



INSTITUTE FOR RESEARCH INTO EUROPEAN CRIMINAL LAW

CENTRO STUDI DI DIRITTO PENALE EUROPEO

CENTRE D'ÉTUDES DE DROIT PÉNAL EUROPÉEN

CENTRO STUDI DI DIRITTO PENALE EUROPEO

Via Mentana 1 – 22100 Como - Italy

sito web: www.dirittopenaleeuropeo.it

e-mail: info@dirittopenaleeuropeo.it

Italian version

LE GARANZIE DIFENSIVE

DINANZI AL PUBBLICO MINISTERO EUROPEO

Indice:

1. Presentazione del Centro Studi di Diritto Penale Europeo.
2. Obiettivi del presente lavoro.
3. Il difensore europeo.
 - 3.1. Le norme minime comuni.
 - 3.2. La patologia degli atti compiuti senza difensore.
 - 3.3. Le garanzie per il difensore.
 - 3.4. Le regole operative nello svolgimento dell'attività difensiva.
4. La fase delle indagini preliminari.
 - 4.1. Obbligatorietà e discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale.
 - 4.2. Coordinamento tra l'Ufficio del Procuratore europeo e le autorità nazionali.
 - 4.3. Investigazioni difensive.
 - 4.4. Atti garantiti, avvisi, comunicazioni e notificazioni.
5. Le misure cautelari.
 - 5.1. Le norme minime comuni.
 - 5.2. Le garanzie processuali.
6. La prova.
7. Il coordinamento tra il diritto processuale e il diritto sostanziale.

1. Presentazione del Centro Studi di Diritto Penale Europeo

Il Centro Studi di Diritto Penale Europeo (CSDPE – www.dirittopenaleeuropeo.it), costituito a Como nel 2002, ha lo scopo di favorire la ricerca e gli studi di diritto penale e di diritto processuale penale in un’ottica europea, raccogliendo e catalogando il relativo materiale, organizzando incontri di studio e congressi internazionali ove si discuta delle tematiche più controverse ed attuali.

In particolare, il Centro Studi, nato per iniziativa della Facoltà di Giurisprudenza dell’Università dell’Insubria, dell’Unione Avvocati Europei (UAE - www.uae.lu) e della Camera Penale di Como e Lecco, d’intesa con il Consiglio dell’Ordine di Como, si propone di stimolare e di raccogliere gli studi e le riflessioni sulle nuove forme di integrazione tra gli Stati dell’Unione, mentre, dall’altra parte, ambisce a rappresentare un punto di osservazione privilegiato da cui registrare gli indirizzi interpretativi forniti dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, che costituisce sempre di più, con la sua giurisprudenza, un baluardo posto a tutela dei diritti fondamentali dell’individuo, cristallizzati nella Convenzione europea dei diritti dell’uomo.

Il Centro Studi pubblica testi di approfondimento, al fine di predisporre una collana di scienza giuridica europea e rappresenta un riferimento, costantemente aggiornato, per studenti e studiosi (accademici, professionisti, funzionari UE).

Attraverso il proprio sito web e il servizio di newsletter, il Centro studi fornisce ampia documentazione sull’attività dell’Unione europea nel campo del diritto penale e processuale penale, senza trascurare l’ambito costituzionale e comunitario, oltre a segnalazioni bibliografiche, iniziative e pubblicazioni.

Da circa 10 anni, il Centro Studi organizza annualmente un Convegno di Studi in Italia, prima a Como e successivamente a Milano, in stretta collaborazione con UAE (Unione degli Avvocati Europei) e con il contributo finanziario di OLAF, sulle tematiche legate alla tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea. Nel gennaio 2013 il Convegno, al quale hanno partecipato qualificati relatori italiani e stranieri, ha avuto ad oggetto "*L'istituzione del Procuratore europeo e la tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea*".

2. Obiettivi del presente lavoro

Il parere presentato dal Centro Studi di Diritto Penale Europeo si propone, in primo luogo, di individuare le garanzie minime da riconoscersi all'indagato/imputato nel corso dell'attività investigativa espletata dal Pubblico Ministero Europeo (di seguito PME); in secondo luogo, di delineare le regole operative per garantire tale difesa attraverso l'analisi di poteri e facoltà conferite al difensore.

In considerazione del rango costituzionale e internazionale dei diritti coinvolti nell'analisi, appare necessaria una definizione preliminare dell'ambito di applicazione *rationae materiae* nonché un'interpretazione restrittiva delle competenze del PME. Nel presente scritto verranno analizzate dalla prospettiva della difesa, difensore e indagato/imputato, le norme minime comuni per quanto attiene agli aspetti investigativi e probatori, incluse le indagini difensive, nonché alle misure coercitive. Si affronterà brevemente la questione dell'obbligatorietà dell'azione penale e del necessario coordinamento tra il futuro ufficio del procuratore europeo e quelli delle procure nazionali. Infine verrà trattata,

sempre in chiave difensiva, la questione della circolazione della prova.

