

Sostegno all'effettività dei diritti della difesa per rafforzare la legittimità del processo penale in Europa

L'Unione delle Camere Penali Italiane riunisce i membri delle Camere Penali italiane da sempre impegnati per la promozione e diffusione dei valori fondamentali del diritto penale e per il riconoscimento e la tutela delle garanzie costituzionali e la valorizzazione tra, l'altro, dei diritti processuali.

Negli ultimi anni, il profondo interesse verso lo sviluppo dello spazio giudiziario europeo ha condotto alla formazione dell'Osservatorio Europa, impegnato a monitorare, l'emanazione di leggi quadro, direttive e regolamenti attinenti all'ambito della cooperazione giudiziaria nel settore penale e a studiarne la compatibilità con i principi del processo accusatorio e del giusto processo.

L'area giuridica europea, nel suo settore penale, coinvolge in misura sempre più intensa, quotidianamente, l'attività giudiziaria nazionale. Il progetto europeo, pur avendo dichiarato ed elevato a principi fondamentali i tradizionali diritti umani e civili, nella prassi, a causa di un approccio chiaramente funzionale, favorisce, a discapito dei primi, gli aspetti di cooperazione giudiziaria e il rafforzamento della costruzione istituzionale dello spazio giudiziario europeo.

Il Commissario Viviane Reading ha espresso una considerazione quanto mai vera e condivisibile, con una sintesi inappuntabile, nelle conclusioni delle due giornate di incontro delle Assises de la Justice: "Il futuro della giustizia non può esser determinato solo da funzionari nazionali ed europei dietro porte chiuse".

Questo concetto è quello che spinge, associazioni come UCPI, a cogliere l'occasione di una consultazione pubblica come quella delle Assises de la Justice, per fornire un contributo che possa concretamente rivelarsi utile alla elaborazione di un programma successore di quello di Stoccolma, dando indicazioni su priorità pratiche e problemi effettivi del funzionamento della giustizia.

L'obiettivo, che attraverso l'elaborazione di un programma, si prefigge l'UE è la realizzazione entro il 2020 di una giustizia senza confini. ma per un siffatto risultato, invero estremamente ambizioso, è necessario che gli scogli che si oppongono alla piena realizzazione della fiducia reciproca siano finalmente superati.

La fiducia reciproca tra ordinamenti è stata posta a fondamento della realizzazione dello spazio giudiziario europeo, ma imponendola come un dato di fatto e senza tener conto delle differenze tra sistemi nazionali. si è, in fondo, imposto un livellamento delle garanzie e dei diritti fondamentali "minimi", che, naturalmente, non solo si rivelano insoddisfacenti per gli utilizzatori della giustizia, ma spesso si traducono in effetti discriminatori e in moltiplicazione di conflitti.

Da lungo tempo ormai si reclama un'efficace ed effettiva protezione dei diritti fondamentali, ed in particolare di quelli difensivi, soprattutto nel campo e con riferimento agli strumenti dedicati al settore penale e in particolare con riguardo all'implementazione del reciproco riconoscimento nel settore penale. Tali garanzie non possono essere sostituite da un generico richiamo ai doveri dell'Unione europea e degli Stati membri, collegati al valore della Carta dei diritti fondamentali e dell'adesione alla

Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, è necessario che si elabori una tutela effettiva ed efficiente dei diritti fondamentali e che si smetta di considerarli "garanzie minime", da concedere al ribasso.

Noi osiamo aspettarci che nel nuovo programma dell'Unione europea dedicato allo sviluppo dello spazio giudiziario, finalmente trovi spazio un innalzamento dei "valori fondamentali" dell'Unione, che la nuova strategia globale prenda spunto e si fondi sulle norme dei Trattati e della Carta, per riempirle di contenuti, con uno spirito non più difensivo ma propositivo e proattivo.

La realizzazione di un vero spazio giudiziario europeo deve porre al suo centro l'individuo, che ne è il "consumatore" e non può prescindere dalla protezione dei suoi diritti. Una estensiva applicazione del reciproco riconoscimento può seriamente realizzarsi soltanto a seguito di una vasta armonizzazione, altrimenti, quell'equilibrio bilanciato, tipico di ciascun ordinamento nazionale, s'infrange compromettendo la tutela dei diritti dell'individuo.

Insomma, il reciproco riconoscimento e la mutua assistenza non possono essere utilizzati come se fossero fini a se stessi ma devono rimanere strumenti destinati a servire gli interessi superiori della giustizia.

Da tutti gli strumenti esaminati nel settore della giustizia penale, come già evidenziato, emerge che lo scopo primario, sotteso al quadro generale, è sempre la tutela dell'attività investigativa, e coinvolge finanche la circolazione della prova, raccolta dagli investigatori, spesso in totale assenza di contraddittorio e senza alcuna possibilità di esercitare diritti difensivi contestuali.

Ebbene, il generico, benché puntuale richiamo ad diritto di difesa ed al giusto processo è insufficiente a rendere effettiva la salvaguardia dei diritti di difesa, in particolare rispetto alla disponibilità della prova, alla sua creazione innanzi ad un giudice terzo, imparziale e investito del compito di esaminare la responsabilità dell'indagato ed emettere la decisione. Va ricordato che in materia di garanzie e con particolare riguardo alla disciplina delle prove, non si tratta "solo" di tutelare i diritti individuali dell'accusato, disincentivando le violazioni del suo diritto di difesa tecnica; dal momento che non esiste una verità indipendente e insensibile ai modi con cui la si ricerca, la presenza del difensore deve essere considerata un irrinunciabile baluardo a tutela della correttezza dell'accertamento, contro le distorsioni inquisitorie.

L'elaborazione di una disciplina in materia di prove deve tener conto del fatto che ogni ordinamento nazionale ha delle sue peculiari caratteristiche che sono l'espressione del suo specifico e particolare percorso storico, nel quale sono bilanciati i principi di tutela tanto della comunità come dell'individuo.

I risultati raggiunti dalla legislazione europea

Nei documenti introduttivi per la discussione, la Commissione individua una serie di risultati che considera positivamente raggiunti. Noi abbiamo esaminato queste proposte, invece, per individuare e suggerire i nuovi obiettivi, che dovrebbero essere integrati nella futura politica di sviluppo della giustizia in Europa, che compenserebbero quegli squilibri appena evidenziati.

a) Definizione di reati e individuazione di trattamenti sanzionatori

I Trattati come riformati a Lisbona hanno determinato uno stravolgimento dei tradizionali rapporti tra diritto dell'Unione europea e diritto nazionale in materia penale.

Se fino a Lisbona il diritto comunitario ed europeo ha sviluppato stringenti capacità di condizionamento del diritto penale nazionale, limitandone la portata o intervenendo ad integrare elementi normativi delle fattispecie penali, a Lisbona si introduce una piena competenza dell'Unione europea in materia penale; ovvero le fonti normative UE acquisiscono potere diretto di intervento in materia penale sostanziale e processuale.

L'art. 83 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea ha infatti previsto (per quanto riguarda la materia penale sostanziale) una piena competenza dell'Unione in campo penale, attraverso il suo principale strumento normativo: la direttiva. E del resto la direttiva, soprattutto attraverso la dottrina degli effetti diretti è stato il principale strumento di sviluppo e di rafforzamento dell'effettività del diritto dell'Unione europea.

