

VINCENZO COMI

Le garanzie della difesa nella prospettiva evolutiva da OLAF alla Procura Europea¹

SOMMARIO: 1. La Procura Europea - 2. O.L.A.F. - Strumento di lotta alle frodi U.E. - 3. Evoluzione della lotta antifrode - 4. La proposta di regolamento E.P.P.O. - 5. Riflessioni e proposte sul regolamento - 6. Controllo giurisdizionale sugli atti di E.P.P.O. - 7. Le garanzie procedurali sugli atti E.P.P.O. - 8. Le garanzie dei diritti della difesa - 9. Conclusioni.

1. La Procura Europea

La Procura Europea (E.P.P.O.) ha la sua base normativa nell'art. 86 TFUE, il cui contenuto è sopravvissuto al ridimensionamento del trattato costituzionale europeo, dato incoraggiante per un buon esito finale del progetto.

Per combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, il Consiglio può istituire la Procura Europea "a partire da Eurojust", frase che desta difficoltà interpretative nella formula utilizzata di difficile individuazione del rapporto che dovranno avere i due organi.

L'ufficio dell'E.P.P.O. deve essere deliberato all'unanimità dal Consiglio, previa approvazione del Parlamento Europeo, in mancanza di tale condizione si applicherà la cooperazione rafforzata di cui all'art. 20, par. 2, TUE, approdo ragionevolmente evocato da molti addetti ai lavori.

La Procura Europea è competente, secondo l'art. 86, per individuare, perseguire e rinviare a giudizio, eventualmente in collegamento con Europol, gli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione.

Essa esercita l'azione penale per tali reati dinanzi agli organi giurisdizionali competenti degli stati membri.

Con regolamento deve essere stabilito lo statuto della Procura Europea, le condizioni di esercizio delle sue funzioni, le regole procedurali applicabili alle sue attività e all'ammissibilità delle prove e le regole applicabili al controllo giurisdizionale degli atti procedurali adottati nell'esercizio delle sue funzioni.

2. O.L.A.F. - Strumento di lotta alle frodi U.E.

Fino ad oggi la lotta alle frodi comunitarie è stata combattuta dall'O.L.A.F., struttura costituita nel 1999, dotata di ruolo propulsivo a livello investigativo, autonomo nella raccolta di informazioni e nello svolgimento di indagini di natura amministrativa, che vengono poi trasmesse agli organi degli Stati membri. Nel corso degli anni di funzionamento del sistema investigativo di O.L.A.F. le

¹ Testo dell'Intervento illustrato alla Conferenza internazionale su «L'ufficio del Procuratore europeo e le indagini di OAF: il controllo giurisdizionale e le garanzie procedurali», Roma 21 e 22 maggio 2015

problematiche più discusse sono state le seguenti: 1) la certezza dei controlli sulle investigazioni, demandata esclusivamente a organi nazionali con regole diverse tra i diversi Stati membri; 2) l'assenza di autonomia e indipendenza di O.L.A.F.; 3) la vera essenza della natura dei procedimenti investigativi O.L.A.F., formalmente amministrativa ma realmente sanzionatoria; 4) il pregiudizio per le garanzie della difesa e in particolare il diritto alla conoscenza del procedimento sin dal momento genetico, il diritto ad essere ascoltato e la tutela della riservatezza dell'accusato; 5) la previsione di un codice etico e deontologico per gli appartenenti a O.L.A.F.

Le difficoltà nelle investigazioni dell'O.L.A.F. sono riconducibili sostanzialmente alla fase di circolazione delle informazioni tra gli Stati che impediscono da una parte le indagini a livello transnazionale, dall'altra l'utilizzabilità dei risultati investigativi a causa della loro natura amministrativa. Inoltre va considerato che ogni Stato membro non ha nessuna forma di controllo sovranazionale sull'utilizzo effettivo e sull'accertamento dei fatti emerso dalle indagini O.L.A.F.

La cooperazione giudiziaria per la lotta alle frodi comunitarie è stata caratterizzata dall'uso di strumenti quali la rogatoria, l'extradizione o il mandato di arresto europeo, con risultati insufficienti dal punto di vista del contrasto alla criminalità transnazionale.

3. Evoluzione della lotta antifrode

La prima Convenzione per la tutela degli interessi finanziari della Comunità Europea risale al 1995 (Convenzione PIF), ratificata da quasi tutti gli Stati membri. Essa ha introdotto i primi elementi di diritto penale e la prima dimostrazione d'interesse dell'UE per la materia penale.

La proposta di Direttiva del luglio 2012 contiene un sub-sistema penale UE, indicante una serie di reati e di norme penali delle quali se ne prescrive l'introduzione in tutto lo spazio giuridico europeo.