3. Il difensore europeo

La delimitazione della fisionomia del difensore europeo, inteso quale protagonista procedimentale contrapposto al PME, non può prescindere, in primo luogo, dall'esatta individuazione delle garanzie riconosciute all'indagato, all'imputato e, più in generale ai soggetti coinvolti nell'indagine. Infatti, la definizione di garanzie minime riconosciute a tali soggetti non costituisce un mero esercizio teorico, ma ha evidenti ricadute pratiche.

3.1. Le norme minime comuni

Le *norme minime comuni* rappresentano il nucleo di quelle garanzie del soggetto indagato/imputato, costituendo un limite invalicabile al di sotto del quale non potrà essere ridotta la futura disciplina del PME. Si ricordano il principio di parità di trattamento (*equality of arms*), il diritto all'informazione, il diritto all'assistenza legale e consolare nonché a quella medica, il diritto al silenzio e la garanzia del gratuito patrocinio qualora il soggetto indagato/imputato non possa nominare un difensore di fiducia.

Tali garanzie sono state riconosciute a livello europeo dal Consiglio nel novembre 2009 per rafforzare i diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali (Risoluzione Consiglio in GUCE, 4 dicembre 2009, C – 295,1).

In particolare, come previsto dalla direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali, dovranno essere garantiti:

- il diritto alla traduzione gratuita di tutti gli atti diretti alla persona fisica o giuridica nella lingua dello Stato di

residenza o dello Stato in cui la *societas* ha la sede principale;

- il diritto all'assistenza di un difensore sin dalla prima fase dell'interrogatorio disposto dal PME;
- il diritto di accesso al Consolato ed all'Ambasciata del proprio Paese;
- il diritto di immediata comunicazione con i familiari e con il datore di lavoro, qualora sia disposta una misura restrittiva della libertà personale.

Nella stesura delle norme disciplinanti il funzionamento del PME, conformemente alla recente direttiva 2012/13/UE, dovranno essere adeguatamente integrati i seguenti diritti:

- il diritto all'informazione sulle garanzie processuali;
- il diritto a conoscere gli estremi dell'imputazione ed i fatti per cui si procede;
- il diritto di accesso al materiale probatorio raccolto dagli inquirenti.
- il diritto alla traduzione ed interpretazione di tutti gli atti, i documenti e le informative dovute.

3.2. La patologia degli atti compiuti senza difensore.

Qualora la violazione delle garanzie riconosciute al soggetto indagato/imputato non sia giustificata da esigenze di tutela della prova, ampiamente motivate in sede dibattimentale, comportando quindi una violazione del principio *fair trial*, ai sensi dell'art. 6 CEDU, la prova eventualmente assunta non potrà essere utilizzata a fondamento della sentenza di condanna.

Si reputa pertanto che la nullità della prova e quindi l'inutilizzabilità del contenuto sarebbe un'opportuna garanzia

difensiva a tutela dei soggetti sottoposti a indagine da parte del PME.

3.3. Le garanzie per il difensore

Tra le attività che il difensore deve poter svolgere per assicurare un effettivo esercizio dei diritti di difesa, come già parzialmente individuati nella proposta di direttiva inviata al Parlamento ed al Consiglio il 18 giugno 2011, si indicano le seguenti:

- i) il diritto di conferire con il proprio assistito per un tempo e con una frequenza adeguati allo scopo;
- ii) la partecipazione a qualunque interrogatorio condotto dal PME o da questi delegato agli organi investigativi;
- iii) la partecipazione a qualunque atto investigativo o di raccolta delle prove per il quale è richiesta la presenza della persona interessata.

3.4. Le regole operative nello svolgimento dell'attività difensiva

Per quanto concerne le regole operative necessarie a garantire i diritti di difesa, possono essere individuate le seguenti misure:

- 1) la creazione di un albo elettronico, disponibile anche attraverso un collegamento al sito *web* della Commissione UE, che permetta in ogni momento (24/7) di individuare un difensore, appartenente allo Stato di residenza del soggetto interessato. Tale scelta è giustificata dalla necessità di collegare il difensore al centro degli interessi dell'indagato/imputato, sulla base della presunzione legale di residenza. Tuttavia, tale presunzione potrà essere superata

dall'indagato/imputato stesso attraverso il conferimento dell'incarico ad un difensore di fiducia. Qualora il soggetto indagato/imputato sia una persona giuridica, il criterio per l'attribuzione del difensore d'ufficio sarà quello della sede principale dell'ente.

