nazionale. In tale senso dispone l'art. 11 della direttiva 2013\48\UE sul diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale. Il beneficio dovrebbe tuttavia essere concesso dal giudice investito del processo, o, se di verte ancora nella fase delle indagini, dal giudice competente ad effettuare i controlli procedurali.

Interessante è la declinazione del diritto alle prove previsto dall'art. 35 che istituzionalizza una interlocuzione endoprocedimentale tra indagato e procura "conformemente al diritto nazionale". Si tratta di un rilevante riconoscimento del diritto alla partecipazione dell'indagato alla fase procedimentale che rappresenta la forme più avanzata di applicazione del principio del processo equo, attraverso l'attuazione di un "confronto preprocessuale" con l'accusa.

4.3. *L'ammissibilità delle prove.*

La scelta di centralizzare l'organo di accusa e di affidarsi ad un potere giudiziario diffuso trova il suo punto di maggiore criticità nel regime di ammissibilità delle prove.

Si tratta di rendere "fruibili", di fronte alla autorità giudiziaria nazionale scelta per il giudizio, prove raccolte in assenza di una procedura penale europea strutturata e condivisa.

La scelta regolamentare assegna al giudice una amplissima discrezionalità, irreggimentata solo dalla indicazione che le prove di cui si chiede l'ammissione non abbiano l'idoneità a pregiudicare l'imparzialità del giudice o i diritti della difesa indicata negli art. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione¹⁶.

Mentre l'art. 47 tutela il ricorso ad un giudizio effettivo ed a un giudice imparziale, l'art. 48 garantisce la presunzione di innocenza ed i diritti di difesa (il richiamo è generico e deve ritenersi "riempito" dai contenuti dell'art. 6 della Convenzione EDU, sulla base della clausola di equivalenza prevista dall'art. 52, § 3 della Carta oltre che dal richiamo al principio della massima garanzia disponibile indicato dall'art. 53).

Come già evidenziato, all'interno dell'art. 47 della Carta (dedicato alla descrizione delle caratteristiche del diritto ad un ricorso effettivo ed a un giudice imparziale) si fa espresso riferimento al fatto che deve essere assicurata la risoluzione

¹⁶ Il carico di responsabilità di cui è investito il giudice comune è significativo e presuppone una diffusa competenza alla lettura delle procedure con la lente della tutela dei diritti fondamentali, in coerenza, si ritiene, con le indicazioni provenienti dalla Corte EDU. Sul tema V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, Dike Giuridica, 2012.

in un tempo ragionevole del caso da parte di un giudice indipendente ed imparziale “precostituito per legge”, facendo rientrare nel compendio dei “macro-diritti” eletti a parametro del giudizio di ammissibilità anche il fondamentale diritto al giudice precostituito, in intima contraddizione con quanto previsto dall’art. 27 della proposta.

5. L’esercizio del diritto di difesa nel nuovo sistema: il “binario processuale europeo”.

La scelta di centralizzazione della autorità investigativa, la prevedibile espansione delle competenze in relazione ai reati ancillari, messi in relazione (ed in “reazione”) con la diffusione della giurisdizione e la precarietà dei criteri di individuazione della stessa rendono il sistema di tutela dei diritti fumoso ed instabile.

Le scarse indicazioni procedurali e la instabilità dei parametri legati ai diritti nazionali destrutturano e rarefanno il sistema dei “micro-diritti” processuali, ovvero quelli di stretta procedura (gli accessi agli atti, le citazioni, le forme di documentazione). In ipotesi: un accusato può essere vincolato alle regole procedurali di uno Stato per ciò che concerne una perquisizione (per lui rilevante), sottostare alle regole di un altro Stato per quanto riguarda la cautela; infine soggiacere al rispetto delle regole dello Stato “scelto” dalla Procura per il giudizio.