Tale ultimo strumento legislativo rappresenta la base di partenza per la regolamentazione dell'ufficio della Procura Europea.

Nel 2013 è stato emanato il regolamento della Commissione sulla istituzione della Procura Europea.

Il risultato investigativo oggi è subordinato alla cooperazione dei singoli Stati membri, che spesso si è dimostrato particolarmente deludente.

Per questo la Procura Europea, strumento di forte integrazione, già prefigurata in occasione della Conferenza Intergovernativa di Nizza del 2000, è oramai in corso di realizzazione.

Il riferimento testuale dell'art. 86 TFUE a Eurojust (da) fa ritenere la volontà di una connessione funzionale tra i due organismi, ma è urgente definire le modalità e le reciproche competenze.

Quanto al rapporto E.P.P.O./O.L.A.F. il carattere amministrativo delle investigazioni del secondo esclude una sovrapposizione. Per le indagini che coinvolgono entrambi gli organismi dovrà essere predisposto un regolamento procedurale di competenze e evitare interferenze.

Si consideri che fino ad oggi O.L.A.F. è in rapporto diretto con gli Stati membri, in futuro dovrà relazionarsi direttamente con E.P.P.O.

4. La proposta di regolamento E.P.P.O.

Il modello del Procuratore Europeo secondo la proposta della Commissione è essenzialmente centralizzato. È prevista la figura del procuratore europeo e di procuratori europei delegati che agiscono negli Stati membri. La struttura è verticistica e gerarchica con a capo il procuratore. I procuratori delegati a livello statale saranno titolari delle indagini relative ai reati di competenza del procuratore europeo. Si configura il c.d. sistema del "doppio cappello": un pubblico ministero inserito contemporaneamente nell'ufficio della Procura della Repubblica sotto il controllo del procuratore della Repubblica e nella Procura Europea sotto il controllo del procuratore europeo. Si pongono delicati problemi di coordinamento nel rispetto del principio di indipendenza e autonomia. Si pone inoltre il problema delle scelte investigative nella prospettiva della obbligatorietà dell'azione penale non prevista in numerosi Stati membri.

Per le investigazioni di competenza di E.P.P.O. il territorio degli Stati membri UE costituisce uno spazio giudiziario unico. Al procuratore europeo spetta il compito di coordinare e unificare le indagini e in casi estremi di avocarle.

Le indagini svolte dai procuratori delegati avranno valenza di fonti di prova europee, spendibili in tutti gli Stati membri, mentre per quanto riguarda il procedimento di formazione della prova europea ancora il percorso è lungo.

5. Riflessioni e proposte sul regolamento

Il Consiglio degli Ordini Forensi Europei in un articolato documento del 7 febbraio 2013 ha espresso notevoli perplessità e dubbi sull'opportunità di modificare l'attuale sistema di lotta alle frodi comunitarie esistente, ritenendo preferibile un rafforzamento delle competenze investigative di O.L.A.F.

Passa il tempo e sembra sempre più complicato e arduo il percorso di approvazione di E.P.P.O.: oggi appare veramente difficile essere ottimisti e preve-

dere una convergenza politica sul regolamento E.P.P.O. proposto dalla Commissione UE.

Forse bisognerebbe ripartire da quell'idea originaria di un *Corpus Iuris* (ricordato anche dalla prof.ssa Nicoletta Parisi nel corso della sessione dei lavori del convegno del 22 maggio mattina) caratterizzato: 1) dall'individuazione di pochissimi reati di frode comunitaria affidati alla competenza della Corte di Giustizia UE, previa costituzione di una sezione penale; 2) dall'elaborazione di un "codice di procedura penale europea" con regole minime accettate dagli Stati, che consenta di facilitare le investigazioni di E.P.P.O. e di creare la prova europea utilizzabile davanti alla Corte penale UE.

C'è bisogno di certezza del diritto europeo, di controlli semplici ma effettivi e di garanzie procedurali nell'interesse dei cittadini: solo così potremo immaginare il futuro di uno spazio giuridico europeo.

Nel progetto di regolamento E.P.P.O. oggi in discussione qualche perplessità è già emersa tanto che si rivendicano anche da parte del Parlamento europeo importanti modifiche e integrazioni (si veda sul punto la proposta della Presidenza Italiana UE del 18 dicembre 2014).

6. Controllo giurisdizionale sugli atti di E.P.P.O.

Preliminare è la garanzia di una disciplina chiara e automatica sulla competenza territoriale del giudice nazionale del giudizio, anche nel caso di reati transnazionali o connessi. Obiettivo è di evitare facili scorciatoie nella scelta del giudice dello Stato più utile.

Altrettanto preliminare è la garanzia d'indipendenza e autonomia della figura del procuratore europeo nella nomina, nel funzionamento e nei rapporti con i procuratori delegati.