Le condizioni per l'iscrizione al suddetto albo speciale dovranno essere fissate a livello sovranazionale e includere: a) la conoscenza comprovata (attraverso il superamento di un esame abilitativo o riconoscimento di attività studio/lavoro internazionali) di una tra le lingue di lavoro dell'Unione (English/French/German); b) lo svolgimento dell'attività professionale nel Paese di origine per un minimo di alcuni anni; c) l'assenza di condanne di natura penale; d) aggiornamento professionale continuo e comprovato.

2) Ciascun indagato/imputato potrà usufruire dell'assistenza di due difensori, con il limite che uno di questi dovrà essere del Paese di residenza dell'interessato, mentre l'altro potrà essere iscritto anche in un Paese membro diverso da quello di residenza.

3) La creazione in tale albo elettronico di una sottocategoria per gli avvocati specializzati nella difesa di minori. Seppur residuale, infatti, è necessaria la disciplina *ad hoc* delle condotte poste in essere da minori (e.g. *hackeraggio*).

4) La situazione economica dell'imputato/indagato per l'accesso al gratuito patrocinio potrebbe essere verificata confrontando la dichiarazione annuale dei redditi presentata nel Paese di origine con il reddito minimo garantito, parametri introdotti in tutti i Paesi dell'Unione – ad eccezione di Italia e Grecia – come previsto dalla Raccomandazione 92/441/CEE. Nelle ipotesi in cui l'interessato si trovi ad usufruire di tale

minimo garantito, ovvero il suo reddito non ecceda del 30% tale importo, l'attività del difensore verrà retribuita direttamente dall'Unione Europea, in seguito ad una procedura da attivarsi su impulso dello stesso difensore incaricato. In Italia ed in Grecia per essere ammessi al patrocinio a carico dell'Unione dovranno essere rispettate, ove previste, le condizioni dettate dalla legislazione nazionale.

5) Nelle ipotesi in cui i reati a danno degli interessi finanziari dell'Unione siano commessi anche a danno di altre persone fisiche e giuridiche, queste ultime potranno costituirsi in giudizio e essere assistite fin dalla fase d'indagine da un unico difensore del Paese in cui hanno fissato la residenza. Il difensore potrà presentare al PME memorie ed indicare fonti di prova, anche per dare impulso al procedimento. Il difensore, inoltre, potrà essere presente unicamente agli atti per i quali è richiesta la presenza della vittima dai regolamenti istitutivi del PME ovvero dalla legislazione nazionale applicabile.

4. La fase delle indagini preliminari

La fase più delicata di intervento del Pubblico ministero europeo in relazione alla posizione e alle garanzie della persona indagata è quella delle indagini preliminari.

Pertanto ci si soffermerà su alcuni profili problematici attinenti a tale momento del procedimento penale e riguardanti sia la configurazione strutturale della Procura europea, sia l'attività di tale organo in relazione anche alle indagini svolte dal difensore.

4.1. Obbligatorietà e discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale

Con riferimento al tema dell'esercizio dell'azione penale in capo al futuro procuratore europeo va in primo luogo segnalato che l'Italia risulta essere attualmente uno dei pochissimi Paesi europei in cui vige ancora un rigido principio di obbligatorietà dell'azione penale.

Tale circostanza, nell'eventualità che invece l'ufficio del pubblico ministero europeo goda di discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale, comporterebbe quantomeno due ordini di problemi.

In primo luogo, nella prospettiva dell'indagato, l'adozione di tale modello potrebbe implicare una lesione dei principi costituzionali di uguaglianza e di legalità, in considerazione dei quali il pubblico ministero è tenuto al doveroso rispetto della sola legge, senza poter compiere scelte valutative in merito all'opportunità dell'esercizio dell'azione penale.

In secondo luogo, quanto alla tutela della persona offesa dal reato, la scelta di non esercitare l'azione penale rischierebbe di creare un vuoto di tutela – violando così i medesimi principi costituzionali – dell'interesse privato collegato alla commissione di reati che offendono gli interessi finanziari dell'Unione europea.

A fronte di tali problematiche – sempre che l'Italia non adotti, anch'essa, nel frattempo l'impostazione discrezionale dell'esercizio dell'azione penale – un'ipotetica soluzione potrebbe essere rappresentata dalla previsione di un esercizio dell'azione penale residuale in capo al P.M. nazionale, laddove l'organo europeo abbia deciso di non procedere.