Oggi ampie sfere del diritto penale sono soggette alla competenza armonizzatoria del diritto dell'Unione europea.

I Trattati prevedono alcune sfere di criminalità oggetto della competenza legislativa dell'UE.

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

Per tali sfere si rivendica il diritto al raggiungimento di un nucleo comune per quanto riguarda la definizione del reato e l'individuazione delle cornici sanzionatorie.

La competenza dell'Unione europea non si ferma però a tali materie trattandosi di un catalogo ampliabile dal Consiglio "in funzione dell'evoluzione della criminalità". Dunque potenzialmente nessuna materia può ritenersi immune da un intervento penal-sostanziale del diritto UE

Accanto a tale competenza armonizzatoria per materie specificamente (seppur ampiamente) individuate si prevede, inoltre, un ambito di competenza flessibile, ovvero si concede una facoltà di intervento normativo in materia penale ogni qualvolta tale intervento risulti (ancillare) funzionale alla effettività di politiche europee.

A tali roboanti previsioni si contrappongono però, sinora, risultati discutibili intanto poiché nella loro generalità gli interventi normativi UE sovente non fanno che replicare, senza integrare, quanto già oggetto di convenzioni internazionali.

Inoltre l'obiettivo di armonizzazione non è generalmente raggiunto stante la mancanza di una definizione comune e chiara degli elementi costitutivi dei reati accontenta dosi per lo più dell'individuazione di un insoddisfacente minimo comun denominatore.

Un problema ulteriore è connesso alla possibilità di prevedere l'introduzione di una sanzione minima ed inderogabile.

Dal punto di vista delle previsioni sanzionatorie, infatti, non si va al di là dell'indicazione del minimo del massimo, in ragione delle necessità costituzionali di alcuni ordinamenti laddove al giudicante è lasciata una amplissima discrezionalità in tema di sanzione minima e che ritengono in contrasto con la tradizione giuridica se non con regole costituzionali la previsione di minimi edittali.

Dunque per quello che generalmente è avvenuto il potere di individuazione di previsioni di pena è stato essenzialmente utilizzato al fine di rendere più agevole l'attivazione di strumenti di cooperazione giudiziaria (consegna, estradizione, attivabilità di rogatorie).

Quanto al senso di tali poteri penali dell'Unione europea la sensibilità del giurista nazionale avverte in primo luogo i problemi connessi alla legittimità democratica degli interventi adottati a livello sovranazionali anche in ragione dei limiti ancora sussistenti per quanto riguarda la democraticità del sistema UE.

Tali interventi, in definitiva, hanno l'effetto di limitare la sovranità nazionale (in assenza di un vero dibattito pubblico europeo) e manifestano una mera logica "penalizzante" nella misura in cui non si prevede la praticabilità di scelte alternative, eventualmente meno repressive, ma con effetto comunque ristoratore, da parte degli ordinamenti nazionali.

Quanto poi al rispetto delle tradizioni costituzionali proprie della cultura giuridica europea rimane il problema connesso alla legittimità democratica delle norme penali introdotte a livello UE.

Infatti, il principio di legalità penale è intimamente connesso ad una concezione della legalità come legalità democratica e parlamentare, ovvero nella convinzione che le scelte sanzionatorie debbano essere lasciate alla sovranità della legge come massima espressione della regolazione nello Stato di diritto in quanto frutto della scelta dei Parlamenti nazionali quali depositari della sovranità popolare e dunque demandati ad esprimere e sanzionare la legittimità democratica delle norme giuridiche.

Una tale concezione della legalità è però estranea al procedimento legislativo europeo che, pur in presenza di un rafforzamento innegabile del ruolo del Parlamento europeo, individua un procedimento legislativo ancora tendenzialmente ostaggio di logiche tecnocratiche (rappresentate dalla Commissione e dal ruolo centrale che questa riveste nel procedimento regolatorio UE) e delle logiche governative massimamente rappresentate dal ruolo del Consiglio UE (laddove siedono gli esecutivi nazionali) che ancora oggi rimane forse il principale dominus del procedimento di scelta pubblica a livello UE.

Appare poi evidente come un ampliamento delle competenze penali dell'UE si ponga in contrasto con una concezione dell'intervento penalistico come *extrema ratio* e ciò in quanto il proliferare degli interventi europei in materia penali impone scelte di penalizzazione non revocabili da parte dei legislatori interni. Una maggiore rilevanza al principio di sussidiarietà penale a livello UE sarebbe dunque assai opportuna.

b) Creazione di standard comuni di garanzie per le persone sospettate o accusate di un crimine

La certamente positiva introduzione in ambito UE di garanzie a tutela delle persone sospettate o accusate di reati è un indubbio passo giusto e doveroso ai fini della corretta armonizzazione della disciplina penalistica a livello di Paesi membri, rispetto del disposto dell'art. 6 della Convenzione EDU, soprattutto a fronte dell'istituzione del Pubblico Ministero Europeo e dell'implementazione degli strumenti di esecuzione transnazionale delle decisioni penali dei Giudici dei Paesi Membri (EAW) nonché della circolazione delle "prove" nell'ambito transfrontaliero interno.

Premesso ciò, ed evidenziato il fatto che la normativa di armonizzazione deve informarsi al principio della tutela di diritti concreti ed effettivi e pertanto, pur escludendo orpelli formali di mero appesantimento spesso propri delle procedure penali

degli Stati Membri, deve garantire all'accusato l'esercizio effettivo del diritto di difesa e conseguentemente l'efficacia dell'intervento del difensore sin dall'inizio del procedimento penale, allora si devono stigmatizzare alcuni assunti della recente direttiva in tema di garanzie minime dell'accusato.

In particolare il regime derogatorio appare in pieno contrasto con la *ratio* della direttiva stessa: se invero ciò che deve essere posto come obiettivo è la concreta ed effettiva tutela del diritto di difesa e comunque della garanzie minime dell'accusato, allora, stabilite queste, derogarvi significa abdicare a favore delle resistenze "nazionali" al percorso di armonizzazione.

Cartina tornasole dei livelli minimi di garanzia nel procedimento penale è, ovviamente, l'art. 6 Convenzione EDU: le deroghe previste nella direttiva lasciano spazi di evidente contrasto con lo stesso dettato della Convenzione, in quanto consentono un accesso alla difesa tecnica solo ottriatto, discrezionale, tardivo e, a volte, esclusivamente formale.

Il regime derogatorio, quindi, rende inefficace – senza mezzi termini - l'accesso alla difesa e soprattutto l'intervento del difensore, in un numero n+1 di casi, di difficile enumerazione e di impossibile catalogazione per l'indeterminatezza di alcune definizioni (una per tutte: reati di minor gravità), lasciate al "prudente" apprezzamento delle autorità inquirenti.

Appare significativo come tale regime derogatorio si concretizzi in un vulnus ferale dell'intera direttiva a detrimento oltretutto dell'intero corpus normativo teso all'armonizzazione del diritto penale europeo e alla formazione di una diversa giustizia penale europea. Non appare ultroneo evidenziare proprio il regolamento del Pubblico Ministero Europeo può essere utilizzato come esempio dei difetti gravi della direttiva in ordine al diritto di difesa.

