

CULTURA PENALE E SPIRITO EUROPEO

ETTORE SQUILLACI

In margine alla proposta di istituzione della Procura europea per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Lo statuto della Procura europea. – 3. I poteri relativi alle indagini e all'esercizio dell'azione penale. – 4. Le garanzie difensive. – 5. Conclusioni.

1. Considerazioni introduttive

Il 17 luglio scorso, al termine di un *iter* molto travagliato e complesso, è stata avanzata la proposta di regolamento per l'istituzione della Procura europea, espressamente finalizzata a definirne le competenze ed a stabilire le regole procedurali applicabili nell'esercizio delle sue funzioni¹.

Si tratta di una iniziativa volta ad assicurare una più efficace azione di contrasto ai reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, nell'acquisita consapevolezza che una risposta repressiva davvero incisiva non può essere più lasciata alle diseguali decisioni dei singoli Stati membri, ma deve essere coordinata e promossa a livello sovranazionale, superando gli ormai inadeguati strumenti classici di mutua assistenza giudiziaria. Ciò non soltanto in ragione del fatto che gli organismi dell'Unione risultano tuttora privi di effettivi poteri di indagine ed esercizio dell'azione penale, ma anche a causa delle notevoli diversità tra i singoli ordinamenti giuridici nazionali.

In questa prospettiva, non si è mancato di sottolineare come enti quali Eurojust, Europol e l'Ufficio europeo per la lotta antifrode (OLAF) si siano dimostrati ad oggi incapaci di combattere in modo realmente efficace i reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione. Infatti, Eurojust ed Europol hanno soltanto il compito di agevolare lo scambio di informazioni e coordinare le indagini e le azioni penali nazionali, senza però poterle svolgere, mentre l'OLAF è istituzionalmente preposto ad indagare sulle frodi e sulle altre attività illecite lesive degli interessi finanziari dell'Unione, ma le sue competenze sono limitate alle sole indagini amministrative².

¹ Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea, 17 luglio 2013, COM (2013) 534 def. Sul tema, da ultimo, ALESCI, *La Procura Europea per i reati lesivi di interessi finanziari: la proposta di regolamento tra luci ed ombre*, in www.archiviopenale.it.

² ALLEGREZZA, *Verso una Procura europea per tutelare gli interessi finanziari dell'Unione. Idee di ieri, chances di oggi, prospettive di domani*, in www.penalecontemporaneo.it, 4.

L'istituzione della Procura europea sembra quindi costituire il primo passo verso una più intensa armonizzazione dei sistemi giuridici nazionali, indispensabile al fine di evitare che l'eventuale insufficiente repressione penale da parte di un singolo Stato possa arrecare danno all'Unione o agli altri Stati membri e creare distorsioni sul mercato delle merci e dei capitali.

D'altronde, in virtù del principio di sussidiarietà, l'obiettivo di combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione può essere efficacemente perseguito soltanto a livello sovranazionale. Fermo restando, comunque, che il correlato principio di proporzionalità impone all'Unione di incidere sugli ordinamenti giuridici e sulle strutture istituzionali degli Stati membri nella misura più contenuta e meno invasiva possibile³.

Non è un caso che la proposta di regolamento in esame costituisca l'ultima tappa di un più ampio percorso politico e legislativo, avviato già verso la fine degli anni novanta con la presentazione di uno studio – il cd. *Corpus Juris* – sulla tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione⁴. Studio, questo, nel quale per la prima volta si avanzò la proposta di creare un Pubblico Ministero europeo quale organo di protezione degli interessi finanziari dell'Unione, conferendogli il potere di indagare su tutto il territorio continentale e di esercitare l'azione penale dinanzi al Tribunale di una giurisdizione nazionale prescelta.

A seguito di quell'innovativo progetto scientifico, poi confluito nel cd. *Libro verde sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una Procura Europea*, la previsione di una figura inquirente a livello europeo ha trovato la sua piena concretizzazione giuridica nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), il cui art. 86 par. 1 prevede la possibilità di istituire una Procura europea «a partire da Eurojust», proprio allo scopo di contrastare quei reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione e, quindi, denotano una spiccata dimensione transfrontaliera⁵.

³ Sui principi di sussidiarietà e proporzionalità, nel più ampio quadro dei possibili modelli di intervento del diritto penale "europeo", DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 141 ss.

⁴ DELMAS MARTY, *Corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, Parigi, Economica, 1997, trad. it. a cura di SICURELLA, in GRASSO, *Verso uno spazio giudiziario europeo*, Milano, 1997. A tale prima formulazione ha fatto seguito una seconda, presentata a Firenze nel 1999 ed edita nel 2000, pubblicata a cura di DELMAS MARTY, VERVAELE, *The implementation of the Corpus Juris in the Member State*, Antwerpen, 2000.

⁵ Poiché il Trattato esige che la Procura europea sia istituita «a partire da Eurojust», la proposta di regolamento segnala la necessità «che i due organismi coesistano, cooperino e si completino sotto il profilo organico, operativo e amministrativo». Cfr. "considerando" n. 40.

Venendo ora alla proposta di regolamento, occorre innanzitutto notare come il modello lì delineato si basi su una scissione tra azione penale e giurisdizione, nel senso che la prima è affidata al Procuratore europeo, laddove la seconda resta invece nelle mani dei giudici nazionali.

Senonché è del tutto evidente che le regole investigative incideranno sulla successiva fase processuale, soprattutto in ordine alla disciplina degli elementi di prova raccolti nel corso delle indagini preliminari. Ecco perché il testo in esame prevede la creazione di regole comuni sull'ammissibilità delle prove nel processo, onde assicurare – per come è stato opportunamente notato – una «*adeguata cerniera fra le indagini e il dibattimento*»⁶. Infatti, ancorché l'accertamento della responsabilità penale resti affidato alle singole giurisdizioni nazionali, si rende pur sempre necessario un nucleo di regole probatorie comuni, anche per permettere al Pubblico Ministero europeo di articolare la propria indagine in vista del successivo processo. Ciò tra l'altro senza dimenticare che l'istituzione della Procura europea richiede, ancor prima, un grado di unificazione – seppur settoriale – del diritto penale sostanziale quanto meno corrispondente a quello che si stabilisce sul piano processuale⁷.