Nel disordine derivante dalla frammentazione del *corpus* normativo procedurale (che regola i processi ed orienta verso l’accertamento della verità legale) si stagliano, come punti cardinali, i “macro diritti”, ovvero quello all’imparzialità del giudice e quello di difesa.

Sono questi capisaldi (nobili, ma generici) che devono orientare l’autorità giudicante nella valutazione sulla ammissibilità del prove.

Il giudice comune risulta investito di un compito immane: ovvero quello di comporre le differenze tra sistemi procedurali attraverso il confronto dell’elemento di prova con i diritti essenziali, con l’obiettivo, dichiarato (art. 30, § 1) di non disperdere le prove raccolte.

Il paradigma interpretativo cui può riferirsi il giudice comune non può che essere il diritto vivente elaborato dalla Corte di Strasburgo, che si riconferma essere, anche in questo caso, l’architetto dei diritti fondamentali” sottesi all’integrazione, l’organo cui è affidata la tessitura di un sistema valoriale comune costruito non (solo) sulla condivisione di regole, ma (anche) sulla omogeneità del livello, riconosciuto come necessario, di tutela dei diritti fondamentali.

6. Considerazioni di sistema.

La proposta regolamentare appare in netto conflitto con la posizione costituzionale della magistratura requirente ed urta (anche) contro il principio di obbligatorietà dell’azione penale e il principio del giudice naturale.

Si tratta di un intervento che si percepisce come prematuro.

La scelta di introdurre una istituzione requirente *centralizzata*, che ha il potere-dovere di esercitare l'azione penale di fronte ad autorità giurisdizionali *diffuse*, avrebbe richiesto la preventiva armonizzazione delle regole procedurali che governano la formazione della prova durante la fase delle indagini. Intervento complesso che richiede una larga condivisione del livello di garanzia da assegnare ai diritti fondamentali in sede processuale, ed in particolare, al diritto di difesa. Inteso quest'ultimo, non nella dimensione generale ed astratta individuata dall'art. 48 della Carta, ma nella sua concreta declinazione processuale.

La rarefazione delle regole di procedura, che sembra conseguire al sistema processuale proposto dal regolamento, non convince e disorienta.

Il regime di assunzione degli elementi di prova in fase investigativa assorbe in modo camaleontico (e non del tutto prevedibile per l'accusato) le regole procedurali del luogo in cui vengono assunte. Tali elementi sono destinati ad essere riversati nel processo sulla base di generico (e non rassicurante) vaglio di compatibilità con i macro-diritti indicati dagli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali, effettuato dal giudice comune sedente nella sede "scelta" dal Procuratore per il giudizio.

Ne' le lesioni di principi e diritti che emergono possono dirsi "contenute" dalla circoscrizione delle competenze, che si presentano soggette ad imprevedibili dilatazioni connesse alle attrazioni "ancillari". La prospettiva della creazione di un "binario processuale europeo" con meno regole (e meno garanzie) diventa, infatti, particolarmente allarmante se si prende in esame la capacità attrattiva dei reati di competenza esclusiva, e la imprevedibile espansione delle competenze ancillari. Nel nostro paese non è così remota l'ipotesi di attrazione anche di reati molto gravi, come quelli di criminalità organizzata: in tal caso rarefazione di procedure e garanzie potrebbe avere effetti particolarmente eclatanti.

Vale la pena di ricordare, inoltre, che le condotte che ledono gli interessi finanziari dell'Unione non proteggono beni "estranei" all'interesse delle diverse comunità nazionali: la lesione degli interessi finanziari dell'Unione è, infatti un interesse *diretto* dei diversi stati aderenti (oltre che dei cittadini che sono destinatari degli aiuti finanziari proventi dall'Unione). Sicchè la gestione della giurisdizione penale in tale materia non ha ragione di essere *estratta* dal sistema di regole che tutela i diritti nel processo nazionale "ordinario".

Anche il relazione al percorso di individuazione delle competenze l'intervento di istituzione del nuovo organo si presenta precoce.