Se, come è vero, il regime di deroga ai livelli minimi di garanzia difensiva fa riferimento anche e soprattutto alle legislazioni nazionali, consentendo l'abbattimento degli "standard", allora il Pubblico Ministero Europeo, potendo di fatto "scegliere" il foro di competenza tra il luogo di commissione del delitto, ovvero di residenza dell'accusato, ovvero di residenza della vittima, potrebbe strategicamente "scegliere" il foro nello Stato Membro che con più e migliori deroghe consente di agire in sede di indagine senza aver la necessità di interloquire con la difesa dell'accusato o anche soltanto informare l'accusato.

Appare evidente che tale regime derogatorio apre a scenari inadeguati al rispetto dell'art. 6 della Convenzione EDU e, non meno significativo, anche agli standard di garanzia già propri delle culture giuridiche di molti dei Paesi Membri.

Più nello specifico, si ribadisce quanto scritto nell'Agosto del 2013 dall'Unione della Camere Penali Italiane (UCPI), Osservatorio Europa relativa alla proposta di direttiva: "preme innanzitutto segnalare come non vi sia nessuna indicazione precisa su cosa debba intendersi per "*minor offences*"; l'unico appiglio interpretativo si rinviene, infatti, nei considerando 6d e 6e che forniscono esempi, dichiaratamente non esaustivi, di casi in cui il diritto all'avvocato non è considerato operativo, indicando gli illeciti stradali e gli illeciti previsti da regolamenti municipali. Si comprende, dunque, come la perifrasi in questione potrebbe essere declinata in termini profondamente differenti a seconda dei singoli ordinamenti giuridici degli Stati membri.

Alla luce di quanto precede, sorge quindi il dubbio che lo scopo ultimo di questa oscura disposizione possa essere quello, a dir poco discutibile, di escludere i diritti procedurali

dell'accusato dalle procedure che si svolgono innanzi al giudice amministrativo, incluse quelle di polizia, ovvero innanzi al pubblico ministero (laddove non sia considerato autorità giudiziaria).

L'UCPI manifesta, dunque, le proprie perplessità rispetto alla formulazione dell'art. 2 paragrafo 2b (introdotto dagli emendamenti LIBE), non presente nella versione originaria della proposta di direttiva. In via subordinata, suggerisce di sostituire la particella disgiuntiva "*or*" con la congiunzione "*and*" in modo da escludere interpretazioni estensive della deroga al diritto di difesa tecnica ed allineare il testo della disposizione ai considerando 6e e 6f.

In seconda battuta, preme altresì rivolgere l'attenzione sull'ulteriore clausola di compressione delle norme minime sul diritto alla difesa tecnica e sul diritto di informare un terzo dello stato di detenzione che, in base ad una lettura scrupolosa del testo emendato, si scorge nel considerando 6b della proposta. Ai sensi di tale previsione, invero, esulerebbero dalla sfera di operatività della direttiva i procedimenti relativi a "*minor offending which takes place within a prison*" ed a "*offences committed in a military context which are dealt with by a commanding officer*".

A tal proposito l'UCPI nota, in primo luogo, che l'immotivata esclusione delle garanzie difensive per i procedimenti aventi ad oggetto condotte criminose poste in essere in un contesto detentivo (che non necessariamente sono realizzate dai detenuti) sia del tutto incomprensibile e assolutamente intollerabile.

Considera, inoltre, altrettanto grave l'esclusione dei procedimenti per i reati (anche non "minori") commessi in un contesto militare. A tal riguardo, si segnala, che la generica indicazione "*military context*" pare non limitare l'esclusione dall'ambito applicativo della direttiva ai soli procedimenti a carico degli appartenenti alle forze armate per le condotte poste in essere nel corso dello svolgimento di attività militari, ma sembrerebbe estendersi anche ai civili che si trovino ad essere accusati per un comportamento tenuto mentre operavano, a vario titolo, in un contesto militare, con conseguenze del tutto inaccettabili sul piano delle cautele difensive e del principio di eguaglianza. D'altro canto, anche qualora si sia voluto sottrarre dall'orbita della direttiva i soli giudizi per i "reati militari", in quanto oggetto di una giurisdizione speciale, la scelta di non pretendere una regolamentazione dei diritti difensivi per tali procedimenti segna comunque una censurabile regressione del contenuto innovativo della direttiva rispetto al testo presentato dalla Commissione.

Con specifico riguardo al diritto di accesso a un difensore, invece, uno degli elementi più allarmanti è sicuramente da individuarsi nell'introduzione del considerando 6h, mediante il quale si è esclusa tale garanzia per i colloqui "preliminari" con la polizia che abbiano lo scopo di identificare la persona indagata, verificare il possesso di armi, o determinare se dev'esser dato inizio ad una inchiesta.

Sconcerta, in particolare, l'elusione delle garanzie difensive per i colloqui investigativi finalizzati a decidere sull'avvio di un'indagine penale. In questo modo, infatti, si escluderebbero le cautele difensive per quelle attività investigative "preparatorie", tipiche delle inchieste in materia di criminalità organizzata e terrorismo, la cui portata invasiva è analoga agli atti di indagini "tipici" e che spesso mirano a ricercare, piuttosto che ad approfondire, una *notitia criminis*, provocando una notevole alterazione del principio di legalità dell'investigazione. Ciò, peraltro, avviene, ancora una volta, in palese contraddizione con il principio generale sotteso alla proposta di direttiva, per cui il sospettato avrebbe diritto di incontrare in privato e comunicare con il difensore

“prima di essere interrogato dalla polizia o da altra autorità di legge o giudiziaria” (art.3 paragrafi 2 e 2a(a) e 2a(b)).

Per di più, la partecipazione dell'avvocato all'interrogatorio dovrebbe pur sempre compiersi, se ciò non pregiudica il diritto di difesa, nell'osservanza delle procedure previste dalla legge nazionale (ultimo inciso dell'art. 3 paragrafo 2a(b), voluto dalla Francia per poter continuare ad utilizzare l'*audition libre*). A ciò si aggiunga che il considerando 11b limita ulteriormente il contenuto del diritto alla difesa tecnica stabilendo che, qualora si proceda per reati minori e l'indagato non sia stato sottoposto ad interrogatorio di polizia, il difensore potrebbe essere autorizzato a comunicare con il suo assistito esclusivamente per via telefonica (questo voluto dalla Gran Bretagna).

D'altra parte, il successivo paragrafo 2a(c) riconosce il diritto alla partecipazione del difensore ad una serie di atti investigativi tipici (ricognizioni di persona, confronti ed esperimenti giudiziali) ma, al contempo, obbliga lo Stato membro alla doppia condizione che: 1) tale partecipazione sia prevista nell'ordinamento nazionale e 2) per tali atti sia consentita la presenza del soggetto accusato. A ciò si aggiunga che, alla luce della descritta previsione, nulla vieta che, all'atto della trasposizione nel diritto nazionale, non sia riconosciuta l'assistenza legale nell'assunzione di tutti gli altri mezzi di ricerca della prova (si pensi, ad esempio, agli accertamenti tecnici non ripetibili o alle ispezioni e perquisizioni).