2. Lo statuto della Procura europea

L'economia del presente lavoro non consente di analizzare l'intero contenuto della proposta di regolamento, di per sé particolarmente ampio e complesso, sicché ci si limiterà ad offrire un quadro generale delle sue caratteristiche principali, riportando di seguito solo alcune delle maggiori perplessità suscitate dal testo in esame.

Conviene anticipare sin da subito che si tratta di perplessità causate, non solo dalla grave indeterminatezza della tecnica redazionale prescelta, ma anche dall'assenza di una *micro-codificazione* di diritto penale sostanziale e processuale, da coordinare e completare con i singoli ordinamenti giuridici nazionali. Tra l'altro, pur segnalando la necessità di stabilire «*le regole procedurali applicabili alle attività della Procura europea*», la proposta si limita soltanto ad elencare le misure investigative che quest'ultima potrà adottare nello svolgi-

Secondo SICURELLA, *Il diritto penale applicabile dalla Procura europea: diritto penale sovranazionale o diritto penale 'armonizzato'? Le questioni in gioco*, in www.penalecontemporaneo.it, 4, il fatto che la Procura europea debba essere istituita «*a partire da Eurojust*» confermerebbe la natura giurisdizionale – non meramente amministrativa – dell'organo in questione.

⁶ ALLEGREZZA, *Verso una Procura europea*, cit., 3.

⁷ PICOTTI, *Le basi giuridiche per l'introduzione di norme penali comuni relative ai reati oggetto della competenza della Procura europea*, in www.penalecontemporaneo.it, 29 ss.

mento delle sue funzioni, *«lasciando le altre questioni, in particolare le norme per la loro esecuzione, alla disciplina nazionale»*⁸.

Soffermando innanzitutto la nostra attenzione sul capo II, dedicato allo “statuto” della istituenda Procura europea, occorre notare come la stessa dovrà essere composta da un ufficio centrale, al quale faranno capo il Pubblico Ministero europeo e quattro sostituti ai quali si aggiungeranno anche i Procuratori delegati, dislocati nelle varie parti del territorio europeo, nel numero di almeno uno per ogni Stato membro (art. 6, par. 5).

Ciò premesso, viene in particolare considerazione l’art. 8, intitolato *«nomina e revoca del Procuratore europeo»*. La norma alimenta il rischio di un meccanismo di nomina incapace di garantire il principio di meritocrazia già a monte, ossia nella parte in cui non stabilisce alcun criterio realmente selettivo, attraverso il quale poter predeterminare i soggetti legittimati a comporre la rosa dei candidati che la Commissione deve presentare al Parlamento e al Consiglio.

Esattamente al contrario, l’importanza delle funzioni attribuite e la necessità che il futuro Procuratore europeo manifesti una spiccata competenza di tipo investigativo, avrebbero dovuto suggerire l’individuazione di taluni parametri, non soltanto funzionali a garantirne la necessaria professionalità, ma anche utili per limitare le domande, rendendo più agevole l’intera procedura di selezione⁹.

Né l’assenza di questi parametri può ritenersi colmata dalla previsione di un parere richiesto dalla Commissione ad un Comitato da essa stessa istituito e composto *«da sette personalità scelte tra ex membri della Corte di Giustizia, membri dei massimi organi giurisdizionali nazionali, membri delle Procure nazionali e/o giuristi di notoria competenza, uno dei quali è proposto dal Parlamento europeo, nonché dal Presidente di Eurojust in qualità di osservatore»*¹⁰. È facile comprendere come il Comitato si limiti a formulare un parere che, nel silenzio della norma, non sembrerebbe nemmeno vincolante.

Tra l’altro, la disposizione segnala gli ambiti all’interno dei quali devono esse-

⁸ Ciò in quanto *«sarebbe sproporzionato disporre nel dettaglio in materia di svolgimento delle indagini e dell’azione penale»*. Cfr. “considerando” n. 19.

⁹ Invece il par. 2 si limita soltanto a prevedere che *«il procuratore europeo è scelto tra personalità che offrano tutte le garanzie di indipendenza e riuniscano le condizioni richieste per l’esercizio delle alte funzioni giurisdizionali e che posseggano una grande esperienza in materia di azione penale»*. Tale modalità di selezione, peraltro, è identica a quella prevista dal par. 2 dell’art. 9 in relazione ai sostituti del Procuratore europeo, nonché dal par. 2 del successivo art. 10 in relazione ai Procuratori europei delegati.

¹⁰ Cfr. parte finale del par. 3 dell’art. 8.

re ricercate le personalità che comporranno il Comitato, ma non i criteri che devono guidare la scelta. Il rischio è che il Procuratore europeo possa essere selezionato in maniera troppo discrezionale e, di fatto, sottratta ad ogni serio controllo.

Ma anche a prescindere da queste ultime considerazioni, suscita perplessità ancora maggiori la scelta di affidare la nomina del Procuratore europeo al Parlamento e al Consiglio, dal momento che ciò alimenta il pericolo di una interferenza dei rappresentanti politici degli Stati membri nelle funzioni della pubblica accusa. Il tutto, peraltro, in contrasto con il principio di indipendenza del Procuratore europeo espressamente sancito dall'art. 5 par. 1 della proposta di regolamento¹¹.