La scelta di affidare ad una *direttiva* il compito di circoscrivere le competenze e di individuare i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, e di adottare invece il *regolamento* per strutturare l'organo inquirente centralizzato rischia, in concreto, di mettere in campo una potente autovettura senza che sia stata previamente segnata la strada che questa può percorrere.

In sintesi: la scelta di istituire un organo centrale di indagine che si rivolga ad una giurisdizione diffusa non può che presupporre a) la preventiva definizione delle aree di competenza, dunque la chiara individuazione dei reati con indagine centralizzata, con contestuale eliminazione delle pericolose attrazioni ancillari, b) la condivisione delle regole di formazione della prova (almeno nella misura minima), c)

la individuazione di regole di procedura condivise per l'ammissibilità delle prove che facciano riferimento a parametri meno generici di quelli oggi individuati dall'art. 30 della proposta, d) la creazione di una geografia giudiziaria europea che associ ai delegati territori individuati in modo da evitare che all'accentramento consegua la rarefazione dei controlli finalizzati alla repressione degli illeciti, e) la precisazione dei criteri per l'identificazione del giudice deputato ai controlli sulle indagini, alla (eventuale) decisione sulla archiviazione ed alla applicazione delle cautele.

Anche se fossero esistenti i presupposti indicati il sistema patirebbe comunque crisi di omogeneità di tutela derivanti dalla differenza dei sistemi *processuali* tra i paesi aderenti.

Sullo sfondo resta il dubbio sulla efficacia della scelta di accentramento di cui si discute.

Non è detto infatti che centralizzazione sia sinonimo di efficienza: in materia penale la diffusione capillare degli organi deputati alla direzione delle indagini ed il loro raccordo con le polizia agenti sul territorio sono indispensabili per l'efficacia del sistema. Il rischio connesso alla centralizzazione è quello di perdere aderenza con il territorio sia nella fase della acquisizione delle notizie di reato, che in quella di sviluppo delle indagini. Pericolo che andrebbe scongiurato attraverso la creazione di una rete capillare (pervasiva) di procuratori delegati.

Quali i rimedi ?

Forse: non è così scandaloso avanzare dubbi sulla bontà della scelta operata dal Trattato.

Forse: l'alternativa, che renderebbe fruibile con maggiore immediatezza (e meno traumi) un sistema centralizzato di indagine sarebbe quello di concentrare anche i giudizi (e di creare, contestualmente regole processuali *ad hoc*). In tal caso, ferme le regole processuali che sarebbero uguali per tutti, resterebbero da uniformare (solo) le regole sulla formazione della prova, che potrebbe essere raccolta, per ragioni contingenti, nei diversi Stati aderenti.

Forse: non è del tutto peregrina la proposta di intervenire direttamente sull'art. 86 del Trattato e di porre le basi giuridiche per l'istituzione di una "Corte penale europea" sui reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione. L'effetto nei singoli paesi sarebbe quello di estrarre dalla giurisdizione nazionale (solo) alcuni reati che verrebbero attratti dalla competenza esclusiva del nuovo apparato giurisdizionale costituito dalla Procura e dalla Corte. In questo modo il pubblico ministero europeo non eserciterebbe le sue funzioni di fronte ai giudici nazionali ed i critici effetti dell'innesto non si verificherebbero: la cessione di sovranità nell'area della repressione penale risulterebbe compatibile con la posizione costituzionale della magistratura, che non verrebbe intaccata dalla devoluzione di competenze.

Le prove dovrebbero esser raccolte, anche in questa prospettiva, in coerenza con i parametri di legittimità degli Stati dove dovrebbe svilupparsi l'attività investigativa. Su tali parametri dovrebbe essere effettuato perciò un rapido e rigoroso intervento di armonizzazione, che garantisca omogeneità di tutela del diritto di difesa ed un uguale riconoscimento dei diritti degli offesi (potrebbe essere un buon inizio

dare concreta attuazione alle prime direttive emanate in attuazione della *road map* di Stoccolma).