In ossequio all'ultimo paragrafo dell'art. 3, inoltre, gli Stati membri dovranno sforzarsi (“*shall endeavour*”) di rendere disponibili le informazioni di carattere generale che facilitano la nomina di un difensore da parte delle persone sospettate o accusate. Ancora una volta, però, si concede al legislatore nazionale la riserva di quanto già previsto dal proprio ordinamento, con la sola raccomandazione che ciò non pregiudichi l'esercizio effettivo del diritto di accesso al difensore dei soggetti privati della libertà personale, sempreché non abbiano rinunciato a tale diritto.

Ad ogni modo, la carica innovativa della direttiva con riferimento alla presenza attiva del difensore all'attività investigativa o processuale del suo assistito (sancita dall'art. 3) è smorzata dall'espressione “*at least*” di cui al considerando 11d, che introduce un'inopportuna discrezionalità in capo agli Stati membri per l'individuazione degli specifici atti cui il difensore dovrebbe essere ammesso”.

Dalle osservazioni di cui sopra consegue che gli standard minimi di garanzia difensiva non possono avere deroghe, per essere conformi al dettato di cui all'art. 6 della Convenzione EDU e debbono assicurare, per ottenere l'effettività delle difese:

- Accesso da parte dell'accusato fin dall'inizio del procedimento alla difesa tecnica;
- Accesso agli atti di accusa entro specifici termini legati alle esigenze di interloquire con l'autorità inquirente a fronte di atti di indagine ovvero di cautele personali o reali;
- Immediata comunicazione all'accusato e la suo difensore del contenuto dell'accusa;
- Inutilizzabilità degli elementi di prova assunte in violazione degli stessi;

L'ultimo punto indicato è corollario necessario dell'inderogabilità dei diritti difensivi minimi: la sanzione processuale deve essere prevista al fine di rendere effettivo il diritto di difesa e non meramente di principio.

A ciò deve aggiungersi un altro elemento che deve essere considerato ugualmente come garanzia minima per l'accusato: la previsione di un'istanza giurisdizionale alla quale l'accusato può rivolgersi al fine di verificare la legittimità ai fini dell'annullamento di provvedimenti ablativi della libertà personale o degli altri diritti tutelati dalla Convenzione EDU.

I diritti minimi dell'accusato non costituiscono né ostacolo, né inibizione all'indagine o all'efficacia della stessa. Anzi, la partecipazione dell'accusato al procedimento in modo cosciente e ed informato e assistito da adeguata difesa tecnica consente di evitare la prosecuzione di procedimenti penali infondati, di trovare tempestivamente soluzioni anche nell'interesse della Giustizia (per esempio, sempre nell'ambito del Pubblico Ministero Europeo, certamente può essere reso assai tempestivo il c.d. compromesso), oltre a consentire di giungere a processi non sanzionabili avanti la Corte EDU.

Appare infine necessario richiamare l'attenzione sulla necessità che l'UE quanto prima aderisca formalmente alla Convenzione EDU.

c) La protezione delle vittime

Il risultato raggiunto dalla legislazione UE è importante anche e soprattutto da un punto di vista simbolico ma la sua effettiva efficacia è da verificare. A tal proposito potrebbe essere sufficiente ricordare i ritardi italiani nell'implementazione della norma e le condanne relative della Corte di giustizia.

La tutela delle vittime nel processo penale è, ora, regolata in via principale dalla direttiva 2012/29/UE che ha sostituito la precedente decisione quadro 2001/220/GAI del 22/3/2001. Ma gli strumenti che riguardano la protezione delle vittime includono anche l'Ordine di protezione europeo (dir. 2011/99/UE del 13.12.2011), la Carta dei diritti, nonché la raccomandazione Consiglio d'Europa n.11/1985, la convenzione relativa al risarcimento delle vittime di reati violenti (Strasburgo 24.11.1983) e infine la dichiarazione ONU "*Justice for victims of crime and abuse of power*" (G.A. res 40/34).

In generale, sia le disposizioni europee, quanto quelle di diritto internazionale non riguardano tanto la partecipazione attiva della vittima nel processo penale quanto, invece, il suo diritto a trovare ascolto in relazione alla vicenda che l'ha coinvolta e il diritto ad ottenere ristoro per quanto subito.

Anche nella direttiva non muta questa impostazione: innanzitutto stabilisce soltanto norme minime permettendo agli Stati di conservare livelli di tutela più elevati¹ di quelli richiesti dalla direttiva stessa, lo scopo principale che essa si prefigge è quello di garantire alla vittima, indipendentemente dalla cittadinanza, nazionalità e luogo di soggiorno, un adeguato accesso alla giustizia. tuttavia resta indeterminato proprio il concetto di "adeguato" poiché l'esercizio dei diritti della vittima resta condizionato al ruolo che viene loro assicurato dal sistema giudiziario degli Stati membri (considerando 9-11). La ragione di fondo di questa impostazione dipende essenzialmente dal fatto che non tutti gli ordinamenti degli Stati membri consentono alla vittima di costituirsi parte civile e diventare a tutti gli effetti parte del processo; in alcuni ordinamenti, le modifiche necessarie ad assicurare l'introduzione di una tale facoltà sarebbe talmente radicale da provocare difficoltà di adattamento dell'ordinamento interno.

¹ restano peraltro immutate le norme destinate, invece, a categorie speciali di vittime disciplinate dalle direttive 2011/36/UE, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime e direttiva 2011/92/UE, relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile

In generale per gli ordinamenti nazionali, la vittima è soltanto una parte eventuale del processo, il più delle volte viene distinta la sua capacità ad intervenire nel processo per chiedere la punizione dell'autore della condotta lesiva, rispetto al diritto di chiedere "ristoro", anche e soprattutto fuori dal processo penale. Quando previste entrambe, la domanda di punizione e la richiesta di riparazione restano comunque istanze distinte, al punto che la dichiarazione di ricevibilità della domanda di costituzione di parte civile non comporta automaticamente analogo riconoscimento alla domanda di riparazione².

Con la direttiva, finalmente si definisce meglio e si amplia la definizione di "vittima", all'articolo 2 §1 si include oltre che la persona fisica che abbia subito un pregiudizio fisico, mentale, emotivo o economico a causa di reato, anche i familiari della persona la cui morte sia stata causata direttamente da un reato e che abbiano conseguentemente subito pregiudizio.

Nel testo della direttiva si distinguono diritti il cui esercizio prescinde dalla partecipazione della vittima ad un processo penale imperniati su un meccanismo di valutazione individuale (come il diritto ad essere informati, il diritto all'assistenza in particolare allo scopo di evitare processi di "vittimizzazione secondaria") e diritti da esercitare nel contesto del processo penale. Tuttavia, non vi sono indicazioni specifiche concernenti sistemi e meccanismi di valutazione della vittima da applicare, che sono completamente rimessi agli Stati membri, né vi è una definizione del fenomeno della "vittimizzazione secondaria"³, ma solo un'astratta previsione di formazione "dei funzionari suscettibili di entrare in contatto con le vittime".

Il primo problema che deriva dal non aver dato una connotazione chiara e uniforme alla posizione della vittima di un reato, all'interno e/o all'esterno di una procedura penale è che quando viene introdotta una domanda di riparazione è difficile determinare fino a che punto essa dipenda dal processo penale. Quando la determinazione della responsabilità penale in relazione ai fatti oggetto del processo ha l'effetto di attribuire un diritto concreto alla vittima?