4.2. Coordinamento tra l'Ufficio del Procuratore europeo e le autorità nazionali

Un ulteriore profilo di approfondimento è rappresentato dai rapporti intercorrenti tra Procuratore europeo e pubblici ministeri nazionali nonché con gli organi che svolgono funzioni di polizia giudiziaria.

L'accentramento dell'ufficio europeo in un'unica sede rischia di creare maggiori oneri in termini di spese per l'attività difensiva, nonché rilevanti problemi logistici, considerate le difficoltà di rapportarsi personalmente con l'interlocutore dell'indagine.

Per ovviare a tale problema sono ipotizzabili vari rimedi:

- in primo luogo l'attribuzione all'ufficio del pubblico ministero europeo di un ruolo di coordinamento, sovraordinato gerarchicamente nelle materie di sua competenza ai pubblici ministeri nazionali, che deleghi di volta in volta a questi ultimi le attività di indagine;

- in alternativa, una struttura "ramificata" dell'ufficio del pubblico ministero europeo, con l'insediamento sul territorio nazionale di procuratori europei delegati, che collaborino operativamente con i p.m. nazionali, assumendo in tale eventualità un ruolo gerarchicamente sovraordinato nelle materie di propria competenza, permettendo al difensore un esercizio più tempestivo e meno costoso del diritto di difesa;

- da ultimo, la creazione di un efficace sistema di informatizzazione degli uffici di cancelleria e degli strumenti di telecomunicazione che consentirebbe una semplificazione dell'accesso agli atti processuali per il difensore nonché un rapido ed effettivo confronto con il titolare delle indagini, senza necessità di trasferimenti *in loco*.

Sotto altro profilo, quanto ai soggetti deputati a svolgere le funzioni di pubblico ministero europeo, si auspica che essi vengano nominati mediante esclusiva selezione tra coloro che già esercitano detta funzione nei singoli paesi dell'Unione europea.

Inoltre, l'attività del Procuratore europeo dovrà essere comunque sottoposta, ove previsto dalle legislazioni interne, al controllo di un organo giurisdizionale (si pensi ad esempio al GIP italiano) che avrà il potere di decidere, in particolare, sulle richieste di archiviazione ove queste non siano determinate dall'esercizio della discrezionalità penale, ma dalla ritenuta infondatezza della *notitia criminis*.

Pare altresì indispensabile che il Procuratore europeo si avvalga della collaborazione delle autorità di polizia giudiziaria nazionali, considerato il loro insediamento sul territorio, con conseguente loro capacità di adempiere al meglio alle funzioni necessarie alle indagini. Il coordinamento dovrà inoltre attenersi anche agli organismi dell'UE, in particolare Eurojust e Europol.

Particolari misure di collaborazione e coordinamento dovranno inoltre essere assunte, stante l'elevata specializzazione ed esperienza dell'organo interno, con l'ufficio del Procuratore nazionale antimafia per quei reati, lesivi degli interessi finanziari dell'Unione, che vengano però commessi da organizzazioni di stampo mafioso.

Da ultimo, risulta evidente la necessità di un coordinamento anche sotto il profilo dell'acquisizione e gestione delle notizie di reato. Posta la possibilità, per il procuratore europeo, di ricevere direttamente segnalazioni di reati nelle materie di sua competenza, occorre che gli organi interni selezionino e trasmettano tempestivamente all'Ufficio europeo le notizie di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea.

4.3. Investigazioni difensive

Nel pieno rispetto di quanto prevedono le fonti sovranazionali al difensore dell'indagato e dell'imputato dovrà essere garantito pieno ed effettivo diritto al contraddittorio.

Per un corretto espletamento del diritto di difesa garantito tanto all'indagato quanto alla persona offesa dal reato al difensore di tali parti dovrà essere assicurata la possibilità di esperire indagini difensive.

Queste ultime, anche in funzione preventiva – ovvero nell'ipotesi in cui si instauri un procedimento penale – potranno consistere nella possibilità, per il difensore, di interloquire con i mezzi del colloquio informale, ricezione di dichiarazioni ed assunzione di informazioni nei confronti di persone informate sui fatti, con procedure dettagliate quanto alle modalità di documentazione delle informazioni così ottenute.

Dovranno altresì essere garantite al difensore facoltà in tema di accesso ai documenti della Pubblica Amministrazione nonché possibilità di ispezione ed accesso a luoghi pubblici, o aperti al pubblico, nonché privati.

Al difensore, che potrà inserire i risultati delle proprie indagini in un fascicolo, dovrà altresì essere garantita la possibilità di presentare, in ogni stato e grado, elementi a favore del proprio assistito al pubblico ministero procedente.