La tutela dei diritti fondamentali dell'accusato è di essenziale importanza nell'elaborazione del sistema e richiede garanzie sin dalla fase genetica del procedimento.

Il rafforzamento dei valori dell'UE passa attraverso il riconoscimento dei diritti fondamentali dei cittadini e da qui sorgono due aspetti critici: il controllo giurisdizionale e le garanzie procedurali del sistema.

Gli atti investigativi di E.P.P.O. incidono sui diritti fondamentali del cittadino e pertanto assumerà fondamentale importanza il sistema processuale di controllo giurisdizionale.

Il regolamento della Commissione esclude la possibilità di ricorso al controllo giurisdizionale della Corte di Giustizia UE.

La formulazione dell'art. 36 del regolamento parla chiaro: quando adotta atti

procedurali nell'esercizio delle sue funzioni, la Procura Europea è considerata un'autorità nazionale ai fini del controllo giurisdizionale.

Le disposizioni del diritto nazionale applicabili in virtù del presente regolamento non sono considerati disposizioni del diritto dell'Unione ai fini dell'art. 267 TFUE, che è l'articolo che definisce le competenze della Corte di Giustizia. Secondo quanto statuito, quindi, il controllo di legalità è operato dalle giurisdizioni nazionali.

In particolare se il procuratore europeo dispone una perquisizione in tre Stati membri diversi relativa al medesimo procedimento, ogni perquisizione e relativo sequestro, saranno oggetto di controllo giurisdizionale nei tre Stati in cui sia eseguita, secondo le procedure dei medesimi Stati.

Se E.P.P.O. è un vero e proprio organismo europeo, diventa complicato escludere la Corte di Giustizia dal controllo di legalità. Secondo l'attuale formulazione dell'art. 36 sarebbe escluso anche il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

È condivisibile l'idea prospettata da Luca De Matteis, consigliere affari di Giustizia presso la Rappresentanza permanente dell'Italia all'UE, secondo cui le frodi contro UE ledano un bene giuridico dell'UE e che ciò legittimerebbe un organo giurisdizionale europeo.

D'altra parte non è possibile trascurare l'art. 263, co. 1, TFUE che configura la competenza della Corte di Giustizia UE a esercitare un controllo di legittimità sugli atti degli organi o organismi dell'Unione destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi. Neppure può essere trascurato l'art. 267 TFUE, in tema di rinvio pregiudiziale e competenza della Corte di Giustizia sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi e dagli organismi UE. Diventa difficile escludere la competenza della Corte di giustizia per gli atti posti in essere da E.P.P.O., fisiologicamente istituito come organo dell'UE.

Un percorso troppo tortuoso è quello scelto dalla Commissione che ha voluto spogliare E.P.P.O. dalla sua natura di organo dell'UE e far indossare i panni di un'autorità nazionale nel momento in cui adotti gli atti del procedimento penale di sua competenza.

Il tema della garanzia dei diritti fondamentali dell'accusato è legato ontologicamente alla previsione di un organismo di controllo effettivo secondo parametri costituzionali dei trattati europei degli atti E.P.P.O. La mancanza di previsione di un organismo di controllo europeo pone il rischio che gli atti E.P.P.O. nei singoli Stati non vengano sottoposti ad un controllo giurisdizionale caratterizzato dallo *standard* minimo prescritto dagli artt. 47-50 della Carta dei Diritti

Fondamentali UE. Nel rapporto tra legalità sovranazionale e statale si pone il problema della possibilità di un divario tra le due forme di tutela di un diritto fondamentale leso dall'azione di E.P.P.O. Il problema dei "controlimiti" emerge proprio in riferimento al rapporto tra gli artt. 4.2 e 6 TUE, ovvero se si possa ipotizzare la necessità di una utilizzazione del principio su indicato nel caso di un divario tra la configurazione sovranazionale dei limiti protetti e i diritti fondamentali che formano l'identità di uno Stato membro. Ciò alla luce del fatto che l'art. 6 TUE riconosce che i diritti fondamentali C.e.d.u. fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali.

7. Le garanzie procedurali sugli atti di E.P.P.O.

Sempre legato al controllo giurisdizionale è il tema spinoso delle garanzie procedurali.

È certamente essenziale una forma di controllo sin dall'apertura dell'indagine di E.P.P.O., che legittimi il suo operato in rapporto al principio di legalità.

Così è altrettanto essenziale il controllo dei diritti fondamentali, rispetto ai quali l'inquisito è esposto al concreto rischio di pregiudizio.

È veramente arduo immaginare il procuratore europeo alle prese con norme sostanziali e processuali diverse per ogni singolo Stato membro, essendo già particolarmente complicato cimentarsi quotidianamente con la proliferazione normativa e giurisprudenziale in un singolo Stato.