Non soccorre molto il ricorso al riferimento extra unione europea, della giurisprudenza della CEDU⁴ che ha affermato in alcuni casi che il diritto all'indennità dipende strettamente dal risultato dell'azione penale, cioè, dalla condanna degli autori del reato, ma non sono mancate decisioni in cui il dato non è considerato pacifico o assoluto, poiché si è richiesto di verificare se la contestazione avanzata nel processo riguardasse solo il riconoscimento dei diritti e delle obbligazioni di carattere civile o se assolvesse anche ad una funzione di natura penale, diretta, quindi, al riconoscimento della colpevolezza degli imputati.

In realtà v'è da ritenere che, proprio per non incorrere nelle obiezioni degli Stati che non contemplano la partecipazione attiva della vittima nel processo penale, con la direttiva

² Tra l'altro, la domanda di riparazione non deve, generalmente, essere obbligatoriamente introdotta nel processo penale, ma può essere oggetto di una azione civile del tutto indipendente.

³ per la quale, conseguentemente, dovrà richiamarsi quanto elaborato nel contesto del Consiglio d'Europa e la giurisprudenza della CEDU.

⁴ tra le altre si v. *Moreira de Azevedo c. Portogallo*, 23 ottobre 1990, *Tomasi c. Francia* 27 agosto 1992, *Acquaviva c. Francia* 21 novembre 1995, *Zander c. Svezia* 25 novembre 1993, e *Perez c. Francia* 12 febbraio 2004 nella quale la Corte cerca di risolvere gli inconvenienti causati da questa giurisprudenza contraddittoria, stabilendo che l'elemento determinante è dato proprio dal trattamento normativo assicurato dallo Stato coinvolto alla vittima del reato, dato che la costituzione di parte civile non è altro che una modalità di esercizio dell'azione civile tesa ad ottenere una riparazione, è chiaro che la determinazione della fondatezza dell'accusa si rivela determinante ai fini del risultato risarcitorio. Il che, in ogni caso, non pone i diritti difensivi della vittima sullo stesso piano dell'imputato, ma

europea si sarebbe potuto optare per una prospettiva differente, cogliendo l'occasione per approfondire e incoraggiare strumenti riparatori e di mediazione, che con questa disciplina vengono introdotti ma non definiti, spostando la tutela della vittima all'esterno del meccanismo processuale, con un effetto, potenzialmente favorevole all'obiettivo fondamentale enunciato di evitare i fenomeni di vittimizzazione secondaria.

In secondo luogo è necessario stabilire con regole chiare le condizioni e le modalità di accesso al ristoro dei danni: subordinandolo all'accertamento penale? ad altro tipo di accertamento? con quale estensione soggettiva? a chi va rivolta la domanda di riparazione? da chi dev'esser soddisfatta? dovranno esser costituiti fondi statali per il risarcimento delle vittime dei reati?⁵

Non si può dimenticare che gli obiettivi del giusto processo in materia penale ed in particolare i diritti fondamentali, tra i quali il diritto di difesa nel processo, devono ricevere una considerazione ed una tutela più elevata di quei diritti fondati su obbligazioni di carattere civile e pertanto, a titolo di mero esempio, l'introduzione di una domanda di ristoro da parte di una vittima di un reato non dovrebbe impedire l'accesso a soluzioni alternative al processo penale, ove disponibili e consentite.

Bisogna ricordare e sottolineare, infatti che è contrario all'interesse della vittima che il processo penale sia caratterizzato dalla compressione o addirittura violazione dei diritti fondamentali dell'imputato, poiché la decisione che ne dovesse risultare finirebbe col ritorcersi contro gli interessi della vittima stessa: diventa, infatti, estremamente difficile porre in esecuzione la decisione che contiene la condanna di un imputato i cui diritti sono stati violati.⁶

Il terzo punto fondamentale è costituito, ancora una volta dall'esercizio del diritto alla prova: l'essenza stessa del processo penale, l'elemento di cui deve essere in assoluto garantita l'autenticità e la genuinità.

Se, da un lato, è in assoluto condivisibile la necessità di consentire alla vittima di partecipare al processo, di essere ascoltata nell'ambito del procedimento penale e che tale deposizione possa essere considerata quale elemento di prova, di descrivere oggettivamente lo svolgimento dei fatti, di poter esprimere il proprio punto di vista in maniera adeguata⁷ e finanche senza dover subire la presenza dell'imputato, non va dimenticato che, in ogni caso non è dato ad essa l'esercizio dell'azione penale. Il contributo della vittima, quindi, deve essere di supporto all'accusa, eventuale, e non principale, anche i fini di quelle tutele che si intende apprestarle con la disciplina della direttiva, dirette a proteggerla, ad evitarne la "vittimizzazione secondaria" ed a favorire il ristoro rispetto alla situazione dannosa da essa subita. Sotto questo profilo non è certo la giurisprudenza CEDU ad offrire un avanzamento della tutela dei diritti difensivi, ed assicurare un contraddittorio autentico, poiché consente non solo misure di protezione

⁵ Già la costituzione di fondi ha causato, nei decenni passati, discussioni, sia con riferimento alle modalità di ricorso nei confronti del fondo, dove esistente, sia quanto agli obblighi e all'impegno economico, di strutture e di amministrazione che la creazione e gestione del fondo stesso comporta per gli Stati che non ne sono provvisti.

⁶ Si veda, per tutte la sentenza della causa Krombach del 28 marzo 2000, C-7/98 Corte di Giustizia delle Comunità europee, in particolare §38.

⁷ Recentemente anche causa X c. Y C-507/10 sentenza del 21 dicembre 2011, §43 "Tuttavia né le disposizioni della decisione quadro, né l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, garantiscono alla vittima di un reato di provocare l'esercizio di azioni penali contro un terzo al fine di ottenerne la condanna."

come l'audizione a distanza, ma estende la protezione all'anonimato ed a testimonianze sottratte a controesame o controinterrogatorio da parte della difesa.

Nemmeno la Corte di Giustizia UE ha ritenuto che una siffatta compressione del contraddittorio violi i diritti fondamentali, che pure essa dovrebbe garantire attraverso l'applicazione della Carta. Proprio in merito alle regole del giusto processo, ad es. recentemente nelle sentenze RADU e MELLONI, la Corte⁸ ha proposto una lettura reazionaria della Carta di diritti fondamentali subordinando i diritti individuali - inclusi i diritti di difesa - alle finalità di cooperazione giudiziaria.

Lo Stato membro che voglia applicare uno standard di protezione dei diritti fondamentali più elevato di quello derivante dalla Carta, secondo queste decisioni, non può farlo perché ostacolerebbe l'applicazione di atti dell'UE conformi alla Carta, compromettendo il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione e mettendo in discussione "l'uniformità dello standard di tutela dei diritti fondamentali definito" (nel caso specifico della decisione quadro sul MAE). Consentire agli Stati l'applicazione di standard più elevati di tutela, insomma lederebbe "i principi di fiducia e riconoscimento reciproci che essa mira a rafforzare e, pertanto un pregiudizio per l'effettività della suddetta decisione quadro."