4.4. Atti garantiti, avvisi, comunicazioni e notificazioni

Al fine di rispettare il diritto di difesa, nel corso delle indagini preliminari, occorre garantire in primo luogo la trasmissione di uno specifico avviso all'indagato e al suo difensore al compimento di determinati atti da parte del Procuratore europeo cui deve necessariamente partecipare il difensore. In tale sede, oltre alla

previsione di una specifica informazione all'indagato in tema di diritto di difesa, va altresì specificata, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, la natura ed i motivi posti a fondamento dell'accusa formulata a suo carico, nonché di tutti gli atti processuali.

Si auspica, altresì, la partecipazione del difensore, pur senza diritto di preavviso, ad atti quali la perquisizione domiciliare o personale, agli atti di sequestro, nei confronti dell'indagato nonché più in generale a tutti gli atti c.d. irripetibili, cioè quegli atti che non possono essere reiterati in sede dibattimentale.

Al termine, poi, delle indagini preliminari, tanto al difensore dell'indagato quanto a quello della persona offesa dal reato, dovrà essere trasmesso un ulteriore avviso, finalizzato ad interloquire con il titolare dell'azione penale nonché a garantire l'accesso completo e tempestivo agli atti processuali, con facoltà di estrarne copia.

E' indispensabile, altresì, che le comunicazioni e la corrispondenza intercorrente fra cliente ed avvocato siano coperte da segreto.

Va poi segnalato, con apposita comunicazione, che l'avvalersi, per l'indagato, del silenzio, non comporta alcuna conseguenza negativa e, anzi, costituisce un suo diritto.

Da ultimo, vanno previste sanzioni di nullità assoluta, per il caso di violazioni degli avvisi e delle informazioni citate.

5. Le misure cautelari

Per quanto attiene alla tematica delle misure cautelari, l'istituzione di una figura quale il Pubblico Ministero Europeo impone delle considerazioni in ordine alla salvaguardia del diritto di difesa e della presunzione di non colpevolezza, che si faranno

ancor più stringenti se il PME potrà prescindere dall'applicazione delle regole processuali interne.

5.1. Le norme minime comuni

Anche per quanto attiene all'eventuale applicazione di misure cautelari o pre-cautelari, debbono essere rispettate le "norme minime comuni", che rappresentano il limite delle garanzie per l'indagato, e che assumono, se possibile, ancor più importanza nel momento in cui la libertà del soggetto viene limitata prima ancora che intervenga una pronuncia di condanna da parte di un organo giurisdizionale.

Tali garanzie sono riconosciute nella "tabella di marcia" stilata dal Consiglio nel novembre 2009, tesa al rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali (Risoluzione Consiglio in GUCE, 4 dicembre 2009, C – 295,1).

È necessario, dunque, che siano garantiti innanzitutto i diritti sanciti dalla direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali: risulta essere imprescindibile, al fine di tutelare un livello almeno minimo nel diritto alla difesa, che sia assicurato il diritto alla traduzione gratuita nella lingua madre dell'indagato sia degli atti di richiesta, che degli atti applicativi della misura cautelare.

Contrattare del diritto alla traduzione, ed irrinunciabile corollario, è il diritto, sancito dalla direttiva 2010/64/UE, all'assistenza linguistica – adeguata e gratuita – che deve necessariamente affiancarsi al diritto alla difesa tecnica anche in questa fase procedimentale precedente al processo vero e proprio.

Inoltre, il momento applicativo di una misura cautelare, incidendo per sua natura sulla libertà personale dell'indagato,

deve necessariamente coincidere con una *discovery* quantomeno parziale degli elementi di prova che fondino le ragioni applicative della misura stessa. Conseguentemente, dovranno essere adeguatamente garantiti sia il diritto all'informazione sulle garanzie processuali, che il diritto a conoscere le accuse e le ipotesi di reato per le quali si procede, che, come anticipato, il diritto di accesso al materiale probatorio raccolto dagli inquirenti, in ottemperanza a quanto previsto dalla direttiva 2012/13/UE.