L'esigenza di armonizzare i sistemi è fondamentale, anche se al momento inimmaginabile.

La scelta potrebbe essere quella di individuare specificamente i reati di competenza di E.P.P.O., senza connessioni o reati ancillari e introdurre un procedimento speciale dotato di relative norme, secondo quanto già inizialmente proposto nell'idea originaria del *Corpus Iuris*. Come conciliare ad esempio la procedura di alcuni Stati che non prevede alcuna forma di controllo giurisdizionale sull'attività del pubblico ministero? E come armonizzare quelle normative nazionali che escludono il potere del pubblico ministero di disporre alcuni specifici atti investigativi invasivi dei diritti fondamentali dei cittadini e prevedono l'autorizzazione di un organo giurisdizionale? In questi Stati, neppure nei casi di estrema urgenza il procuratore europeo potrebbe disporre - ad esempio - una ispezione.

L'attività investigativa di E.P.P.O. deve rispettare i principi del processo equo ai sensi dell'art. 6 C.e.d.u., che riguarda i diritti dell'accusato, le cui violazioni legittimano il ricorso alla Corte E.D.U.

8. Le garanzie dei diritti della difesa

Il diritto alla difesa deve essere effettivo sin dalla fase delle indagini preliminari, non essendo sufficiente il mero conferimento dell'incarico all'avvocato, come statuito dalla Corte costituzionale italiana nella sentenza n. 106 del 2010. Da ciò deriva il diritto alla conoscenza del procedimento di competenza della Procura Europea e più in generale i diritti del "difensore europeo".

Tali diritti sono suddivisibili in due categorie: la prima riguarda l'individuazione dei diritti dell'accusato nelle regole minime che caratterizzano l'attività del procuratore europeo, in linea con l'art. 6 C.e.d.u., mentre la seconda riguarda la previsione di una disciplina che garantisca l'assistenza di un avvocato indipendente, adeguatamente preparato che assicuri una difesa effettiva.

Il problema linguistico non è di poco conto, nella formazione di un avvocato europeo, chiamato a intervenire in tempi rapidissimi per attivare strumenti di controllo giurisdizionale eventualmente in Stati membri diversi con relative regole processuali.

Il difensore sin dalla fase genetica del procedimento ha il diritto di svolgere investigazioni difensive per raccogliere elementi a favore del proprio assistito. Il regolamento della Procura Europea deve assicurare effettività a tale principio.

La ragionevole durata del procedimento e i termini di durata delle indagini preliminari devono essere garantiti anche per gli effetti indiretti - anche di natura amministrativa - che possono avere eventuali pendenze penali (esempio blocco erogazioni o divieto di partecipazione a gare UE) nei confronti di indagati per reati di frode comunitaria. È essenziale costruire una figura del procuratore europeo fondata anche sulla fiducia dei cittadini e sull'affidabilità delle indagini.

La previsione della nomina del difensore d'ufficio rappresenta la garanzia effettiva del precetto contenuto nell'art. 24 della Costituzione italiana e che fa della difesa un diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento e si inquadra nella previsione della difesa tecnica obbligatoria come componente indefettibile per il sistema. Sarebbe prevedibile la nomina del difensore d'ufficio nei procedimenti di competenza del procuratore europeo? E come conciliare sistemi di Stati membri che non contengono tale disciplina? Così come la previsione dell'informazione alla persona sottoposta alle indagini sul diritto di difesa secondo il modello del nostro art. 369-*bis* c.p.p.

La difesa dei non abbienti è altro tema delicato e rilevante che deve essere assicurato in maniera effettiva, con garanzia di indipendenza e autonomia dei difensori.

È fondamentale formare una nuova categoria di penalisti preparati alla difesa nei procedimenti di competenza della Procura Europea. Questa funzione tocca alle istituzioni e alle associazioni forensi e dovrebbe essere realizzata attraverso sinergie con le istituzioni comunitarie e con le omologhe istituzioni degli altri Stati membri.

In conclusione l'ufficio del procuratore europeo rappresenta una forte scelta di integrazione gravida di responsabilità in un momento di crisi dell'Unione.

9. Conclusioni

Il progetto è in linea con una visione di un modello federale degli Stati Uniti d'Europa, unico sistema in grado di consentire a tutti i cittadini di vivere insieme assicurando le singole diversità e di scacciare le sirene antieuropeiste oggi sempre drammaticamente più forti.

Serve coraggio e immaginazione e un progetto nell'interesse effettivo dell'Unione e di tutti i cittadini e non degli Stati membri. L'obiettivo è quello di realizzare un sistema processuale penale equo, contemperando l'interesse investigativo con quello della tutela dei diritti fondamentali degli accusati: un processo penale europeo davanti a organi giudiziari europei.