Non è difficile comprendere che una tale impostazione comporta un livellamento delle garanzie verso il basso, inaccettabile non solo per la disparità di trattamento che comporta tra i casi che saranno soggetti a livelli di tutela differenti, ma soprattutto che il principio che è ad essa sotteso.

La direttiva sulle vittime che miri concretamente a stabilire uno standard adeguato di tutela sia nel processo penale che al di fuori, quindi, dovrebbe concentrare la disciplina sullo sviluppo del sistema riparatorio e valorizzare risorse alternative alla partecipazione nel processo penale, individuando linee guida chiare e uniformi che oltre a permettere di determinarne le caratteristiche ed esigenze specifiche di protezione, indirizzino attraverso meccanismi precisi e condivisi, verso strumenti alternativi di giustizia riparatoria più efficaci al fine di diminuire la cosiddetta vittimizzazione secondaria.

d) Adozione di strumenti che facilitano l'indagine e l'esercizio dell'azione penale

La necessità individuare al livello europeo gli standard minimi di garanzie difensive è certamente necessario, soprattutto vista l'adozione di strumenti che facilitano l'indagine e l'esercizio dell'azione penale.

Nell'ottica della necessaria implementazione delle garanzie difensive a favore delle persone sottoposte a procedimento penale, è necessario evidenziare che lo strumento più utilizzato ed efficace in tema di reciproco riconoscimento delle decisioni penali, il Mandato di Arresto Europeo (EAW), si è rivelato certamente efficace nell'azione repressiva ma pericoloso per la tutela delle garanzie delle persone sottoposte a consegna.

Le criticità del sistema EAW sono state sottolineate dalla voce della difesa anche nel rapporto di Justice *"European Arrest Warrants – Ensuring an effective defence"* del 2012, presentato al Parlamento Europeo nell'ottobre dello stesso anno, al quale si fa, in parte qui richiamo.

⁸ Radu causa C-396/11 sentenza del 29.1.2013, Melloni causa C-396/11 sentenza del 26.2.2013, con una decisione che, tra l'altro, ha ridotto la portata dell'ordinanza di remissione della questione pregiudiziale.

In particolare il rapporto ora ricordato, evidenziava due elementi fondamentali: necessità di una assistenza difensiva sia nel paese richiesto sia nel paese richiedente, specializzazione (ovvero alta preparazione) dei difensori per assicurare una effettiva difesa.

Oltre a ciò emergeva anche la problematica correlata della difesa d'ufficio e quindi della formazione adeguata del difensore d'ufficio, adeguata ai necessari standard di preparazione per assicurare una difesa effettiva.

Infine, si doveva evidenziare la necessità di rendere effettiva anche la difesa del non abbiente.

La direttiva sulle garanzie defensionali appare un sicuro passo avanti nella corretta direzione, ma ugualmente i regimi derogatori di fatto rendono spesso vane le petizioni di principio.

La collaborazione tra Stati membri nella materia penale appare essere tutta segnata dai limiti negativi per le garanzie dell'accusato ovvero del condannato già individuati nella analisi e nell'esperienza dell'EAW: sommarietà nella esecuzione del mandato, funzione delle Corti interne meramente formalistica, assenza di accenni alle garanzie difensive, sul presupposto di una reciproca assoluta fiducia negli ordinamenti degli Stati Membri.

Ciò evidenzia un ancor più significativo e radicale difetto nella progettazione della normativa di mutuo riconoscimento: le difformità tra i vari Paesi sia nel diritto sostanziale penale, sia nel diritto processuale.

Nel diritto sostanziale le differenze sono tali da aver costretto il legislatore Europeo a indicare non fattispecie riconducibili a reati ben tipizzati, ma a descrizioni di fatti ritenuti penalmente rilevanti e genericamente sanzionati penalmente in ogni Stato Membro, ciò in particolare nella esperienza del EAW.

Questo metodo di legiferazione è indicativo di sommarietà e ha provocato storture nel sistema: ciò che costituisce reato in più paesi spesso è sanzionato in modo assai difforme, ovvero in alcuni stati consente l'applicazione di misure cautelari personali, altrove no.

Analoghe conseguenze, all'attuale stato di difformità tra gli ordinamenti, sono prevedibili nel caso di attuazione del Mandato Europeo per fini probatori.

In conclusione, sul punto, per limitare la problematicità in quella che appare essere una fase comunque di transizione ma dai tempi imprevedibili, è indispensabile assicurare l'effettività delle garanzie difensive dell'accusato o comunque del soggetto richiesto anche condannato, in quest'ultimo caso nell'ambito del EAW e condizioni minime perché ciò sia assicurato appaiono le seguenti:

- Accesso immediato alla difesa tecnica, con previsione di effettiva assistenza per i non abbienti;
- Accesso immediato alla difesa tecnica sia nel Paese richiesto sia in quello richiedente, ovvero sia presso la Procura Europea sia presso lo Stato membro ove si svolgono le indagini;
- Proporzionalità tra effetti del mandato transazionale in ordine alla limitazione dei diritti fondamentali dell'accusato o del richiesto e la natura delle accuse o dei provvedimenti in esecuzione (con attenzione anche alla lettura comparatistica delle legislazioni interne interessate);

L'effettività della difesa, inoltre, è assicurata dalla preparazione degli avvocati proprio in ordine alle controversie transfrontaliere, la quale deve essere certamente oggetto centrale dell'attenzione dei singoli Stati Membri nonché, in secondo luogo, della stessa UE.

e) Protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea

In tema di protezione degli interessi finanziari, il riferimento attuale è costituito dalla proposta di direttiva COM (2012) 363 *"relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale"* che sintetizzando il percorso compiuto in circa trenta anni di analisi del fenomeno delle frodi e predisposizione di strumenti di contrasto, rappresenta un processo di *Lisbonizzazione*, in particolare della disciplina della convenzione del 1995.

La proposta prende spunto dall'analisi delle inefficienze nazionali nel perseguire e reprimere le frodi comunitarie, per le quali si ritiene, quindi, necessario un intervento sul piano europeo, al fine di risolvere il mancato "follow up" delle indagini dell'OLAF o addirittura la loro archiviazione. In realtà l'analisi omette del tutto l'informazione su quanta parte di tali indagini archiviate o non perseguite sia rilevante sotto il profilo amministrativo (che è il campo di azione tipico e specifico dell'OLAF) piuttosto che sotto il profilo penale dello Stato o degli Stati interpellati. Di conseguenza non sono distinte nemmeno le violazioni penalmente rilevanti con l'indicazione dei reati ravvisabili nelle condotte oggetto di indagine. altra carenza dell'analisi è data dall'assenza di riferimenti sulle motivazioni con cui una parte - in misura sconosciuta - di tali indagini sarebbe stata archiviata da parte delle autorità nazionali (di cui non si conosce la natura, giudiziaria o non giudiziaria, amministrativa o penale). E' intuibile che tali aspetti non sono richiesti per far sfoggio di analisi e numeri, ma perché è evidente che la decisione di archiviazione per intervenuta prescrizione, piuttosto che per un conflitto negativo di competenza, richiedono di essere affrontate in maniera diversa, e lo stesso conflitto negativo può tanto riguardare una competenza territoriale che l'individuazione del tipo di autorità che l'ordinamento ha deputato a perseguire la violazione denunciata.