Quanto, poi, all'istituto della revoca, viene in rilievo il par. 4 dell'art. 8 che stabilisce, tra l'altro, che il Procuratore europeo può essere revocato da parte della Corte di Giustizia dell'Unione europea, su richiesta del Parlamento, del Consiglio o della Commissione¹², allorquando abbia commesso una «*colpa grave*». Espressione, questa, replicata anche nei successivi artt. 9 e 10, rispettivamente relativi alla revoca dei sostituti del Procuratore europeo (par. 4) e dei Procuratori europei delegati (par. 3), ma del tutto atecnica, dato che la commissione dovrebbe semmai riguardare un «fatto» commesso con colpa grave. Peraltro, l'omesso riferimento al «fatto» implica pure il rischio di un'eccessiva soggettivizzazione della responsabilità.

L'imprecisione del linguaggio, ma soprattutto la sua genericità e il suo uso improprio e non corrispondente alla più consolidata tradizione giuridica, costituiscono, come meglio vedremo in seguito, uno dei difetti più frequenti del testo in commento.

Si deve sin da subito precisare che queste considerazioni non rivestono una portata esclusivamente formale, dato che si rifletteranno, nel caso di adozione del regolamento, sulla sua stessa applicazione, generando prevedibili contrasti ed incertezze interpretative. Peraltro, osservazioni analoghe valgono ad esempio anche in relazione all'art. 11 par. 3 e 6, così come all'art. 13 par. 1, là dove si utilizza il verbo «*svolgere*» (o il sostantivo «*svolgimento*») con riferimento all'oggetto costituito dall'azione penale.

Ma l'appena richiamato par. 6 dell'art. 11 contiene un'espressione non meno imprecisa anche nella parte in cui prevede che la Procura europea debba av-

¹¹ Per questi rilievi, ALESCI, *La Procura europea*, cit., 9.

¹² Il che ripropone, sia pure con il temperamento costituito dall'attribuzione del potere decisionale in materia alla Corte di Giustizia, quegli stessi problemi di interferenza «politica» sull'azione dell'organo di accusa dei quali si è appena detto in relazione all'istituto della nomina del Procuratore europeo.

viare le indagini «*senza indebito ritardo*», così prefigurando, non solo la possibilità, ma anche la piena legittimità di indagini compiute con ritardo, purché non «*indebito*».

Quanto poi all'art. 13 par. 1, rubricato «*competenza accessoria*», si afferma il principio secondo il quale *i reati indissolubilmente collegati* a quelli di cui all'art. 12, cioè quelli che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, sono di competenza della Procura europea¹³.

Ora, a parte talune evidenti obiezioni di natura formale, non si capisce se l'espressione *indissolubilmente collegati* concerna il versante processuale della connessione ex art. 12 c.p.p. o quello sostanziale di cui all'art. 110 c.p.

Fermo restando che non consente di comprendere nemmeno l'esatta estensione della classe di reati ai quali il regolamento intenda riferirsi¹⁴. Tra l'altro, a questo presupposto sembra se ne debba aggiungere uno ulteriore, costituito dalla necessità che la competenza della Procura europea risulti conforme all'interesse della «*buona amministrazione della giustizia*». Conclusione, questa, resa palese dall'uso della congiunzione «e» che accomuna i due presupposti condizionanti la competenza del Procuratore europeo.

Pertanto, accanto all'indeterminato parametro del *collegamento indissolubile*, si porrebbe quello ben più indecifrabile di una competenza accessoria che implica l'interesse della *buona amministrazione della giustizia*. Ognuno comprende come, sul delicatissimo nodo della competenza accessoria e, quindi, dei conflitti positivi o negativi tra la Procura europea e le diverse Procure nazionali rispetto ai quali si renderebbero necessarie disposizioni chiare e meccanismi in grado di ridurre al minimo i prevedibili futuri contrasti, la proposta di regolamento si esponga ad un evidente *deficit* di determinatezza. *Deficit* ancora più grave se si considera che l'art. 13 è uno strumento finalizzato a dilatare la competenza del Procuratore europeo e che, proprio per questo motivo, necessiterebbe di disposizioni prive di ogni ambiguità.

Ma non basta, poiché l'oscurità del testo e la sua imprecisione crescono addirittura allorché si specifica che tutto ciò debba avvenire a condizione che i reati di cui all'art. 12 siano «*prevalenti*» e gli altri reati, ossia quelli attivanti la

¹³ L'appena citato art. 12 definisce l'ambito di competenza della Procura europea, operando un rinvio alla proposta di direttiva sulla protezione penale degli interessi finanziari (c.d. direttiva PIF) «*quale attuata dal diritto nazionale*» e quindi, in definitiva, facendo riferimento alla normativa nazionale di attuazione di un simile testo. Sul punto, SICURELLA, *Il diritto penale applicabile dalla Procura europea*, cit., 15. Sulla proposta di direttiva c.d. PIF, PICOTTI, *Le basi giuridiche per l'introduzione di norme penali*, cit., 9 ss.

¹⁴ Verrebbe infatti da chiedersi, ad esempio, se i reati «*indissolubilmente collegati*» possano essere i reati associativi.

competenza accessoria, si basino su «*fatti identici*». Laddove risulta ben difficile comprendere quale sia l'unità di misura alla luce della quale stimare la prevalenza o meno dell'una categoria di reati sull'altra, ma soprattutto cosa si debba intendere per «*fatti identici*». In particolare, se il concetto di «fatto» sia riferibile a ciò che è stato accertato, ovvero rispetto a quali altri fatti si debba apprezzare il presupposto della identità, apparendo ben difficile che le fattispecie legali astratte, ma anche quelle concrete dei reati cd. accessori possano risultare identiche tra di loro, nonché identiche rispetto a quelle dei reati di cui all'art. 12.

Ad alimentare le incertezze interpretative contribuisce poi anche la parte finale del par. 1 dell'art. 13, a mente del quale l'assenza delle condizioni sopra descritte, legittimanti la competenza del Procuratore europeo, farebbe scattare la competenza delle Procure nazionali, non solo in relazione ai reati accessori, ma anche in ordine ai reati di cui al precedente art. 12. Ossia proprio quei reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, rispetto ai quali però l'art. 11 par. 4 espressamente conferisce alla Procura europea una «*competenza esclusiva*».