5.2. Le garanzie processuali

Oltre al livello di garanzia minimo appena delineato, si ritiene di non poter prescindere, nella limitazione personale dell'indagato che precede la pronuncia di un giudice in ordine alla sua responsabilità penale per i delitti per i quali si procede, anche da taluni ulteriori principi fondamentali:

1. Presupposti stringenti per l'applicazione di una misura cautelare – Nessuno può essere sottoposto a misura cautelare se a suo carico non sussistono gravi indizi di colpevolezza. Non può essere sufficiente, infatti, che “vi siano ragioni plausibili per sospettare che egli abbia commesso un reato” (come previsto dalle garanzie minime sancite dagli artt. 5, co. 1, lett. c), e 5, co. 3, CEDU). Inoltre, si ritiene che, per non ledere la presunzione di non colpevolezza, non possa essere sufficiente ai fini applicativi di una misura cautelare la mera esistenza di “*gravi indizi di colpevolezza*”. Regole applicative di tal genere, infatti, si sostanzierebbero – di fatto – nell'irrogazione di una sanzione a seguito di un procedimento sommario, in tutta evidenza inaccettabile. Accanto al grave *fumus* di colpevolezza, quindi, dovrebbero esistere delle *esigenze investigative* di gravità tale da giustificare la limitazione della libertà di una persona presunta

innocente. Tali possono essere un concreto pericolo di inquinamento probatorio, di fuga dell'indagato ovvero ancora di reiterazione del reato.

2. *Discovery* degli elementi di prova dai quali emerge il presupposto per l'applicazione della misura – Al fine di consentire un adeguato livello di difesa attiva, è necessario che, unitamente alla richiesta di applicazione della misura cautelare avanzata dal PME siano messi a disposizione dell'indagato e del suo difensore gli atti e gli elementi di prova dai quali si desumono i presupposti per l'applicazione della misura cautelare di cui sopra. Il fondamentale diritto alla libertà, infatti, non può essere così compresso a fronte di un mero interesse al segreto istruttorio. Ovviamente, come anticipato, per assicurare effettività al diritto di difesa, tali atti debbono essere tradotti nella lingua madre dell'indagato, qualora fossero a lui incomprensibili.

3. Diritto al contraddittorio e ad essere interrogato da un giudice – Non può essere negato all'indagato il diritto a difendersi contro gli elementi portati dal PME a sostegno della richiesta di applicazione di misura cautelare. L'interrogatorio difensivo dell'indagato dovrebbe avvenire dinanzi all'organo giurisdizionale poi competente per la decisione sull'eventuale applicazione della misura.

4. Graduabilità delle misure cautelari e detenzione quale *extrema ratio* – Le misure cautelari devono essere graduabili ed applicate secondo il principio di sussidiarietà, ossia la misura meno invasiva e al contempo idonea a soddisfare le esigenze cautelari.

5. Condizioni detentive diverse da quelle che si applicano alle persone condannate – Al fine di evitare effetti criminogeni nell'indagato, sarebbe auspicabile – *rectius* necessario – che

l'indagato non trascorresse il periodo di custodia cautelare nelle medesime condizioni in cui i condannati espiano la pena, pur non essendo questo un diritto automatico per l'indagato secondo la giurisprudenza della Corte EDU (Cfr. *Skoogström v. Svezia* n. 8582/72 e *Peers v. Grecia* n. 28524/95).

6. Tempistica ragionevole e non eccessiva di limitazione della libertà – Debbono essere previsti tempi massimi di assoggettamento alla misura privativa della libertà precedente alla condanna. Il periodo di custodia cautelare, inoltre, non può superare la pena irrogabile per il delitto per cui si procede.

7. Poteri applicativi della misura cautelare riservati ad un organo giurisdizionale – Per un più effettivo rispetto del principio di parità delle parti, sancito dall'art. 6 CEDU, l'eventuale applicazione della misura cautelare dovrebbe essere decisa da un organo giurisdizionale terzo ed imparziale.

8. Ricorribilità avverso i provvedimenti giurisdizionali applicativi delle misure cautelari – I provvedimenti applicativi della misura cautelare devono poter essere ricorribili, così come deve essere possibile per l'indagato sottoposto a misura cautelare e per il suo difensore proporre istanze modificative della misura stessa.

6. La prova

A partire dal Trattato di Amsterdam molti testi normativi comunitari hanno evidenziato la necessità di definire delle regole chiare e condivise per l'acquisizione della prova nello spazio UE, al fine di renderla ammissibile nei processi penali nazionali.

Lo scopo prefissato non è solo quello di acquisire una prova genuina, che possa essere assunta e valutata dal giudice penale, bensì anche quello di evitare dispersioni, cancellazioni o

manomissioni delle prove che sono soggette a modifiche o che possono essere distrutte o nascoste agli organi inquirenti.

Lo strumento comunitario del mandato europeo di ricerca della prova (MERP) si è mosso lungo questi profili, sebbene limitando il campo di applicazione alle prove cd. precostituite, escludendo le cd. prove costituenti (si pensi, per esempio, alle intercettazioni, alle prove dichiarative e alla prova scientifica che ad oggi sfuggono all'applicazione della DQ sul MERP) per le quali continua ad applicarsi il sistema rogatorio.