Si tratterebbe della devoluzione alla giurisdizione penale europea (autonoma da quelle nazionali) di una competenza limitata, che avrebbe un impatto “dolce” sugli ordinamenti nazionali, in quanto richiederebbe solo una accelerazione in materia di armonizzazione delle regole di formazione della prova e di diritti dell'accusato e dell'offeso nel corso delle indagini preliminari.

E' chiaro che una scelta di genere sarebbe plausibile solo se l'area delle competenze devolute restasse circoscritta, con implicita rinuncia al progetto di estensione indicato dall'art 86, § 4 del TFUE.

7. Se nulla cambia: predizioni e proposte partendo dal “caso Melloni”.

E' innegabile che un intervento sull'area della giurisdizione penale incisivo come quello proposto spinge l'Unione verso forme di integrazione parafederale, lasciando intravedere l'abbandono di politiche che valorizzano (solo) la cooperazione¹⁷.

Da più parti si sono tuttavia levate voci tendenti ad indurre una correzione del percorso intrapreso. Esemplificativa dell'atteggiamento della Commissione è la determinazione che emerge dalla Comunicazione COM (2013) *final* con la quale sono stati respinti i dubbi in ordine alla lesione del principio di sussidiarietà sollevati da quattordici assemblee parlamentari nazionali e si è scelto di mantenere inalterata la proposta regolamentare¹⁸.

Se nulla dovesse cambiare (e il contenuto della Comunicazione questo lascia presagire) occorre individuare delle misure sia per reagire al conflitto tra la struttura del nuovo organo d'accusa e il nostro assetto costituzionale, sia per difendere il rispetto di alcuni “principi-struttura” del nostro sistema giurisdizionale, come quello di obbligatorietà dell'azione penale e quello del giudice naturale precostituito per legge.

La posizione costituzionale della magistratura requirente rispetto agli altri poteri ed i principi-cardine sopra evidenziati hanno l'idoneità a configurarsi come principi “supercostituzionali”, *grundnormen* strutturanti l'assetto costituzionale dello Stato utili ad identificare quei “controlimiti” ereditati dalla Consulta a difesa (per ora solo teorica) di una integrazione europea che arrivi a minacciare la tenuta delle fondamentali costituzionali dello Stato.

L'invocazione dei controlimiti dovrebbe comunque produrre una reazione “dolce”: l'intervento non dovrebbe investire il tema (politico peraltro) della partecipazione del nostro Stato all'Unione, ma essere limitato alla richiesta di dichiarazione di incostituzionalità della legge di esecuzione del TFUE, “nella parte in

¹⁷ Su cui R. SICURELLA, [Il diritto penale applicabile dalla Procura europea: diritto penale sovranazionale o diritto nazionale “armonizzato”? le questioni in gioco](#), in questa Rivista, 17 dicembre 2013.

¹⁸ [La comunicazione, unitamente alla presentazione di F. VIGANÒ](#), è pubblicata in questa Rivista, 17 dicembre 2013.

cui” consente l’introduzione di norme regolamentari lesive dei “principi-struttura” del nostro assetto costituzionale¹⁹.

Si tratterebbe cioè di un intervento “chirurgico”, del quale si continua a sperare che non vi sia la necessità, ma che la gravità della perturbazione costituzionale che potrebbe essere innescata dalla emanazione del regolamento nella sua configurazione attuale impone di prendere in seria considerazione.

Del resto, l’estensione delle competenze regolamentari dell’Unione all’area penale involge naturalmente la possibilità di un conflitto come quello che si sta delineando²⁰.

Il che non deve essere considerato “scandaloso” o “dirompente”, ma fisiologico. E richiede l’approntamento di mezzi di contrasto che non siano “distruttivi” dell’ordinamento dell’Unione, ma che (anzi) sollecitino la crescita di una cultura comune della giurisdizione e dei diritti processuali fondata sulla valorizzazione del dialogo tra Corti supreme.