Infine, il par. 3 prevede che in caso di «*disaccordo*» – termine, questo, che si pone nel solco della critica di imprecisione sopra delineata – tra la Procura europea e le Procure nazionali quanto alla competenza accessoria, la decisione spetta all'autorità giudiziaria interna e non è suscettibile di impugnazione dinanzi ad una giurisdizione europea superiore.

Anche l'art. 14 si caratterizza per problemi di natura formale. In particolare, nel delineare la competenza della Procura europea si fa riferimento ai reati di cui agli artt. 12 e 13 che siano commessi, «*in tutto o in parte*», «*sul territorio di uno o più Stati membri*», oppure «*da un loro cittadino, da un membro del personale dell'Unione o da un membro delle istituzioni*». La norma denota un vistoso *deficit* di chiarezza, giacché pone sullo stesso piano i reati di cui agli artt. 12 e 13 – se commessi sul territorio dell'Unione – e quelli comunque commessi da un cittadino di questa. Il che sembrerebbe evocare, con carattere di assoluta equivalenza, tanto il criterio del territorio, quanto quello dell'autore¹⁵.

A parte l'uso dell'avversativa «*oppure*» all'interno della lett. a), che desta evidenti perplessità in chiunque, vi è da osservare che l'espressione *reati commessi in tutto o in parte*, che compare anche nel nostro codice penale all'art. 6, è compatibile soltanto con i criteri determinativi della competenza per ter-

¹⁵ In generale, sui criteri di applicazione della legge penale nello spazio, PAGLIARO, voce *Legge penale nello spazio*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano, 1973, pp. 1054 ss.

ritorio – quindi con la lett. a) – non anche con quelli di natura soltanto soggettiva contenuti nella lett. b). Laddove l'uso dei due punti, a seguito dei quali sono dettate le lett. a) e b), rende l'espressione in oggetto riferibile ad entrambi i criteri concernenti la determinazione della competenza e del suo esercizio.

A ciò si aggiunga che l'espressione «*in tutto o in parte commessi*» potrebbe risultare evocativa della materia del concorso di più persone nel reato, con la conseguenza che il contributo concorsuale – ma non è dato comprendere nemmeno quale, dato il silenzio della norma sul punto – dei soggetti indicati alla lett. b) farebbe scattare la competenza del Procuratore europeo, sia pure limitatamente ai reati di cui agli artt. 12 e 13.

Tuttavia, questa conclusione resterebbe esclusa per il caso dei reati di cui all'art. 12, ossia quelli che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, per i quali la competenza è certamente ascritta alla Procura europea la quale, di conseguenza, sarebbe anche competente per gli “altri” reati di cui all'art. 13, sempre che ne ricorrano le condizioni. Ove infatti tali condizioni dovessero difettare, sarebbero le singole Procure nazionali – come già si è detto – ad avere competenza per l'una e per l'altra categoria di reati (art. 13, par. 1, parte finale).

Insomma, l'oscurità di un linguaggio che mette a dura prova le capacità esegetiche dell'interprete giustifica i dubbi che sul punto ci permettiamo di esprimere.

3. I poteri relativi alle indagini e all'esercizio dell'azione penale

Le perplessità sin qui illustrate divengono addirittura maggiori in relazione alla disciplina contenuta nell'art. 15, con il quale si apre il capo III della proposta di regolamento, intitolato «*regole procedurali applicabili alle indagini, all'azione penale e al procedimento penale*». La norma, rubricata «*fonti dell'indagine*», prevede un obbligo di immediata informazione della Procura europea in merito alla consumazione «*di qualsiasi condotta che possa costituire reato di sua competenza*» (par. 1; ma si veda anche il successivo par. 2). Ancora una volta l'espressione è del tutto imprecisa, dal momento che – per come è noto – la “condotta” costituisce soltanto una delle componenti del reato, la consumazione del quale pertanto non coincide indefettibilmente con la sola commissione della prima, giacché può richiedere anche la necessaria realizzazione di un “evento” del quale però la norma non opera alcuna menzione.

Non va esente da critiche di eccessiva imprecisione nemmeno l'art. 18, intitolato «*svolgimento dell'indagine*». La norma prevede, tra l'altro, che «*nei casi transfrontalieri, qualora le misure investigative vadano eseguite in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata avviata l'indagine, il procuratore europeo delegato che l'ha avviata o il procuratore europeo delegato designato dal procuratore europeo agisce in stretta consultazione con il procuratore europeo delegato del luogo in cui va eseguita la misura investigativa (...)*» (par. 2). Dove nessuno comprende l'esatto significato, né tanto meno l'eventuale efficacia vincolante del criterio della «*stretta consultazione*» al quale dovrebbero ispirarsi in questo caso i rapporti tra le diverse Procure.

Dubbi ancora maggiori emergono in relazione al successivo par. 5, il quale prevede che «*il procuratore europeo può riassegnare il caso a un altro procuratore europeo delegato o condurre le indagini di persona*», a condizione che ciò risulti «*necessario ai fini dell'efficienza dell'indagine o dell'azione penale*» in funzione di una serie di criteri, tra i quali figura anche quello, del tutto indeterminato, della «*indisponibilità delle autorità investigative nazionali*» (lett. d). Né la norma consente di comprendere, atteso il suo assoluto silenzio sul punto, se il Procuratore europeo abbia un preciso obbligo di motivazione scritta al riguardo.

Ma analoghi vizi di imprecisione debbono riscontrarsi anche nel successivo art. 26, il quale contempla le «*misure investigative*» che la Procura europea ha il potere di chiedere o disporre nell'esercizio della sua competenza. Si tratta di misure distinte in due categorie. Quelle elencate dalla lett. a) alla lett. j) che sono «*soggette all'autorizzazione dell'autorità giudiziaria competente dello Stato membro in cui devono essere eseguite*» (par. 4) e quelle, comprese dalla lett. k) alla lett. u), che invece «*sono soggette ad autorizzazione giudiziaria solo se così dispone il diritto dello Stato membro in cui devono essere eseguite*» (par. 5).