La proposta di direttiva PIF ha il pregio di tendere alla costituzione di un nucleo di diritto sostanziale che trova la sua giustificazione nella necessità di istituire una tutela degli interessi propri dell'UE, uniformando le definizioni di un numero, per ora relativamente ristretto di reati e le relative sanzioni. In effetti le definizioni delle fattispecie di reato sono assenti nella proposta, mentre vengono identificate, in maniera generica, come "frode che lede gli interessi finanziari" dell'Unione delle attività (azioni o omissioni) collegate a generiche condotte di cui non sono definite le caratteristiche ma cui consegua un effetto finanziario che interferisce con il funzionamento delle finanze europee.

L'effetto, quindi, di raggiungere una armonizzazione di base riguardo ad alcune fattispecie di reati, con questa proposta fallisce clamorosamente (eppure serie e concrete premesse per proposte meglio articolate sono state formulate, nel corso degli anni, con vari progetti e studi come quello del *Corpus Juris*).

La proposta, tra l'altro, prevede anche l'introduzione di alcuni elementi di parte generale del diritto sostanziale con l'inclusione della punibilità della istigazione, del favoreggiamento, del concorso e del tentativo di reato di frode; tuttavia anche qui, il testo della proposta di direttiva si limita a richiedere agli Stati membri di prevedere la punibilità di tali ipotesi, senza indicare elementi che permettano di definire le attività

preparatorie del reato, piuttosto che i limiti della condotta di favoreggiamento o di concorso nel reato, o dell'istigazione.

La difficoltà principale che deriva da questa formulazione, dipende, in primo luogo dal fatto che la proposta di direttiva non è un testo "standing alone" ma va inserito nel più ampio progetto di creazione di un ufficio del Pubblico ministero europeo e di una direttiva sui rapporti tra azione penale ed azione amministrativa di contrasto alle frodi, oltre che, infine, collegata alla nuove competenze in tema di indagine ed accertamento, oggetto della riforma dell'OLAF, che è l'istituzione europea cui compete l'accertamento essenzialmente di tipo amministrativo, e la denuncia alle autorità giudiziarie dei casi.

La collocazione in questo più ampio quadro legislativo, permette di comprendere come la formulazione della proposta contenuta nella comunicazione COM (2012)363 sia insoddisfacente poiché è necessario chiarire il confine di applicazione degli strumenti di tipo amministrativo, rispetto a quelli di natura penale, identificare in maniera chiara le competenze europee, sia sul piano investigativo che repressivo, poiché dalla chiarezza di tali delimitazioni dipende l'applicazione, residuale, delle norme e delle procedure nazionali. Il diverso regime giuridico cui sono sottoposte le differenti ipotesi oggetto di accertamento, investe, naturalmente, anche le regole sull'utilizzo dei risultati delle indagini dei differenti uffici o agenzie europee o nazionali, l'applicabilità di un dato sistema sanzionatorio, di un certo regime di garanzie individuali e processuali e degli strumenti di ricorso e rimedi giurisdizionali.

Senza addentrarci nelle connessioni con argomenti che sono trattati in altri paragrafi di questo scritto, va, certamente, sottolineato che il problema principale di questa proposta di direttiva è dato proprio dal raccordo verticale tra la normativa destinata a disciplinare le fattispecie a carattere "europeo" rispetto a quella applicabile negli ordinamenti nazionali: la direttiva provoca potenzialmente forti discriminazioni, con violazione del principio di uguaglianza, a causa dell'applicazione di norme divergenti in ipotesi analoghe. Ed infatti sono state rilevate incompatibilità nell'adattamento al regime della prescrizione richiesto dalla proposta, oltre che sottolineata la sproporzionata interferenza di una tale disciplina rispetto al regime nazionale, senza che tale intervento fosse effettivamente giustificato dal raggiungimento degli obiettivi della direttiva.

Tra le osservazioni degli Stati che hanno presentato dei pareri contrari alla proposta quella che pare più rilevante, proprio nella prospettiva qui sopra anticipata, sottolinea come alcuni obblighi imposti agli Stati, quale, ad esempio, quello sulla sanzione minima della reclusione, siano incompatibili con quei sistemi nazionali che prevedono soluzioni alternative al processo penale, con un effetto non solo discriminatorio rispetto ad ipotesi analoghe ma con estensione esclusivamente nazionale, ma ingiustificatamente limitativo della sovranità nazionale oltre che inefficiente ed inefficace sotto il profilo della rapidità della soluzione e repressione della vicenda, e infine lesivo dei diritti individuali, ove ricorrano le condizioni che consentono l'accesso a soluzioni alternative a quelle giudiziarie.

Si è evidenziato, inoltre che non appare evidente, dalla normativa, la distinzione tra condotte rilevanti penalmente e quelle, invece, sottoposte ad accertamento di tipo amministrativo, e questo, è tanto più rilevante, in quanto va evitata la sottoposizione ad un doppio regime di accertamento e punizione, tanto più che frequentemente le seconde, pur non avendo rilevanza penale, hanno spesso effetti risarcitori/restitutori più penetranti anche sotto il profilo della deterrenza.

Si comprende, quindi, che questa formulazione contenuta nella COM (2012) 363 sia stata ritirata, in favore di una proposta che verrà nuovamente negoziata e discussa davanti al Parlamento europeo.

Il nuovo testo, non ancora accessibile sul sito Eur-lex, prevede innanzitutto una modifica della base giuridica di riferimento⁹, che diventa l'art. 83 §2 riconsegnando, quindi, agli Stati il termine per l'esercizio della facoltà di *opting out*.

Oltre a mutare la base giuridica, la nuova formulazione dovrebbe chiarire che anche questa direttiva è destinata ad introdurre delle regole minime relative alle definizioni dei reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione e alle sanzioni ad essi applicabili, escludendo, però, dal testo la disciplina dell'IVA (inclusa nella precedente formulazione), per integrare, invece, delle definizioni riguardanti il riciclaggio di danaro, la corruzione attiva e la corruzione passiva e lo sviamento di fondi. Sono state annunciate modifiche anche delle sanzioni previste per le persone fisiche, l'indicazione delle circostanze aggravanti e dell'articolo sulla prescrizione.

In mancanza di un testo pubblico del negoziato, è difficile esprimersi sull'adeguatezza delle modifiche rispetto alle annotazioni degli Stati ed agli obiettivi da raggiungere. Nondimeno è possibile formulare alcune osservazioni: quanto emerge, in via principale, dalle norme fin qui adottate o proposte, è che nel nuovo processo di "*lisbonizzazione*" dello spazio giudiziario europeo gli interessi sono concentrati sul diritto finanziario e sulla criminalità che lo accompagna, tuttavia, le normative si indirizzano espressamente ed inevitabilmente al diritto processuale/procedurale, poiché esso è, contemporaneamente, un obiettivo ed uno strumento per la realizzazione di uno spazio giudiziario unico e per lo sviluppo della reciproca fiducia e del reciproco riconoscimento.

La spinta in questa direzione, però, è segnata da un forte squilibrio tra l'obiettivo "sicurezza" e l'obiettivo "libertà" che finisce col ripercuotersi a detrimento della "giustizia" che riceve un'impronta essenzialmente repressiva, incentrata sullo sviluppo delle istituzioni e orientata dalle decisioni politiche¹⁰.