Cautela imporrebbe di percorrere la via del rinvio pregiudiziale prima di adire la Consulta. Strada che potrebbe condurre ad un interessante confronto con la Corte di giustizia sia sul tema della posizione della magistratura requirente rispetto al potere politico, sia sulla questione della maggior tutela dei diritti fondamentali offerta dal nostro sistema con riguardo, principalmente, al diritto di difesa.

Che un cambio di passo possa essere indotto dalla Corte di Lussemburgo appare tuttavia assai improbabile.

Lo si induce, senza troppi dubbi, dalla posizione assunta dalla Corte nel caso “Melloni”²¹, quando i giudici europei, nell’interpretare la portata dell’art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione, e nell’effettuare (di fatto) il bilanciamento tra l’interesse alla cooperazione giudiziaria e la maggior tutela del diritto di difesa offerta da una Costituzione nazionale (rispetto al grado di garanzia offerto dalla decisione quadro oggetto del rinvio pregiudiziale), hanno privilegiato il primo²².

¹⁹ Su cui, tra gli altri U. VILLANI, *I controlimiti nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano*, in europeanrights.eu; M. BIGNAMI, *I controlimiti nelle mani dei giudici comuni*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 16 ottobre 2012; A. RUGGERI, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei controlimiti e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in forumcostituzionale.it.

²⁰ Come segnalato da J. PATRONE ([La dimensione costituzionale del diritto penale dell’UE dopo il Trattato di Lisbona](#), in *questa Rivista*, 12 novembre 2013) “oggi esiste un diritto penale dell’Unione, sostanziale e processuale, creato direttamente dalla legislazione euro unitaria, avente effetto diretto negli ordinamenti nazionali ... e la cui trasposizione è coercibile”.

²¹ Su cui, tra gli altri, M. IACOMETTI, *Il caso Melloni e l’interpretazione dell’art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea tra Corte di giustizia e Tribunale costituzionale spagnolo*, in *AIC*, associazionedeicostituzionalisti.it, ottobre 2013; A. RUGGERI, *La Corte di giustizia, il primato incondizionato del diritto dell’Unione e il suo mancato bilanciamento col valore della salvaguardia dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali nel loro fare sistema (nota minima a Corte giust, Grande sez., 26 febbraio 2013, in causa C-399/11 Melloni c. Ministero Fiscal, in diritticomparati.it, 2 aprile 2013; v. anche R. CONTI, *Da giudice (nazionale) a Giudice (europeo unitario). A cuore aperto dopo il caso Melloni*, in diritticomparati.it, 5 aprile 2013.*

²² Al punto 60 della decisione si legge che “è vero che lì articolo 53 della Carta conferma che, quando un atto di diritto dell’Unione richiede misure nazionali di attuazione, resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione

Tra le righe della pronuncia si coglie chiaramente il cedimento del diritto di difesa nella sua configurazione più garantita (offerta nel caso di specie dalla Costituzione spagnola) di fronte all'interesse alla "cooperazione" ("integrazione" si direbbe oggi).

Ma quel che più rileva è la dichiarata pretesa della Corte di assegnare all'Unione il compito di comporre le disomogeneità di tutela dei diritti fondamentali (riconosciute come) esistenti negli Stati membri attraverso interventi normativi di "mediazione" che offrono un livello di tutela frutto del consenso tra gli Stati aderenti, non necessariamente assestato sul livello massimo disponibile, ma "condiviso"; e capace di garantire l'accrescimento della fiducia reciproca e l'efficacia della cooperazione giudiziaria tra i paesi membri²³. Che è un modo per ridimensionare (se non annullare) la clausola di rispetto della maggior tutela dei diritti fondamentali contenuta nell'art. 53 della Carta. E di fornire una interpretazione quantomeno restrittiva dell'obbligo di rispetto della identità nazionale e costituzionale degli Stati aderenti prevista dall'art. 4, § 2 del TUE.