Senonché, per quanto concerne i presupposti condizionanti l'adozione di tutte le superiori misure, il par. 3 si limita soltanto a prevedere che queste ultime «*non possono essere disposte in assenza di fondati motivi e se lo stesso obiettivo è conseguibile con mezzi meno intrusivi*». Ancora una volta la formula pecca di eccessiva genericità, ma difetta anche di un serio coordinamento con la disciplina dettata al riguardo dai singoli ordinamenti giuridici nazionali, la quale frequentemente richiede presupposti ben più stringenti anche in ragione dell'elevato rango degli interessi in gioco. Basti pensare, a titolo soltanto esemplificativo, ai due requisiti imposti dal nostro codice di procedura penale per l'espletamento delle attività di intercettazione telefonica, telematica

o ambientale, rispettivamente costituiti dalla sussistenza di *gravi indizi di reato* e dalla *indispensabilità* della misura ai fini della prosecuzione delle indagini (art. 267, co. 1, c.p.p.).

Tornando ora alla proposta di regolamento, la stessa prevede che, una volta concluse le attività investigative, la Procura europea possa esercitare l'azione penale, promuovere una procedura transattiva denominata "compromesso" o archiviare il caso.

A differenza dei progetti elaborati in passato, la proposta non contiene alcuna precisa statuizione sull'obbligo di esercitare l'azione penale. La Procura valuta l'opportunità dell'azione alla luce della gravità del reato e dell'interesse a favorire la risoluzione transattiva del compromesso. Viene poi lasciato al diritto nazionale il potere di stabilire le conseguenze delle scelte della Procura. Con la sola eccezione che qualora si opti, con successo, per la via del compromesso in seguito al risarcimento del danno, l'archiviazione che ne consegue è sottratta al controllo delle autorità nazionali.

Nel caso di esercizio dell'azione penale, i poteri della Procura europea includono la formulazione dell'imputazione, la partecipazione all'assunzione delle prove e l'esercizio dei rimedi disponibili (art. 27, par. 1). In altri termini, la Procura può seguire la vicenda giudiziaria sino al passaggio in giudicato, esercitando i suoi poteri di fronte alle giurisdizioni degli Stati membri.

Particolarmente delicata, specie per un sistema come il nostro che accoglie in sede costituzionale il principio del giudice naturale precostituito per legge, è poi la determinazione del Foro competente per il giudizio. Al riguardo viene ancora una volta in considerazione l'appena richiamato art. 27 che, sotto la rubrica «*esercizio dell'azione penale dinanzi agli organi giurisdizionali nazionali*», enuclea i criteri ai quali il Procuratore europeo deve attenersi. In questo contesto si segnala, quale elemento di assoluta originalità, tra l'altro prevedibilmente destinato ad ingenerare numerose incertezze interpretative in merito alla concreta individuazione della giurisdizione, quello del luogo «*in cui è ubicata la prova*» (par. 4, lett. c). Criterio, questo, che si affianca a quello del *locus commissi delicti* (lett. a) nonché a quello del luogo in cui l'imputato ha la residenza abituale (lett. b), senza però che tra di essi sussista alcun ordine gerarchico, né un meccanismo giudiziale che controlli la scelta del Foro¹⁶.

Anche nell'art. 28 si segnalano taluni aspetti critici. A parte il riferimento nella lett. d) del par. 1 (archiviazione obbligatoria) alla «*scadenza del termine legale nazionale per l'esercizio dell'azione penale*», che sembrerebbe evocare una

¹⁶ ALLEGREZZA, *Verso una Procura europea*, cit., 9.

sorta di prescrizione processuale (si pensi all'istituto del processo cd. breve) non prevista in Italia, vi è da dire che il Procuratore europeo potrà disporre di tempi di indagine diversi a seconda che operi in un ordinamento piuttosto che in un altro. Il che sembrerebbe alimentare una possibile violazione del principio di eguaglianza, nonché il rischio che la diversa durata delle indagini previste dai singoli ordinamenti nazionali incida sulla stessa efficacia delle investigazioni della Procura europea¹⁷.

Nel par. 2 (archiviazione facoltativa) alla lett. a) si evoca poi la sconosciuta categoria del «*reato minore*», peraltro ai sensi dell'emananda direttiva "2013/xx/UE". In questo caso è previsto che se si tratta di un reato di minore entità o mancano «*prove pertinenti*», la Procura europea può archiviare il caso rinviandolo «*all'OLAF o alle autorità amministrative o giudiziarie nazionali competenti ai fini del recupero, seguito amministrativo di altro tipo o monitoraggio*» (par. 3).

All'art. 29 è poi disciplinato l'appena evocato istituto del cd. compromesso, che presenta taluni aspetti simili a quelli della nostra oblazione. Anche qui si introduce il bene costituito dalla *buona amministrazione della giustizia* come ragione giustificatrice della prosecuzione del procedimento. Tuttavia, malgrado il richiamo alla necessità di far proseguire il procedimento, la disposizione prevede che la Procura europea possa, previo risarcimento del danno, proporre all'indagato una «*sanzione pecuniaria forfettaria*» (sono sconosciuti i criteri alla luce dei quali si dovrà fissare la concreta entità della sanzione), il pagamento della quale comporterebbe «*l'archiviazione definitiva del caso*». Invero, il fatto che il compromesso e la successiva archiviazione non siano sottoposti ad alcun controllo giurisdizionale svuota di significato il successivo art. 36, nella parte in cui prevede che la Procura europea sia considerata «*un'autorità nazionale ai fini del controllo giurisdizionale*» (par. 1).

Tornando ora all'art. 29, si evidenzia l'ulteriore stranezza di una richiesta che non parte dall'indagato, bensì dalla Procura (par. 1). Infine, il par. 4 si segnala anche per un'altra violazione della riserva di giurisdizione che qui invece si imporrebbe, data l'eccessivamente ampia discrezionalità («*può*») attribuita sul punto alla Procura europea.