Alla luce e in vista della previsione di una Procura europea, si auspica l'effettiva entrata in vigore della Decisione Quadro sull'Ordine d'Indagine Europeo che faciliterebbe non solo la ricerca ed acquisizione della prova, bensì anche la circolazione e l'ammissibilità nei giudizi penali nazionali, con un forte impulso al mutuo riconoscimento e con un'apertura anche alle prove costituenti.

Ciò premesso, vanno menzionati i seguenti profili, cui deve essere dato giusto rilievo in punto di diritto alla prova, alla luce della nuova Procura europea: a) tutela delle garanzie procedurali attraverso la previsione di un meccanismo di impugnazione sui provvedimenti che ammettono le prove raccolte dal PME; b) proporzionalità del tipo di prova acquisita, ai fini delle valutazioni inerenti all'azione penale; c) previsione di principi minimi procedurali volti a facilitare l'ammissibilità delle prove raccolte dal PME nel processo interno; d) garanzia della legalità del procedimento probatorio; e) principio di legalità probatoria, consentendo, in linea di principio, che si ricorra solo a mezzi di prova previsti dal catalogo legale, temperato dalla possibilità, in talune situazioni, che si ricorra a mezzi atipici; f) diritto al contraddittorio per la prova (nella fase di assunzione al processo

del materiale probatorio) e sulla prova (nella fase di valutazione della prova assunta) anche al fine della garanzia del diritto di difesa e della tutela del principio del giusto processo; g) previsione di un catalogo minimo delle prove legalmente riconosciute, con uno sforzo di snellimento e semplificazione, ove possibile; h) principio generale di mutuo riconoscimento delle prove raccolte in altro Stato e di ammissibilità piena delle prove raccolte dal PME nel processo nazionale, nonché delle prove raccolte in indagini difensive; i) diritto per l'indagato/imputato all'interpretazione e traduzione di tutti gli atti, documenti e dati che costituiscono prove valutabili in giudizio; l) previsione di norme minime condivise sulla raccolta delle prove e individuazione di alcune regole specifiche per ogni tipo di prova, secondo le sue peculiarità; m) attribuire un giusto ruolo alle decisioni delle Corti europee, specie della CEDU, proprio al fine di una più corretta individuazione di regole comuni sulla raccolta della prova nello spazio UE; n) rispetto della privacy nello scambio delle informazioni raccolte, costituenti prova; o) previsione di modalità sicure di trasferimento delle prove acquisite, conservando la genuinità e la riservatezza dei contenuti; p) previsione di regole di ammissibilità e genuinità per la prova a distanza (es. interrogatori o testimonianze in videoconferenza); q) previsione di un regime sanzionatorio per le prove raccolte in violazione alle norme giuridiche stabilite.

7. Il coordinamento tra il diritto processuale e il diritto sostanziale

Da un punto di vista del diritto penale sostanziale allo stato l'istituzione della figura del pubblico ministero europeo non

sembra presentare particolari problematiche con riguardo alla previsione dei reati.

Ciò in quanto, come pare di aver compreso, egli non dovrebbe agire sulla base di un corpus autonomo di reati, una sorte di codice penale europeo, ma applicando le norme dei singoli Stati, le quali dovrebbero essere armonizzate per effetto delle direttive in materia.

Di per sé, quindi, la competenza ad esercitare l'azione penale, penale spostata dal pm interno al Pubblico Ministero europeo non dovrebbe incidere direttamente sul diritto sostanziale così evitando di cagionare problemi che cozzino con i principi penalistici dei singoli stati membri.

Problemi in tal senso potrebbero invece sorgere con riferimento alle singole direttive che di volta in volta verranno adottate al fine di armonizzare la normativa penalistica.

Le difficoltà sembrano invece riscontrarsi con riferimento ai profili organizzativi dell'Ufficio del pubblico ministero europeo.

Fino a quando infatti i singoli reati saranno quelli dei singoli paesi dell'Unione, considerata la circostanza che una pronta armonizzazione delle sanzioni penalistiche pare purtroppo una chimera, sembra evidente che il pubblico ministero dovrà agire contestando i reati sulla base del diritto penale di Stati differenti, con tradizioni giuridiche tra loro del tutto diverse.

Sembra quindi indispensabile che il singolo Pubblico Ministero europeo che viene ad essere competente sui singoli reati nazionali sia a conoscenza del complesso bagaglio di cultura penalistica del singolo paese di cui prende a prestito le norme da applicare, pena il rischio di errori nella loro applicazione.