Ancora: la Corte oltre a proporre come sostanzialmente obbligatorio il grado di tutela del diritto fondamentale riversato negli atti normativi dell'Unione su cui si è formato il consenso dei paesi aderenti (benché inferiore a quello tutelato dalle costituzioni nazionali), si inoltra nella valutazione della "consistenza" del diritto fondamentale posto alla sua attenzione, nel caso di specie il diritto al processo equo ed alla presenza effettiva dell'accusato. La Corte evidenzia che il diritto alla partecipazione effettiva dell'imputato al processo non è "assoluto", ma "rinunciabile": argomento che viene utilizzato per confermare la validità della norma della decisione quadro contestata rispetto al diritto dell'Unione ed, in particolare, agli artt. 47 e 48 della Carta.

Tale affondo analitico sulla consistenza del diritto, unitamente alla ipervalorizzazione del valore della normazione europea come strumento di mediazione nella individuazione di un livello condiviso di tutela dei diritti, predice un atteggiamento difensivo della struttura del regolamento istitutivo della Procura europea.

Non sorprenderebbe, ad esempio un approccio interpretativo che arrivasse a negare la natura di "principio-struttura" del diritto di difesa, come scolpito dall'art. 111 della nostra Carta costituzionale. Il diritto di difesa non riceve infatti un livello di tutela omogeneo dai vari paesi aderenti all'Unione, sicché si presta alla operazione di

non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione" (CGUE, Grande sezione, 26 febbraio 2013, causa C-399/11).

²³ E' quanto si coglie dal punto 62 della decisione, dove si afferma che "la decisione quadro procede ad una armonizzazione delle condizioni di esecuzione di un mandato di arresto europeo in caso di condanna *in absentia*, che riflette il consenso raggiunto dagli stati membri nel loro insieme a proposito della portata da attribuire, secondo il diritto dell'Unione ai diritti processuali di cui godono le persone condannate *in absentia* raggiunte da un mandato di arresto europeo" (CGUE, Grande sezione, 26 febbraio 2013, causa C-399/11).

mediazione normativa operata nel caso “Melloni”. Un tale percorso interpretativo potrebbe condurre a negare al diritto in questione la stessa natura di “contro limite”, ovvero di elemento costitutivo dell’“identità nazionale” insita nella “struttura fondamentale politica e costituzionale” degli Stati membri che, la stessa Unione all’art. 4, § 2 del TUE si impegna a rispettare.

Oltre tuttavia, nella difesa del “primato dell’ Unione” non sembra si possa andare, neanche portando alle estreme conseguenze i percorsi interpretativi ultraprotettivi tracciati dalla Corte di Lussemburgo nel caso “Melloni”.

In particolare, non si vede come si possa ritenere non strutturante l’identità costituzionale dello Stato la scelta relativa alla posizione della magistratura requirente rispetto al potere politico. Né come si possa negare la valenza di “principio-struttura” del diritto al giudice naturale.

La infiltrazione nel tessuto giurisdizionale nazionale di una magistratura requirente dipendente dal potere politico e la rinuncia alla garanzia del giudice precostituito per legge individuano due macroscopici punti di frizione tra il quadro normativo indicato dalla proposta regolamentare ed l’assetto costituzionale nazionale, che legittimano la previsione di un possibile ricorso effettivo alla teoria dei “controlimiti”.

Il che, si ripete, non deve essere vissuto come un dramma o una crisi irreversibile del processo di integrazione. La materia dei diritti fondamentali è infatti il terreno su quale edificare la casa comune europea, ma richiede un alto grado di condivisione, che può essere ottenuto solo attraverso il dialogo tra Corti supreme (le Corti costituzionali nazionali e quella di Lussemburgo), che tenga ovviamente conto anche delle decisioni della Corte di Strasburgo, attenta osservatrice dei diritti sia nella dimensione normativa, che in quella “percepita” dalla comunità dei paesi aderenti alla Convenzione.