Su di un piano più generale, poi, dal combinato disposto degli appena esaminati artt. 28 e 29 sembra emergere la conferma che la proposta di regolamento abbia optato per il principio della mera opportunità della pretesa punitiva¹⁸.

¹⁷ ALESCI, *La Procura europea*, cit., 16.

¹⁸ In questa direzione, cfr. U.C.P.I., *Il Pubblico Ministero europeo: questo sconosciuto*, in www.camerepenali.it, sub Osservatorio Europa, 25 settembre 2013, 11. Parla invece di "obbligatorietà

Quanto alla prima norma, depone in favore di questa conclusione l'assenza di qualsiasi controllo sull'archiviazione del caso. Infatti, se è vero che l'esclusione di un sindacato da parte dell'autorità giudiziaria è espressamente prevista solo in relazione all'istituto del compromesso di cui al successivo art. 29¹⁹, è altrettanto evidente però che l'art. 28 prevede – per come abbiamo appena osservato – un rinvio dei casi archiviati da parte della Procura alle autorità giudiziarie nazionali ai soli fini «*del recupero, seguito amministrativo di altro tipo o monitoraggio*» (par. 3). Il che dovrebbe consentire di escludere, in base al noto *argumentum a contrario*, che un simile rinvio possa essere finalizzato anche ad un non previsto controllo giurisdizionale sulla decisione adottata.

Quanto invece all'art. 29 vi è da notare, oltre alla già segnalata assenza di un sindacato giurisdizionale sull'archiviazione conseguente al compromesso, che ulteriormente conferma la natura facoltativa dell'azione penale, anche l'effetto che questa stessa archiviazione determinerà sui procedimenti nazionali in corso, relativi ai medesimi fatti già oggetto di accordo transattivo a livello europeo, paralizzandone lo svolgimento allo scopo di evitare un vero e proprio *bis in idem*²⁰.

L'art. 30 costituisce poi una delle norme più dubbie e problematiche della proposta di regolamento, anche a causa della sua difficile compatibilità con l'art. 111 della nostra Costituzione e, segnatamente, con il principio di formazione della prova nel contraddittorio tra le parti. La disposizione, rubricata «*ammissibilità delle prove*», stabilisce che l'organo giurisdizionale di merito debba ammettere le prove presentate dalla Procura europea, tranne che queste ultime pregiudichino l'imparzialità del giudice o i diritti della difesa, sanciti dagli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione. Più precisamente, la norma prevede che il giudice «*ammette*» le prove al processo (l'uso dell'indicativo è chiaramente evocativo di una condizione di obbligo al quale si può derogare soltanto nei casi espressamente previsti), «*senza necessità di convalida o altra operazione giuridica analoga*»; ciò «*anche se il diritto nazionale dello Stato membro in cui ha sede l'organo giurisdizionale prevede norme diverse per la raccolta e la presentazione delle prove*». Il che significa che, una volta formata, la prova può circolare liberamente – quindi, risultare

temperata» ALESCI, *La Procura europea*, cit., 15.

¹⁹ Al contrario, secondo ALLEGREZZA, *Verso una Procura europea*, cit., 9, essendo il controllo giurisdizionale espressamente escluso solo nel caso in cui ricorra l'istituto del cd. compromesso, se ne dovrebbe desumere la sopravvivenza delle verifiche giudiziali a livello nazionale, qualora esistenti.

²⁰ Cfr. U.C.P.I., *Il Pubblico Ministero europeo: questo sconosciuto*, cit., 11-12.

ammissibile – in tutte le giurisdizioni nazionali e ciò anche quando la legge interna preveda per quella prova un vaglio diverso e più rigoroso. La sola verifica che i giudici nazionali sono chiamati ad effettuare riguarda l'equità del procedimento nel suo complesso e il rispetto dei diritti della difesa, così come riconosciuti dagli appena richiamati artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione.

A parte la difficilmente identificabile categoria delle prove che possono pregiudicare l'imparzialità del giudice, ciò che preoccupa maggiormente è la tassativa ammissione delle prove raccolte, non soltanto senza convalida o altre *operazioni giuridiche analoghe* (peraltro senza che sia dato comprendere gli esatti confini di quest'ultima categoria, di per sé del tutto vuota e generica), ma soprattutto l'affermazione secondo la quale l'acquisizione al processo – e quindi al giudizio ordinario – avverrebbe anche se la legislazione nazionale disponesse diversamente con riferimento alla raccolta ed alla presentazione delle prove stesse.

Sul punto è appena il caso di notare come l'art. 111 della nostra Costituzione preveda soltanto tre casi di eccezione al principio, altrettanto costituzionale, della formazione della prova nel contraddittorio tra le parti. Il consenso (per salvare i cd. riti alternativi), l'irripetibilità della prova e la natura illecita di quest'ultima.

Non vi è dubbio pertanto, pur tenendo conto del principio del mutuo riconoscimento di cui agli artt. 10, 11 e 117 Cost., che l'art. 30 della proposta di regolamento si pone in conflitto con l'art. 111 Cost. Salvo voler ritenere che la disposizione in oggetto debba considerarsi limitata ad una sorta di udienza preliminare, all'interno della quale tutte le prove raccolte dalla Procura europea nel corso delle indagini sono utilizzabili, mentre la griglia selettiva delle prove trasferibili al giudizio riguarda lo sviluppo del procedimento e la sua trasformazione in processo²¹. In tal senso sembrerebbe militare – ma il condizionale è d'obbligo – l'ultima parte del par. 3 del successivo art. 32 (*«una volta che l'organo giurisdizionale nazionale competente ha preso atto dell'imputazione, i diritti processuali dell'imputato si basano sui regimi nazionali applicabili»*), nonché il par. 5 di quest'ultima disposizione (*«fatti salvi i diritti di cui al presente capo, l'indagato, l'imputato e le altre persone coinvolte nel procedimento della Procura europea godono di tutti i diritti processuali previsti dal diritto nazionale applicabile»*). A questo proposito, tuttavia, non è

²¹ Trasformazione peraltro soltanto eventuale, data la possibilità di riti alternativi.

inutile osservare che se il diritto nazionale non è applicabile sulla base del regolamento, i diritti di difesa non hanno alcuna possibilità di attuazione.