Per ovviare a tale problema le soluzioni potrebbero essere sostanzialmente due:

- la prima, è quella di avere tanti pubblici ministeri europei quanti sono i paesi dell'UE e conferire quindi la competenza al pubblico ministero europeo appartenente alla nazione in cui si va a contestare il reato che lede gli interessi finanziari della UE;

- la seconda, è che l'ufficio del pubblico ministero europeo disponga di una sorta di commissione di studio sul diritto penale dei singoli paesi, onde evitare problematiche connesse all'applicazione dei principi appartenenti alla parte generale e speciale del diritto penale. Questo gruppo, composto da studiosi del diritto penale dei singoli paesi, potrebbe aiutare il pubblico ministero europeo a svolgere le proprie indagini con un occhio estremamente attento agli elementi delle singole fattispecie di reato in conformità al diritto penale sostanziale dei singoli paesi che incide in maniera determinante su quel che deve essere in seguito provato, in sede processuale, per ritenere integrata la fattispecie penale.

Inoltre, sembra fondamentale effettuare una corretta definizione della perifrasi "reato che lede gli interessi finanziari dell'Unione europea", stante la sua genericità.

Per ovviare a tale problema, la cui mancata soluzione rischierebbe di causare incertezze assai rilevanti nell'individuazione della competenza per gli Stati membri, sembra indispensabile stabilire ex ante in modo rigoroso i reati di competenza del Pubblico ministero europeo. A tal proposito un'ottima base di partenza può essere costituita dalla Convenzione PIF del 1995, nonché dalla recente proposta di direttiva della Commissione Europea per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione attraverso la legge penale - COM(2012)363 (così detta direttiva PIF).

Parimenti sarà, inoltre, necessario sciogliere il nodo relativo alla competenza facoltativa prevista al paragrafo 4 dell'art. 86 TFUE secondo cui sarebbe possibile un'estensione delle "attribuzioni della procura europea alla lotta contro la criminalità grave che presenta una dimensione transnazionale" e, quindi, anche ad altre fattispecie di reati che ledono beni giuridici diversi dagli interessi finanziari dell'Unione Europea.

Inoltre, sarà necessario stabilire norme precise che regolino la competenza degli Stati membri sui reati che ledono gli interessi finanziari dell'UE realizzati in forma transnazionale posto che uno degli obiettivi dell'ufficio del Procuratore europeo pare essere quello di poter effettuare, per tali tipologie di crimini, il processo davanti ad un'unica autorità giudiziaria. Per ottenere questo obiettivo, fondamentale al fine di evitare il proliferare di eccezioni difensive, è necessario quindi prevedere forme di cessione della sovranità in materia penale, similmente a quanto già previsto da alcune convenzioni internazionali (si pensi ad esempio all'art. 27 della Convenzione di Montego Bay sul diritto del mare, ovvero al trattato NATO SOFA) .

In tali casi, si dovranno tuttavia predisporre criteri per poter stabilire *ex ante* in maniera certa il foro in cui iscrivere il procedimento onde evitare fenomeni di forum shopping, ossia di scelta del foro in base alla legislazione più conveniente al PME. A tal fine, si potrebbe stabilire che il foro competente sia quello cui appartiene, tra i concorrenti nel reato, il soggetto che viene chiamato a rispondere per l'ipotesi di reato maggiormente grave (ossia che maggiormente lede gli interessi finanziari dell'UE), ovvero, in alternativa o qualora i fatti rivestano la medesima gravità, il foro di colui che per primo viene iscritto nel registro degli indagati. Naturalmente anche queste alternative non sono

scevre da problematiche in quanto è ovvio che rimane sempre il rischio che l'iscrizione possa essere utilizzata in modo strumentale. Una soluzione che eviterebbe il problema della scelta del foro potrebbe forse essere quella di stabilire ex ante che i processi per i reati che ledono gli interessi finanziari dell'UE commessi transnazionalmente vengano celebrati innanzi ad un'unica autorità giudiziaria predeterminata.

Tale aspetto necessita di essere disciplinato in maniera attenta e puntuale, onde evitare l'insorgere di problematiche relative al rispetto del principio di uguaglianza che potrebbero essere eccepite da chi si veda giudicato da un paese che, rispetto al proprio, punisce un determinato reato con pene più severe o in cui per esempio il regime prescrizione è maggiormente sfavorevole al proprio.

A cura di:

Centro Studi di Diritto Penale Europeo

Avv. Lucio Camaldo (Università degli Studi di Milano)

Avv. Federico Cerqua (Università degli Studi di Milano)

Avv. Alice Pisapia (Università degli Studi dell'Insubria)

Avv. Eleonora Colombo (Università degli Studi dell'Insubria)

Dott.ssa Marina Troglia

Dott.ssa Silvia Ponteduro

Dott.ssa Marika Piazza

Dott. Pier Francesco Poli

Dott.ssa Valeria Mettica