E' necessario, perciò, ricondurre al centro dello sviluppo del sistema giudiziario europeo la effettiva ed efficace tutela delle garanzie e dei diritti fondamentali, senza considerarla una questione marginale e già risolta con il richiamo ai principi sanciti dalla Carta e dalla (ancora non avvenuta) adesione alla convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali.

f) Supporto (istituzionale) alla lotta contro il crimine

Il richiamo agli strumenti di facilitazione della cooperazione e dello sviluppo dei rapporti tra istituzioni giudiziarie come Eurojust, l'European Judicial Network, o il progetto di realizzazione di un casellario giudiziario europeo, ancora una volta rimarcano il rafforzamento delle strutture repressive, nell'obiettivo di raggiungere una maggior efficienza della macchina giudiziaria, senza nessuna particolare attenzione

⁹ Non sarà più l'art. 325 §4, che peraltro sottraeva agli Stati la possibilità di esercitare la clausola di *opting out*.

¹⁰ Che le scelte siano soprattutto politiche e non ispirate dalla costruzione di un "sistema giudiziario" risulta evidente proprio dall'esame della motivazione per la scelta della base giuridica della proposta di direttiva: l'annunciata scelta del riferimento dell'art. 325 par. 4 era espressamente legata alla procedura legislativa che ne consegue, visto che in questo modo l'adozione della direttiva segue una procedura che, tra l'altro, non consente l'esercizio dell'"*opting out*".

all'innalzamento degli standard di protezione dei diritti o al miglioramento degli spazi di tutela a vantaggio del diritto alla difesa e del ruolo dei difensori. Il ruolo degli avvocati e la funzione della difesa tecnica non vengono, infatti, adeguatamente presi in considerazione nei citati strumenti giudiziari né si prevedono particolari ruoli per organismi in grado di rafforzare ruolo e prerogative della difesa penale.

Soprattutto nella prospettiva dell'avvocatura penalistica una costruzione del sistema giudiziario europeo improntata su una logica repressiva e di politica criminale marchiata da una cultura della repressione e della prevenzione sociale appare assolutamente insoddisfacente.

Si va in effetti sempre più abbandonando la logica di un sistema penale inteso come Magna Charta delle libertà a favore di un sistema penale che pare avere come prioritario obiettivo quello della repressione di fenomeni considerati socialmente pericolosi. Tale sbilanciamento appare in contrasto con la tradizione europea del processo penale.

D'altro canto la previsione ed il rafforzamento di istituzioni finalizzate al rafforzamento della lotta contro il crimine determina un progressivo slittamento verso una logica *tout court* repressiva.

Tale impostazione culturale andrebbe infatti bilanciata attraverso la previsione di un ruolo effettivamente forte della difesa penale nei processi di integrazione sovranazionale, anche a cospetto degli organismi amministrativi di cooperazione giudiziaria, prevedendo specifiche ipotesi di diritto di accesso agli atti gestiti dagli organismi di cooperazione o comunque la possibilità di interloquire con tali livelli di cooperazione giudiziaria.

Appare inoltre necessario prevedere ed istituire anche a livello europeo istituti di garanzia del diritto di difesa idonei alla garanzia di tale fondamentale presidio anche (se non forse ancora di più) nelle vicende transfrontaliere.

Va previsto, quindi, un rafforzamento degli istituti destinati a garantire il patrocinio pieno dei non abbienti e la possibilità di esercitare attività difensive anche in casi caratterizzati dall'interessamento di più giurisdizioni.

Vanno inoltre meglio disciplinate le procedure di funzionamento degli organismi di cooperazione transnazionale in fase di indagine al fine di impedire abusi relativi alla gestione delle prove o modalità non garantite per quanto riguarda la acquisizione di documenti e fonti di prova.

Va infine riaffermato che con riferimento a vicende relative alla amministrazione della Giustizia l'efficienza delle procedure non va semplicemente misurata in termini di brevità della loro durata o quantità di condanne emesse o di provvedimenti eseguiti.

Un sistema giudiziario e la sua efficienza si misura non attraverso parametri quantitativi alla stregua di quelli ricordati ma essenzialmente in base alla capacità di rispetto dei diritti fondamentali, tutela effettiva dei diritti delle vittime e coerenza costituzionale degli strumenti e delle procedure messe in campo.

La Giustizia penale riguarda infatti la vita e la libertà dei cittadini europei o di quanti sono soggetti alla sovranità delle istituzioni europee; l'Europa come patria delle carte dei diritti e dello stato di diritto non può accettare abbassamenti degli standard di garanzia e tutela dei diritti umani perché è l'effettività di questi che differenzia un buon sistema di giustizia da un sistema di giustizia inaccettabile.

In definitiva le politiche di rafforzamento e di creazione di istituzioni finalizzate alla lotta contro il crimine pur essendo auspicate dalla stessa avvocatura debbono tenere in debito conto la necessità di rafforzare i presidi di tutela dei diritti individuando poteri e spazi propri della difesa legale.

Alla Commissione ed alle istituzioni europee l'arduo compito di individuare momenti istituzionali e meccanismi legali idonei a garantire avverso lo svilimento e l'indebolimento dei presidi di garanzia pur nel perseguimento delle finalità di lotta alla criminalità.

Challenges

Non resta che rinnovare le considerazioni sui futuri obiettivi e sfide per la realizzazione di uno spazio giudiziario europeo e per il rafforzamento della reciproca fiducia. Essi non possono prescindere dal rafforzamento delle garanzie e dei diritti individuali.

Vi è soprattutto da risolvere un problema culturale. La giustizia non può essere intesa semplicisticamente come strumento di sanzione di reati ma come procedimento di accertamento delle responsabilità.

I giudici non sono meri emettitori di sentenze di condanna da far circolare e riconoscere liberamente in Europa ma soggetti di un procedimento regolamentato e volto all'accertamento delle responsabilità.

Tale procedimento di accertamento della responsabilità trova la sua legittimazione nel rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento ed in primis nell'applicazione del diritto alla difesa.

Quanto al ruolo della vittima, effettivamente il diritto UE ha determinato un innalzamento dell'attenzione da parte dei sistemi giudiziari nazionali, quello italiano incluso.

La strada è quella di una giustizia sempre più "ristorativa" e sempre meno vendicativa. A tal proposito non può essere tralasciata una sempre maggiore attenzione rispetto alla qualità dell'esecuzione penale.

Il raggiungimento dell'effettività del diritto europeo non può tradursi in mera attenzione al potenziamento degli strumenti repressivi, esecuzione transfrontaliera di misure o di cooperazione e coordinazione tra autorità nazionali.

E' necessario rafforzare la cultura europea del giusto processo e contribuire ad una formazione europea dell'avvocato penalista, fornendo all'avvocato difensore gli strumenti di intervento nei processi di cooperazione, assicurando al "sospettato" o "indagato" un accesso, attraverso le attività difensive, nelle fasi di esecuzione transfrontaliera dei provvedimenti cautelari, anche in materia reale. Oggi il settore è caratterizzato da una estrema opacità e dall'assenza di veri e propri diritti di accesso alle documentazioni prodotte e trasmesse in sede rogatoria o di cooperazione giudiziaria.

Amedeo Barletta

Maria Mercedes Pisani

Massimiliano Testore