Non si capisce poi il senso del par. 2 del medesimo art. 30, secondo il quale l'ammissione delle prove provenienti dalla Procura europea al processo (ritorna anche qui un'espressione che per il nostro diritto processuale penale è prevalentemente indicativa del giudizio e non dell'indagine) non pregiudicherebbe la competenza degli organi giurisdizionali nazionali a «*valutarle liberamente*». Disposizione, questa, del tutto inutile, salvo avere assurdamente pensato all'esistenza di un obbligo del giudice di valutare *non liberamente* simili elementi di prova.

4. Le garanzie difensive

La proposta di regolamento merita poi separate riflessioni critiche anche per ciò che attiene al rispetto delle garanzie difensive, alle quali è dedicato il capo IV del testo in esame. Anziché dettare al riguardo una disciplina esaustiva e comune a tutto il territorio di competenza della istituenda Procura europea, quanto meno per la fase delle indagini preliminari, dato il peso del pregiudizio investigativo nel successivo processo, la proposta si limita a prevedere soltanto il «*diritto al silenzio*» e il «*diritto alla presunzione di innocenza*» (art. 32, par. 2, lett. d), il «*diritto al patrocinio a spese dello Stato*» (lett. e), nonché il «*diritto di presentare prove e di chiedere la nomina di esperti e l'audizione di testimoni*» (lett. f).

Come si vede, nulla più di quanto già imposto dal doveroso rispetto delle Carte dei diritti e delle direttive sulla tutela dell'imputato previste dal programma di Stoccolma, rispetto alle quali la proposta si colloca in posizione di mera continuità, senza descrivere un quadro davvero completo delle prerogative della difesa in una più ampia dimensione continentale.

Anzi, avuto riguardo alla presunzione di innocenza, l'art. 33 par. 2, oltre ad operare una impropria equiparazione tra «*indagato*» e «*imputato*», si limita a prevedere – con un vistoso arretramento delle garanzie rispetto alla presunzione costituzionale di non colpevolezza (art. 27, co. 2) – che costoro siano considerati innocenti, non già fino al passaggio in giudicato della sentenza di condanna, bensì «*fino a quando la loro colpevolezza non sia stata provata conformemente al diritto nazionale*». Ciò significa, in linea con quanto già previsto anche dall'art. 6 par. 2 della CEDU, che la presunzione non viene

meno con il passaggio in giudicato della sentenza, poiché è sufficiente l'accertamento della responsabilità pure in via non definitiva²².

5. Conclusioni

Le brevi ed incomplete considerazioni che precedono consentono ora di formulare talune riflessioni conclusive.

Sul piano strutturale, già si è detto come il Pubblico Ministero europeo sarà affiancato da quattro sostituti, ai quali si aggiungeranno anche i Procuratori delegati, nel numero di almeno uno per ogni Stato membro (art. 6, par. 5).

Questo esiguo numero di magistrati lascia supporre che il più delle volte la Procura europea opererà attraverso i propri delegati nazionali, ai quali è consentito svolgere le rispettive funzioni secondo il c.d. sistema del *doppio cappello*, ossia mantenendo il duplice ruolo di componenti della Procura europea e organi titolari della funzione di accusa all'interno dei relativi Stati di appartenenza. Con l'importante precisazione che i Procuratori delegati dovranno operare sotto il controllo e la direzione esclusiva del Pubblico Ministero europeo, nonché attenersi ai suoi ordini sia nella conduzione delle indagini che nelle scelte relative all'azione penale (art. 6, par. 6). Il che solleva pure delicati problemi di coordinamento nel rispetto dell'indipendenza del magistrato e delle sue stesse scelte investigative, anche nella prospettiva della obbligatorietà dell'azione penale, non prevista in modo assoluto in tutti gli Stati membri²³.

Peraltro, sul versante più strettamente operativo la Procura europea appare una struttura ancora quasi del tutto affidata alle autorità nazionali, non solo per quanto riguarda l'esecuzione delle diverse misure investigative, ma anche e soprattutto per ciò che attiene al controllo giurisdizionale sulle scelte adottate. La Corte di Giustizia, dal canto suo, resta relegata al mero ruolo di interprete delle fonti dell'Unione in sede di ricorso in via pregiudiziale.

Il quadro sin qui delineato stimola riflessioni tutt'altro che confortanti.

Premesso che l'istituzione di una figura requirente a livello europeo deve costituire una delle priorità dell'agenda politico-legislativa al fine di apprestare un'azione investigativa e giudiziaria finalmente comune a tutti gli Stati membri, anche al di là dell'angusto perimetro delle sole eurofrodi²⁴, vi è tuttavia da

²² Sul punto, ALLEGREZZA, *Verso una Procura europea*, cit., 8.

²³ COMI, *Interessi finanziari UE, procura europea, difesa: nessun passo indietro sul piano delle garanzie*, in *questa Rivista*, 2013, 547.

²⁴ Posto che il rinvio al diritto nazionale per quanto concerne i reati che offendono gli interessi finanziari dell'Unione è già di per sé criticabile e che i reati collegati ai primi non sono nemmeno definiti nella

sottolineare come la proposta licenziata dalla Commissione appaia troppo timida. Dietro lo schermo dei pur condivisibili principi di proporzione e sussidiarietà si cela infatti un'iniziativa prevedibilmente destinata all'insuccesso. Né ci si può attendere che siano i negoziati ad incrementare il tasso di *europeizzazione* delle scelte sin qui compiute²⁵. Al riguardo non è inutile ricordare che l'art. 86 del TFUE prevede una procedura legislativa speciale per istituire la Procura europea, che richiede l'unanimità del Consiglio previa approvazione del Parlamento europeo (par. 1). Qualora il Consiglio non ottenga l'unanimità sulla proposta iniziale della Commissione, sarà possibile instaurare una "cooperazione rafforzata". Un gruppo di almeno nove Stati membri potrà sottoporre la proposta al Consiglio europeo perché raggiunga un consenso sul testo; in caso di disaccordo, dopo quattro mesi si considererà concessa al gruppo di nove Stati membri l'autorizzazione ad instaurare una cooperazione rafforzata (par. 2). Fermo restando che gli Stati membri partecipanti dovranno votare la proposta all'unanimità²⁶. Ma al di là delle modalità di approvazione della proposta, le critiche riguardano soprattutto la mancata previsione di un organo davvero autonomo, dotato di effettivi poteri di indagine in base a regole comuni a tutti gli Stati membri. A prescindere da ogni altra considerazione sul punto, non ultima quella relativa alla già ricordata necessità di una micro-codificazione di diritto penale e processuale finalmente comune a tutti gli ordinamenti nazionali, è la stessa esperienza del sistema di cooperazione giudiziaria a dimostrare la gravità dei problemi causati dall'assenza persino di uno *standard* minimo di regole investigative²⁷. Regole, queste, che al contrario continuano ad essere affidate a non

proposta di regolamento, occorre osservare come quest'ultima non trovi applicazione con riferimento a taluni altri gravi delitti, quali ad esempio la tratta di esseri umani o il traffico illecito di organi, caratterizzati da una transnazionalità quasi intrinseca e spesso difficili da contrastare con un'azione repressiva su scala esclusivamente nazionale. Cfr. SICURELLA, *Il diritto penale applicabile dalla Procura europea*, cit., 20 ss.

²⁵ ALLEGREZZA, *Verso una Procura europea*, cit., 10. Sottolinea l'importanza dei futuri negoziati, VENEGONI, *Considerazioni sulla normativa applicabile alle misure investigative intraprese dal pubblico ministero europeo nella proposta di regolamento COM (2013) 534*, in www.penalecontemporaneo.it, 13.

²⁶ Allo stato attuale, si ritiene probabile che le discussioni preliminari in sede di Consiglio non porteranno in tempi brevi all'adozione con unanimità della proposta, che si prevede sarà dunque esaminata durante le prossime Presidenze europee, coinvolgendo anche il semestre di Presidenza italiana. Segnala i rischi legati ad un sistema che di fatto consente di affidare la protezione degli interessi finanziari dell'Unione ad un organo voluto a mala pena da un terzo degli Stati membri, ALESCI, *La Procura europea*, cit., 2.

²⁷ COMI, *Interessi finanziari UE*, cit., 549.

codificati e sfuggenti rapporti tra disomogenei meccanismi deputati all'indagine²⁸.

Il tutto a tacere degli ulteriori problemi di tipo interpretativo originati da una tecnica redazionale che – per come abbiamo sottolineato – non si lascia certo apprezzare né sul piano della precisione né tanto meno su quello della doverosa compostezza sistematica.

Insomma, la proposta sembra imporre regole comuni in tema di indagini ed esercizio dell'azione penale senza affrontare i veri nodi dell'armonizzazione, pur a fronte della molteplicità di basi normative degli elementi raccolti durante le indagini, dell'unicità dell'organo a ciò deputato e dell'attribuzione dei poteri di controllo alle singole autorità giudiziarie nazionali.

In quest'ottica non appare infondata l'opinione di chi, ponendo a raffronto i poteri della Procura europea con quelli già assegnati dall'art. 85 del TFUE ad Eurojust, ha ritenuto di cogliere differenze davvero troppo deboli, specie se paragonate alla diversa vocazione istituzionale – oltre che funzionale – dei due organi²⁹. È evidente infatti che le finalità della Procura europea ed il suo valore aggiunto rispetto ai preesistenti strumenti di cooperazione giudiziaria avrebbero dovuto consigliare di dotarla di poteri effettivi, per di più in base a regole d'indagine comuni a tutti gli Stati membri³⁰.

Né le resistenze tradizionalmente opposte dagli Stati rispetto alla cessione della propria sovranità in materia penale possono costituire un alibi per non affrontare i problemi dell'armonizzazione delle regole in materia di indagine ed esercizio dell'azione penale. Tanto più che dovrebbe essere preciso compito della Commissione spingere per l'avanzamento del sistema comunitario, soprattutto in settori sensibili come quello in esame³¹.

²⁸ Cfr. U.C.P.I., *La strada per l'istituzione dell'Ufficio del Procuratore europeo*, in www.camerepenali.it, sub Osservatorio Europa, 5 aprile 2013, 1.

²⁹ ALLEGREZZA, *Verso una Procura europea*, cit., 9.

³⁰ Anche per questi motivi non si è mancato di osservare che sarebbe stato forse più proficuo, oltre che finanziariamente più vantaggioso, rafforzare i preesistenti strumenti di cooperazione giudiziaria per ottenere, quanto meno nel breve periodo, risultati migliori nel contrasto alle eurofrodi, tra l'altro senza dovere affrontare gli spinosi problemi dell'armonizzazione dei procedimenti di formazione della prova e della sua circolazione negli ordinamenti giuridici nazionali. In questo senso, COMI, *Interessi finanziari UE*, cit., 555.

³¹ In questa prospettiva va letta la scelta recentemente adottata dalla Commissione europea che, nonostante i pareri motivati espressi da taluni Parlamenti nazionali sul mancato rispetto del principio di sussidiarietà (in particolare, dal Senato italiano e dall'Assemblée Nationale francese), ha comunque deciso di mantenere la proposta originaria, anziché ritirarla o modificarla. Cfr. *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the national Parliaments*, 27 novembre 2013, COM (2013) 851 final.